

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHF

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt / Volume: 73 • Sayı / Number: 3 • Yıl / Year: 2024

81.YIL

YAYIN SAHİBİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Fakülte Dekanı Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İsmail DEMİR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

İNGİLİZCE DİL EDİTÖRÜ

Doç. Dr. Tuğçe ORAL, Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT

ALMANCA DİL EDİTÖRÜ

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

FRANSIZCA DİL EDİTÖRÜ

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

EDİTÖR YARDIMCILARI

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN, Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN, Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT,
Arş. Gör. Merve İrem YENER, Arş. Gör. Hira Nurhacı ÇERİ, Arş. Gör. Sümeyye Sena FIRAT, Arş. Gör. Alaz TARHAN, Arş. Gör. Kardelen ALTUN

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (AHBV Üniversitesi)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevin Ünal ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. A. Lale SİRMEN (Ufuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Sabih ARKAN (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Süha TANRIVER (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zariife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

YAYIN İDARE MERKEZİ ADRESİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cemal Gürsel Caddesi, No:58 06590 Cebeçi, Ankara-TÜRKİYE

SÜRDÜRÜM VE İLETİŞİM

auhfd@law.ankara.edu.tr

URL: <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/>

YAYIN İDARE MERKEZİ TELEFONU: 0 (312) 595 50 00

FAX: 0 (312) 363 56 96

YAYININ TÜRÜ: Yerel Süreli Yayın

YAYININ ARALIĞI: Yılda dört sayı olarak yayınlanan, ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranan hakemli bir dergidir.

DİLİ: Türkçe ve yabancı diller

BASIM YERİ: Ankara Üniversitesi Basımevi, İncitaşı Sokak No:10, 06510 Beşevler/ANKARA Tel: 0 (312) 213 66 55

BASIM TARİHİ: 00/00/2024

ISSN 1301-1308

© Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Bu Derginin tamamı ya da Dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı Yasanın hükümlerine göre

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemiyle çoğaltılamaz, yayımlanamaz.

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

KAMU HUKUKU

Meral BALCI

İcraî Suçlarda Gönüllü Vazgeçmede Failin Kendi Çabalarıyla Suçun
Tamamlanmasını Önlemesi
*The Perpetrator's Prevention of the Completion of the Offense by His/Her
Own Endeavors in Voluntary Abandonment.....* 1573

Özenç AFACAN

Görevi Kötüye Kullanma Suçu (5237 Sayılı TCK m.257)
*The Crime of Official Misconduct
(Turkish Penal Code No. 5237, Article 257)* 1639

Gonca ÜNAL

Devletlerin Uluslararası Antlaşmalardan Kaynaklanan Yükümlülüklerinin
Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Üstünlük Koşulu Bağlamında
Değerlendirilmesi
*Evaluation of States' Obligations Arising from International Treaties in the
Context of the Supremacy Clause of the United Nations Charter* 1679

Hasan İBA

Ceza Hukuku Perspektifinden "Tramvay Problemi"
"The Trolley Problem" from Criminal Law Perspective 1709

E. İrem AKI

Hukuk Felsefesi Öğretiminde Edebiyat Eserleri
Literary Works in Teaching Philosophy of Law 1775

Muharrem KILIÇ

İnsan Haklarının Küresel Yönetişimi: Değersel ve Sistemsel Kriz
Global Governance of Human Rights: Value and Systemic Crisis..... 1799

Özgür AYDIN

Devlet Alanında Zamanı Anlamlandırma Yetkisinin Hukuki Boyutu
*The Legal Dimension of the Power to Make Sense of Time in the State
Sphere* 1837

Önder TOZMAN, Hamdi Kaan BAŞBUĞ

Savaş Suçları Kapsamında Hukuka Aykırı Sürgün veya Nakletme Fiilleri ve
Rusya-Ukrayna Örneği
*The Crime of Unlawful Deportation or Transfer within the Scope of War
Crimes and the Russia-Ukraine Example* 1865

ÖZEL HUKUK

S. Hülya İMAMOĞLU

Anayasa Mahkemesinin 25.07.2023 Tarihli Bireysel Başvuru Kararı
Bağlamında Evlat Edinmede Evlat Edinen ve Evlat Edinilen Arasındaki Yaş
Farkı Meselesi
*The Issue of the Age Difference Between the Adopter and the Adopted in
Adoption in the Context of the Individual Application Decision of the
Constitutional Court Dated 25.07.2023*..... 1903

İsmet MAZLUM

Tazminat Komisyonunun Yapısı ve Makul Süre Bakımından Yapacağı
İncelemenin Medeni Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi
*Compensation Commission's Structure and Its Examination of Reasonable
Time From the Perspective of Civil Procedure Law*..... 1933

Zeynep Derya TARMAN

OECD Sorumlu İş Yönetimine İlişkin Çok Uluslu Şirketler Rehberi: 2023
Güncellemesinin Ulusal Temas Noktası Açısından Değerlendirilmesi
*OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business
Conduct: Review of 2023 Update with Regard to National Contact Points...* 1979

Adem YELMEN

Taşınır Yapı Niteliğinde Kabul Edilen Şeyler Üzerine Bir İnceleme
A Review on What is Considered to Be Movable Structures 2015

Berkay Doğu YILMAZ

Türk ve Alman Hukukunda Devralmalarda Satıcının Sorumluluğu
Seller's Liability in Acquisitions under Turkish and German Law..... 2047

Candan YILMAZ

Remarriage Restriction for Woman of 300 Days in Türkiye:
Review of the ECtHR's Nurcan Bayraktar v. Türkiye Judgment
*Türkiye'deki 300 Günlük İddet Müddeti:
AIHM'in Nurcan Bayraktar v. Türkiye Kararının Değerlendirilmesi*..... 2091

Thomas M. J. MÖLLERS, Erhan TEMEL

Avrupa Yeşil Mutabakatı: Yeşil Yıkama, Bilgi Taşkınlığı ve İyi Kurumsal
Vatandaş Özelliği Unutulan Yatırımcı
*European Green Deal: Greenwashing and the Forgotten Good Corporate
Citizen as an Investor* 2119

MAKALELER / Articles

İCRAİ SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDE FAİLİN KENDİ ÇABALARIYLA SUÇUN TAMAMLANMASINI ÖNLEMESİ

*The Perpetrator's Prevention of the Completion of the Offense by
His/Her Own Endeavors in Voluntary Abandonment*

Meral BALCI*

ÖZ

Gönüllü vazgeçme, teşebbüsten dolayı cezalandırılmama sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Gönüllü vazgeçme sadece suçun icrasının yarıda bırakılmasıyla değil, ayrıca suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Bu şekilde gerçekleşen gönüllü vazgeçmede ele alınması gereken ve tartışma konusu olan bazı hususlar vardır. Özellikle vazgeçmenin uygulanabilirliği açısından suçun tamamlanmasının mümkün olması şartı çerçevesinde, Alman Ceza Hukuku doktrininde geliştirilmiş bir kavram olan başarısız teşebbüsün incelenmesi önem arz eder. Ayrıca suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki vazgeçmede failin gönüllü olmasının yanı sıra aktif davranışlara dayanan çabasının varlığı ve bu çabanın kapsamı ön plana çıkmaktadır. Bu noktada çabayla yakın ilişkili kavram olarak gönüllülük şartına ilişkin genel çerçeveye de belirlenmelidir. Çalışmada çaba açısından aktif davranış gerekliliği, failin suçun tamamlanmasının önlenmesine kayıtsız kalması durumları üzerinden somutlaştırılmıştır. Bunun yanı sıra failin suçu tamamlamaktan vazgeçmeye karar vermesi ve bunu gerçekleştirmek adına devam eden süreçteki davranışları açısından çabanın belirlenmesi noktasında failin vazgeçme anına kadarki hareketlerinin ortaya çıkardığı zarar veya tehlikenin dikkate alınmasının önemine dikkat çekilmiştir. Söz konusu husus, artık teşebbüsün tespiti açısından önem arz

Makalenin Geliş Tarihi: 07.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.09.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: meralbalci@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6089-0952.

etmeyen tam-eksik teşebbüs ayrımının, gönüllü vazgeçmeye ilişkin değerlendirme bakımından da geri planda kaldığını ortaya koymak bakımından dikkate değerdir.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü Vazgeçme, Suçun Tamamlanmasının Önlenmesi, Başarısız Teşebbüs, Çaba, Gönüllülük

ABSTRACT

Voluntary abandonment results in not being punished for the attempt. Voluntary abandonment can be realised not only by abandoning the execution of the offense, but also by preventing the completion of the offense. There are some issues that need to be addressed in the voluntary abandonment realised in this way and which are the subject of discussion. In particular, it is important to examine the abortive attempt, which is a concept developed in the German Criminal Law doctrine, within the framework of the condition that the completion of the offense is possible in terms of the applicability of abandonment. In addition, in the abandonment in the form of preventing the completion of the offense, in addition to the voluntariness of the perpetrator, the existence of an endeavor based on active behaviours and the scope of this endeavor come to the fore. It is necessary to determine the endeavor in terms of the perpetrator's decision to give up the completion of the offense and his/her behavior in the ongoing process in order to realize it. At this point, the importance of taking into account the harm or danger caused by the perpetrator's acts until the moment of abandonment has been emphasized.

Keywords: Voluntary Abandonment, Prevention of Completion of the Offense, Abortive Attempt, Endeavor, Voluntariness

GİRİŞ

Suçun tamamlanmaması buna neden olan etkenin niteliğine göre farklı ceza hukuku kurumlarını ortaya çıkarmaktadır. Failin suçun icrasına başlamakla birlikte elinde olmayan sebeplerle suçun icrasının tamamlanmaması veya neticenin meydana gelmemesi halinde teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı sorumluluğu söz konusu olurken, suçun icrasından özgür iradesine dayanarak vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesi durumunda gönüllü vazgeçme kapsamında teşebbüsten dolayı cezalandırılmaması gündeme gelir. Teşebbüste failin kastı hâlâ suçun tamamlanmasına yönelik olmasına rağmen, gönüllü vazgeçmede failin kararı suçun tamamlanmasının engellenmesine yöneliktir.

Gönüllü vazgeçmede teorik tartışmalar uzun süre gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği, suç teorisi içindeki yeri üzerine yoğunlaşmış¹, bununla birlikte kavramsal çerçevesinin belirlenmesi, gönüllü vazgeçmenin unsurlarının hangi durumlarda gerçekleşmiş kabul edilmesi gerektiği konuları geri planda kalmıştır. Görece yakın zamanda özellikle gönüllülük kavramı üzerinden hangi durumların varlığı halinde failin teşebbüsten dolayı cezai sorumluluğunun kalkacağı meselesi, gönüllü vazgeçmede tartışmaların odağının farklı yöne yoğunlaştığını gösterir.

Ayrıca gönüllü vazgeçmenin salt suçun icrasından vazgeçmeyle sınırlandırılmayarak kapsamının genişletilmesi, gönüllü vazgeçmede bir aşamalandırmayı ortaya çıkarmış ve konuya farklı açılardan yaklaşılması ihtiyacı doğmuştur. Böyle bir değişiklik, gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği noktasında suçun hangi aşamada bulunduğu tespitini gerektirmiş olup, (artık teşebbüs açısından önemi kalmayan²) tam-eksik teşebbüs kavramlarının dolaylı şekilde güncelliğinin sürmesine yol açmıştır. Çalışmada bu ayrımın pratik öneminin bulunup bulunmadığı, özellikle failin göstermesi gereken çaba unsuru üzerinden incelenecektir. Dolayısıyla konuyla ilişkili olarak, suçun tamamlanmasının önlenmesinde gönüllülüğü perçinleyen kavram olan “failin kendi çabası”ndan ne anlaşılması gerektiği ve

¹ Knut Amelung, “Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 120, 2 (2008): 213.

² Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. Önder Tozman, *Suçta Teşebbüs* (Ankara: Adalet, 2015), 208; Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suçta Teşebbüs* (Ankara: Seçkin, 2009), 127. 765 sayılı TCK’da gönüllü vazgeçme düzenlemesine dair değerlendirme için bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I*. 11. bs. (İstanbul: Beta, 1994), 443 vd.

hangi durumlarda çabanın gerçekleşmiş sayılacağı ve failin buna bağlı olarak gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği hususları da göz önünde bulundurulacaktır.

Çalışmanın odağını, failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesi şeklinde ortaya çıkan gönüllü vazgeçmenin objektif yönü oluşturmaktadır. Bu kapsamda suçun tamamlanmasının önlenmesi gerekliliği çerçevesinde, tamamlanmanın objektif/sübjektif imkânsızlığıyla bağlantılı olarak özellikle Alman Ceza Hukuku doktrininde başarısız teşebbüs şeklinde ifade edilen durumlar ele alınmalıdır. Çalışmada TCK'da yer alan teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri dikkate alınarak, gönüllü vazgeçme açısından başarısız teşebbüsün kapsamının belirlenmesine önem verilecektir. Ayrıca fail tarafından suçun tamamlanmasının önlenmesinde gösterilmesi gereken çaba kavramı ve niteliğinin tespiti, özellikle gönüllülükle ilişkisi üzerinden değerlendirilecektir. Dolayısıyla burada amaçlanan vazgeçmenin gönüllülük şartının ayrıntılı şekilde incelenmesi olmamakla birlikte, çaba unsuruyla olan ilişkisi sebebiyle kavrama ilişkin genel bir çerçevenin belirlenmesi önemlidir. Özetle, çalışmanın amacı, failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesi şeklinde gerçekleşen gönüllü vazgeçmeyi farklı ihtimalleri dikkate alarak daha ayrıntılı şekilde incelemektir.

I. GENEL OLARAK

Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi sebep olarak kabul edilmektedir³. Teşebbüs aşamasına gelen fiil varlığını devam ettirmekle

³ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, Dieter Dölling, Christian Laue ve Joachim Renzikowski, *Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2 Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. 8. Aufl. (München: C.F. Müller, 2014), 122; Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. (Gieseking-Bielefeld: Verlag Ernst und Werner, 2016), 677; Hans Kudlich ve Jan Schuhr, "Versuch und Rücktritt (§§ 22-24 StGB)," içinde *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Eds. Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier. 2. Aufl. (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014), 209; Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *Suç Teorisi*. 3. bs. (İstanbul: Beta, 2004), 358; Adem Sözüer, *Suç Teşebbüs*, (İstanbul: Kazancı, 1993), 140; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs. (Ankara: Seçkin, 2022), 440; Akbulut Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. bs. (Ankara: Adalet, 2022), 745; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. bs. (Ankara : Seçkin, 2023), 584; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. bs. (Ankara: Seçkin, 2019), 366; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7. bs. (İstanbul: Beta, 2019), 518; M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M.Emin

birlikte, failin gönüllü vazgeçmenin şartlarını yerine getirmesi halinde, teşebbüsten dolayı (o ana kadar gerçekleştirilen fiilin *esasen suç* teşkil etmesi⁴

Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs. (Ankara: Adalet, 2022), 727; Zeynel T. Kangal, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme," *İçinde Beitrage zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*, eds. Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer ve Liane Wörner (Baden-Baden: Nomos, 2010), 339; Tozman, Suça Teşebbüs, 259; Güçlü Akyürek. "Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli Midir?," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 2 (2014): 184; Haluk Toroslu, "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme," *İçinde Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt: 2. Ed. Osman Berat Gürzumar* (Ankara: Yetkin, 2009), 1175; Ali Emrah Bozbayındır, "Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede "Gönüllülük" Şartı," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2018): 88; Sertaç Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 43; Gözde Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, (Ankara: Adalet, 2019), 247; Yavuz Erdoğan, "Gönüllü Vazgeçme," *Ceza Hukuku Dergisi* 5, 13 (2010): 98; Ahmet Bozdağ, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 2 (2020): 85; Vakkas Korhan Yeğrim, *Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*, (Ankara: Adalet, 2021), 262; Ercan Yaşar ve Hasan İba, "Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Davranışlarda Gönüllü Vazgeçme," *Ceza Hukuku Dergisi* 16, 45 (2021), 102. Konuya ilişkin ileri sürülen teoriler hakkında bkz. Sözüer, Suça Teşebbüs, 135 vd.; Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1176-1183. Gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi sebep olarak kabulünün nedenine ilişkin değerlendirme için bkz. Maurach, Gössel ve Zipf, 113; Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 207 vd. Gönüllü vazgeçmenin cezayı azaltan bir neden olarak kabul edilmesine ilişkin tartışma için bkz. Keiichi Yamanaka, "Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch," içinde *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, eds. Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke ve Hans-Joachim Rudolph, (Berlin, Boston: De Gruyter, 2001), 774. Gönüllü vazgeçmenin cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerektiğine yönelik inceleme için bkz. Fritz Loos, "Dogmenhistorische Bemerkungen zum Rücktritt vom Versuch," içinde *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, eds. Michael Pawlik, Rainer Zaczky, (Berlin: Carl Heymanns, 2007), 357 vd. Ceza gerekliliği açısından yapılan değerlendirme için bkz. Reinhard von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*, (Berlin: de Gruyter, 1966), 70 vd. Vazgeçmenin mazeret nedeni olarak kabulüne ilişkin bkz. Fritjof Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. (München: Verlag C.H. Beck, 2004), 240. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemenin bir isnadiyet normu olarak kabul edilemeyeceğine yönelik bkz. Wilfried Küper, "Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112, 1 (2000): 33. Yazar, gönüllü vazgeçmenin teşebbüsle olan bağlantısını ele alarak, kendine özgü bir cezayı kaldıran sebep özelliğine dikkat çekmiştir (Küper, *Der Rücktritt vom Versuch*, 33). Madde (TCK md. 36) gerekçesinde faile ceza verilmemesinin nedeni "Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir." şeklinde açıklanmıştır.

⁴ Kanunda fail tarafından o zamana kadar gerçekleştirilen hareketlerin esasen bir suç oluşturması halinde cezalandırmanın söz konusu olacağı hükmü, farklı bir suçun varlığının

hali dışında) cezalandırılmaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira gönüllü vazgeçmeyle teşebbüste mevcut olan haksızlığın veya o aşamaya kadarki failin kusurluluğunun ortadan kaldırılmasından söz edilemez. Bu nedenledir ki, gönüllü vazgeçme tipiklik ve kusurluluk alanına hasredilemeyecek niteliktedir ve ancak vazgeçmenin cezayı kaldıran etkisi vardır⁵.

Teşebbüsten dolayı cezalandırmayı ortadan kaldıran gönüllü vazgeçmenin esasına yönelik yapılacak değerlendirme, teşebbüsün

aranması şeklinde bir zorunluluğu içermez. Nitekim söz konusu husus, failin daha fazlasına kast edip de suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini gerçekleştirdikten sonra gönüllü vazgeçmesi halinde failin ilgili suçtan dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı (örn. cinsel saldırı suçunun sarkıntılık şeklinde gerçekleştirilmesi) üzerinden incelenebilir. Böyle bir durumda fail hakkında teşebbüs aşamasında kalan cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmayacağı ve ancak cinsel taciz suçundan sorumlu olabileceği kabulü, adil olmayan ve kanun koyucunun amacıyla örtüşmeyen bir sonucu ortaya çıkaracağından, cinsel saldırı suçunun sarkıntılık şeklinde işlenmesi üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. bs. (Ankara: Seçkin, 2022), 446. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. bs. (Ankara: Adalet, 2023), 498; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 390; Elif Ergüne, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, 1 (Haziran 2023), 81; Hale Akdağ, “Gönüllü Vazgeçme,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 2 (2013), 110. Gönüllü vazgeçmede tam olan kısım açısından başka bir suçu arayan görüşler için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. bs. (Ankara: Seçkin, 2021): 478; Akyürek, *Gönüllü Vazgeçme*, 192; Enes Yılmaz, “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, 4 (2016): 2597; Nevzat Kaan Karcıoğlu, “Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309),” *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (İstanbul: 2016), 228; Bozdağ, *İştirak Halinde*, 97. “...İcra hareketlerinin terkedilmesi ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklinde gelişen her iki haldeki gönüllü vazgeçmede de, failin işlemekte olduğu suça ilişkin hareketleri teşebbüs aşamasında kaldığı halde, TCY'nın 36. maddesi uyarınca bu suçtan dolayı ceza verilemeyecek, işlemeyi kastettiği suça yönelik olarak vazgeçme anına kadar icra ettiği hareketlerinin bir başka suçu oluşturmaması durumunda, o suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Başka bir anlatımla gönüllü vazgeçmenin aynı zamanda tamamlanmış olan suçlara etkisi bulunmamaktadır. Vazgeçme sadece icra hareketlerine başlarken işlenmesi kastolunan suçu kapsar ve bu suça teşebbüsten cezalandırılmama sonucunu doğurur, ancak aynı zamanda **tamamlanan başka bir suçun cezalandırılmasını etkilemez.**” YCGK, E. 2011/1-692, K. 2012/60, K.T. 28.02.2012. “... Fakat bu hareketler, terkedilmiş olan suçun unsurlarını da meydana getiriyorlarsa, bu son suçu da cezalandırmamak için sebep yoktur, çünkü, aksi halde suçlu başka bir suça matufmuş gibi göstererek ve bundan vazgeçmiş olduğunu ispat ederek, muayyen bir suçun cezasından kolaylıkla kurtulmak yolunu bulabilir.” Erra Carlo, “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme,” (Çev. Sahir Erman) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (ÜHF)* 10, 3-4 (1945): 719. Bileşik suç hakkında değerlendirme için bkz. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1203.

⁵ Aktaran Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 778.

cezalandırılma nedeninden tamamen bağımsız şekilde ele alınamaz⁶. Teşebbüsün cezalandırılma nedeninin objektif esas çerçevesinde kabul edildiği⁷ TCK açısından, teşebbüsün başlangıcı için failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması⁸ esas alınmıştır. Gönüllü vazgeçme bakımından da vazgeçmenin tespitinde objektif ölçütün belirleyici olması, bunun yanı sıra gönüllülük tespitinde failin tasavvurunun da göz önünde bulundurulması gereklidir. Böyle bir kabul, aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, özellikle Alman hukukunda teşebbüse ilişkin benimsenen yaklaşımın⁹ ortaya çıkardığı gönüllü vazgeçmeye ilişkin hata hallerinin ve başarısız teşebbüs durumunun, Türk hukukunda ele alınışına etki edecektir.

Gönüllü vazgeçmenin bir cezasızlık nedeni olarak kabul edilmesinin nedeni farklı gerekçelere¹⁰ dayandırılmıştır. Çalışmanın amacı, gönüllü

⁶ Karl Heinz Gössel, “Über den fehlgeschlagenen Versuch,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 87, 1 (1975): 26. Teşebbüs ile gönüllü vazgeçme arasındaki ilişkiye dair ayrıca bkz. Bozbayındır, *Gönüllülük Şartı*, 91 vd.

⁷ Akbulut, *Genel Hükümler*, 719-720.

⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zafer İçer, *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 129 vd.

⁹ Alman Ceza Hukuku sisteminde teşebbüs açısından subjektif ağırlıklı yaklaşımın hâkim olduğu yönünde bkz. Gözde Kazaker, “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi,” *Ceza Hukuku Dergisi* 14, 39 (2019): 206. Alman Ceza Kanunu’nda (ACK) yer alan teşebbüse ilişkin düzenlemenin (md. 22) teşebbüs öğretisinde açıkça subjektif teorinin esas alındığını gösterdiğini belirten Streng, böylece failin tasavvurunun, suç işleme kastını ortaya koyan hareketiyle teşebbüs eşiğini aşır aşmadığına ilişkin objektif inceleme için tek başlangıç noktası teşkil ettiğini ifade etmiştir (Franz Streng, “Der Irrtum beim Versuch - ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestands,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109, 4 (1997): 864). Yazar Alman doktrininde yerleşik hale gelen tam-eksik teşebbüs ayrımının özellikle gönüllü vazgeçme incelemesinde önem arz ettiğini belirtmiştir (Streng, *Der Irrtum beim Versuch*, 865). Alman Hukuku’nda tam teşebbüs ve eksik teşebbüs ayrımının gönüllü vazgeçme bakımından önemi, tam teşebbüsten vazgeçmenin ancak, failin suçu tamamlamak için gerekli olduğunu düşündüğü hareketi gerçekleştirdikten yani suçun icra aşamasını tamamladıktan sonra aktif bir davranışla neticeyi önleme imkânına hâlâ sahip olduğuna inanması halinde mümkün olabilmesidir (Volker Haas, “Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 123, 2 (2011): 256). Zira söz konusu ayırım failin tasavvuruna bağlı olduğundan, fail suçu tamamlamak için gerekli olduğuna inandığı her şeyi henüz yapmadığını düşünüyorsa eksik teşebbüs, buna karşılık fail suçun neticeye ulaşması için gerekli veya muhtemelen yeterli olduğuna inandığı her şeyi yaptığını düşünüyorsa tam teşebbüs vardır. Helmut Satzger, “Auswirkung des Deliktwechsels beim Rücktritt,” *JURA - Juristische Ausbildung* 39, 11 (2017): 1342.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 20 vd. İcra hareketlerini yarıda bırakma şeklinde gerçekleşen vazgeçmeyle, suçun tamamlanmasını veya neticeyi önleme şeklinde gerçekleşen vazgeçmede vazgeçmenin cezayı kaldıran etkisinin aynı sebebe

vazgeçmenin cezasızlık nedeninin detaylı şekilde incelenmesi olmamakla birlikte, bazı noktalarda bu husus önemli bir argüman teşkil edeceğinden, genel hatlarıyla konu hakkında benimsenen yaklaşım belirtilmelidir. Bu noktada esas alınan cezanın amacı teorisi¹¹ (*Strafzwecktheorie*) çerçevesinde vazgeçen failin teşebbüsten dolayı cezasızlığı, işlenen fiil bakımından cezanın genel önleme ve özel önleme etkisinin bulunmaması nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırmaya duyulan ihtiyacın ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalmasıyla gerekçelendirilmiştir¹². Böyle bir ihtiyacın ortadan kalkmasının nedeni ise gönüllü vazgeçme halinde failin, teşebbüsle yarattığı ve suçun tamamlanmasına ilişkin tehlikeyi sona erdirmeye veya bu tehlikenin önemli ölçüde azaltılmasını¹³ sağlamaya yönelik gönüllülük esasına bağlı davranışlarına dayanır.

dayandırılmayacağı yönünde değerlendirme için bkz. Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (München: C.H.Beck, 2009), 303.

¹¹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 366; İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver, *Suç Teorisi*, 361; Sözüer, *Suç Teşebbüs*, 238; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. bs. (İstanbul: Beta, 2017), 475; Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 787; Haas, *Versuch und Rücktritt*, 233 vd. Nitekim Federal Yüksek Mahkeme, cezalandırmanın amacına dayandırdığı yaklaşımı çerçevesinde vazgeçme durumunda teşebbüsten cezasızlık sonucunu, suç işleme iradesinin sonradan zayıflaması ve cezalandırma ihtiyacının ortadan kalkması üzerine temellendirmiştir (Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 773. Bu teorinin gönüllü vazgeçmenin vazgeçmeyle ilişkisini göz ardı ederek gerekçelendirme sunduğu yönünde eleştiri için bkz. Günther Jakobs, "Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 104, 1 (1992): 83. Bu teorinin vazgeçmenin cezasızlık dayanağını açıklamada yerinde olmadığı şeklindeki değerlendirme için bkz. Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 62.

¹² Jens Bülte, "Der strafbefreiende Rücktritt vom vollendeten Delikt: Partielle Entwertung der strafbefreienden Selbstanzeige Partielle Entwertung der strafbefreienden Selbstanzeige gemäß § 371 AO durch § 261 StGB?," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 122, 3 (2010): 568. Teoriye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 680. Bu teori Alman doktrininde de baskın görüş olarak kabul edilir. Mareike Herrmann, *Der Rücktritt im Strafrecht Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda*, (Berlin: Duncker&Humblot, 2013), 23.

¹³ Jäger, bu durumu gönüllü vazgeçmede hukuki değer ihlal edilmesine yönelik oluşturulan tehlikenin geri çevrilmesi (*Prinzip der Gefährdungsumkehr*) şeklinde ifade etmiştir (Christian Jäger, "Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112, 4 (2000): 798). Bu nedenle gönüllü vazgeçmenin, hâkime takdiri olarak tanınmış cezada indirim sebebi değil, teşebbüsten dolayı cezayı kaldıran bir neden olduğu yönünde görüş için bkz. Bülte, *Der strafbefreiende Rücktritt*, 570. Bu ilkenin ceza hukukunda bir diğer ifadesinin, öngelen tehlikeli hareket nedeniyle garantörlük durumu olduğu yönünde bkz. Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 216. Gönüllü vazgeçmede geri çevrilenin ne olduğu, vazgeçmenin esasını ortaya koyan

II. FAİLİN SUÇUN TAMAMLANMASINI ÖNLEMESİ ŞEKLİNDEKİ ÇABAYA DAYANAN VAZGEÇME DAVRANIŞI

A. Vazgeçme Davranışının Nedenselliği

TCK md. 36 gönüllü vazgeçmenin 2 şekilde¹⁴ gerçekleşebileceğini hüküm altına almıştır. İlgili düzenlemeye göre ya suçun icrasının bırakılması ya da suçun tamamlanmasının veya neticenin¹⁵ önlenmesi gereklidir¹⁶. Her iki durum bakımından geçerli olan husus, tipikliğin gerçekleştirilmesine ilişkin sürecin hâlâ failin elinde olmasıdır. Suç seyrine ilişkin sürecin tamamen failin hâkimiyet alanından çıkması durumunda gönüllü olarak ne icra hareketlerinin

görüşlere göre farklılık gösterir. Gönüllü vazgeçmeyi normatif esaslar çerçevesinde ele alan yaklaşımların bu konuya ilişkin formülasyonları hakkında bkz. Klaus Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, (Berlin: de Gruyter, 1976), 313 vd.

- ¹⁴ İcrai hareketle işlenen suçlar ile ihmalî suçlar arasında bu konuda ayırım yapılması gerektiği, ihmalî suçların yapısal özelliği gereği suçun icrasının yarıda bırakılmasıyla suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki ikiliğin bulunmadığı ve böylece ihmalî suçlar açısından gönüllü vazgeçmede teşebbüs aşamalarındaki ayırımın ortadan kalktığı yönünde bkz. Küper, *Rücktritt vom Versuch*, 5.
- ¹⁵ Madde metninde iki kavramın birlikte yer almasının gereksiz olduğu yönünde bkz. Akdağ, *Gönüllü Vazgeçme*, 107. İki kavramın birlikte kullanılmasının, sırf hareket suçlarıyla neticeli suçların niteliklerinden kaynaklandığı ve her iki kavramın da suçun tamamlanmasını ifade ettiği yönünde bkz. Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 124; Özcan Erdagöz, “Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14 (2013): 1067. Sırf hareket suçlarında vazgeçmeye dair bkz. İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver, *Suç Teorisi*, 351.
- ¹⁶ Gönüllü vazgeçmenin gerçekleşme şekillerine ilişkin aktif-pasif gönüllü vazgeçme ayrımı için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7. bs. (İstanbul: Beta, 2019), 514; Aksoy İpekçioğlu, *Suçta Teşebbüs*, 152; Yaşar ve İba, *Gönüllü Vazgeçme*, 109. 765 sayılı TCK’da gönüllü vazgeçme sadece icra hareketlerinden vazgeçme halinde uygulanabilir bir kurum olarak yer almaktaydı. İcra hareketleri tamamlandıktan sonraki failin vazgeçmesi etkin pişmanlık kapsamında bulunuyordu. Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver, *Suç Teorisi*, 358 vd.; Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1175. 765 sayılı Kanun’da sadece icra aşamasında gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesinin bilinçli bir tercih olduğu yönünde bkz. Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 446. Eski Kanun döneminde etkin pişmanlık ve gönüllü vazgeçme ayrımı için bkz. Köksal Bayraktar, “Faal Nedamet,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, 3-4 (1967):124 vd. Vazgeçme için aktif hareketle suçun tamamlanmasının önlenmesinin arandığı aşamanın gönüllü vazgeçme kapsamında yer almasının uygun olmadığı yönünde bkz. Akdağ, *Gönüllü Vazgeçme*, 94. Bunun suçluluğa prim vermek anlamına geldiği hakkında bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 242. Benzer şekilde ACK’da da gönüllü vazgeçmenin kapsam alanı kanun değişikliği ile birlikte genişletilerek, sözü edilen durum gönüllü vazgeçmenin diğer bir şekli olarak kabul edilmiştir.

bırakılması ne de suçun tamamlanmasının önlenmesi mümkün olabilir¹⁷. Burada vurgulanan suç seyrine ilişkin süreç üzerinde olan hâkimiyet olup, salt sübjektif esasa dayanan suç işleme kararına hâkim olabilirlik değildir.

Hem suça ilişkin icranın yarıda bırakılması ile hem de neticenin önlenmesiyle vazgeçmede failin vazgeçme iradesinin gönüllü olması¹⁸ gerekmele birlikte, aralarında gerçekleştiriliş şekli bakımından ayırım vardır. Bu nedenle failin hangi aşamada vazgeçtiği, gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesini sağlayan şartları etkiler¹⁹. Suçun icrası sırasında vazgeçmede icra hareketlerinin yarıda bırakılması yeterli olurken, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra vazgeçme halinde fail ancak neticeli suçlar bakımından neticenin, diğer suçlar açısından suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik çabanın bulunup bulunmadığı şartına bağlı olarak gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir²⁰. Zira suçun icra hareketlerinin bitirilmesiyle neticenin gerçekleşmesi arasındaki zaman aralığında artık vazgeçme için suçun icra hareketlerinin bırakılması mümkün değildir²¹. Böyle bir durumda suça ilişkin icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinden sonra, haksızlık bakımından olumlu etkisi olmayan aksine suçun tamamlanmaması için etki eden bazı davranışların yapılması gereklidir²² ki, bu tür suçlarda gönüllü vazgeçmenin çaba unsurundan bahsedilebilir. Söz konusu davranışlar bu yönüyle failin suç tamamlanmasını reddeden iradesini ortaya koydukları için önemlidir²³.

Belirtilmelidir ki, failin göstermiş olduğu çabaya rağmen suçun tamamlanması halinde fail gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır. Bu

¹⁷ Akdağ, *Gönüllü Vazgeçme*, 101; Yaşar ve İba, *Gönüllü Vazgeçme*, 109.

¹⁸ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 786.

¹⁹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 368. ACK'da da gönüllü vazgeçme bakımından ikili ayırım yer almakla birlikte doktrinin bir kısmı ve mahkeme kararlarında gönüllü vazgeçmeye ilişkin kanunda yer almayan başarısız teşebbüs (*fehlgeschlagenen Versuch*), eksik teşebbüs (*unbeendeten Versuch*) ve tam teşebbüs (*beendeten Versuch*) kavramları üzerinden gönüllü vazgeçme değerlendirmesi yapılmasına yönelik eleştiri için bkz. Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 123. Benzer yönde diğer bir görüş, vazgeçmeye ilişkin çeşitli durumların sınıflandırılması açısından bu kavramların kullanılmasının yararlı olduğunu ancak yasanın uygulanması noktasında aşırıya kaçılmaması gerektiğini ve gönüllü vazgeçmeyle ilgili kanun hükmünün uygulanmasında öncelikle yasanın lafzında belirtilen vazgeçme koşullarının temel alınması gerektiğini ifade etmiştir. Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 685.

²⁰ Akbulut, *Genel Hükümler*, 746.

²¹ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 10.

²² Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 783.

²³ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 788.

ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek takdiri bir indirim nedeni olabilir²⁴. Suçun tamamlanmasının önlenmesinin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin farklı ihtimaller söz konusu olabilir. Kanun'da suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi şeklinde ifade edilmekle birlikte; bu, suçun tamamlanmasının önlenmesi için gerekenin mutlaka bizzat fail tarafından yapılması anlamına gelmez²⁵. Örneğin, öldürme amacıyla ağır yaralanan mağdurun hekim müdahalesiyle kurtarılması gibi failin katkısı o aşamaya kadarki sürecin kontrol altında tutulmasından ibaret olabilir. Önemli olan, neticenin önlenmesine ilişkin sürecin vazgeçen failin kontrolünde bulunmasıdır²⁶. Fail tarafından önlemeye yönelik davranışın doğrudan başlatıcı nitelikte olması şart koşulduğundan, buna yönelik sadece hazırlık içinde olması yeterli değildir²⁷. Neticenin önlenmesi veya suçun tamamlanmaması, vazgeçen failin eseri olarak kabul edilebilmelidir²⁸. Dolayısıyla fail bizzat kendi hareketiyle suçun tamamlanmasıyla ilgili nedensellik serisinin kesilmesine müdahalede bulunabileceği gibi, üçüncü

²⁴ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 370.

²⁵ Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 325; Erdoğan, *Gönüllü Vazgeçme*, 100.

²⁶ "Gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesinde 'Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.' şeklinde belirtildiği, somut olayda sanığın katilana tabanca ile ateş ettikten sonra katılanın sanık ile konuşarak yaralandığını söyleyerek kendisini hastaneye bırakmasını istediği, sanığın da bunun üzerine araç ile kaçarken katılanı bilirkişi raporu ile tespit edilen (olay yerine nispeten yakın mesafede 2 ayrı hastane de var iken) olay yerine 7300 metre uzaklıkta bulunan ... Kalp Damar Hastanesi yakınında gümrük yolu üzerinde bir yere bıraktığı anlaşıldığından, sanığın katilana 6 defa ateş etmek suretiyle göğüs, karın ve bacak bölgelerinden yaralamak suretiyle eylemini tamamladığı, neticenin meydana gelmesini engelleyecek bir tavır ve davranış sergilemediği, tamamladığı icrai hareketlerden sonra katılanın ısrarlı yakarıları sonrası katılanı hastaneye uzak bir noktada indirerek olay yerinden kaçtığı, katılanın yardım çağrılarını üzerine çevredekilerin müdahalesi ile kaldırıldığı hastanede yapılan sağlık yardım ve tedavileri neticesinde eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşıldığından, sanık hakkında 5237 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesi gereği gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini hukuka aykırı bulunmuştur." Y. 1. CD, E.2022/10251 K.2023/1243, 22.03.2023, (www.legalbank.net).

²⁷ Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2. Aufl. (Berlin-Boston: De Gruyter, 2011), 754. Yazar bu durumu şu örnek üzerinden somutlaştırmıştır: Fail mağdura yardım etmek için suç mahalline geri döner, ancak etkili yardımın zaten sağlanmış olduğunu görür. Burada çaba göstermeye yönelik davranışı salt hazırlık aşamasında kalmış olduğundan suçun tamamlanmasının önlenmesi açısından çabadan söz edilemez. Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 754.

²⁸ Hans Kudlich, "BGH v. 29. 10. 2002 4 StR 281/02 Rücktritt vom Versuch bei mehraktigem Unterlassungsdelikt," *Juristische Rundschau* 2003, 9 (2003): 381; Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 787.

kişinin yardımıyla birlikte neticenin önlenmesi sonucunu ortaya çıkarabilecektir²⁹. Vazgeçme bakımından belirleyici olan, gerçekleştirilen davranışın bizzat faile isnad edilebilirliğidir³⁰.

Her durumda failin önlemeye yönelik aktif bir davranış gerçekleştirilmesi lüzumu, çabanın oluşması için aranmakta olup³¹; çabanın bulunması şartı, neticenin önlenmesine yönelik salt fırsatların oluşturulmasının yeterli olmayacağını ifade eder. Nitekim öldürme amacıyla ateş eden kişinin ölüm neticesini engellemek için sadece telefonla hastaneden yardım istemesi veya yaralanan mağdurun araması için izin vermesi³² gönüllü vazgeçmeden yararlanması sonucunu ortaya çıkarmaz. Sağlık görevlilerini harekete geçirmiş olması henüz neticenin gerçekleşmesine engel olduğu anlamına gelmemektedir³³. Benzer şekilde öldürmek amacıyla icra hareketlerine başladığı ve yaraladığı mağduru hastanenin kapısına bırakıp oradan ayrılan fail hakkında, mağdur kurtarılmış olsa da, gönüllü vazgeçme için aranan çaba şartı gerçekleşmemiştir³⁴. Failin neticenin önlenmesine yönelik süreçte, 3. kişilerin bunu başarabilecek olmalarını ihtimal dâhilinde görmesi yeterli olmayıp, bundan emin olması gerekir³⁵.

Failin bizzat kendi davranışıyla çaba göstermesi suretiyle suçun tamamlanmasını önleme ile bir başkasının aracılığıyla bunu sağlaması

²⁹ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 442. 3. kişinin neticeye önlemeye sevk edilmesinin her durumda fail bakımından gönüllü vazgeçmenin uygulanmasında yeterli olmayacağı yönünde bkz. Nikolaus Bosch, "Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge (JK 2/2020, § 13 StGB)," *Juristische Ausbildung JURA* 42, 2 (2020):192. "...Fail sonucu önlemeye yönelik aktif davranışlarda bulunmalı ve bunun için ciddi çaba sarf etmelidir. Ancak aktif davranış, failin mutlaka kendisinin müdahalede bulunmak zorunda olması şeklinde anlaşılmalıdır. Failin iradesine dayanan ve sonucu önlemeye yönelik bulunan her türlü çaba bu kapsamda olup üçüncü kişinin hareketi de, bu hareketin yapılmasına fail tarafından neden olunduğu sürece yeterli kabul edilmelidir. Nitekim belirli bazı durumlarda sadece failin müdahalesinin sonucun gerçekleşmesine engel olmayacağı açıktır; bu kapsamda, fail tarafından ilk yardım ekibinin veya ifaiyenin çağırılması gibi neticenin meydana gelmesini engelleyen davranışların yapılması yeterli görülebilir." YCGK, E. 2011/1-692, K. 2012/60, 28.02.2012.

³⁰ Akbulut, *Genel Hükümler*, 749.

³¹ Akbulut, *Genel Hükümler*, 748. Konu hakkında ayrıca bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. bs., (Ankara: Savaş, 2019), 312.

³² Albin Eser, "§ 24 Rücktritt," içinde *Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl. (München: C.H.Beck, 2006), 469.

³³ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 787.

³⁴ Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, (Berlin-Boston: De Gruyter, 2000), 267.

³⁵ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 355; Tozman, *Suç Teşebbüs*, 336.

arasında aranan çabanın niteliği açısından farklı bir değerlendirme yapma gerekliliği yoktur. İlk ihtimal bakımından mevcut şartlar dâhilinde önlemeye yönelik en iyi davranışı gerçekleştirilmese dahi vazgeçmenin kabulü mümkünken, diğer ihtimalde ancak bu şekilde davranması halinde vazgeçmeden yararlanabileceğine yönelik varılan sonuç³⁶ hukuki dayanaktan yoksundur.

Her ne kadar neticenin gerçekleşmesinin önlenmesine yönelik aşamada en iyi katkıyı sağlamış olması zorunlu değilse de, failin neticenin önlenmesine ilişkin kesin ve hükmedilebilir nedensel süreci sağlamış olması aranır³⁷. Dolayısıyla failin suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik farklı şekillerde davranma imkânına sahip olması durumunda, vazgeçmenin sağlanması açısından hepsinin gerçekleştirilmesi gerekli olmayıp, herhangi birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir³⁸. Ancak burada salt tipikliğin gerçekleştirilmesine ilişkin tehlikeliliğin azaltılması yönündeki vazgeçme davranışının uygun olmayacağına dikkat edilmelidir³⁹. Bu sürece ilişkin nedenselliğin failin bu yönde davranışı bulunmaksızın, 3. kişinin hareketi ya da mağdurun aldığı tedbirler veya doğa olayı gibi etkenlerle sağlanması halinde failin neticeyi önlemesinden söz edilemez⁴⁰. Bu nedenle failin çabasından kaynaklanmayan ve vazgeçmeye ilişkin nedenselliğin faile isnad edilemediği herhangi bir nedenle suç tamamlanmaz veya netice önlenirse, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı kabul edilmiştir⁴¹. Konuya ilişkin olarak TCK madde gerekçesinde çabanın varlığının kabulü açısından çabanın ciddi olması gerekliliğine yer verilmiştir. Madde düzenlemesinde yer almayıp gerekçede belirtilen ciddilik vurgusu, özellikle suçun

³⁶ Joachim Renzikowski, “Wirksamkeit des Rücktritts eines »Lebensmittelerpressers« vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge bei Verhinderung der Todesfolge,” *Juristische Rundschau* 3 (2021): 130. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 333.

³⁷ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 787; Bosch, *Rücktritt vom Versuch*, 192; Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 128. Vazgeçme davranışının nedenselliğinden söz edilemeyen örnek olay için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 337.

³⁸ Cem Şenol, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41),” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5, 10 (2017): 536. Bu yönde görüş için ayrıca bkz. Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 370. Yazarlar, her durumda fail tarafından gösterilen çabanın sonuç vermiş olması gerekliliğine vurgu yaparak, bu çabanın sonuçsuz kalması halinde ancak takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceğini ifade etmişlerdir (Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 370).

³⁹ Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 752.

⁴⁰ Akbulut, *Genel Hükümler*, 761.

⁴¹ Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 112.

tamamlanmasının önlenmesi aşamasında birden fazla etkenin bulunduğu durumlarda fail tarafından yaratılan katkının önemini de gösterir. Neticeye engel olma noktasında fail tarafından sadece bir vesilenin oluşturulması⁴², nedensellik şartını sağlamakla birlikte, vazgeçmenin sonuç doğurabilmesi için yeterli değildir.

Konuyla ilgili önem arz eden husus, failin çabasına rağmen failin vazgeçme hareketinden kaynaklanmayan başka bir nedenle suçun tamamlanmaması durumunda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanıp yararlanamayacağıdır⁴³. Nedensel olmayan vazgeçme⁴⁴ şeklinde ifade edilen bu durumda elverişsiz teşebbüs veya tehlikenin en başından itibaren çok düşük olduğu durumlardan ziyade özellikle suçun icrasının ortaya çıkardığı tehlikenin başka bir nedenin araya girmesi sebebiyle ortadan kalktığı ve neticenin önlenmediği durumlar önem taşır⁴⁵. Böyle bir durumda fail tarafından gösterilen çabanın o ana kadarki nedensel sürece hâkim olması ve buna rağmen farklı bir sebep nedeniyle neticenin önlenmesinin vazgeçen failin lehine olarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁶. Nitekim öldürmek için mağdura ateş eden fail, ölüm neticesini engellemek için ambulans çağırması ve fakat ambulans gelmeden önce yoldan geçen biri mağduru arabasıyla hastaneye yetiştirmişse, fail açısından gönüllü vazgeçme vardır⁴⁷. Belirtilen durumun tersine, failin önlemeye yönelik çabasına rağmen, başka bir sebepten dolayı suçun tamamlanması gerçekleşmişse, yine nedensel olmayan vazgeçme vardır fakat failin tamamlanmayı önlemek için aktif davranışa dayanan çabası, vazgeçmeyi karşılamaktadır⁴⁸. Aynı sonuç, failin suçun icrasından vazgeçmesine yönelik çabasını 3. bir kişinin engellemesi halinde de geçerlidir, çünkü böyle bir durumda 3. kişinin müdahalesi ile isnadiyet bağlantısının (*der*

⁴² Şansın yaratılması teorisi (*Chanceneröffnungstheorie*) şeklinde ifade edilen yaklaşım çerçevesinde böyle bir durumun varlığında dahi gönüllü vazgeçmenin uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 266.

⁴³ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 443.

⁴⁴ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 356.

⁴⁵ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 788.

⁴⁶ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 788.

⁴⁷ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 356.

⁴⁸ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 356; Bayraktar, *Faal Nedamet*, 147; Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1192. Benzer yönde bkz. Jakobs, *Rücktritt als Tatänderung*, 86-87. Mağdurun, kurtarma davranışına engel olmak suretiyle neticenin meydana gelmesine sebep olması durumuna ilişkin değerlendirme için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 341.

Zurechnungszusammenhang) kesilmesi söz konusudur ve fail gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır⁴⁹.

Alman yargı içtihadında gönüllü vazgeçme için vazgeçme davranışının nedenselliği ve aranan çaba ölçütüne ilişkin yaklaşımın farklılaştığını belirtmek gerekir. Daha önceki yaklaşım, failin bilinçli olarak, harekete geçirilmiş bir nedensellik zincirini kesintiye uğratmasının yeterliliği yönünde olmuştur⁵⁰. Çabanın aktif bir davranışı gerekli kılmasının yanı sıra, aktif bir davranışın bulunmasına rağmen, neticenin önlenmesinin tesadüfi nedenlere dayanmaması ve bu bağlamda en azından failin bakış açısından tutarlı kurtarma önlemlerinin uygulanması gerektiği vurgusuyla⁵¹ failin tasavvuruna dayanan bir yaklaşım ortaya konulmuştur. Failin davranışının suçun tamamlanmasını önlemede nedensel olduğunun kanıtlanması koşuluyla, failin neticeyi önlemek için çeşitli olasılıklar arasından en uygun olanı seçmemiş olması halinde de teşebbüsten vazgeçme mümkün olup, failin daha hızlı veya daha kesin seçeneklere sahip olup olmadığı önemli değildir⁵². Bununla birlikte yakın zamanlı Alman yargı kararlarının gönüllü vazgeçme için gerekli ciddi çabanın ancak failin neticeden kaçınmak için olanaklarını gerçekten tüketmiş olması halinde kabul edilebileceği yönünde olması⁵³, gönüllü vazgeçmenin uygulama alanının daha dar tutulmak istendiğini göstermiştir. Benzer şekilde Yargıtay konuyla ilgili bir kararında⁵⁴ “*Ciddi bir çabanın varlığından söz edebilmek için de failin içinde bulunduğu koşullarda sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik mevcut olan bütün olanaklarını seferber etmesi gereklidir.*” şeklindeki ifadesiyle çabanın yoğun olması gerekliliğine dikkat çekmiştir.

⁴⁹ Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 111.

⁵⁰ Bosch, *Rücktritt vom Versuch*, 192. Bu yaklaşımı eleştiren *Jakobs*, böyle bir görüşe göre, failin suçun tamamlanmasını önlemesinin, suçu işlemesine kıyasen daha az etkili bir şekilde gerçekleşmesi halinde cezasızlık sonucunun ortaya çıkabileceğini ve bunun çelişki arz ettiğini ileri sürmüştür. *Jakobs*, *Allgemeiner Teil*, 753.

⁵¹ Bosch, *Rücktritt vom Versuch*, 192; Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 277.

⁵² *Jakobs*, *Allgemeiner Teil*, 752. Bu ölçüt hakkında ayrıca bkz. Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 128.

⁵³ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 267. Yazar böyle bir yaklaşımın gönüllü vazgeçmeye ilişkin yasal düzenleme açısından da isabetli olduğunu belirterek, teşebbüsle hukuki değere yönelik en azından soyut bir tehlike yaratan failin ancak kendi bakış açısına göre neticeyi önleme olanaklarını tüketmişse cezasız kalmayı hak edeceğine dikkat çekmiştir. Yazar ayrıca ciddi çaba bakımından belirleyici ölçütün sadece failin, kendisinin çabalarının neticenin ortaya çıkmasını engelleyeceğine ikna olması ile sınırlandırılmayacağını, bunun yanı sıra objektif olarak 3. bir kişinin bakış açısıyla mevcut durumun onaylanması gerekliliğini ifade etmiştir. Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 267.

⁵⁴ YCGK, E. 2011/1-692, K. 2012/60, 28.02.2012 (www.legalbank.net).

Tüm bunlar ışığında suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki vazgeçmede vazgeçme davranışının nedenselliğinin yanı sıra vazgeçme davranışının dayandığı çabanın belirlenmesinde farklı bağlantı noktalarına ihtiyaç vardır.

B. Aktif Davranışa Dayanan Elverişli Çaba

Suçun icrasından vazgeçmede hem aktif hem de (hareketsiz kalmak suretiyle) ihmali davranış mümkünken, suçun tamamlanmasının önlenmesi ancak aktif davranışla gerçekleşebilir⁵⁵. Dolayısıyla fail tarafından suçun tamamlanmasının gerçekleşmesi olasılığıyla birlikte nedensel sürece ilişkin kontrolün bırakılması suretiyle vazgeçme, teşebbüsten dolayı cezazırlık sonucu için yeterli değildir⁵⁶. Böylece gönüllü vazgeçmenin ilk şekli olan suçun icrasından vazgeçmenin iradi olması şartına, ikinci şekilde suçun tamamlanmasının önlenmesinin failin kendi çabasına dayanması şartı eklenir.

Doktrinde gönüllü vazgeçme açısından suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik çaba aktif çaba olarak ifade edilerek, failin hareketsiz kalması veya tesadüfi sebeplerle neticenin önlenmesi durumlarının gönüllü vazgeçme kapsamında yer alamayacağına⁵⁷ dikkat çekilmek istenmiştir. Bununla birlikte aktif olma vurgusunun çabadan ziyade çabayı sonuçlayan davranışa ait olduğu göz önünde bulundurularak, aktif davranışlarla engel olma veya önlemenin, çaba şeklinde karşılık bulduğunun kabulü gereklidir.

Özellikle mağdurun kendi hareketiyle veya üçüncü bir kişinin yardımıyla kurtulması ve failin -kayıtsız kalmak suretiyle- buna engel olmayarak neticenin gerçekleşmemesi durumunda gönüllü vazgeçme için aranan çaba

⁵⁵ Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 112; Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. (Berlin: Duncker&Humblot, 1996), 541; Sebastian Bürger, "Der fehlgeschlagene Versuch: rechtliche Einordnung und Anwendung des Zweifels satzes bei fehlenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters." *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)* 1 (2015): 23; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 369; Önder Tozman, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 84 (2009): 179. İhmali suçlarda vazgeçme hakkında ayrıca bkz. Hakeri, *Genel Hükümler*, 489-490.

⁵⁶ Claus Roxin, "Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre," içinde *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015*, eds. Carl-Friedrich Stuckenberg, Klaus Ferdinand Garditz, (Berlin: Duncker&Humblot, 2015), 258. İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının ihmali davranışının ciddi çaba içinde kabul edilebileceği durumların bulunduğu yönünde görüş için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 377.

⁵⁷ Küper, *Der Rücktritt vom Versuch*, 2.

unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusu, çabanın aktif olması gerekliliği noktasında tartışmalıdır⁵⁸. Böyle bir durumda failin gönüllü davrandığı söylenebilir de neticenin gerçekleşmesinin engellenmesine yönelik kayıtsız kalması nedeniyle vazgeçmenin objektif uygunluğu açısından çaba gösterdiğinden söz edilememelidir. Neticenin önlenmesinin vazgeçme davranışından dolayı faile isnat edilebilirliğinde herhangi bir nedenselliğin varlığı yeterli olmayıp, bu noktada çabaya dayanan önleyici nedensellik bulunmalıdır⁵⁹. Mağdura şans vermesi vs. bir sebeple failin hâlâ neticenin gerçekleşmesini istemese bile kabullendiği aşamada bulunması⁶⁰, vazgeçmenin çaba unsurunu karşılamaz. Fail bu aşamaya kadarki hareketleriyle belirli dereceye ulaştırdığı tehlike nedeniyle hukuki düzeni sarsan etkiyi ortaya koymuştur⁶¹ ve ancak aktif davranışlara dayanan çabasıyla bundan dönmesi söz konusu olabilir.

Aktif davranışın yanı sıra suçun tamamlanmasının önlenmesine ilişkin sürecin failin kontrolü altında bulunması, önlemeye yönelik salt nedenselliğin oluşturulmasının yeterli olmadığını gösterdiği gibi, fail açısından her durumda mutlak olarak en iyi önleme imkânının uygulanmasının zorunlu olmadığına işaret etmektedir. Mağdurun kurtulmaya yönelik davranışına kayıtsız kalınmasında tam olmakla birlikte kısmen suç yolundan dönüldüğü⁶² söylenebilir de, gönüllü vazgeçmenin uygulanması açısından yetersizdir. Failin suç işleme kararından tam olarak vazgeçmesi⁶³ ve özellikle suçun tamamlanmasını önleyici davranışı veya önlemeye yönelik önemli katkıyı kendi imkânları çerçevesinde (olayın şartlarına göre) bizzat gerçekleştirmesi

⁵⁸ İhmalî davranışla vazgeçmeye yönelik tartışma için ayrıca bkz. Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 144 vd. Bergmann, sözü edilen hususu şu örnek üzerinden somutlaştırmıştır: “Bir baba kendini ve üç çocuğunu egzoz dumanıyla zehirleyerek öldürmek ister. Bu amaçla çocuklara zararsız bir uyku hâpı verir, arabayla uzak bir yere gider ve egzoz dumanını arabanın içine yönlendirir. Kısa bir süre sonra (arabanın içi artık egzoz dumanıyla dolmuştur), çocuklardan biri aniden uyanır. Acıyan baba, kapıyı kilitleyerek en ufak bir zorluk yaşamadan planını tamamlayabilecek olmasına rağmen, çocuğun kapıyı açmasına hareketsiz kalır ve engel olmaz.” Matthias Bergmann, “Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 100, 2 (1988): 349.

⁵⁹ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 350.

⁶⁰ Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 128; Herrmann, *Rücktritt im Strafrecht*, 38.

⁶¹ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 353; Janique Brüning, “Entscheidungsanmerkung, BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 423/10,” *Zeitschrift für das Juristische Studium* (2011): 94.

⁶² Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 354.

⁶³ Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 128.

gerekir. Fail bu noktada sübjektif olarak buna ilişkin bir iradeyi açığa vurmuş olsa bile, bu aşamaya ulaşan suç seyrinde gönüllü vazgeçme için gerekli olan çaba objektif olarak mevcut değildir⁶⁴.

Fail neticeyi önleyebilecek durumda olmasına rağmen, bunu olay seyrine göre tesadüfi durumlara bırakmamalıdır⁶⁵. Mağdurun hemen ölmeyeceği veya kendi imkânlarıyla kurtulabileceği ya da diğer kişilerin yardımı sayesinde ölüm neticesinin meydana gelmeyeceği düşüncesiyle⁶⁶ sadece fiile devam etmemeye yetinen failin gönüllü vazgeçtiğinden söz edilemez⁶⁷. Aksi yönde kabul, suçun tamamlanmasının önlenmesi aşamasındaki gönüllü vazgeçmenin kapsamının icra hareketlerinden vazgeçmeye doğru genişletilmesi anlamına gelir ki, bu da öncelikle suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çaba şartının işlevsizleştirilmesi sonucunu ortaya çıkarır. Böyle bir sonuca gönüllü vazgeçme hükmünün konuluş amacı (*ratio legis*) ve kurumun geçirdiği tarihsel süreç kapsamında da ulaşmak mümkündür. Çünkü sadece icra hareketlerinin bırakılmasıyla sınırlı şekilde uygulanan gönüllü vazgeçmenin daha sonra, etkin pişmanlık bağlamında yer alan suçun tamamlanmasının önlenmesi aşamasına genişletilmesiyle birlikte, gönüllü vazgeçmede teşebbüsten dolayı cezasızlığın cezalandırmanın amaçları kapsamında bir temele yerleştirilmesi dikkate alındığında, vazgeçmenin gerçekleşme şekilleri arasındaki ayrıma ilişkin şartlar dar çerçevede⁶⁸ değerlendirilmelidir. Failin suçun tamamlanmasını önlemek için kayıtsız kalması suretiyle vazgeçtiği kabulü, teşebbüs aşamasına ulaşan failin ortaya çıkardığı hukuki düzeni sarsan etkinin geçersiz kılındığını ya da hukuk düzenine olan güvenin tekrar tesis edildiğini göstermez⁶⁹. Bu, *öldürme kastıyla hareket eden failin mağduru karnından veya göğsünden en az bir kez bıçakladığı veya sırtından birkaç kez vurduğu, mağdurun failden kaçmaya çalıştığı ve failin onu daha fazla takip etmediği, ancak herhangi bir kurtarma önlemi de başlatmadığı*⁷⁰ tüm

⁶⁴ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 350.

⁶⁵ Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 130.

⁶⁶ Ingeborg Puppe, "Die Rechtsprechung des BGH zum Rücktrittshorizont," *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 6 (2011): 526.

⁶⁷ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 264.

⁶⁸ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 336.

⁶⁹ Brüning, *Entscheidungsanmerkung*, 97.

⁷⁰ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 525. Benzer durum şu örnek üzerinden de ele alınabilir:

Fail eşini vücudunun üst kısmına denk gelecek şekilde 11 defa bıçaklamış ve öldüğünü düşünmüştür. Ancak daha sonra kadın kaçarak, apartmanın koridorlarından birinde, komşusuna sığınmayı başarmıştır. Fail kadını takip etmemiş, sadece apartmanın ana kapısından çıkıp çıkmadığına bakmıştır. Eşinin çıkmadığını görünce fail, fiilinin kendisi

durumlar için geçerlidir. Böyle bir durumda failin vazgeçme anında neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir tasavvuru yoksa ve buna rağmen çaba göstermiyorsa bu, hareketinin meydana getireceği neticeleri kabullenmesi anlamına gelir⁷¹. Bu yönüyle bütüncül bakış açısının failin kayıtsız kalması durumunu da çaba kapsamında değerlendirilmesini mümkün kıldığı yaklaşımı⁷² kabul edilebilir değildir.

Bununla birlikte şöyle bir örnekte farklı bir değerlendirme yapmak gerekir: Çocuklarını ve kendisini zehirlemek isteyen fail, ertesi sabah, bir önceki akşam bol miktarda uyku ilacı almalarına rağmen çocuklarının ölmediğini fark ederse ve o aşamada tıbbi yardımın sağlanması için çabalarsa, icra hareketlerinin gerçekleştirildiği zamanla suçun neticesinin önlenmesine yönelik çabanın gösterildiği zaman arasında uzun sayılabilecek bir süre geçmiş olmasına rağmen, vazgeçmenin mümkün olduğu görülmektedir⁷³. Fail, neticeyi gerçekleştirebilecek şekilde hâlâ olay seyri üzerinde hâkimiyete sahiptir. Failin çocukların ölmediğini farkına vardığında, neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesine ilişkin kayıtsız kalmayarak aktif davranışlarla

için doğurabileceği sonuçlardan endişe duymaya başlamış ve meşru müdafaa gibi görünmesi için kendine zarar vermiştir. Burada mağdurun olay yerinden uzaklaşması ve failin neticeyi gerçekleştirmek için yapması gereken her şeyi yapmamış olduğunun bilincinde olmasına rağmen hareketsiz kalması nedeniyle eksik teşebbüsün bulunduğunu kabul eden BGH'nin, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerektiği sonucuna varması, hukuka uygun değildir. Böyle bir durumda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması için neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik çabasının bulunması gerekir (Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. (Heidelberg: C.F.Müller, 2017), 283). Mağduru ciddi şekilde yaralayan failin, mağdurun fiilin gerçekleştiği yerden uzaklaşmasına kayıtsız kalmasından hareketle, salt failin tasavvuruna göre icra aşamasının henüz tamamlanmadığına dayanılarak gönüllü vazgeçtiği sonucuna varılması ve nitelikli kasten yaralamadan (*gefährlicher Körperverletzung*) cezalandırılması kabul edilemez. Failin tasavvurunun, suçun konusu üzerinde oluşturulan tehlike veya zarardan tamamen bağımsız şekilde ele alınması farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Nitekim Gropp, failin tasavvurunun bu açıdan genel yaşam deneyimiyle normatif olarak örtüşmesi halinde dikkate alınması gerektiğini, fail yaşam deneyimine göre suçun icrasının tamamlandığını gösteren fiili koşulları biliyorsa icra aşamasının bittiğini kabul edileceğini belirtmiştir (Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (Berlin-Heidelberg: Springer, 2015), 357). Yine taşla yaralamak amacıyla mağdura taş fırlatan ve taş henüz isabet etmeden bundan vazgeçen ve taşın mağduru yaralamasını istemeyen fail örneğinde, mağdurun kendisini taştan sakınması suretiyle neticenin meydana gelmemesi durumunda gönüllü vazgeçme yoktur. Fail neticeyi istememekle birlikte, mağduru uyarmak vs. yönde bir çaba göstermemiştir. Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 688.

⁷¹ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 357.

⁷² Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 353.

⁷³ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 33.

kurtarmayı amaçlaması ve bunun gerçekleşmesi halinde gönüllü vazgeçme kapsamında teşebbüs aşamasında kalan öldürmeden dolayı sorumlu tutulmaması gerekir.

Çabanın kabulünde, salt aktif davranışların bulunması yeterli olmayıp, fail tarafından suçun tamamlanmasını önlemeyi sağlayacak elverişli davranışların varlığı aranır⁷⁴. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin mümkün olmasına rağmen, gösterilen çabanın suçun tamamlanması veya neticenin önlenmesi açısından elverişsiz olması halinde⁷⁵ failin vazgeçme hareketi, teşebbüsten cezalandırılmama sonucu için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle gönüllü vazgeçme için gerekli olan çaba, aynı zamanda fail tarafından gerçekleştirilen aktif davranışların elverişliliğini bünyesinde barındırmalıdır. Böylece gönüllü vazgeçmeyi sağlayan çabanın, neticeyi engellemeye uygun ve yeterli olmasını da içerdiği dikkate alınmalıdır⁷⁶.

Elverişlilik değerlendirmesinde önlemeye yönelik kullanılan araçlar, yararlanılan imkânlar, gerçekleştirilen davranışın zamansal uygunluğu vs. hususlar göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁷. Fail tarafından gerçekleştirilen vazgeçmeye ilişkin davranış, suçun tamamlanmasını önleme açısından yeterli ve uygun değilse, elverişli olduğundan söz edilemez. Dolayısıyla *mağduru şehir merkezinden uzak bir ormanlık alanda ağır bir şekilde yaralayan failin, mağduru hastaneye götüreceği ve başkalarından da yardım isteyeceği imkâna sahip olmaması nedeniyle sağlık mesleği mensubu olmamasına rağmen bizzat mağduru ameliyat yapmaya çalışması*⁷⁸ halinde suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çabası, yeterli ve uygun davranışlara dayanmaz, elverişli değildir. Benzer şekilde suçun tamamlanmasının önlenmesi konusunda önem arz eden suçun işlendiği yer vs. ayrıntıları içermeyen salt suç işlendiği bilgisinin fail tarafından örneğin, kolluk kuvvetlerine ya da sağlık görevlilerine verilmesi çaba bakımından yeterli değildir⁷⁹. Bu nedenle yapılan bildirim çabanın elverişliliğini sağlaması için, *ihbarın yapıldığı kişilerin*

⁷⁴ Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 519.

⁷⁵ Bozdağ, *İştirak Halinde*, 92 vd.

⁷⁶ Akbulut, *Genel Hükümler*, 751.

⁷⁷ Çabanın etkin olmasına ilişkin değerlendirme için bkz. Bozdağ, *İştirak Halinde*, 95. Neticeyi önlemeye yönelik uygun ve gerekli tedbirler açısından ileri sürülen yaklaşımlar hakkında bkz. Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 153 vd.

⁷⁸ Bozdağ, *İştirak Halinde*, 92.

⁷⁹ Kudlich ve Schuhr, *Versuch und Rücktritt*, 219.

suçun icrasını önlemesini mümkün kılacak⁸⁰, suçun zamanına, yerine, işleniş şekline ve suça iştirak eden kişilere ilişkin somut bilgileri⁸¹ içermesi gerekliliğine dikkat edilmelidir⁸². Failin çabanın elverişliliği noktasında hataya düşmesi halinde, örneğin, öldürmek amacıyla zehir verdiği mağduru kurtarmak için hekime danışmasının yeterli olduğuna inanan failin, mağduru hastaneye götürmek veya uzman yardımını almasını sağlamak yönünde aktif davranış sergilemezse⁸³ elverişli çaba gösterdiğinden söz edilemez.

Suçun tamamlanmasının önlenmesi ile failin çabası arasında zamansal ilişki de gönüllü vazgeçmenin tespiti konusunda belirleyici olabilir. Fail tarafından gösterilen çabanın, suçun icrasına başladıktan sonra ve suç tamamlanmadan önceki zaman aralığında ve vazgeçme için elverişli zamandaki varlığı önemlidir⁸⁴. Dolayısıyla objektif olarak tehlikenin mevcut olduğu teşebbüs durumunda tehlikenin yaratılması ile suçun gerçekleşmesi arasındaki tüm süreçte vazgeçmenin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁸⁵. Bu nedenle suçun tamamlanmasının, failin tasavvur ettiği ve buna yönelik önleme davranışında bulunduğu süreden daha önce gerçekleşmesi durumunda vazgeçmenin uygulanabilirliğinden söz edilemez⁸⁶. Failin gönüllü olarak neticeyi önleyebilmesi gerekliliği, vazgeçmenin derhal veya gecikmeksizin⁸⁷ olmasını şart koşmamakta, failin neticeyi önleme aşamasında beklemesinin ortaya çıkardığı riskin doğrudan fail aleyhine değerlendirilmesi sonucunu

⁸⁰ Nitekim Şenol, bildirimde bulunulan kişinin suçun işlenmesini engelleyebilecek nitelikte olmasını, ancak, suçun icrasına engel olabilecek bir kişiye yapılan bildirim gayret açısından aranan elverişliliği sağlayabileceğini, örneğin, fiziksel ya da zihinsel yetersizliği nedeniyle suçun icrasını engelleyemeyecek durumdaki bir mağdura ya da üçüncü kişiye yapılan bildirim gönüllü vazgeçme açısından aranan gayret şartını karşılamayacağını belirtmiştir. Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 536.

⁸¹ Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 535.

⁸² Konu hakkında karar örneği için bkz. Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 128. Örneğin, mağduru zehirle öldürmek isteyen failin, icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra vazgeçip hastaneye götürmesi ancak ne tür zehir kullandığına yönelik bilgilendirmede bulunmaması, vazgeçme için gereken çaba açısından yeterli kabul edilmemiştir. Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 546.

⁸³ Jakobs, *Rücktritt als Tatänderung*, 87.

⁸⁴ Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 525; Bozdağ, *İştirak Halinde*, 96.

⁸⁵ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 270.

⁸⁶ Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 545.

⁸⁷ Olayın şartları çerçevesinde ele alınması gereken bir husus olup, örneğin, failin öldürmek amacıyla mağduru ağır yaraladığı ve suçun tamamlanmasını önlemek için sağlık görevlilerine haber verse dahi, olay yerine ulaşmalarına kadar geçecek sürede mağdurun öleceği bir durumda sağlık görevlilerine haber verme şeklinde gösterilen çaba zamansal açıdan elverişlilik arz etmeyecektir. Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 525.

ortaya çıkarmamaktadır⁸⁸. Özellikle failin suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra oradan ayrılması ve sonrasında pişmanlık duyarak geri dönmesi ve neticeyi önlemesi durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna olumlu yanıt verilmelidir⁸⁹.

C. Çabanın Ciddi Olması Gerekliliği

1. Çabanın Ciddiliğinin Tespiti

Çabanın ciddi olması, aslında çabanın ulaşması gereken yoğunluğa işaret etmekte olup, çabanın elverişli olmasından farklı bir anlam ifade eder. Çabanın ciddi olması şartına binaen ciddiyetin, subjektif olarak vazgeçen kişinin tasavvuruna mı yoksa suçu önleme çabalarının objektif uygunluğuna mı bağlı olduğu sorunu⁹⁰ iki unsurun birlikte dikkate alınmasıyla çözümlenmelidir. Zira çabanın ciddi olması şeklindeki vurgu, salt subjektif esaslar çerçevesinde açıklanamayacağı gibi, çabanın subjektif yönü göz ardı edilerek salt objektif temele de yerleştirilemez. Bu yönüyle objektif koşullar

⁸⁸ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 270. Burada failin failin icrasını daha sonra gerçekleştirmek için yarıda bırakmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine dikkat edilmesi gerekir. Nitekim cinsel saldırıda bulunmak üzere mağduru yere düşüren ve mağdurun fiziksel olarak kendisinden daha güçlü konumda bulunan faile karşı koymasının mümkün olmayacağını anlaması üzerine yardım istemek için zaman kazanmak amacıyla faile durmasını ve dinlenmesini, daha sonra ilişkiye girme konusunda karşı koymayacağını bildirmesi üzerine hareketlerini yarıda kesen failin, mağdurun bu sırada oradan geçmekte olan kişilerden yardım istemesi üzerine korkarak kaçması gönüllü vazgeçme olarak kabul edilemez (Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 788). Bununla birlikte söz konusu olaya ilişkin BGH, benimsemiş olduğu psikolojik yaklaşım çerçevesinde gönüllü vazgeçmenin bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme belirleyici ölçütün “failin kararlarını kontrol altında tutmaya devam edip etmediği ve suç planını uygulamayı hâlâ mümkün görüp görmediği olduğunu, yani ne harici bir etken tarafından engellendiği ne de psikolojik baskı nedeniyle suçu gerçekleştiremeyecek durumda olduğu” durumlardaki vazgeçmesinin gönüllülük kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Aktaran Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 789. Konu hakkında ayrıca bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 329-330.

⁸⁹ Akbulut, *Genel Hükümler*, 751; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 324; Erdagöz, *Gönüllü Vazgeçme*, 1074.

⁹⁰ Bernd Schünemann ve Luis Greco, “vor § 25-§31 StGB,” içinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. Aufl. eds. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau, Wilhelm Schluckebier, (Berlin-Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2021), 1047. Vazgeçme için gerekli olan çaba açısından ciddiliğin, objektif fiili bir olgu kapsamında değil, failin fiil hakkındaki tasavvuru kapsamında ele alınması gerektiği yönünde bkz. Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 357.

çerçevesinde incelenen elverişlilik değerlendirmesinden ayrıldığını söylemek mümkündür.

İcra hareketlerinin ne zaman bitirildiği sorununun⁹¹, TCK kapsamında teşebbüsün tespiti açısından önemini kaybetmekle birlikte, gönüllü vazgeçmede⁹² hâlâ anlam ifade ettiği belirtilmiştir⁹³. Suçun tamamlanmasının önlenmesinde çabanın varlığı arandığından, bu husus, tam olarak suç seyrinde çabanın hangi aşamada ve hangi ölçüde aranması gerekliliğine ilişkindir. Dolayısıyla failin suç seyrinde vazgeçtiği an, vazgeçme davranışının niteliğini belirlemenin yanı sıra, çabanın tespitinde önem arz eder. Teşebbüste cezanın belirlenmesinde o zamana kadar meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü, teşebbüsle ilgili ve ona bağlı bir sonuç hükmü olan⁹⁴ gönüllü vazgeçme açısından vazgeçme için aktif davranışın gerekli olup olmadığına ve (gerekliyse) çabanın yoğunluğuna etki etmektedir. Diğer bir ifadeyle, vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketlerin suçun konusuna yönelik ortaya çıkardığı zarar veya tehlikenin ağırlığı, icra hareketlerinin salt yarıda bırakılmasının yeterli olup olmadığı noktasında belirleyici olacaktır⁹⁵. Zira vazgeçmeye kadar gerçekleştirilen hareketlerle fail tarafından oluşturulmuş tehlike, suçun icrasından vazgeçmesinden veya suçun tamamlanmasını önlemek için çaba sarf etmesinden sonra da varlığını sürdürebilir⁹⁶.

Failin vazgeçmeye karar verdiği ana kadar gerçekleşen haksızlık ne kadar fazlaysa, suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik ortaya koyması gereken çaba o kadar fazla olmalıdır. Vazgeçme anında suçun tamamlanmasının önleneyeceğinin kesin olup olmadığına bağlı olarak, failin göstermesi gereken çabanın yoğunluğu da değişebilir⁹⁷. Nitekim öldürme amacıyla tek atışla mağduru ciddi bir tehlike oluşturmayacak şekilde yaralayan failin göstermesi

⁹¹ İcra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığı sorununun objektif esaslar çerçevesinde belirlenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 435; Tozman, *Suç Teşebbüs*, 406; Aksoy İpekçioğlu, *Suç Teşebbüs*, 131.

⁹² Bu ayrımın gönüllü vazgeçmede aktif davranışların tespiti açısından güncelliğini sürdürdüğü yönünde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 475.

⁹³ Tozman, *Suç Teşebbüs*, 262.

⁹⁴ Küper, *Der Rücktritt vom Versuch*, 33.

⁹⁵ Benzer yönde bkz. Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 371.

⁹⁶ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 775. Yamanaka, *Jäger* tarafından ileri sürülen yaklaşımın tehlikenin geri çevrilmesi esasına dayandırılmasına ve böylece suç dogmatikinde yer alan bir kavram üzerine şekillendirilmesine rağmen, gönüllü vazgeçmenin suç yapısının dışında bağımsız bir cezasızlık nedeni olarak konumlandırılmasının çelişki arz ettiğini belirtmiştir (Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 778).

⁹⁷ Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 754.

gereken çabayla ölüm tehlikesi oluşturmaya yetecek şekilde yaralaması halinde göstermesi gereken çaba farklılık arz edecektir. Özellikle öldürme-yaralama suçları açısından⁹⁸ mağdurda oluşturulan yaralanmanın ne ölçüde hayati tehlike içerdiğine yönelik belirlemenin vazgeçme anındaki salt failin soyut tasavvuruna indirgenmemesi önemlidir⁹⁹. Örneğin, ilk ihtimal açısından failin, mağdurun ölümcül bir tehlike içinde olup olmadığı ve bu tehlikeyi önlemek için yardımına ihtiyaç duyup duymadığı konusunda kesinlik elde etmesi gerekmekte olup, ancak mağdurun hayatının ölüm tehlikesi altında olmadığını bildiğinde sadece ateş etmeyi sonlandırmış olması yeterli olabilecektir.¹⁰⁰

Bu husus, suçun icra aşamasının tamamlanıp tamamlanmadığının net şekilde belirlenmesi zorunluluğuna işaret etmez. Aksine failin suçun icrasına başladıktan sonraki süreçte vazgeçme açısından gerekli olan çabanın tespitini mümkün kılmakta ve mağduru, elverişli hareketlerle ölüm neticesini meydana getirebilecek şekilde yaralayan failin salt icra hareketini bırakmasıyla vazgeçmeden yararlanamayacağını ortaya koymaktadır¹⁰¹. Failin o anki şartlar çerçevesinde mevcut zarar veya tehlikenin artmaması için gerekli tedbirlere başvurması, suçun tamamlanmasının önlenmesi noktasındaki çabanın gereğidir.

Vazgeçme açısından çabanın ciddiliği salt failin tasavvuruna göre değil, vazgeçme anındaki objektif koşullara göre de belirlenmelidir¹⁰². Aksi halde

⁹⁸ Bu suçlarla ilişkili olaylarda en kötü ihtimal konusunda tedbir almak zorunluluğunun bulunduğu yönünde bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 268.

⁹⁹ Sübjektif anlayışa yönelik eleştiri için ayrıca bkz. Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 223. Yazar, bu konuda olağan hayat tecrübesine sahip ortalama kişinin öngörüsü ve bilgisinin belirleyici olması gerektiğini ileri sürerek, somut bir yaklaşım ortaya koymuştur (Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 223). Alman mahkeme kararlarında bu konuyla ilgili özellikle failin tasavvurunu somutlaştırmak için farklı ölçütler geliştirildiğini söylemek mümkündür. Nitekim failin hareketinin teşebbüsü tamamlamak için yeterli olup olmadığı konusunda kayıtsız kalması halinde bunun tam teşebbüs teşkil edeceği kabulü bu yöndedir (Bürger, *Der fehlgeschlagene Versuch*, 24). Bu konuda sübjektif ölçütün yeterli olmayacağı yönünde görüşler için ayrıca bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 264.

¹⁰⁰ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 526. BGH'nin konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda failin hayat tecrübesine göre neticenin meydana gelebileceğini gösteren gerçek koşulları bilmesi halinde, artık sadece suçun icrasını bırakarak vazgeçmiş sayılmayacağı vurgusu, bu yöndedir (Puppe, *Rücktrittshorizont*, 526). Benzer yönde değerlendirme için bkz. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 264. Çaba gösterme zorunluluğunun, failin neticeyi önlemek için gerçekleştirebileceği hareketler bulunduğu anda söz konusu olabileceğine dair değerlendirme için bkz. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1188.

¹⁰¹ Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 262.

¹⁰² Nitekim Puppe'ye göre, failin icra hareketlerini yarıda kestiği durumda gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin sebep olduğu zarar veya tehlikenin yoğunluğuna bağlı olarak hayat tecrübesine göre suçun

gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesinde gönüllülük şartı dışındaki unsurlarında da sübjektif bileşenlerin ağırlıklı olduğunu¹⁰³ gösterir ki, TCK açısından teşebbüs-gönüllü vazgeçme ilişkisinde çelişki arz eder. Bu nedenle failin suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik yeterli çabayı gösterdiğine inanması, vazgeçmenin kabulü için uygun değildir¹⁰⁴. Yine failin mağduru öldürmek amacıyla bıçakla icra hareketlerine başlaması ancak olayın seyri sırasında bıçağı artık ulaşamayacağı bir yere düşürmesi sebebiyle icraya devam etmemesi ve bırakması vazgeçmenin kabul edilmesine yönelik değerlendirme için tek başına yeterli olmayıp¹⁰⁵, o zamana kadarki hareketlerin oluşturduğu tehlike veya zararın göz önünde bulundurulması gereklidir. Ancak failin daha fazla zarar veya tehlikeye neden olduğunu düşünerek, fiilî duruma göre gereken çabadan daha fazla çaba göstermesi ve suçun tamamlanmasını önlemesi halinde, gönüllü vazgeçmeden yararlanacağına şüphe yoktur¹⁰⁶.

Objektif olarak, neticeye ulaşmak için gerekli her şeyi yaptığını fark edemeyen ve bu nedenle teşebbüsün hâlâ tamamlanmamış olduğunu varsayan failin, netice gerçekleşmeden önce engel olmak için olası diğer önlemleri almaktan kaçınması halinde teşebbüsten dolayı cezasızlıktan yararlanıp yararlanamayacağı sorunu¹⁰⁷ da Alman doktrininde gönüllü vazgeçmeyle ilişkili ele alınan hata hallerinden biridir. Böyle bir durumda fail neticenin gerçekleşmesi için suçun icrasına devam etmesi gerektiğini düşünmekte, ancak devam etmemekte ve vazgeçmektedir. Örneğin, (B)'yi öldürme kastıyla ateş eden (A), atışın ölüm neticesi açısından başarısız olduğunu zanneder. Bir

tamamlanmasını ortadan kaldıran fiili durumları bilmesi veya dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde kaçınılmaz hatasına dayanarak bunu varsaymış olması gerekir (Puppe, *Rücktrittshorizont*, 526). BGH'nin failin tasavvurunun sınırlandırılmasıyla ilgili benimsediği ölçüt ise failin, neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda hiçbir tasavvuru bulunmadığı durumda teşebbüsün her hâlükârda sona ermiş olduğunun kabul edilmesi şeklindedir. Brüning, *Entscheidungsanmerkung*, 95.

¹⁰³ Herrmann, *Rücktritt im Strafrecht*, 27.

¹⁰⁴ Bu yönde BGH kararı için bkz. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 263.

¹⁰⁵ Örnek için bkz. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 264. Doktrinde bir görüş, failin suçu meydana getirmek için elverişli olan bir araçtan, bu araç hâlâ kendisi için ulaşılabilir yerde olsa bile, artık elverişli olmayan bir araca geçmesi durumunun, suçun gönüllü olarak vazgeçildiğini gösterdiğini belirtmiştir (Bürger, *Der fehlgeschlagene Versuch*, 30). Böyle bir ihtimalde vazgeçme kabulü için salt gönüllülük incelemesinin yeterli olup olmadığı, suç seyrine ilişkin hangi aşamada olduğuna ve o ana kadar gerçekleştirilen hareketlerin ortaya çıkardığı zarar veya tehlikenin yoğunluğuna bağlıdır.

¹⁰⁶ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 268.

¹⁰⁷ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 268.

atış daha yaparak hedefine ulaşması mümkün olmakla birlikte, bundan vazgeçer ve uzaklaşır. Gerçekte (B) ağır yaralandığı için 2 saat sonra hayatını kaybeder¹⁰⁸. Böyle bir durumda neticenin önlenmesine yönelik gerekli çabanın gösterilmemesinin nedeni, failin vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği hareketlerin neticeyi meydana getirme noktasında yeterli olmasına ilişkin hataya düşerek neticenin meydana gelmeyeceğini düşünmesidir. Failin o ana kadar icra ettiği hareketlerle suçun tamamlanmaya elverişli olup olmadığını bilmemesi şeklindeki bir hatasının dikkate alınıp alınmayacağı ve nasıl dikkate alınacağı sorusu henüz kesin olarak açıklığa kavuşturulmamıştır¹⁰⁹.

Konuya ilişkin doktrinde 2 aşamalı bir değerlendirme yapılmış olup, öncelikle failin vazgeçtiği anda neticenin hâlâ fail tarafından önlenabilir olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği ve eğer böyle bir olasılık söz konusu değilse, failin gerçekleşen neticeden kasten sorumlu olduğu kabul edilmiştir¹¹⁰. Bununla birlikte olay bakımından vazgeçme objektif olarak hâlâ mümkünse failin teşebbüs aşamasında kalan öldürmeden gönüllü vazgeçmesinin etkisiyle kasten gerçekleştirilmeyen neticeden sorumlu tutulamayacak olup, sadece (ölüm neticesinin öngörülebilirliği söz konusu olduğu sürece) taksirden dolayı sorumluluğunun gündeme gelebileceği ileri sürülmüştür¹¹¹. Failin bu şekildeki hatasının esaslı bir hata olması ve bunun için de fiilî duruma ilişkin bilgisinden, başka bir hareket gerçekleştirmediği sürece suçun tamamlanmayacağını makul şekilde varsayması gerektiğini belirten *Gropp*, görüşünü şu örnek olay üzerinden somutlaştırmıştır¹¹²: Fail zehirleyerek ölüme neden olmak için on damla zehir gerektiğini bilir. Ancak beş damla damlattıktan sonra mağdurun hastalık belirtileri göstermesi üzerine pişmanlık duyarak vazgeçer. Ancak beklentinin aksine, beş damlanın uygulanması ölüme neden olmak için yeterlidir ve mağdur hayatını kaybeder. Ancak bu kabul özellikle gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının nedeni ile bağdaşmadığı, zira neticenin meydana gelmesi halinde vazgeçme gönüllü olsa dahi teşebbüsten dolayı cezasızlık sonucunun ortaya çıkmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹³.

¹⁰⁸ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 268.

¹⁰⁹ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 361.

¹¹⁰ von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt*, 75.

¹¹¹ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 362; Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 747.

¹¹² Gropp, *Allgemeiner Teil*, 361.

¹¹³ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 268. Suç işleme kastının suçun tamamlanmasına kadar devam edip etmemesine yönelik değerlendirme için bkz. Gropp, *Allgemeiner Teil*, 362.

2. TCK md. 36 ile md. 41 arasındaki Çaba-Gayret İkilemi

TCK md. 36'da tek fail tarafından işlenen suçlarda, TCK md. 41'de ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Konuya ilişkin değerlendirme yaparken, her iki durumun gerçekleşme şartlarının¹¹⁴ farklılığı göz ardı edilmemelidir. Özellikle suça şerik olarak iştirak edenlerin suçun icrasında fiil hâkimiyetlerinin bulunmadığı ve buna bağlı olarak suç seyrini kontrol edebilme imkânlarının olmaması, konuyla ilgili failden farklı şekilde ele alınmalarını gerektirir¹¹⁵. İştirak halinde işlenen suçlarda suçun gerçekleşmemesini harici faktörler dışında etkileyebilecek en önemli etken suçun işlenmesinde iştirak edenlerin birbiriyle ilişkisi ve icra hareketlerine olan yakınlığıdır. Suç seyrine tek fail tarafından hâkim olunan ve diğer iştirak edenlerin şerik statüsünde bulunduğu durumlar açısından md. 41 hükmünün uygulanabilirliği ancak şerikler için anlam ifade edecektir¹¹⁶. Zira böyle bir ihtimalde failin gereken çabayı göstermesi suretiyle vazgeçmesi halinde, şeriklerin (olay seyrinde bu anlamda bir değişikliğin olmadığı ihtimalde)¹¹⁷ fiil hâkimiyeti bulunmadığından failin vazgeçmesine rağmen şeriklerin katkısı ile neticenin meydana gelmesi zor bir ihtimaldir¹¹⁸.

Benzer şekilde fiil hâkimiyetinin doğrudan hâkimiyetten farklı olarak müşterek hâkimiyet veya iradi hâkimiyet gibi birden fazla kişinin katkısı ile sağlandığı durumlar bakımından da vazgeçen kişi, suçun tamamlanmasının önlenmesi konusunda fiil üzerinde tek başına hâkim olduğu suç seyrini sona erdirmesine nazaran daha zorlayıcı bir konumdadır. Dolayısıyla suç ortağının vazgeçmesine ve bu yönde çaba göstermesine rağmen, suçun tamamlanmasına engel olamaması durumunda da gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği düzenlemesini bu çerçevede değerlendirmek gerekir¹¹⁹.

¹¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 345 vd.

¹¹⁵ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 519.

¹¹⁶ Benzer yönde Akbulut, *Genel Hükümler*, 758; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 375. Bu nedenle md. 36 ile md. 41 arasında ortaya çıkabilecek sorunların ortadan kaldırılması için her iki düzenlemenin tek madde altında yer almasına ilişkin değişiklik yerinde olabilecektir. Bu yönde bkz. Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 549; Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 77. Nitekim ACK'da gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenleme bu şekildedir.

¹¹⁷ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 376.

¹¹⁸ *Failin elinden gelen bütün gayreti göstermesine rağmen suçun işlenişine engel olamamasının, daha çok nedensellik sürecinin failin beklediğinin dışında geliştiği durumlarda sınırlı olarak ortaya çıkabileceği yönünde bkz. Şenol, Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 544.

¹¹⁹ Doktrinde failin kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini engelleyemediği durumda gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak olmasının, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü

Suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki gönüllü vazgeçme açısından da hâkime tanınmış takdiri bir indirim¹²⁰ yerine teşebbüsten dolayı cezalandırılmama sonucunu¹²¹ benimseyen TCK md. 36, failin suçun

vazgeçen suç ortağının kendi gayretiyle neticeyi önleyemese dahi gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği düzenlemesi karşısında adaletsiz bir sonucu ortaya çıkardığı belirtilmiştir. Nitekim Akbulut, böyle bir durumda TCK md. 36 ile md. 41 arasındaki düzenleme farklılığının çelişki oluşturduğunu, 41. maddede belirtilen hususa 36. maddede yer verilmesi gerektiğini, ancak düzenleme bulunmamasının sorun oluşturmadığını, 41. maddenin lehe düzenleme olması sebebiyle kıyasen 36. madde açısından da uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Akbulut, *Genel Hükümler*, 752. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 356-357; Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 171. Aksi yönde bkz. Zafer, *Genel Hükümler*, 515; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler*, 5. bs, (Ankara: Adalet, 2017), 348. Öztürk/Erdem, (tek başına işlenen suç açısından) failin bu yöndeki çabasının TCK m. 61 uyarınca alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesi ve m. 62 uyarınca takdiri indirim nedeninden yararlandırılması bakımından göz önünde bulundurulabileceğini ifade etmişlerdir (Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 370. Konu hakkında ayrıca bkz. Enes Yılmaz, “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, 4 (2016): 2593. Böyle bir durum için gönüllü vazgeçme hükmünde indirim öngörülmesi hakkında bkz. Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 151.

¹²⁰ Tam teşebbüsün artık hâkim olunabilir nitelikte olmamasından hareketle, bu aşamanın vazgeçilebilir davranışlar (*rücktrittsfähigen Verhalten*) alanına dâhil edilmesinin ancak ceza politikası kapsamında açıklanabilir olduğu yönünde bkz. Haas, *Versuch und Rücktritt*, 256.

¹²¹ Suçun tamamlanmasından vazgeçmenin etkin pişmanlık kapsamından çıkarılması, etkin pişmanlığın her suç bakımından uygulanabilir nitelikte olmaması nedeniyle de yerindedir. Ancak doktrinde bu şekilde gerçekleşen gönüllü vazgeçmenin suçun icra hareketlerinden vazgeçme ile aynı sonuca bağlanmasının her iki durumda haksızlığın ulaşılmış olduğu seviyenin farklılığı göz önünde bulundurulduğunda adil olmadığı ileri sürülmüştür. Özellikle kasten öldürme suçu üzerinden konuyu değerlendiren görüş için bkz. Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, 1 (2006): 106. Ayrıca bkz. Nevzat Toroslu ve Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, içinde *Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004) 13. Akdağ, *Gönüllü Vazgeçme*, 100; Erdagöz, *Gönüllü Vazgeçme*, 1078. Benzer yönde bkz. Yılmaz, *Gönüllü Vazgeçme*, 2565. Vazgeçmede gönüllülüğün tespitinin güçlüğü nedeniyle hukuki netice açısından cezasızlığın yanına indirim sebebinin de öngörülmesi ve her ikisini de hâkimin takdirine bırakılmasının, olması gereken hukuk bağlamında daha yerinde gözüktüğüne ilişkin görüş için bkz. Bozbayındır, *Gönüllülük Şartı*, 164. Bu tür gönüllü vazgeçmenin etkin pişmanlık kapsamında olduğu ve gönüllü vazgeçme şeklindeki kabulün kanun önünde eşitlik ilkesine ayrılık teşkil ettiği şeklindeki görüş için bkz. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1189. Gönüllü vazgeçmenin salt icrayı yarıda bırakmayla karakterize olduğu dönemde teşebbüs ile gönüllü vazgeçme arasındaki cezasızlık-cezalandırma şeklindeki sonuca ilişkin keskinlik, gönüllü vazgeçmenin aşamalı hale gelmesiyle birlikte, sonuca ilişkin de böyle bir gerekliliği sorgulatmıştır. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 347. Bu aşamadaki vazgeçme açısından kademeli şekilde zorunlu cezada indiriminin benimsenmesi seçenek olabilir. Gönüllü vazgeçmede cezanın

tamamlanmasının önlenmesine çabalarıyla salt katkı sağlamış olmasını değil, önlemesini şart koşarak gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini sınırlamıştır.

Bu noktada suç ortağının göstermesi gereken çaba, tek başına failin suç işlediği durumda vazgeçmesi için göstermesi gereken çabadan daha yoğun olması gerekebilecektir¹²². Kaldı ki, suçun iştirak halinde işlenmesi halinde ortaya çıkan tehlikelilik hali de daha fazladır. Ancak bu, iştirak halinde işlenen suçlarda çabadan ne anlaşılması gerektiğinin ilgili düzenlemede yer alması zorunluluğuna işaret etmez¹²³. Kanunda iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçme açısından gayret kavramına yer verilmiş olmakla birlikte, bu tek başına fail tarafından işlenen suçlarda aranan çabadan nitelik veya nicelik olarak farklı bir gereklilik sonucunu ortaya çıkarmaz. Diğer bir ifadeyle bu husus, tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme açısından vazgeçme davranışının nedenselliğinin ve faile isnad edilebilirliğinin bulunması koşuluyla gerekli katkının arandığı, buna karşılık iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçenin ancak en iyi çabayı gerçekleştirmesi halinde bundan yararlanabileceği sonucunun yasal düzlemde ortaya koyulduğunu göstermemektedir.

Bununla birlikte TCK'da iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme için çaba yerine gayret kavramına yer verilmesi ve madde gerekçesinin buna yönelik bir açıklamayı içermemesi doktrinde çaba ve gayret arasında bir ayrımın olup olmadığına ve varsa bu farklılığı anlamlandırmaya yönelik ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Gayret ve çabanın aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini ileri süren görüşler, ikisi arasında yoğunluk farkı olduğuna dikkat çekerek, gayret için “*gönülden gelen aşırı çaba, elden gelen en iyi çabanın gösterilmesi*”¹²⁴, “*suç ortağı tarafından icra edilen ve icra edildiği zaman ve içerik bakımından suçun tamamlanmasını*

belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi veren hukuk sistemleri için bkz. Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 343. Gönüllü vazgeçmede cezasızlık yerine hâkime takdiri indirim hakkının tanınması yönünde ayrıca bkz. Herrmann, *Rücktritt im Strafrecht*, 259. Suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki gönüllü vazgeçme açısından ceza indirimi öngören İtalyan Ceza Kanunu'nun ilgili düzenlemesine yönelik eleştiri için bkz. Bozbayındır, *Gönüllülük Şartı*, 94.

¹²² Benzer yönde görüş için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 371. Toroslu'ya göre, “... vazgeçen ortağın iştirak halinde işlenen fail yönünden, vazgeçmeden önce ortaya koyduğu maddi veya manevi katkıları ortadan kaldırması mutlak bir şart olarak aranmalıdır”. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1210.

¹²³ Aksi yönde görüş için bkz. Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 549.

¹²⁴ Bozdağ, *İştirak Halinde*, 90.

*engelleyecek değil, kesine yakın bir olasılıkla engelleyecek nitelikte çaba*¹²⁵ ifadelerine yer vermek suretiyle aradaki farkı niteliksel bir ayırmadan ziyade niceliksel bir farklılık şeklinde kabul etmişlerdir. İştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçen suç ortağının çabasına rağmen suçun işlenmesi halinde de gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecek olması, böyle bir kabulün dayanak noktasını teşkil eder. Bununla birlikte bazı yazarlar¹²⁶ tarafından gayret ve çaba birbirinin yerine kullanılarak, Kanun'da yer alan ayrıma ayrıca önem atfedilmemiştir. Benzer şekilde tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyle iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçmede suçun tamamlanmasının önlenmesi noktasında gerekli olan çaba için ACK'da kavram farklılığına yer verilmemiş ve her iki durumu da kapsayacak şekilde "ciddi çaba" şartı öngörülmüştür.

D. Vazgeçmede Çaba-Gönüllülük İlişkinin Değerlendirilmesi

1. Gönüllülüğün Tespitinde Özgür İradeye Dayanan Karar

Failin suç seyrinde icra alanına girmiş olsa bile (teşebbüsten dolayı) bir ceza yaptırımını gereksiz kılan vazgeçme, bilinçli davranışı şart koşar¹²⁷. Fail kendi kararıyla, hukuksal değeri ihlal etmeye yönelik suç teşkil eden hareketi devam ettirmeyi bırakmalıdır¹²⁸. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme için vazgeçme davranışının iradi olması gerekli olup, irade dışı bir sebeple veya dikkatsizlik nedeniyle suçun tamamlanamaması durumunda, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kalkmasından söz edilemez¹²⁹.

Vazgeçme için iradilik zorunlu olmakla birlikte yeterli değildir, ayrıca vazgeçmenin sübjektif yönünü oluşturan¹³⁰ gönüllülük şartı gerçekleşmelidir¹³¹. Failin suçun icrasından veya tamamlanmasından vazgeçmesi için kendi çabasıyla suça ilişkin sonraki süreci engellemiş olması için öncelikle bunu amaçlaması gerekir¹³². Böyle bir amaç dışında farklı bir

¹²⁵ Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 535.

¹²⁶ Akbulut, *Genel Hükümler*, 759 vd.; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 377 vd.; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 515 vd.; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 371 vd.; Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 166.

¹²⁷ Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 218.

¹²⁸ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 787.

¹²⁹ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 347; Bayraktar, *Faal Nedamet*, 146; Hakeri, *Genel Hükümler*, 491; Erdagöz, *Gönüllü Vazgeçme*, 1074.

¹³⁰ Herrmann, *Rücktritt im Strafrecht*, 76 vd.

¹³¹ Bozbayındır, *Gönüllülük Şartı*, 148; Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku*, 312.

¹³² Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 546; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 442.

amaçla gösterilen çaba, gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini dışlar¹³³. Suçtan vazgeçme aşamasına kadar var olan suçun işlenmesine ilişkin kast, vazgeçme durumunda failin neticenin önlenmesine yönelik sonraki davranışı ile suçun tamamlanmasından kaçınmaya yönelik karara dönüşmekte¹³⁴ ve böylece fail hukuki zemine dönmek için hareket etmektedir¹³⁵. Belirtilmelidir ki, TCK icra hareketlerini bırakmanın ve suçun tamamlanmasına ilişkin engellenmenin çabaya dayanmasının gönüllü olmasını aramakla birlikte, failin kararını bu yönde değiştirmesine sebep olan saikin ne olduğuna önem atfetmemiştir¹³⁶.

Hangi hallerde vazgeçmenin gönüllü olarak kabul edileceği¹³⁷, özellikle failin dışarıdan gelen bir etkiyle vazgeçtiği durumlar bakımından önem taşır. Dışarıdan gelen etkinin failin vazgeçme iradesi üzerinde zorlayıcı nitelik mi arz ettiği yoksa failin özgür iradesiyle mi böyle bir karar verdiğinin tespiti¹³⁸, failin sorumluluğunda belirleyici rol oynar. Çünkü özgür iradeye dayanmayan vazgeçme kararı, gönüllü vazgeçmenin teşebbüse ilişkin cezayı kaldıran etkisini ortaya çıkarmaz¹³⁹.

İradenin varlığını şart koşan, bu yönüyle hukuken şekli ve kapsamı önceden ve kesin olarak belirlenmesi güç olan ve tamamen kavramın kullanıldığı bağlama bağlı kılınan¹⁴⁰ özgür iradeye¹⁴¹ atfedilecek anlamda gönüllülüğün amaca uygun şekilde sınırlandırılması¹⁴² önemlidir. Davranışın

¹³³ Bozdağ, *İştirak Halinde*, 91.

¹³⁴ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 783.

¹³⁵ Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 784.

¹³⁶ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs, (Ankara: Savaş Yayınları, 2017), 321; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 733. TCK'da vazgeçmeye ilişkin saike yer verilmemesine ilişkin değerlendirme için bkz. Bozbayındır, *Gönüllülük Şartı*, 150.

¹³⁷ Gönüllülüğün tespiti noktasında genel geçer bir ölçütten söz etmenin çok güç olduğu yönünde bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 296.

¹³⁸ Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 296 vd.

¹³⁹ Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 799.

¹⁴⁰ Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 221.

¹⁴¹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozbayındır, *Gönüllülük Şartı*, 95-96.

¹⁴² Gönüllü vazgeçme açısından gönüllülüğün tespitinde failin özgür iradesiyle karar vermesi bakımından dolaylı failikte geçerli olan araç kişinin özgür karar vermesini dışlayan durumlara paralel bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bkz. Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 794. Yazar, failin özerkliği dışlayan koşullar tarafından suç işlemeye teşvik edilebileceği gibi, bu koşullar tarafından suç işlemekten kaçınmaya ya da suçun işlenmesini önlemeye de teşvik edilebileceğini belirtmiştir. Ayrıca gönüllü vazgeçmenin kendine özgü yapısından kaynaklı farklılıklara da dikkat çeken Yazar, gönüllü vazgeçmede ileri sürdüğü yaklaşımın psikolojik ve normatif yaklaşımlar arasında bir geçiş niteliğinde olduğunu ve bu şekilde bir yandan bunların avantajlarını birleştirirken

harici faktörlere bağlı olmayacak şekilde yönlendirilmesine ilişkin irade¹⁴³, gönüllü vazgeçme bakımından özgür iradenin genel çerçevesini oluşturmakla birlikte, yeterli değildir¹⁴⁴. Zira harici sebeplere dayanan zorlayıcı faktörlerin varlığının yanı sıra kişinin kendisinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler bakımından ayrımı ortaya koyma noktasında belirsizlik arz eder. Kişinin hareket alanını sınırlandıran bu tür etkenler, farklı şekilde gerçekleşmekte ve ortaya çıkardığı sonuçlar da farklılaşmaktadır¹⁴⁵. Bu noktada ister kendisinden kaynaklansın ister harici bir nitelik taşıyın, zorlama karşısında failin karşı durabilmesi veya engelleyebilmesi mümkün olduğu sürece, bunu yapmayarak suçun elverişli hareketlerle devamına yönelik iradesinden vazgeçmesi halinde gönüllülük¹⁴⁶ şartını gerçekleştirdiğini kabul etmek gerekir. Gönüllülük unsuru açısından ön plana çıkan, failin vereceği karar üzerindeki hâkimiyetidir¹⁴⁷. Bu nedenle mağdurdan kaynaklı¹⁴⁸ failde oluşan acıma,

diğer yandan da dezavantajlarından kaçınmaya çalıştığını ileri sürmüştür (Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 794-795). Gönüllülük kriterinin yalnızca failin ilkelere dayalı olarak belirlenmesi, psikolojik ve normatif teorilere kıyasla daha somut sonuçlar sağlayabilecektir. Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 809.

¹⁴³ Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 222.

¹⁴⁴ Roxin gönüllülüğün tespiti bakımından ileri sürdüğü yaklaşımında vazgeçmenin "*belirli bir suç planının risklerini ve fırsatlarını soğukkanlılıkla tartan fail*" açısından makulse, örneğin fail sadece kendisinin fark edildiğini gördüğü için vazgeçiyorsa bunun gönüllü vazgeçme kapsamında ele alınmayacağını belirterek failin tercihinde makul olma ölçütüne (*Lehre von der Verbrechervernunft*) dikkat çekmiştir. Claus Roxin, "Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch," içinde *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, eds. Hans Lüttger, Herrmann Blei, Peter Hanau, (Berlin-Boston: de Gruyter, 1972), 256.

¹⁴⁵ Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 224. Mağdurun faili tanınması nedeniyle failin neticenin tamamlanmasını önlemeye çalışması halinde gönüllülük şartının gerçekleşmeyeceği yönünde bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 253. Türk Ceza Hukuku'nda gönüllülüğün tespitine yönelik sorunun çözümünde uygulamanın önem arz ettiğine, ancak henüz genel geçer bir ölçütün bulunamadığına dair değerlendirme için bkz. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1193.

¹⁴⁶ Gönüllülük kavramına ilişkin ayrıca bkz. Şenol, *Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)*, 515-516. Gönüllülük kapsamında ele alınabilecek örnek durumlar için bkz. Akyürek, *Gönüllü Vazgeçme*, 189.

¹⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 476.

¹⁴⁸ Mağdurun rahatsızlığı nedeniyle vazgeçme kapsamında cinsel saldırı suçunun mağdurunun regl döneminde olması sebebiyle failin suçun icrasında vazgeçmesi halinde gönüllülük değerlendirmesi için bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 248. "... Mağdurenin aşamalarda istikrarlı beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın mağdureyi pazara götürme bahanesiyle traktörünün sepetine alıp onu ağaçlık tenha bir alana götürüp donunu ve kilodunu indirmeye çalıştığı sırada, mağdurenin karşı koyup hasta olduğunu bildirmesi üzerine, sanığın mağdureyi bırakarak organ sokma eylemini gerçekleştirmemesi şeklinde sübut bulan olayda, sanığın eylemini tamamlamasına ciddi bir engel olmadığı,

merhamet, pişmanlık gibi durumların yanı sıra yakalanma ihtimali bulunmayan bir yerde aniden gelen yakalanma korkusu¹⁴⁹, belirli bir neden olmaksızın ortaya çıkan utanç veya ceza korkusu¹⁵⁰ vb. durumlar açısından, fail bunları engelleyebilme imkânına sahip olmakla birlikte¹⁵¹ vazgeçmeyi

hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkân dâhilinde bulunduğu halde, mağdurenin hasta olduğunu bildirmesi üzerine icra hareketlerine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesi hükmü uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle, sanığın eyleminin basit nitelikteki cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi, (...)" Y. 14. CD, E. 2012/1525, K. 2013/13036, 10.12.2013, (www.legalbank.net). Mağdurun bağırması, failin iradesine bağlı bir hal olmasa dahi, her zaman tek başına vazgeçmenin gönülsüz olduğu sonucunu ortaya çıkarmaz. Bu nedenle ilgili Yargıtay kararında gönüllü vazgeçmenin bulunmadığına ilişkin olayın gerçekleşmesine yönelik diğer koşullar dikkate alınmaksızın salt mağdurun bağırması ölçütü yeterli değildir. "Gönüllü vazgeçmeden sözedebilmek için, herhangi bir dış amilin etkisi olmaksızın sanığın eyleminden vazgeçmiş olması gerekir. Mağdurun bağırması, failin iradesine bağlı bir hal olmadığından, bu gibi hallerde gönüllü vazgeçmeden sözedilemez ve sanığın icrasına kalktığı eylemin teşebbüs halinde kaldığının kabulü gerekir." YCGK, E. 1991/5334 K. 1991/358, 16.12.1991, (lexpera.com.tr).

¹⁴⁹ Roxin, *Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, s. 256; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 448.

¹⁵⁰ Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 788. Olay seyrinin failin üzerinde oluşturduğu korku, olayın farkına varıp suçu nasıl işleyebildiğine ilişkin değil de, olay yerinden uzaklaşmak dışında yapılabilecek bir şey olmadığı şeklinde bir etki yaratmışsa vazgeçme gönüllü değildir. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 269.

¹⁵¹ Bununla birlikte Yargıtay tarafından verilen şu kararda failin gönüllü vazgeçtiğinden söz edilemez: "Sanığın, olay günü ailece görüştüğü yalnız olduğunu bildiği katılanın evine gittiği ve evin havalandırılması için açık bırakılan kapısından içeriye girerek katılandan yorgun olduğunu söyleyip çay yapmasını istediği, katılanın ailece görüştüğü için sanığın bu isteğini kabul edip çayı demledikten sonra ev işlerine devam etmek için yatak odasına geçtiği, sanığın katılanın arkasından yatak odasına giderek katılana sarıldığı ve göğüslerini sıktığı, bağırarak olan katılana 'sus bağırma, sen bu işi yapıyor musun, birlikte yapalım' dediği, katılanın kurtulmak için sanığı iterek bağırma başlatması üzerine sanığın koridora çıktığı ve tekrar 'senle yapalım' dediği, katılanın koridora doğru bir tahta fırlattığı, mutfığa doğru bıçak almaya yöneldiğinde sanığın evden çıkması ile failin sona erdiği olayda, sanığın katılana sarılmak ve katılanın göğüslerini sıkmak suretiyle icra hareketlerine başladığı, bu sırada katılana söylediği 'sus bağırma, sen bu işi yapıyor musun, birlikte yapalım' sözleri ve koridorda birliktelik teklifini sürdürmesi sanığın kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin olduğu, fakat sanığın dosya kapsamı ve olay yerinin özelliklerine göre evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkânı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kemali isteği ile eylemine son vererek evden ayrıldığı, anlaşılma ile 5237 sayılı Kanununun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir." YCGK, E. 2014/600 K. 2015/194, 9.6.2015, (lexpera.com.tr).

tercih etmektedir¹⁵². Failin suçun icrası esnasında daha iyi fırsatlar yakalaması veya yeni hedefler belirlemesi nedeniyle vazgeçmesi halinde söz konusu durumlar harici etken olsa bile, vazgeçme gönüllülük çerçevesinde değerlendirilecektir¹⁵³. Benzer şekilde yanında bulunanların tavsiyesiyle birlikte suçu tamamlamaktan vazgeçmesi halinde de karar özgür iradeye dayanmaktadır¹⁵⁴. Her ne kadar kişinin fikrini değiştirme düşüncesi dışarıdan gelse veya suçtan vazgeçme ancak üçüncü bir tarafın müdahalesinden sonra gerçekleşse dahi bu vazgeçmenin gönüllü olmasına engel değildir¹⁵⁵.

Ancak failin olay seyrinde harici etkenler sebebiyle, örneğin karanlık korkusu bulunan kişinin icra hareketlerini gerçekleştirdiği esnada aniden karanlığın çökmesinden dolayı korkması¹⁵⁶ veya şoka girme gibi psikolojik baskının suç planını tamamlayabilme yeteneğinden yoksun kılacak dereceye varması halinde vazgeçmede gönüllülük sağlanmış olmaz¹⁵⁷. Benzer şekilde failin icra hareketlerine devam etmesini imkânsız kılmasa dahi¹⁵⁸ aşırı zor hale getiren sağlık sebepleri nedeniyle vazgeçmesi özgür iradesine dayanan karar olarak dikkate alınamaz. Çocuk düşürtme suçunun (TCK md. 99/2) işlenmesi esnasında yaşadığı acının yoğunluğu nedeniyle icra hareketlerinin devamının yarıda bırakılmasını isteyen gebe kadın, bu duruma örnek gösterilebilir¹⁵⁹.

¹⁵² Gönüllü vazgeçmede belirleyici unsurun failin hâlâ özgür seçim (*noch die freie Wahl*) yapabilmesi halinde mümkün olduğu yönünde bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 246.

¹⁵³ Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 791. Bununla birlikte failin işlemeyi planladığı suça ilişkin icra hareketleri sırasında planladığı şekilde fiili gerçekleştirme imkânı bulunmuyorsa ve bu nedenle hedefini değiştirmek zorunda kalmışsa vazgeçme gönüllü kabul edilemeyecektir. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 269.

¹⁵⁴ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 265; Bozdağ, *İştirak Halinde*, 86; Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 207.

¹⁵⁵ Nina Nestler, "Freiwilligkeit des Rücktritts, § 24 StGB," *Juristische Ausbildung (JURA)*, (2023), 647. Burada müdahalenin failin özgür iradesini ortadan kaldırmayacak yoğunlukta olması gerektiğine dikkat edilmesi gerekir. Nitekim Yazar, 3. kişilerin müdahalesinin tavsiyenin ötesinde ciddi bir çaba ve ısrara dayanması ve faile nazaran fiziksel güç üstünlüklerinin bulunması nedeniyle failin suçun icrasına devam etmekten geri durması halinde gönüllülüğün şüphe arz ettiğini belirtmiştir. Nestler, *Freiwilligkeit des Rücktritts*, 647.

¹⁵⁶ Hakan Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 2. bs. (Ankara: Adalet, 2023), 215.

¹⁵⁷ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 260; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 301.

¹⁵⁸ Acının, özellikle şiddetli ağrının katlanılabilir olabileceği ve tek başına irade özgürlüğünü dışlayan bir zorlama olarak görülemeyeceği ancak failin fiilin icrasına devam etmesini dayanılmaz kılan veya neredeyse imkânsız hale getiren acının bu kapsamda değerlendirilebileceğine ilişkin yaklaşım için bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 261.

¹⁵⁹ Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 226.

Dolayısıyla failin kendisine veya yakınlarına ilişkin hukuki değerlerin tehlike altında olduğu bilgisiyyle birlikte failin suçun icrasından veya tamamlanmasından vazgeçmesi halinde gönüllülük şartının gerçekleştiği kabul edilmemelidir¹⁶⁰. Örneğin, bir bombacının patlayıcı maddeyi patlatmadan kısa bir süre önce ebeveynlerinin odada olduğunu fark etmesi ve bu nedenle geri adım atması durumunda vazgeçme gönüllü değildir¹⁶¹. Zira böyle bir halde suç seyrine ilişkin hesaba katmadığı bir risk ortaya çıktığından¹⁶², harici bir faktörün devreye girmesinden dolayı fail suçun devamına ilişkin kararını zorlayıcı etken nedeniyle sürdürememekte ve aksi yönde hareket etmek zorunda kalmaktadır. Her ne kadar objektif olarak failin icrası mümkün olsa dahi, failin o anki koşullar çerçevesinde üstesinden gelmesinin güçlük arz ettiği dezavantajlı durumların varlığı nedeniyle vazgeçmesi gönüllülük kapsamında dikkate alınamaz¹⁶³.

Doktrinde failin daha sonra devam etmek üzere suçu yarıda bırakması halinde gönüllü vazgeçmenin bulunmadığı belirtilmiştir¹⁶⁴. Burada devam etmeye yönelik kararın zamansal açıdan kapsamına göre bir belirleme yapılmalıdır. Failin işlemeyi kastettiği suça ilişkin icra aşamasında herhangi bir zorlayıcı etken bulunmaksızın, dar anlamda zaman-mekân bağlantısı içerisinde olmayacak şekilde¹⁶⁵ suçu daha sonra işleme düşüncesiyle vazgeçme hali Kanun'da öngörülen vazgeçme düzenlemesine uymaktadır. O

¹⁶⁰ Benzer yönde bkz. Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 221.

¹⁶¹ Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 798. Benzer durum şu örnek bakımından da geçerlidir: “*Terörist (T), çelenk koyma töreninde Bakan (M)’yi öldürmek için şehitler anıtının yakınına bomba koymuştur. Olaydan kısa bir süre önce (T) arabasıyla yola çıkar, kaçmaya hazır bir şekilde yakındaki bir yan yola park eder ve (M) yaklaştığında bombayı patlatmak için bir çalılığa saklanır. Fünyeyi bir aküye bağladığı sırada bakanın konvoyunun siren sesini duyar. (T) kafasını kaldırır ve el freni çekili olmadığı için arabasının hafif eğimli yan yolda hareket etmeye başladığını fark eder. Bunun üzerine (T), arabanın yakındaki bir nehre düşmesini önlemek için peşinden koşar. Bomba patlamaz çünkü bir güç kaynağına bağlı değildir. (T) saklandığı yerden ayrılırken bunu öngörmüştür.*” Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 234.

¹⁶² Akbulut, *Genel Hükümler*, 756.

¹⁶³ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 265.

¹⁶⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. bs, (Ankara: Seçkin, 2022), 514. Aksi yönde görüş için bkz. Aydın, *Suçta Teşebbüs*, 104. Yazar, failin icra hareketlerine suçu daha elverişli bir zamanda veya daha elverişli araçlarla işlemek için son verebileceği gibi suç işlemek fikrinden vazgeçtiği için de son vermiş olabileceğini belirtmiştir (Aydın, *Suçta Teşebbüs*, 104). Benzer yönde bkz. Bülte, *Der strafbefreiende Rücktritt*, 572.

¹⁶⁵ Zamansal anlamda yeni bir suç olarak kabul edilemeyecek bir geçicilik söz konusuysa, failin suça ilişkin icra hareketlerini bırakmasından söz edilemez (Hakeri, *Genel Hükümler*, 491). Ayrıca bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 275.

anki şartlar çerçevesinde fail suçun icrasını özgür iradesine dayanan kararıyla bırakmıştır¹⁶⁶. Failin daha sonraki sürece ilişkin tasavvuru, icrası bırakılan suçun gönüllülük değerlendirmesinde dikkate alınmamalıdır¹⁶⁷. Bununla birlikte zamansal bağlantı sona ermeksizin sadece ara vermesi sebebiyle (kullanılan aracın değiştirilmesi vs. nedene dayalı olarak)¹⁶⁸ icrayı bırakmada gönüllü vazgeçmeden söz edilemez¹⁶⁹.

Konuyla ilgili olarak, failin vazgeçmesine sebep olan zorlayıcı faktörün gerçekte bulunmamakla birlikte, failin var olduğunu sanarak neticeyi önlemeye çabalaması halinde nasıl bir değerlendirme yapılacağı sorun teşkil eder. Failin suça ilişkin icra hareketlerini tamamladığı esnada dışarıdan gelen gürültüyü kendisinin ifşa olduğu şeklinde değerlendirip, neticeyi önlemeye yönelik girişimde bulunması halinde vazgeçme failin özgür iradesiyle değil, hatalı tasavvuruyla vermiş olduğu karara dayanır. Söz konusu durum şu örnek¹⁷⁰ üzerinden de ele alınabilir. Eşini öldürmek için sabahları içtiği kahveye zehir atan kişi, bu fincandan kızının da kahve içtiğini görmesi üzerine, eşine de yardımcı olacaklarını bilmesine rağmen kızını kurtarabilmek için ambulansı çağırır. Daha sonra kızının zehirli kahveyi içmediği ortaya çıkar. Böyle bir durumda failin planladığı olay seyrine ilişkin iradesi ve kontrolü dışında daha sonra eklenen süreç olmasaydı, failin ambulansı çağırma, dolayısıyla neticeyi önleme çabası bulunmayacaktı. Objektif olarak

¹⁶⁶ "...Vazgeçmenin subjektif şartı olan ve dördüncü bentte açıklanan gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlığı ifade etmemektedir. Korktuğu ya da mağdura acıdığı için veya vicdan azabı, tanrı korkusu gibi başkaca iç etkenlerin varlığıyla vazgeçmesi durumunda da fail hakkında gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Önemli olan failin kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi icra hareketlerini yarıda bırakması ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi olup, vazgeçmenin kaynağını insanın özünde olması gereken iyilik duygusundan alması gerekli değildir. Esasen ceza muhakemesinde psikik dürtülerin kaynağını ispatlamak da kolay olmadığından, faile ceza vermemek için fiili isteyerek kesmesi yeterli görülmelidir. Böylece, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerek olmayıp failin samimiyeti aranmayacağından, **suçu daha sonra işlemek üzere vazgeçmiş olması halinde dahi, kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırılacaktır.**" YCGK, E. 2014/10-183, K. 2015/62, 24.03.2015, (www.legalbank.net). Gönüllü vazgeçme bağlamında gönüllülük ve samimiyet ölçütü hakkında değerlendirme için bkz. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1195-1196. Yazara göre, failin icra hareketlerini yarıda bırakması veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi samimi pişmanlığa dayanmasa dahi, gönüllü vazgeçme kabul edilmelidir. Toroslu, *Gönüllü Vazgeçme*, 1197.

¹⁶⁷ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 273, 288.

¹⁶⁸ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 367.

¹⁶⁹ Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 275.

¹⁷⁰ Gerhard Dornseifer, "Der in Not geratene Giftmischer", *Juristische Schulung*, (1982): 761 vd.

neticenin önlenmesi noktasındaki davranışı, içinde bulunduğu hatalı tasavvurunun bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bu şekilde vazgeçmeyi gönüllülük kapsamında değerlendirmek söz konusu değildir¹⁷¹.

2. Çaba-Gönüllülük İlişkisi

Kanun koyucunun vazgeçme zamanına göre farklı şekilde belirleme yapması, vazgeçme davranışının suçun hangi aşamasında hangi ölçüde bulunmasının ayrıca incelenmesi ihtiyacını göstermektedir. Failin suçun icrasına başlamakla birlikte, bundan sonraki süreçte vazgeçmeye yönelik amacının varlığı, suçun icrası aşamasında icra hareketinden vazgeçmede vazgeçmenin salt iradiliği üzerinden tespit edilebilirken, sonraki süreç bakımından ayrı bir incelemenin yapılmasına yönelik ihtiyaç, fail tarafından ortaya konan tehlikelilik çerçevesinde ele alınmalıdır¹⁷². Hukuki değer ihlal edilmesine yönelik oluşturulan tehlikenin suçun her aşamasında aynı yoğunluğa sahip olmamasının bir sonucu olarak, failin vazgeçmesinin etkinliğinin belirlenmesinde özgür iradeye dayanan gönüllülüğün yanı sıra çaba unsurunun aranması aslında failin suçun tamamlanması veya neticenin meydana gelmesi aşamasındaki vazgeçmesinin varlığına içkin bir durumdur. İcra hareketlerinin henüz başlangıcında suç seyrinin dönüştürülmesine yönelik ortaya konan iradenin yoğunluğunu gösteren davranışlarla daha sonraki süreçte suç seyrinin sona erdirilmesine yönelik iradenin yoğunluğunu gösteren davranışlar, suçun konusu üzerinde oluşturulan tehlikenin veya zararın giderilmesine bağlı olarak, farklıdır¹⁷³. Suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik çaba, failin gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenini zedeleyen/sarsan etkisinin (*rechtserschütternden Eindruck*) daha güçlü şekilde ortadan kaldırılması¹⁷⁴ gerekliliğine işaret eder.

Gönüllü vazgeçme için suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik çaba, ayrıca gönüllülük değerlendirmesinde aranan zorlayıcı bir nedenin bulunup bulunmadığına¹⁷⁵ yönelik değerlendirmeye de etki eder. Öncelikle

¹⁷¹ Failin yanlış tasavvuruyla inşa ettiği engelin gerçek engelle aynı saik değerine sahip olduğu yönünde bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 308.

¹⁷² Benzer yönde değerlendirme için bkz. Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 371.

¹⁷³ Benzer yönde görüş için bkz. Walter Gropp, "Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch," içinde *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*. Eds. Dieter Dölling, Volker Erb, (Heidelberg: C.F.Müller, 2002), 186-187; Bayraktar, *Faial Nedamet*, 125.

¹⁷⁴ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 348.

¹⁷⁵ Zorlayıcı nedenin açık bir kavram olduğu ve belli bir şekilde formüle edilmesinin güçlüğü hakkında bkz. Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 208. Suça ilişkin icra hareketleri aşamasında vazgeçme ile suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme

suçun tamamlanmasını önlemek için gerçekleştirilen davranışlara yönelik iradi karar bilinçli olma özelliğine binaen, keyfiliği veya tesadüfü dışlar¹⁷⁶. Ayrıca fail tarafından bu yönde bir çaba sarf edilmesi ve bunun fail tarafından gerçekleştirilen davranışlara bağlı kılınması, failin suçun icrasından kendisinden kaynaklanmayan zorunlu sebeplerle vazgeçmesi yani vazgeçmenin gönülsüz olması ihtimalini zayıflatır. Diğer bir ifadeyle, suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik çabanın tespiti halinde, bunun gönüllü olmadığı sonucuna varmak zorlaşmaktadır¹⁷⁷.

Burada bahsedilen, vazgeçmenin gönüllü olmasının aktif davranışlara bağlı çabaya karşılık gelmesi değildir. Suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik gösterilen çaba, her durumda doğrudan gönüllülük şartını gerçekleştirmeye yetmez. Kanun koyucunun bu aşamadaki vazgeçme açısından “gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önleme” yerine failin gönüllü olarak kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleme şartını aramasını bu çerçevede izah etmek mümkündür. Dolayısıyla bu aşamadaki vazgeçme için gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlemeyle yetinilmemesi ve bunun ayrıca failin göstereceği çabaya bağlı kılınması özellikle gönüllülük şartının değerlendirmesinde şüphenin oluşmasına bağlı olarak “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi çerçevesinde fail lehine bir değerlendirme eğiliminin önüne geçilmesi¹⁷⁸ açısından da önem taşır. Bu sebeptir ki, örneğin, suçun icrasını tamamlamakla birlikte olayın gerçekleştiği yerin yakınlarında gürültünün duyulması üzerine yakalanacağı korkusuna kapılarak kolluk kuvvetlerine haber vermek suretiyle neticeyi engellemeye yönelik gerçekleştirilen davranışlar¹⁷⁹ vazgeçme bakımından gereken çaba olarak kabul edilirse de gönüllülük açısından ayrıca değerlendirmeyi gerektirir. Aniden değişen ve beklenenden daha zor bir duruma maruz kalan fail¹⁸⁰ vazgeçmeyi seçmekle birlikte, söz konusu olayda, neticenin önlenmesi noktasında maruz kalınan zorlama, çaba unsuruna nazaran daha fazla bir etkiye sahiptir. Fail tarafından icra hareketlerinden sonra gerçekleştirilen aktif davranışlara bağlı çabasını,

aşamasında vazgeçme arasında vazgeçmeye yönelten nedenlerin farklı olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 276-277.

¹⁷⁶ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 345.

¹⁷⁷ Benzer yönde değerlendirme için Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 277; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 477.

¹⁷⁸ Benzer yönde görüş için bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 346. Bu ilkenin gönüllülüğün tespitiyle ilişkisine dair ayrıca bkz. Tozman, *Suç Teşebbüs*, 312-313.

¹⁷⁹ Erdagöz, *Gönüllü Vazgeçme*, 1085.

¹⁸⁰ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 260.

gönüllülüğün somut bağlantı noktası¹⁸¹ şeklinde kabul mümkün olsa dahi, failin özgür iradesine dayanma şartı açısından aynı sonuca ulaşılamaz.

Sonuç olarak bu şekilde gerçekleşen gönüllü vazgeçme için açık bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla TCK'nın genel hükümler kısmında teşebbüs düzenlemesine yer verilmiş olması ve teşebbüsün failin elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması şartına bağlanması nedeniyle bu şartın gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten dolayı cezalandırmadan söz edilemeyeceği ve sonuç olarak gönüllü vazgeçme düzenlemesinin gerekli olmadığı¹⁸² şeklindeki çıkarımı, suçun tamamlanmasının önlenmesinde salt gönüllülük şartının yeterli olmadığı ve çaba şartının ayrıca aranması gerekliliğiyle birlikte dikkate almak gerekir.

III. SUÇUN TAMAMLANMASININ ÖNLENMESİNİN MÜMKÜN OLMASI

Suçun tamamlanmasının önlenmesi¹⁸³ şeklinde ortaya çıkan vazgeçme halinin kapsamı, suça ilişkin icra hareketlerinden vazgeçme halininkine nazaran daha dar olmakla¹⁸⁴ birlikte; her iki durum için suçun teşebbüs

¹⁸¹ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 345. Yazar, konuyu şu örnek üzerinden somutlaştırmıştır: mağduru gazla zehirlemek suretiyle öldürmek amacıyla hareket eden fail, kendisinin de aynı odada bulunması ve yeterli havalandırma sağlayamaması sebebiyle hayatı için tehlike oluşturması sonucu odanın penceresini açmıştır. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 345.

¹⁸² Akyürek, *Gönüllü Vazgeçme*, 196.

¹⁸³ Suçun tamamlanmasını önleme şeklinde gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği sorunu ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından önemlidir. Farklı suç tipleri üzerinden konuya ilişkin değerlendirme için bkz. Klaus Ulsenheimer, "Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte," içinde *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, eds. Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, (München: C.H.Beck, 1979), 412 vd. Fail tarafından neticenin önlenmesi halinde teşebbüs aşamasında kalan neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan gönüllü vazgeçmeyi kabul eden görüş için bkz. Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 129. Bu noktada temel suçtan vazgeçmenin, ağır neticenin atfedilmesine ilişkin bağlantının artık geçerli olmadığı anlamına geleceği gerekçe gösterilmiştir (Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 132). Bununla birlikte ağır veya farklı neticenin, temel suça teşebbüs edildiğinde ve henüz tamamlanmadığında ortaya çıkması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan gönüllü vazgeçmenin mümkün olup olmadığı sorusu temel suç henüz teşebbüs aşamasında olması nedeniyle olumlu cevaplanmakla birlikte, ağır neticenin bağımsız bir suç teşkil etmesi durumu saklı tutulmuştur (Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 274).

¹⁸⁴ Jakobs, *Rücktritt als Tatänderung*, 89.

aşamasına varması¹⁸⁵ arandığından, teşebbüs aşamasının gerçekleşmesi bakımından zorunlu olan objektif ve sübjektif unsurların varlığı ortaktır¹⁸⁶. Bu aynı zamanda gönüllü vazgeçme şekillerinin belirlenmesi noktasında ne salt sübjektif unsurlara ne de objektif unsurlara dayanılabileceği esasını ortaya koyması açısından önem taşıdığı¹⁸⁷ gibi suça ilişkin hazırlık hareketleri esnasında gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacak olması¹⁸⁸ nedeniyle sınırın belirlenmesine katkı sağlar.

Suçun icra hareketlerinin başlaması ile uygulanabilirlik kazanan gönüllü vazgeçme, suçun icrası sürecindeki tüm aşamalarda mümkün olmakla¹⁸⁹

¹⁸⁵ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 338; Akyürek, *Gönüllü Vazgeçme*, 187. Bu gereklilik, özellikle kanunda istisnai olarak düzenlenen hazırlık hareketlerinin bağımsız suç olarak düzenlendiği durumlar bakımından gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği tartışmasını beraberinde getirir. Bu tür suçlar bakımından gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğine dair sorun, genellikle etkin pişmanlık düzenlemesine özel olarak yer verilerek aşılmaktadır. Nitekim suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu (TCK md. 220-221) örnek teşkil eder.

¹⁸⁶ Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 133. Bu bağlamda Alman ceza hukukunda yasal olarak düzenlenmiş olan elverişsiz teşebbüs (*untauglichen Versuch*) bakımından gönüllü vazgeçmeye ilişkin değerlendirme için bkz. Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 143. Alman hukukunda eksik teşebbüs ile tam teşebbüs arasında kast açısından da farklılığın bulunduğu, eksik teşebbüs için başlangıç kastı (*Initialvorsatz*) şeklinde ifade edilebilecek kastın yeterli olduğu ve eksik teşebbüste tam olarak suçun tamamlanmasına yönelik kasttan söz edilemeyeceği, bu aşamadaki kastın henüz parçalı, eksik, tamamlanmaya muhtaç nitelikte olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Küper, *Der Rücktritt vom Versuch*, 36. Yazar bu sebeple teşebbüs kastı (*Versuchsvorsatz*) kavramını ön plana çıkarmıştır.

¹⁸⁷ Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 134.

¹⁸⁸ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 675; Yaşar ve İba, *Gönüllü Vazgeçme*, 114 vd.

¹⁸⁹ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 439.

birlikte, suçun tamamlanmamış olmasına¹⁹⁰ dikkat edilmelidir¹⁹¹. Özellikle suç tamamlandıktan sonra fiilin icrasının devam ettiği kesintisiz suçlarda bu aşamadan sonra suç sona ermemiş olsa bile gönüllü vazgeçmenin uygulanmasından söz edilemez. İlgili suç bakımından etkin pişmanlık düzenlemesi öngörülmüşse, bu kapsamda değerlendirme yapılması gerekir¹⁹². Yine seçimlik hareketli sırf hareket suçları için benzer sorun söz konusudur. Suçun tamamlanması noktasında seçimlik hareketlerden birinin tamamlanmış olduğu suçlarda, failin diğer bir seçimlik hareketi gerçekleştirmekten vazgeçmiş olması gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını mümkün kılmak bakımından yeterli olmayacaktır. Suçun tamamlanmasıyla ilgili olarak, gönüllü vazgeçmenin suçun nitelikli haliyle olan ilişkisine de dikkat

¹⁹⁰ Konu, tamamlanması öne alınan suçlar (teşebbüs suçları/kalkışma suçları) bakımından da özellik arz eder. Kavram hakkında bkz. Aksoy İpekçioğlu, *Suçta Teşebbüs*, 196. Bu kapsamda doktrinde kullanılan kavram farklılıklarına ilişkin bkz. Gözde Kazaker Bozkurt, "Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi - Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, 1 (2022): 261. Nitekim bu tür suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmasına bağlı olarak söz konusu suçlar kapsamında gönüllü vazgeçmenin uygulanabilir olup olmadığı meselesi gündeme gelir. Konuya ilişkin rüşvet suçu (md. 252/3), yargı görevi yaparı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu (md. 277), Anayasayı ihlal suçu ile yasama organına ve hükümete karşı suçlar (md. 309,311, 312) üzerinden bu tür suçlara da teşebbüsün mümkün olduğunu ve gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini ileri süren görüşler vardır (Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 592). Benzer yönde bkz. Erdi Yetkin, "Cezalandırılabilirliğin Öne Alınması Bağlamında Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu," Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (İstanbul: 2023), 478. Bu tür suçlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği yönünde diğer bir görüş için bkz. Karcılıoğlu, *Anayasayı İhlâl Suçu*, 223-225. Bununla birlikte çoğunluk görüşü bu tür suçlarda teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmiştir (Zafer, *Genel Hükümler*, 513; Caner Yenidünya ve Zafer İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", *Fasikül Dergisi* 38 (Ocak 2013): 23; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 227-228; Aydın, *Suçta Teşebbüs*, 109; Işık, *Gönüllü Vazgeçme*, 68; Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 298; Akdağ, *Gönüllü Vazgeçme*, 111; Kazaker Bozkurt, *Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi*, 262. Bu tür suçlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağı yönünde ayrıca bkz. Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 367. Söz edilen suçlarda etkin pişmanlık durumunda cezanın kaldırılmasının nedeninin, suçun tamamlanması ile suçun teşebbüs aşamasında kalmasını eş tutan suç yapısından kaynaklandığı yönünde değerlendirme için bkz. Bülte, *Der strafbefreiende Rücktritt*, 575. Etkin pişmanlık halinde cezada indirim veya cezasızlık şeklinde farklı hukuki sonuçların olmasına yönelik değerlendirme için bkz. Ulrich Berz, "Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte," içinde *Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, eds. Wilfried Küper, Jürgen Welp, (Heidelberg: C.F.Müller, 1993), 332.

¹⁹¹ Konu hakkında bkz. Birtek, *Genel Hükümler*, 351.

¹⁹² Akbulut, *Genel Hükümler*, 745.

edilmelidir. Bir suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik kastı bulunan failin, suçun nitelikli halini gerçekleştirmekten vazgeçip, icraya başladıktan sonra sadece temel şeklini gerçekleştirmesi halinde kısmi gönüllü vazgeçmeden söz edilir¹⁹³.

Vazgeçilebilir bir suçun varlığı için, suçun tamamlanması objektif olarak mümkün olmalıdır¹⁹⁴. Suçun icrası başladıktan sonra olay seyri sırasında ortaya çıkan sebeplerle suçun tamamlanmasının mümkün olmadığı durumda, vazgeçilebilir bir teşebbüs mevcut değildir. Nitekim hâlihazırda failin öldürme kastıyla hareket ettiği ancak herhangi bir sebeple (silahın hedefe isabet ettirememesi, icra hareketlerinin devam ettirilmesine imkân bulunmaması vb.) objektif olarak vazgeçmeye uygun bir teşebbüsten söz edilemediği noktada gönüllü vazgeçmenin de kabul edilmesine imkân bulunmamaktadır¹⁹⁵. Failin örneğin, epilepsi nöbeti geçirmesi nedeniyle fiili gerçekleştirme yeteneğinin ortadan kalkması halinde failin vazgeçmesi gerçekleşmemiştir¹⁹⁶.

Özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından suçun konusunun nitelik, miktar vb. sebebe dayalı olarak failin beklentisini karşılamamasının ve bu sebeple vazgeçmesinin¹⁹⁷, suçun tamamlanmasının artık mümkün

¹⁹³ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 443; Akbulut, *Genel Hükümler*, 748; Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 353; Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 178. Kısmi gönüllü vazgeçme kapsamında ele alınan diğer durumlar için ayrıca bkz. Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 747

¹⁹⁴ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 286.

¹⁹⁵ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 443.

¹⁹⁶ Akbulut, *Genel Hükümler*, 757.

¹⁹⁷ Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 210 vd. Uyuşturucu madde satın alma suçu açısından YCGK, suça konu malın beklenen kalitede olmaması nedeniyle gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini şu şekilde gerekçelendirmiştir: “Sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunun icra hareketlerine başladıkları, ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak üzere yayladaki çadır evine giderek uyuşturucu maddeyi gördükleri, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen sanık A. ile pazarlık yaptıkları, fakat uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten kendi otonom iradeleri ile vazgeçtikleri olayda, sanıklar tarafından beğenilmemiş olsa dahi suçun unsurları için yeterli nitelikte bulunan ve hukuk düzenince suç konusu kabul edilen 924 gram net esrar elde edilebilecek oranda hint kenevirini satın alma imkân ve fırsatı var olduğu halde, görevlilerce yapılan bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son verdikleri ve buna bağlı olarak suçun tamamlanamadığı görülmektedir. Sanıkların eylemlerine devam etme imkânı varken her ne saikle olursa olsun kendi özgür irade ve otonom kararları ile vazgeçmeleri nedeniyle haklarında TCK'nun 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.” YCGK, E. 2014/10-183, K. 2015/62, 24.03.2015, (www.legalbank.net).

olmaması şeklinde mi değerlendirilmesi gerektiği sorusu olumsuz cevaplanmalıdır. Zira burada asıl sorun teşebbüsün başarısız olması¹⁹⁸ değil, failin suçun tamamlanmasına engel olmasının veya icra hareketlerini bırakmasının zorlayıcı bir etken olarak kabul edilip edilemeyeceği yani vazgeçmenin gönüllülük¹⁹⁹ kapsamında mı kaldığına ilişkindir. Bununla birlikte suçun konusunun bulunmaması veya suçta kullanılacak aracın suçun icrası sırasında artık kullanılamaz hale gelmesi bakımından farklı bir sonuç gündeme gelecektir. İlk ihtimal işlenemez suç²⁰⁰ teşkil ederken, diğer ihtimalde başarısız teşebbüs kapsamında değerlendirilen durumlardan biri söz konusudur. Bu çalışma kapsamında arz ettiği önem sebebiyle başarısız teşebbüs kurumunun daha ayrıntılı şekilde ele alınması yerinde olacaktır.

A. Alman Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Açısından Başarısız Teşebbüs

Gönüllü vazgeçmeyle ilgili olarak, özellikle Alman hukukunda uzun süredir tartışılan bir konu olan ve başarısız teşebbüs²⁰¹ (*fehlgeschlagenen Versuch*) olarak nitelendirilen durumda gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir²⁰². Genel olarak vazgeçmenin gönüllülüğü kapsamında ele alınan ve bu

¹⁹⁸ Bu yönde görüş için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 319.

¹⁹⁹ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 267. Gönüllülüğü sağlamadığı yönünde bkz. Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 372.

²⁰⁰ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 432. Kavram hakkında değerlendirme için bkz. Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku*, 309-310.

²⁰¹ Başarısız teşebbüs kavramının tüm elverişsiz teşebbüs durumlarını da kapsayan üst kavram olarak dikkate alınmasına yönelik bkz. Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 124. ACK'da başarısız teşebbüs tanımına yer verilmemiş olmasının kavram belirlenmesine ilişkin keyfilikleri ortaya çıkardığı eleştirisi için bkz. Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 124. Bununla birlikte *Haft*, başarısız teşebbüs şeklinde Kanun'da yer almayan yeni bir kurumun yaratılmasına sebep olmadığını, başarısız teşebbüs kapsamında ileri sürülen durumların gönüllü vazgeçme çerçevesinde sorunsuz şekilde ele alınabileceğini ve bu tür durumlarda gönüllülük şartının gerçekleşmediğini ileri sürmüştür (*Haft*, *Allgemeiner Teil*, 241). Başarısız teşebbüs kapsamında ele alınan durumların, eksik-tam teşebbüs arasındaki ayrımın ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkin sorundan kaynaklandığı, yeni bir hukuki kavram üzerinde yoğunlaşmak yerine, ayrımın belirlenmesi konusunda tatmin edici olmayan sonuçların önlenmesine yönelik uğraşın gerekli olduğu yönünde Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 34. Kavramın tarihsel gelişimine dair bkz. Kazaker, *Elverişsiz Teşebbüs*, 254.

²⁰² Roxin, *Rücktritt vom unbeeendeten Versuch*, 253; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 543; Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Berlin-Heidelberg: Springer, 1997), 472; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 684; Gropp, *Allgemeiner Teil*, 368; Eser, § 24 *Rücktritt*, 454-455; Kudlich ve Schuhr, *Versuch und*

yönüyle subjektif unsurla karakterize edilen başarısız teşebbüs, failin neticeyi gerçekleştirme²⁰³ imkânı bulunmaması temeline dayandırılır²⁰⁴. Bu kavramın gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen ACK md. 24 hükmüyle bağdaşmadığına²⁰⁵ yönelik bir kabul bulunmakla birlikte, başarısız teşebbüsün teşebbüs edilen suçun hangi aşamalarında söz konusu olabileceği ve başarısızlığın tespitinin salt subjektif ya da objektif veya hem subjektif hem de objektif ölçütler çerçevesinde belirlenebileceği tartışmaları²⁰⁶, başarısız teşebbüsün kapsamının belirsizliğinden kaynaklanmakta olup, genel geçerliği bulunan bir tanımdan söz edilememektedir. Nitekim *Schmidhäuser*, kavrama ilişkin “*failin o anda hareketlerinin amacına ulaşamayacağı sonucuna varması halinde teşebbüsün başarısız olduğu*” şeklindeki belirlemesiyle başarısız teşebbüsün hem icra hareketleri sırasında hem de icra hareketleri bitirildikten sonra mümkün olabileceğini ileri sürerek, kendisinden önceki yaklaşımların başarısız teşebbüse ilişkin icra hareketlerinin bitirilip bitirilmediği hususuna yönelik vurgularının önem arz etmediğini ortaya koymuştur²⁰⁷.

Başarısız teşebbüse ilişkin Alman yargısında 1993 tarihinde verilmiş bir karar, daha önceki kararlara kıyasla kavrama ilişkin geniş bir çerçeve çizmesi²⁰⁸ açısından dikkate değerdir. Failin suç planına göre değil aksine

Rücktritt, 211; Ceffinato, *Von sinnlosen Denzetteln*, 620; Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 319; Kazaker, *Alman Federal Yüksek Mahkemesi*, 212.

²⁰³ Başarısız teşebbüs, özellikle neticeli suçlar açısından önem arz etmekte olup, icra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle birlikte suçun tamamlandığı durumlar açısından daha geri planda kalır. Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 11.

²⁰⁴ Nina Nestler, “Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 3.5.2022 – 3 StR 120/22 (Voraussetzungen für das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs),” *Juristische Ausbildung (JURA)* 54, 10 (2022), 1238; Bürger, *Der fehlgeschlagene Versuch*, 24. Alman doktrininde başarısız teşebbüsün kapsamına yönelik farklı yönde yaklaşımlar için ayrıca bkz. Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 12 vd. Fail artık suçu tamamlayamasa bile suçun icrasının devam edebildiği sürece suçtan vazgeçmenin kavramsal olarak mümkün olduğuna dair yaklaşım için bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 303.

²⁰⁵ Ceffinato, *Von sinnlosen Denzetteln*, 621; Bürger, *Der fehlgeschlagene Versuch*, 27. Başarısız teşebbüsün gönüllü vazgeçmeyle ilgili düzenlemede yer almayan olumsuz (gizli) unsur teşkil ettiği yönünde bkz. Brüning, *Entscheidungsanmerkung*, 93.

²⁰⁶ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 17.

²⁰⁷ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 14. Neticenin gerçekleşmeyeceğini kesinleştiren durumun ne zaman ortaya çıktığı hususunun, özellikle elverişsiz teşebbüsle ayrımının belirlenmesi açısından önem taşıdığı yönünde bkz. Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 35.

²⁰⁸ Gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde başarısız teşebbüse ilişkin kapsam belirlemelerinde failin suç planı değişikliği, suçta işlenen araçta değişiklik sebebiyle suçun tamamlanmasını imkânsız kabul etmesi ya da genel olarak failin tasavvuruna göre teşebbüsün başarısız olması gibi tek bir ölçüte odaklanılarak yapılan tespitler olmuştur.

vazgeçme anındaki bilişsel ufka (*Erkenntnishorizont im Zeitpunkt des Rücktritts*) göre değerlendirerek, suçun tamamlanmasına ilişkin fiili imkânsızlığı farkına varması halinde veya suçun tamamlanmasının ancak yeni bir nedensellik zincirinin harekete geçmesinden sonra zamansal gecikmeyle ya da suçun işlenmesinde kullandığı araçların değişmesiyle mümkün olacağını tasavvur etmesi halinde başarısız kalan teşebbüs söz konusudur²⁰⁹. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme açısından başarısız teşebbüste²¹⁰ suçun icrasına başlandıktan sonra ortaya çıkan sebepler (sübjektif olarak failin olaya ilişkin yanlış tasavvuru²¹¹ veya objektif olarak suçun tamamlanmasının imkânsızlığı) belirleyici olmaktadır. Neticenin gerçekleşmemesinin veya failin icrasının devam edememesinin nedeni farklılık gösterse²¹² de, her ihtimalde fail bakımından gönüllü vazgeçme için gerekli olan tercih olasılığı bulunmamaktadır²¹³.

Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 126. Konuya ilişkin ölçütler hakkında ayrıca bkz. Rudolf Rengier, "BGH, 10. 4. 1986 - 4 StR 89/86. Zur Abgrenzung des fehlgeschlagenen Versuchs vom unbeeendeten und beendeten Versuch," *Juristenzeitung* 41, 20 (1986): 963; Kudlich, *Rücktritt vom Versuch*, 380.

²⁰⁹ Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 125.

²¹⁰ Elverişsiz teşebbüs ile başarısız teşebbüs kavramlarına ilişkin ayrıca bkz. Kazaker, *Alman Federal Yüksek Mahkemesi*, 211.

²¹¹ Amaçsal imkânsızlık (*finale Unmöglichkeit*) şeklinde ifade edilen ve failin suçu somut bir plana ya da belirli şartlara ya da amaca bağlı olarak gerçekleştirmek için hareket etmesine karşılık suçun icrası esnasında ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle hedefine ulaşamaması nedeniyle vazgeçmesine karşılık gelen durum da başarısız teşebbüs kapsamında ele alınmakta olup, böyle bir ihtimalde de gönüllü vazgeçme kabul edilmemiştir. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 285. Konu hakkında ayrıca bkz. Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 543. Burada objektif olarak suçun tamamlanmasının imkânsız olmasından ziyade failin tasavvuruyla ilişkili olan bir durum vardır. Fail, somut suç planına bağlı olması ve olay seyri sırasında ortaya çıkan sebeplerin kendisi için üstesinden gelinemeyen engel teşkil etmesi ve o anki koşullar çerçevesinde başka şekilde suçu tamamlayabilme imkânının bulunmaması nedeniyle vazgeçer (Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 326). Söz konusu durum öldürme suçu açısından ayrıca dikkate alınmalıdır. Zira öldürme suçlarında (suçun tipikliği için) mağdurun belirli bir kişi olmasına önem atfeden yaklaşım çerçevesinde durumu ele alırsak, belirli bir kişiyi öldürme amacıyla hareket eden kişinin, silahını doğrultarak icra hareketlerine başladığı anda mağdurun farklı kişi olduğunun farkına varması ve silahını indirmesi halinde kasten öldürme suçu açısından hareketin yöneldiği konu yaşayan bir insan olmakla birlikte, failin amaçladığı kişi olmamasına bağlı olarak mağdurun farklı olması sebebiyle failin suçu tamamlamasını imkânsız kılmaktadır (Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 64). Böyle bir durumda suçun konusunun bulunmaması sebebiyle işlenemez suç olasılığının da dikkate alınması gerekecektir ki, bu sonuca varıldığında ortada teşebbüs edilebilir bir suç bulunmadığından, gönüllü vazgeçme değerlendirmesine geçilemeyecektir. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 318.

²¹² Işıka, *Gönüllü Vazgeçme*, 63.

²¹³ Kudlich ve Schuhr, *Versuch und Rücktritt*, 212.

Sübjektif tasavvur için ilgili zaman noktası için belirleyici faktörün ne olduğu konusunda, son icra hareketinin tamamlanmasının ardından failin vazgeçme ufkunun (*Rücktrittshorizont des Täters*)²¹⁴ dikkate alınmasının karşısında suç planı açısından (*Tatplanperspektive*)²¹⁵ ölçütün belirlenmesi ayrımı bulunurken, icra hareketinin bitirilmesi konusunda tek hareket teorisi²¹⁶ (*Einzelaktsbetrachtung*) ve bütüncül değerlendirme teorisi (*Gesamtbetrachtung*) ayrımı yer alır²¹⁷. Konu özellikle bir fiilin birden çok hareket (mağduru boğarak öldürmeyi başaramayan failin bıçakla ya da silahla öldürmeye çalışması vs.) ile de gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu durumlar²¹⁸ açısından önem taşır. Failin vazgeçmesinin belirlenmesinde, suçun icrasının başlangıcında suçu ne şekilde gerçekleştireceği (kullanılan araç, suçun işleniş şekli vs.) konusundaki düşüncesinin aksine son icra hareketini gerçekleştirmesine odaklanılmasıyla birlikte, özellikle fail tarafından suç planının yapıldığı durumlarda²¹⁹ gönüllü vazgeçmenin

²¹⁴ Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 542.

²¹⁵ Sübjektif esasa dayanan ve eski tarihli Alman mahkeme kararlarında ölçüt olarak dikkate alınan bu kritere göre, failin suçun icrasına başlarken neticeyi gerçekleştirmek için hangi hareketleri gerekli gördüğü önemlidir ve fail bu hareketleri gerçekleştirirse teşebbüs tamamlanmış olur. Aksi takdirde eksik teşebbüsten söz edilmesi gerekir (Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 136; Gerd Geilen, "Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch," *Juristen Zeitung* 11/12 (1972): 336). Salt sübjektif esasa dayanan bu yaklaşım özellikle icra hareketleriyle hazırlık hareketleri arasındaki ayrımın objektif-sübjektif çerçevede belirlenmesi noktasında çelişki oluşturur (Maurach, Gössel ve Zipf, *Allgemeiner Teil*, 136). Alman mahkeme kararlarında suç planı teorisinin ortaya çıkardığı zorlukları gidermeye yönelik tamamlayıcı kriterlerin dikkate alınmaya başlandığı sürece ilişkin bkz. Geilen, *Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch*, 336.

²¹⁶ Alman yargı kararlarında doğal anlamda teşebbüs teklifi (*Lehre von der natürlichen Versuchseinheit*) şeklinde de ifade edilmiştir. Puppe, *Rücktrittshorizont*, 524.

²¹⁷ Kudlich ve Schuhr, *Versuch und Rücktritt*, 216. Konuya ilişkin Alman doktrininde ileri sürülen yaklaşımlar bunlardan ibaret değildir. Çalışmanın kapsamının sınırlı olması nedeniyle yaklaşımların hepsine yer verilemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 275 vd.

²¹⁸ Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 353.

²¹⁹ Suç planı teorisi ile tek hareket teorisinin kesiştiği alan fazla olmakla birlikte, farklılık gösterirler. Özellikle fail tarafından somut bir suç planına göre hareket edilmediği, daha açık ifadeyle failin suçun icrasını belli hareketlerle sınırlandırmadığı durumlarda suç planı teorisi, devam eden hareketlerin gerçekleştirilmesinin hâlâ mümkün olması halinde vazgeçmenin de mümkün olduğu kabulüne dayanır. Suç planı teorisi, failin tasavvuruna göre örneğin, mağduru tek kurşunla öldürmeyi düşünmesi ve bunu gerçekleştirememesi halinde başarısız teşebbüsün ortaya çıktığı, buna karşılık birden fazla atışla mağduru öldürmeye düşünen failin son atışı gerçekleştirene kadar vazgeçmesinin mümkün olduğu şeklinde hesaba katılmayan birçok ihtimalin farklı sonuçları mümkün kılabilmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Jäger, *Allgemeiner Teil*, 279.

kapsamını oldukça daraltan tek hareket yaklaşımına (*rücktrittsfeindliche Einzelaktstheorie*)²²⁰ dayanan suç planı teorisi geri planda kalmıştır²²¹.

Tek hareket teorisi, birden fazla hareketle gerçekleştirilebilen suçlarda her bir hareketi ayrı ayrı dikkate alarak, gerçekleştirilen hareketin neticeyi gerçekleştirme açısından başarısız olması durumunda, diğer hareketler gerçekleştirildikten sonra netice engellense dahi vazgeçmeyi kabul etmemektedir²²². Özellikle eski Alman yargı kararlarında yer bulan bu yaklaşımlarda belirleyici faktör, sonraki hareketlerin gerçekleştirilmesinin başarısız bir hareketin tekrarı mı yoksa zaten başlamış olan suçta teşebbüsün devamı mı teşkil edeceğidir. İlk durumda artık gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığı tam teşebbüsten söz edilmesi gerekirken, diğer durumda failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı vazgeçmenin mümkün olduğu eksik teşebbüs vardır²²³. Bu yaklaşımda failin suçun icrasına başlarken, neticeyi gerçekleştirmek için uygun olduğunu düşündüğü her bir aracın kullanılmış olması teşebbüsün tamamlanması açısından yeterlidir²²⁴. Zehirle öldürmeye çalıştığı mağduru, zehrin etkisinin az olması nedeniyle öldürememesi ve devamında suda boğmaya çalışması halinde, zehirleme hareketi artık tamamlanmıştır ve failin buna yönelik bir değişiklik gerçekleştirmesinden söz edilemez, boğma hareketi zehirlenmenin bir parçası değildir. Suda boğmaktan vazgeçmesi hali, kısmî bir vazgeçmedir²²⁵. Böyle bir durumda fail ilk

²²⁰ Rengier, *Zur Abgrenzung des fehlgeschlagenen Versuchs*, 964. Tek hareket teorisi kapsamında da farklı yaklaşımlar yer alır. Nitekim bir görüş, failin, kendi bakış açısına göre hedeflenen neticeyi tek başına gerçekleştirebilecek hareketi icra etmesinden sonra artık gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı esasına dayanırken, diğer bir görüş neticenin gerçekleştirilmesi açısından teşebbüs kapsamındaki her bir hareketin ne ölçüde bağımsızlaştırılabileceğini temel almakta ve bunu da yine failin bakış açısına göre belirlemektedir. Eğer fail önceki hareket veya hareketlerin tek başına neticeye ulaşmak için uygun olmadığını varsayarsa teşebbüs henüz bağımsız bir öneme sahip değildir ve dolayısıyla suçun icrasına devam etmeyerek eksik teşebbüsten gönüllü vazgeçmesi mümkün olabilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 340.

²²¹ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 331. Söz konusu teori özellikle Alman doktrininde tam teşebbüs olarak nitelendirilen, failin suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine engel olma aşamasındaki vazgeçmesini açıklamak noktasında yetersizdir. Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 336.

²²² Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 332.

²²³ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 4.

²²⁴ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 524.

²²⁵ Jakobs, *Rücktritt als Tatänderung*, s. 90.

hareketiyle teşebbüsün başarısız olması halinde vazgeçmemekte ve neticeye ulaşmaya yönelik tehlikeliliği daha da artırarak fiile devam etmektedir²²⁶.

Tek hareket teorisinde, birden fazla hareketin gerçekleştirilmesine ilişkin daha kapsamlı şekilde yapılmış suç planında hangi hareketin gerçekleştirilmesiyle birlikte tam teşebbüsün bulunduğunu ya da teşebbüsün başarısız sayılması gerektiğini gösteren bir ölçütten söz edilememektedir. Dolayısıyla *failin mağdur ölene kadar saldırılarına devam etme planı varsa, bir teşebbüsün ancak fail mağdurun ölümünün artık kendisi tarafından başka bir hareket yapılmadan gerçekleşeceğini varsaydığında tamamlanması* gündeme gelecektir²²⁷. Bu teorinin ancak doğal hareket tekliği anlamında her bir hareketin suç tipinde aranan hareket unsuru olarak dikkate alınmasıyla birlikte gönüllü vazgeçme açısından anlaşılabilir olabileceği ifade edilerek, sonradan gerçekleştirilen hareketlerden vazgeçilmesi halinde yeni bir suçtan vazgeçmenin gerçekleştiği ancak daha önce icra edilen hareket nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırmanın söz konusu olacağı eleştirisi getirilmiştir²²⁸. Böyle bir durumda aynı suç seyri kapsamında birbirine çok yakın olabilecek durumlara farklı hukuki sonuçların bağlanması²²⁹ söz konusudur.

Benzer şekilde, ağırlık noktasını failin tasavvurunun oluşturduğu ve olay seyrindeki bariz değişiklikleri göz ardı eden²³⁰ suç planı teori çerçevesinde suç planının kapsamına göre varılacak sonuç farklılaşmıştır ve teori en ciddi eleştiriyi bu farklılığın meşru bir temelinin bulunmaması nedeniyle almıştır²³¹. Çünkü bu yaklaşıma göre, failin planı ne kadar somut ve ayrıntılı olursa, planladığı gibi suçu tamamlayabilme ihtimalinin az olduğuna yönelik tasavvuru güçlenecekken, planı ne kadar soyut ve genel olarak belirlerse,

²²⁶ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 339.

²²⁷ Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 261.

²²⁸ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 341. Yazar suçların içtimal alanında anlam ifade eden hareket tekliği kavramının tamamen farklı amaca dayanan gönüllü vazgeçme alanında fiil kavramını belirlemede esas alınmasının uygun olmadığını belirterek, fiil kavramından hareketle tek hareket yaklaşımı ile bütüncül hareket yaklaşımı lehine ya da aleyhine bir sonuca ulaşamayacağını ileri sürmüştür. Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 341. Konu hakkında görüş için ayrıca bkz. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 256.

²²⁹ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 349.

²³⁰ Gropp, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 185.

²³¹ Gropp, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 185.

suçun gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğu düşüncesi o kadar azalacaktır²³². Konu, suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çabayı gerektiren vazgeçme şekli açısından da önemlidir. Zira planın kapsamlı olarak belirlenmesi durumunda suçun icra hareketlerinin bitirilmesine ilişkin süreç uzayacak ve böylelikle sadece icrayı yarıda bırakmayla vazgeçme mümkün olabilecektir²³³. Ters durumda ise, örneğin, (A)'nın (B)'yi öldürmek amacıyla silahını ateşlemesi ve ilk atışta isabet ettirememesi ve bunun üzerine atışa devam etmekten vazgeçmesi halinde icrası biten bir suç vardır ve gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini dışlamaktadır. Bu aşamadan sonra, failin suça devam etmeyi istememiş olması ancak cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilir²³⁴. Teşebbüs açısından aranan kastın, sadece ilgili suça ilişkin tipikliğin maddi unsurlarını kapsamaması ve bunun dışında kalan hususların kastın belirlenmesinde önem arz etmemesi²³⁵ de salt suç planını esas alan bu yaklaşımı zayıflatmaktadır.

Failin icra hareketlerinin başlangıcındaki suç planına dayanan tasavvurunu esas alarak tam-eksik teşebbüs ayrımında sübjektif temelin benimsenmesinin sonucu olan²³⁶ bu durumlara yönelik bütüncül değerlendirme teorisi ise gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirlik alanını genişleten bir etki göstermiştir. Böyle bir etkinin ortaya çıkmasında bütüncül değerlendirme teorisiyle ilişkilendirilen ve suç planı teorisinin katılığına karşılık esnek bir yaklaşım olarak kabul edilen²³⁷ vazgeçme ufku teorisinin de katkısı vardır. Vazgeçme davranışının buna yönelik karar zamanıyla uyumlu olmasını esas alan vazgeçme ufku teorisinde²³⁸, suç planının ne faile haksız

²³² Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 321. Benzer yönde bkz. Brüning, *Entscheidungsanmerkung*, 94. Nitekim failin mağdurun kalbine benzin enjekte ederek öldürmek istediği ancak kalbe ulaşmadan önce iğnenin kırıldığı "Hemşire olayı"nda (*Krankenpflegerfall*) BGH, hâlihazırda narkoz verilmiş hastanın ölümü, suç planının biraz değiştirilmiş olması halinde yine de gerçekleşebilecek olmakla birlikte, öldürme suçu açısından başarısız teşebbüsün bulunduğunu belirtmiştir. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 323.

²³³ Gropp, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 185.

²³⁴ Paeffgen tarafından savunulan bu teoriye ilişkin değerlendirme için bkz. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 255-256.

²³⁵ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 31.

²³⁶ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 4.

²³⁷ Gropp, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 185.

²³⁸ Belirtilmelidir ki, bu teoride de Alman hukukunda tüm teşebbüs hallerinde olduğu gibi failin tasavvuru belirleyicilik açısından önem arz eder. Gropp, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 186.

yere ayrıcalık tanınması ne de vazgeçme davranışının değerlendirilmesinin önünde engel teşkil etmesi söz konusudur²³⁹.

Bütüncül değerlendirme teorisinde, failin suç seyrindeki değişiklikten ötürü planladığından farklı şekilde hareket etmesi gerektiğinden dolayı, planladığı ile daha sonradan gerçekleştirdiği hareketler arasında doğrudan zaman ve mekân bağlantısı bulunması halinde icra hareketleri henüz tamamlanmamıştır²⁴⁰. Böylece henüz zamansal bir kesinti meydana gelmeksizin suç seyrinin devam etmesi halinde süreç içindeki karar noktasının esnekliğine (*Korrektur des Rücktrittshorizonts*-vazgeçme ufkunun düzeltilmesi) dayanılarak, fail için vazgeçme ufkunun da değişebileceği sonucuna ulaşılmıştır²⁴¹. Suça ilişkin icra hareketlerinin bitirilmesi konusunda failin, yaşam deneyimine göre neticenin gerçekleşmesi beklentisini ortaya koyan fiili durumları bilmesi dikkate alınır²⁴². Suçun işlenmesine ilişkin çeşitli hareketler arasındaki doğrudan zaman-mekân bağlantısının yanı sıra failin karar birliği de gereklidir²⁴³. Çekiçle mağdurun kafasına vuran ancak çekiç başlığının saptan ayrılması sonucu öldürme suçunun başarısız olacağını anlayan failin aynı mekânda bulduğu bıçakla mağdurun çeşitli bölgelerini yaralaması ve bundan sonra hareketin devamından vazgeçmesinde failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği kabul edilmiştir²⁴⁴.

Burada failin en başında suç planına göre suçu işlemesinin başarısız olması değil, son icra hareketini gerçekleştirmesi üzerine vazgeçme anındaki davranışı göz önünde bulundurulur. Suçun icrasına başladığında gerçekleştirilen ilk hareketle teşebbüs başarısız olmakla birlikte failin devamında icra edeceği hareketlerle neticenin gerçekleşme ihtimalinin bilincinde olmasına rağmen neticeye ulaşmaktan kaçınması hali de, ilk icra hareketinden vazgeçen failinki gibi gönüllü vazgeçmeden yararlanmaya layıktır²⁴⁵. Failin zaman-mekân bağlantısı bulunmaksızın, *elindeki araçlarla neticeyi gerçekleştirme imkânını tüketmesi ve mümkün olan en kısa sürede*

²³⁹ Gropp, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 185.

²⁴⁰ Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 541-542.

²⁴¹ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 359.

²⁴² Kudlich ve Schuhr, *Versuch und Rücktritt*, 217.

²⁴³ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 524.

²⁴⁴ Akbulut, *Genel Hükümler*, 747. Benzer örnek olaylar için bkz. Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 330 vd. Bu yönde BGH kararları için bkz. Jäger, *Allgemeiner Teil*, 280-281.

²⁴⁵ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 338.

yeni imkânları kullanma düşüncesiyle birlikte vazgeçmesi hali²⁴⁶ ise bunun dışındadır. Benzer şekilde bu teoriye göre nihai vazgeçmenin nedeninin, failin bazı başarısız çabalardan sonra 'tükenmiş' olması veya mağdurun direnci karşısında çabalarının başarıya ulaşmayacağını anlamış olması ihtimaline dikkat edilmelidir²⁴⁷, zira her iki durumda da teşebbüs başarısız olmuştur ve artık gönüllü vazgeçmeye açık değildir.

Birden fazla hareketle fiilin gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu suçlar bakımından mümkün olan son icra hareketinden vazgeçilse dahi teşebbüsten dolayı tam cezasızlık sonucu²⁴⁸, gönüllü vazgeçmede vazgeçme anındaki icra hareketlerinin bitirilip bitirilmediği hususunun vazgeçme bakımından dikkate alınacak olan şartlara da etki ettiği kabulüyle birlikte ele alınmalıdır. Zira suçun icrasından vazgeçmeyle suçun tamamlanmasını engelleme arasında vazgeçme davranışı açısından fark vardır ve bu, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanıp yararlanamayacağını belirlemektedir. Tek hareket teorisinin katı şekilde uygulanması halinde failin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli tek ve artık geri döndürülemez saldırı hareketini icra ettikten sonra, örneğin yaralanan mağduru aktif çabayla kurtarması durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanmasının reddedilmesi gerekir²⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki vazgeçmenin uygulanabilirliğini önemli ölçüde sınırlandırmaktadır²⁵⁰. Böyle bir sonuç, suçun tamamlanmasının failin çabasıyla engellenmesini gönüllü vazgeçme kapsamında kabul eden yasal düzenlemeyle çelişki arz edeceği²⁵¹ gibi, vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketlerin (suç teşkil etmesi halinde) ortaya çıkarmış olduğu zarar veya tehlikeden dolayı failin sorumluluğunun devam edeceği durumunu da göz ardı etmektedir.

Tek hareket teorisi ve bununla ilişkilendirilen suç planı teorisinin failin sübjektif tasavvurunu esas almasına da bağlı olarak ortaya çıkan sorunun, vazgeçme için son icra hareketinin gerçekleştirildiği zamanki vazgeçme ufkunu ölçüt alan ve bu noktada icranın bitirilip bitirilmemesine ilişkin olarak

²⁴⁶ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 524.

²⁴⁷ Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 264. Bu kapsamda tartışılabilir Balkon olayı (Balkon Fall BGH 3 StR 470/06 v. 08.02.2007=NSTZ 2007, 399) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gropp, *Allgemeiner Teil*, 360-361.

²⁴⁸ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 344.

²⁴⁹ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 345.

²⁵⁰ Nitekim Roxin, *Jakobs* tarafından savunulan görüşe yönelik eleştirisinde bu hususa vurgu yapmıştır. Roxin, *Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 258.

²⁵¹ Bergmann, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung*, 345.

failin tasavvurunun belirleyiciliğini önemseyen bütüncül değerlendirme teorisinde tamamıyla giderilebildiğini söylemek güçtür. Zira özellikle öldürme suçları açısından failin vazgeçtiği ana kadar ortaya çıkardığı tehlike veya meydana getirdiği zararda vazgeçme için salt suçun icrasının bırakılmasının mı yeterli olacağı yoksa neticenin önlenmesine yönelik çabanın mı gerekli olduğu sorusu, failin tasavvuruna²⁵² göre suçun tamamlanması açısından hâlâ icra edilmesi gereken hareketlerin bulunması şeklinde cevaplanmamalıdır.

B. Gönüllü Vazgeçmede Başarısız Teşebbüsün Özel bir Hali Olarak İncelenen Tipiklik Dışı Amaca Ulaşmış Olma Durumu

Teşebbüsün tamamlanıp tamamlanmadığı ile ilişkili olarak Alman doktrinde ele alınan konulardan biri de failin tipiklik dışı amaca ulaşma durumudur (*Rücktritts wegen (vorzeitiger) Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels*). Konu, faili suçu işlemeye sevk eden tipiklik dışı amacın artık bir önemi kalmaması nedeniyle suçun icrasından vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçmenin kabul edilip edilemeyeceği²⁵³ noktasında önem taşır. Örneğin, mirastan yararlanmak için amcasını öldürmek isteyen yeğenin, amcanın kısa bir süre önce tüm servetini kumarda kaybettiğini öğrenmesi²⁵⁴ ya da mağdura ders vermek için ölüm neticesini göze almak suretiyle icra hareketlerine başlayan failin ilk bıçak darbesinden sonra amacına ulaşması²⁵⁵ nedeniyle vazgeçmesi bu kapsamda ele alınmaktadır. Tipiklik dışı amaç, suç teşkil etmeyeceği gibi başka bir suça da sebebiyet verebilir. Nitekim suçun dışındaki amaç, başka bir kişinin kaçmasını önlemek veya onu etkisiz hale getirmek olabilir²⁵⁶.

²⁵² Nitekim *Gropp*, burada failin tasavvurunun sınırlandırılması için, suçun konusu üzerinde oluşturulan tehlikeye yönelik makul ve ikna edici (*vernünftige und glaubhafte*) tasavvur vurgusunda bulunmuştur (*Gropp, Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont*, 187). Benzer şekilde *Roxin*, bu ayrımda salt failin tasavvurunun belirleyici olmaması gerektiğini belirtmiştir (*Roxin, Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre*, 261).

²⁵³ *Brüning, Entscheidungsanmerkung*, 94. Alman yargı kararları açısından bkz. *Puppe, Rücktrittshorizont*, 524. Konuyla ilgili Genel Kurul (*Große Senat*), eksik teşebbüs durumunda, suçun devamının icrasından vazgeçme kararının suç tipinde yer alan unsurların gerçekleştirilmesiyle sınırlı olduğunu, zira ne teşebbüse ilişkin ceza sorumluluğunu düzenleyen kanun hükmünde (§ 22 StGB) ne de vazgeçme nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırmayı kaldıran kanun hükmünde (§ 24 StGB), suç tipinde yer almayan saiklere veya amaçlara dayanıldığını ifade etmiştir. *Puppe, Rücktrittshorizont*, 524.

²⁵⁴ *Jäger, Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 804.

²⁵⁵ *Brüning, Entscheidungsanmerkung*, 94.

²⁵⁶ *Brüning, Entscheidungsanmerkung*, 94.

Doktrinde hâkim görüş, suç dışındaki amacına ulaştıktan sonra, artık suçta bir menfaati olmadığı için suça ilişkin neticeyi gerçekleştirmekten kaçınan failin sübjektif tasavvurunu dikkate alarak gönüllü vazgeçmenin uygulanamaz olduğunu kabul etmiştir²⁵⁷. Çünkü böyle bir durumda fail açısından normun uyarı fonksiyonundan söz edilemez²⁵⁸. Gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığını kabul eden bu yaklaşım, böyle bir durumun, failin amacına ulaştığı için artık suçun icrasına devam edemeyeceği sonucunu doğurması gerektiğine dikkat çekmiştir. Sözü edilen ihtimalde fail birincil hedefine ulaştıktan sonra yeni bir saik bulmak zorunda kalacak ve bu da tamamen yeni bir suçun temelini oluşturacağı için suçtan vazgeçme olasılığı ortadan kalkacaktır²⁵⁹. Nitekim *Roxin*'e göre, eksik teşebbüsün söz konusu olduğu durumda hedefe ulaşıldıktan sonra asıl suçtan vazgeçmek bir seçenek değildir, çünkü fail artık sahip olmadığı bir suç işleme kararından vazgeçemez²⁶⁰. Yazar ayrıca hedefine ulaşmış suç planı ile başarısız teşebbüsün aynı kavramlar olmamakla birlikte yapısal olarak benzer olduklarını, her iki durumda da suç planının gerçekleşme imkânının olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle ikisinin de aynı kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁶¹.

Boşandığı karısının kendisiyle birlikte yaşamayı ısrarla reddetmesi nedeniyle öfkeyle onu öldürme kararı alması ancak daha sonra, onu bıçakla birkaç kez yaralaması ve mağdurun saldırıyı savuşturmak adına gerçekte istemediği halde “ona geri dönmek istediğini” beyan etmesi üzerine failin suçun icrasına devam etmeyi bırakmasına ilişkin olayda Mahkeme, fail bakımından gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Failin vazgeçmesi mağdurun gerçek dışı beyanı üzerine gerçekleşmiş olsa dahi, failin kararına dayanır²⁶². Bununla birlikte böyle bir

²⁵⁷ Brüning, *Entscheidungsanmerkung*, 95.

²⁵⁸ Bülte, *Der strafbefreiende Rücktritt*, 572.

²⁵⁹ Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 806.

²⁶⁰ Claus Roxin, “BGH, 19. 5. 1993 - GSt 1/93. Zum strafbefreienden Rücktritt vom unbeeendeten Versuch.” *Juristen Zeitung* 48, 18 (1993): 896.

²⁶¹ Roxin, *Rücktritt vom unbeeendeten Versuch*, 897. Tipiklik dışı amaca ulaşılmasıyla birlikte suçun icrasının devamının öneminin kalmaması nedeniyle başarısız teşebbüs kapsamında yer alması gerektiğine yönelik görüş için bkz. Nestler, *Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs*, 1238; Ceffinato, *Von sinnlosen Denkkzetteln*, 622. *Ceffinato*, başarısız teşebbüsün belirlenmesine ilişkin bütüncül yaklaşımın benimsenmiş olması halinde de bu durumun geçerli olduğunu, zira failin son icra hareketinden sonraki tasavvurunun belirleyici olduğunu ve bu noktada tipiklik dışındaki amaçların göz ardı edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ceffinato, *Von sinnlosen Denkkzetteln*, 623.

²⁶² Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 259.

olayda failin tipiklik dışı amacına ulaşması suretiyle suçun icrasını bırakmasında mağdurun gerçek dışı beyanı etkili olmuştur. Dolayısıyla özgür iradesine dayanmayan bu sonucun, gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmemesi gerekir²⁶³.

Failin neticeye ulaşmasının öneminin kalmaması, objektif olarak suçun tamamlanmasının imkânsız olduğu sonucunu kendiliğinden ortaya çıkarmaz²⁶⁴. Vazgeçme açısından kanunda öngörülen, suçun icrasından vazgeçilmesi veya tamamlanmasının önlenmesi olduğundan, vazgeçme mümkün olmaya devam eder²⁶⁵. Önemli olan husus, failin son icra hareketinden sonra teşebbüs ettiği suçu işlemeye devam edip edemeyeceği olup, suçun tamamlanmasının hâlâ mümkün olduğu ihtimalde bundan kaçınması halinde, daha önce hedeflediği tipiklik dışı amaca ulaşmış olmasının etkisi yoktur²⁶⁶. Dolayısıyla failin tipiklik dışı amacına ulaşması halinde, suçun tamamlanmasına ilişkin tehlikeyi geri çevirmesinin mümkün olmayacağı²⁶⁷ sonucuna ulaşamaz. Tipiklik dışı amaca ulaşmış olma, suçun tamamlanmasının imkânsız olup olmadığına göre gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğine ilişkin bir konu değildir ve bu nedenle olayda tipiklik dışı amaca ulaşıldığı tespiti doğrudan, gönüllü vazgeçmeye ilişkin şartların varlığına yönelik yapılacak değerlendirmeyi dışlamaz. Diğer bir ifadeyle, failin suça ilişkin neticeyi gerçekleştirmeyi hedeflemekle birlikte, bunu tipiklikte yer almayan bir amaca ulaşmak için yapıyor olsa ve amacına ulaştıktan sonra suçtan vazgeçse dahi bu, her durumda doğrudan gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilemez. Suç tipinde yer alan netice dışında, amaç veya saik kanun tarafından vazgeçme için gerekli kılınmamıştır²⁶⁸. Teşebbüs kural olarak kastı gerektirdiğinden ve ilgili suçun gerektirmediği (bazı suçlar için amaç unsuru) diğer subjektif unsurlar şart olarak aranmadığından, vazgeçmeye yönelik şartların varlığı yeterlidir²⁶⁹. Suç yolunda ilerleyen failin, icra aşamasını bırakması veya suçun tamamlanmasına engel olması ve bunun, failin bu yönde

²⁶³ Benzer yönde mahkeme kararına yönelik değerlendirme için bkz. Kangal, *Gönüllü Vazgeçme*, 351.

²⁶⁴ Nestler, *Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs*, 1238.

²⁶⁵ Ceffinato, *Von sinnlosen Denkworteln*, 622; Gropp, *Allgemeiner Teil*, 363.

²⁶⁶ Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 808. BGH'nin de böyle bir durumda gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini doğrudan dışlamadığı yönünde bilgi için bkz. Brüning, *Entscheidungsanmerkung*, 95.

²⁶⁷ Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*, 131.

²⁶⁸ Kudlich ve Schuhr, *Versuch und Rücktritt*, 224.

²⁶⁹ Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 31.

davranmasına iten motivasyonun veya saikin ne olduğundan bağımsız şekilde, zorlayıcı bir etken bulunmaksızın özgür iradesine dayanan tercihin sonucu olması gerekli ve yeterlidir.

Tipiklik dışı amaca ulaşmış olma, suçun icrasını bırakma suretiyle vazgeçme açısından gönüllülük şartına bağlı olarak²⁷⁰ önem arz ederken; suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki vazgeçmede bunun yanı sıra aranan çabanın varlığına ayrıca dikkat edilmelidir. Zira fail ancak suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra ve netice meydana gelmeden önce, suçu işlemeye sevk eden tipiklik dışı amaca ulaşması üzerine neticeyi önlemeye yönelik gerekli olan çabayı gönüllü olarak göstermesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir²⁷¹.

Konuyla ilişkili olarak, failin aslında eski eşi (A)'yı öldürmek amacıyla hareket etmesi ve öncesinde (A)'nın sevgilisi (B)'ye ulaşması üzerine onu öldürmek için icra hareketlerine başlaması ve (B)'yi yaralaması, suçun icrası sırasında (A)'yı gören failin (B)'ye yönelik işlediği suçtan vazgeçip, (A)'yı öldürmesi olayında²⁷²; (B)'ye karşı gerçekleştirdiği fiil açısından gönüllü vazgeçmeden yararlanıp yararlanamayacağı hakkında, gönüllülük değerlendirmesinden önce objektif olarak vazgeçmenin gerçekleşip gerçekleşmediği yani bu olay açısından suçun tamamlanmasını önleme noktasında gerekli olan çaba üzerine dikkatli bir inceleme yapılmalıdır. Failin asıl amacına ulaşmak için (B)'ye ilişkin icra hareketlerini bırakması, doğrudan gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini dışlamaz. Öncelikle fail tarafından neticeyi önlemeye yönelik aktif davranışa dayanan çabaya ihtiyaç olup olmadığı incelenmelidir. Fail (B)'ye yönelik gerçekleştirmiş olduğu icra hareketlerinin ortaya çıkardığı zarar veya tehlikeyi dikkate almaksızın ve buna kayıtsız kalmak suretiyle gerekli çabayı göstermeksizin vazgeçmeyi gerçekleştirmişse, daha gönüllülük değerlendirmesine geçmeden, gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılacaktır. Dolayısıyla ancak gösterilmesi gereken çabanın tespiti halinde gönüllülük incelemesi mümkündür.

²⁷⁰ Böyle bir durumda vazgeçmenin hâlâ mümkün olduğu ancak gönüllü olmadığı yönünde bkz. Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 809.

²⁷¹ Duruma ilişkin tartışmalar için bkz. Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 239 vd.

²⁷² Der „Zeitmangel“-Fall, BGHSt 35, 184'den aktaran Renzikowski, *Wirksamkeit des Rücktritts*,131.

C. Türk Ceza Hukuku Bakımından Gönüllü Vazgeçmede Başarısız Teşebbüs Değerlendirmesi

Teşebbüsün cezalandırılması açısından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama ölçütünü esas alan TCK'da, elverişsiz teşebbüs²⁷³ ile ilgili hüküm içeren ACK'ya nazaran başarısız teşebbüse ilişkin sınır çizmek daha kolaydır. Kavrama TCK'da açıkça yer verilmemiştir ancak buna gerek de yoktur. Teşebbüsle ilgili aynı sonucu ortaya çıkaran benzer durumların nitelendirilmesi için doktrinde geliştirilen bu kavram, gönüllü vazgeçme özelinde teşebbüsten dolayı cezalandırılabilirliği sağlayan vazgeçme koşullarıyla ilişkilendirilerek ele alınmalıdır²⁷⁴. Gönüllü vazgeçme açısından daha fazla önem arz eden başarısız teşebbüs için öncelikle suça ilişkin icra aşamasının başlaması gereklidir. Bu nedenle suçun icra aşamasından önce suçun konusunun yokluğu, suçta kullanılan aracın elverişsizliği vs. nedeniyle suçun tamamlanmasının veya neticenin meydana gelmesinin mümkün olmadığı durumlar, kapsamın dışındadır. Suçun icrasına başladıktan sonra ortaya çıkan sebeplerle neticenin gerçekleşmesinden söz edilememesi halindeyse, teşebbüsle arasındaki sınırın belirlenmesi gereklidir, zira aksi halde ortaya çıkacak belirsizlik başarısız teşebbüsün tüm teşebbüs hallerini kapsar şekilde kabul edilmesi yanılığına sebep olabilecektir²⁷⁵. Teşebbüste failden kaynaklanmayan engel bir sebeple suçun tamamlanmaması söz konusuysa, başarısız teşebbüs neden kaynaklandığı önemli olmaksızın suçun tamamlanmasının imkânsız olması esasına dayanmaktadır.

Gönüllü vazgeçme açısından suçun tamamlanmasının mümkün olmamasına ilişkin sebebin failin tasavvurundan mı kaynaklandığı yoksa fiili duruma²⁷⁶ mı bağlı olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Zira böyle bir ayırım,

²⁷³ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kazaker, *Elverişsiz Teşebbüs*, 25 vd.

²⁷⁴ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 685. Türk hukuku kapsamında değerlendirme için ayrıca bkz. Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 123 vd.

²⁷⁵ Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 324.

²⁷⁶ Burada Alman hukukunda başarısız teşebbüs kapsamında incelenen ve hukuki imkânsızlık (*rechtliche Unmöglichkeit*) şeklinde ifade edilen durumun farklı olduğuna değinilmelidir. Genellikle cinsel saldırı suçu üzerinden örneklenen bu halde, failin mağdura karşı cebir kullanmak suretiyle suça ilişkin icra hareketlerine başlaması ancak icra sırasında mağdurun rızasını açıklaması ve bunun üzerine cinsel saldırı suçunun tamamlanmasının imkânsız olduğu belirtilmiştir (Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 328). Ancak böyle bir durumda teşebbüsle ilişkili ele alınan diğer başarısızlık hallerinden farklı olarak rızanın (işlenen suça göre) tipikliği veya hukuka aykırılığı kaldıran etkisine dikkat edilmelidir. Bununla birlikte mağdur tarafından rızanın açıklanmasından önce ve suç teşkil eden hareketlerden dolayı (örnek olayda cebir açısından) ayrıca değerlendirme yapılmalıdır.

ortaya çıkan sonuç farklı olmasa dahi²⁷⁷, gönüllü vazgeçmenin gerçekleşme şartlarına etki eder. Fiili duruma bağlı olması ihtimalinde, fail tarafından iradi olarak icranın bırakılması ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi mümkün olmayacağından, vazgeçilebilir suç da bulunmaz. Diğer bir ifadeyle, suçun tamamlanamaması, failin vazgeçme davranışına dayandırılmaz. Bu noktada failin suç yolunda ilerleyip ilerlemesi bir tercihe bağlı olmadığından, gönüllülük değerlendirmesi önem taşımayacaktır²⁷⁸. Gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği, salt suçun işlenmesinin bilinçli olarak bırakılması kararından ibaret olmayıp²⁷⁹, elverişli hareketlerle suçun işlenmesinin mümkün olmasına rağmen, failin iradi olarak vazgeçmesine dayanır. Dolayısıyla suçun tamamlanmamış olması faile isnat edilebilecek nedenden kaynaklanmalıdır²⁸⁰. Nitekim suçta kullanılan araçlar objektif olarak failin kast ettiği neticeyi meydana getirmeye elverişli olsa da, failin bunları kullanmamak suretiyle suç yolunda ilerlemeyi bırakmasıyla birlikte, diğer şartların da varlığı halinde, vazgeçtiği kabul edilmelidir²⁸¹. Sözü edilen husus failin salt somut ve ayrıntılandırılmış suç planına göre suçu işlediği durumlarla sınırlı değildir²⁸². Failin suç seyrinin devamına ilişkin hareketi olsa dahi, neticenin meydana gelmesinin imkânsız olduğu durumda, suçun tamamlanmasının ya da neticenin gerçekleşmesinin önlenmesine yönelik çaba unsuru da karşılıksız kalmaktadır²⁸³. Bununla birlikte objektif olarak imkânsızlığın bulunmasına rağmen, failin bunu farkına varmayıp, yani suçun tamamlanabilir olduğu tasavvuruyla hareket edip, suçun icra aşamasına

Hukuki imkânsızlık kavramına ilişkin ayrıca bkz. Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 543.

²⁷⁷ Başarısız teşebbüse ilişkin tespitin gönüllü vazgeçmenin hangi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinden ziyade gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğini belirlemek için önem taşıdığı yönünde bkz. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 326.

²⁷⁸ Hırsızlık suçu örneği üzerinden icra hareketlerinin yarıda bırakılmasına yönelik benzer yönde değerlendirme için bkz. Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 33.

²⁷⁹ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 528.

²⁸⁰ Tobias Ceffinato, "Von sinnlosen Denkkzettel," *Juristische Rundschau* 11 (2016): 620.

²⁸¹ Puppe, *Rücktrittshorizont*, 528.

²⁸² Doktrinde bir görüş, fail amacını ne kadar somutlaştırır ve suçun icrasında her türlü ayrıntıyı planlarsa, gönüllülük özelliğinin öneminin o kadar sınırlı hale geleceğini ve suçun icrasının yarıda bırakılmasının gönüllü vazgeçme için öncelikli unsur olarak öneminin o derece artacağını ileri sürmüştür (Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 324). Yazar ayrıca gönüllü vazgeçme kapsamında sorun arz eden birçok hususun, gönüllülük şartı içinde tüketilmemesinin gereğine, bunun yerine vazgeçme şartının ayrıca ele alınması gereken bağımsız bir unsur olduğuna dikkat çekmiştir. Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts*, 324.

²⁸³ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Yamanaka, *Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund*, 786.

başladıktan sonra vazgeçerek suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çaba göstermesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerektiği belirtilmiştir²⁸⁴.

Objektif olarak suçun tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlar, gönüllülük şartı çerçevesinde incelenemeyecek olmakla birlikte, failin tasavvuruna bağlı imkânsızlık hallerini gönüllülük şartı kapsamında ele almak gerekir. Gönüllü vazgeçmede failin vazgeçmenin bilincinde olması gereği, gönüllü vazgeçmeyi temellendiren objektif durumlar ile failin tasavvurunun uyuşmaması ihtimalini de gündeme getirir²⁸⁵. Failin fiil seyrine ilişkin koşullar bakımından hataya düşmesi halinde diğer bir ifadeyle, failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini imkânsız görmesi ve bu nedenle vazgeçmesi halinde²⁸⁶ failin teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı mı cezalandırılacağı veya gönüllü vazgeçmeden mi yararlanacağı ikilemi ortaya çıkar. Suçun işlenmesinde kullandığı aracın elverişsiz hale geldiğini veya belirli şekilde işlemeyi planladığı suçun mevcut koşullar çerçevesinde gerçekleşmeyeceğini zannederek vazgeçmesi halinde²⁸⁷, elinde olmayan sebeplerle suçu işleyemeyeceği düşüncesinde olup, suçun icrasına devam etmemekte veya neticeyi gerçekleştirememektedir. Failin bu aşamada suç işlemeye yönelik kastı, hukuki düzene dönmeye ilişkin kararlılığına dönüşmemiştir. Failin suçun işlenmesine yönelik kararında bir değişiklik bulunmadığından²⁸⁸; bu durum gönüllü vazgeçmeyle bağdaşmaz²⁸⁹. Bu hususun tespiti, gönüllü vazgeçmeyle ilişkili olarak daha çok suçun icra hareketlerini yarıda bırakma şekli için sorun arz eder. Zira fail suçun icra

²⁸⁴ Köhler, *Allgemeiner Teil*, 474; Gössel, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, 42; Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 746; Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 250; Yeğrim, *Gönüllü Vazgeçme*, 125 vd.

²⁸⁵ Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit*, 207.

²⁸⁶ Haas, *Versuch und Rücktritt*, 257.

²⁸⁷ Jäger, konuyu öldürmek amacıyla hareket eden failin yanlışlıkla tabancasında artık mermi kalmadığını düşünmesi ve bu nedenle silahını indirmesi örneği ile somutlaştırmıştır. Böyle bir durumda vazgeçmeye esas olan tehlikenin tersine çevrilmesinin fiili koşulların yanlış değerlendirilmesine dayandığını ve tipiklik hatasında failin suç işleme kastı olmaksızın hareket etmesi gibi, vazgeçen failin de vazgeçme iradesi olmaksızın hareket ettiğini ve bu nedenle vazgeçmenin gönüllü olmadığını belirtmiştir (Jäger, *Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt*, 800). Benzer yönde Jakobs'a göre fail, teşebbüsün zaten başarısız olduğunu düşünüyorsa, suçun icrasından kaçınmanın bir tercihe dayanmadığını ve dolayısıyla o aşamaya kadarki icraya karşı bir karar teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 746.

²⁸⁸ Ceffinato, *Von sinnlosen Denzzetteln*, 621.

²⁸⁹ Alman doktrininde hâkim görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 544.

hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik hatalı tasavvuruyla vazgeçerse, neticenin önlenmesi açısından çaba göstermesi gerekmesine rağmen bunu yapmaması nedeniyle zaten gönüllü vazgeçmenin gerçekleştiğinden söz edilemez. Burada failin hukuki zemine geri dönmeye ilişkin çabası söz konusu değildir.

SONUÇ

Çalışma, etkin pişmanlık kapsamında çıkarılarak gönüllü vazgeçme alanında kabul edilen *failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesi* şeklindeki vazgeçmeye ilişkin incelemeyi esas almaktadır. Bu nedenle vazgeçmenin objektif yönünü oluşturan suçun tamamlanmasının önlenmesi ve önlemenin failin çabasına dayanması üzerinde yoğunlaşmıştır.

Vazgeçmede suçun tamamlanmasının mümkün olması şartı bağlamında ele alınan ve özellikle Alman doktrininde detaylı şekilde irdelenen başarısız teşebbüs kavramının gönüllü vazgeçmenin gizli unsuru mu olduğu, buna yönelik açık bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı sorunlarına TCK'daki teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri dikkate alınarak cevap aranmıştır. Vazgeçme açısından başarısız teşebbüs kapsamında ele alınan durumların çoğunluğu subjektif unsur olan gönüllülük şartı bakımından anlam ifade etmekle birlikte, bazı durumların objektif unsur olan suçun tamamlanmasının mümkün olması çerçevesinde ele alınması, başarısız teşebbüsün gönüllü vazgeçmenin sadece bir unsuruyla ilişkilendirilemeyeceği tespitini mümkün kılmıştır. Böyle bir tespit aynı zamanda gönüllü vazgeçme açısından başarısız teşebbüsün ayrıca yasal olarak düzenlenmesinin gerekli olmadığı, zira gönüllü vazgeçmenin şartları çerçevesinde çözümünün bulunduğu yönündeki sonucu destekler. Bunu, özellikle teşebbüse ilişkin cezalandırma sisteminde objektif yaklaşımı benimseyen ve teşebbüsle bağlantılı bir kurum olarak gönüllü vazgeçmede failin suçun icrasını bırakmasını veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesini objektif ölçütler çerçevesinde ele alan Türk hukukunda açık şekilde görmek mümkündür.

Gönüllü vazgeçmenin subjektif yönünü teşkil eden ve suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki vazgeçmede çabanın somut bağlantı noktasını oluşturmasından dolayı çabayla yakın ilişkili kavram olan gönüllülük şartı, doktrinde bu kavrama ilişkin tartışmalara yer verilmeksizin, genel bir çerçeve oluşturularak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda dikkate alınan görüşler ve örneklemelerle birlikte çabanın, gönüllülük unsuru

içinde tüketilemeyen, bağımsız bir unsur olarak önemine dikkat çekilmiştir. Bu husus, ciddi çabanın gösterildiği her durumda gönüllülüğün de kendiliğinden ortaya çıkan bir unsur olmadığını ve suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklindeki vazgeçmede çabanın ayrıca dikkate alınması gerektiğini gerektirerek noktasında önem taşır.

Gerek gönüllü vazgeçmede katı sübjektif yaklaşımın yumuşatılma çabalarının gün yüzüne çıktığı Alman doktrininde gerekse Türk doktrininde icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığına ilişkin ölçütün failin tasavvuruyla sınırlandırılmamasını ve (özellikle Türk hukuku açısından) failin fiilinin ortaya koyduğu tehlikenin odak noktasına yerleştirilmesini, teşebbüste olduğu gibi gönüllü vazgeçmede de eksik-tam teşebbüs ayrımının izlerinin ortadan kaldırılmasına yönelik gelişmenin göstergesi olarak kabul etmek mümkündür. Bu gelişmenin gönüllü vazgeçmeye yansımaları ise, failin hareketinin vazgeçme anına kadar ortaya çıkardığı zarar veya tehlikenin vazgeçme davranışının niteliğinde ve özellikle suçun tamamlanmasının önlenmesi açısından çabanın yoğunluğunun tespitinde etki edecek olmasıdır. Suçun icrasına başlayan ancak hareketlerinin vazgeçme anına kadar ortaya çıkardığı zarar veya tehlikeye göre gösterdiği çabayla suçun tamamlanmasını önleyen fail gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Böyle bir durumda icra hareketlerinin ne zaman bitirildiğine dair belirleme önemini kaybeder.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 9. bs. Ankara: Adalet, 2022.

Akdağ, Hale. "Gönüllü Vazgeçme". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 2 (2013): 91-126.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin, 2009.

Akyürek, Güçlü. "Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli Midir?". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 2 (2014): 183-202.

Amelung, Knut. "Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch" *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 120, 2 (2008): 205-245.

Artuk, M.Emin, Ahmet Gökçen, M.Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. bs. Ankara: Adalet, 2022.

Aydın, Devrim. "Suça Teşebbüs." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, 1 (2006): 85-113.

- Baumann, Jürgen, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 12. Aufl. Gieseking-Bielefeld: Verlag Ernst und Werner, 2016.
- Bayraktar, Köksal. "Faal Nedamet." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, 3-4 (1967): 120-154.
- Bergmann, Matthias. "Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 100, 2 (1988): 329-358.
- Berz, Ulrich. "Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tatige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte." İçinde *Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Eds. Wilfried Küper, Jürgen Welp, 331-342. Heidelberg: C.F.Müller, 1993.
- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler*. 5. bs. Ankara: Adalet, 2017.
- Bosch, Nikolaus. "Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge (JK 2/2020, § 13 StGB)." *Juristische Ausbildung JURA* 42, 2 (2020): 192.
- Bozbayındır, Ali Emrah. "Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede "Gönüllülük" Şartı." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2018): 87-169.
- Bozdağ, Ahmet. "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 2 (2020): 79-102.
- Bülte, Jens. "Der strafbefreiende Rücktritt vom vollendeten Delikt: Partielle Entwertung der strafbefreienden Selbstanzeige Partielle Entwertung der strafbefreienden Selbstanzeige gemäß § 371 AO durch § 261 StGB?." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 122, 3 (2010): 550-603.
- Bürger, Sebastian. "Der fehlgeschlagene Versuch: rechtliche Einordnung und Anwendung des Zweifels satzes bei fehlenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters." *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)* 1 (2015): 23-30.
- Brüning, Janique. "Entscheidungsanmerkung, BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 423/10." *Zeitschrift für das Juristische Studium* (2011): 93-97.
- Ceffinato, Tobias. "Von sinnlosen Denkketteln." *Juristische Rundschau* 11 (2016): 620-623.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. 10. bs. İstanbul: Beta, 2017.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 17. bs. Ankara: Seçkin, 2022.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I*. 11. bs. İstanbul: Beta, 1994.

- Erdagöz, Özcan. "Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14 (2013): 1063 -1091.
- Erdoğan, Yavuz. "Gönüllü Vazgeçme." *Ceza Hukuku Dergisi* 5, 13 (2010): 93-124.
- Ergüne, Elif. "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, 1 (Haziran 2023): 54-97.
- Erra, Carlo. "Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme." (Çev. Sahir Erman). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (ÜHFM)* 10, 3-4 (1945): 680-721.
- Eser, Albin. "§ 24 Rücktritt." İçinde *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. Aufl. München: C.H.Beck, 2006.
- Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. München: C.H.Beck, 2009.
- Geilen, Gerd. "Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeeendetem Versuch." *Juristen Zeitung* 11/12 (1972): 335-343.
- Gössel, Karl Heinz. "Über den fehlgeschlagenen Versuch." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 87, 1 (1975): 3-43.
- Gropp, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. Berlin-Heidelberg: Springer, 2015.
- Gropp, Walter. "Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch." İçinde *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*. Eds. Dieter Dölling, Volker Erb, 175-189. Heidelberg: C.F.Müller, 2002.
- Haas, Volker. "Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 123, 2 (2011): 226-259.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 10. bs. Ankara: Savaş Yayınları, 2017.
- Haft, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2004.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 28. bs. Ankara: Adalet, 2023.
- Herrmann, Mareike. *Der Rücktritt im Strafrecht Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda*. Berlin: Duncker&Humblot, 2013.
- von Hippel, Reinhard. *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*. Berlin: de Gruyter, 1966.
- Işıka, Sertaç. *Gönüllü Vazgeçme*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver. *Suç Teorisi*. 3. Bs. İstanbul: Beta, 2004.
- İçer, Zafer. *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. 2. Aufl. Berlin-Boston: De Gruyter, 2011.

- Jakobs, Günther. "Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 104, 1 (1992): 82-104.
- Jäger, Christian. *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2017.
- Jäger, Christian. "Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112, 4 (2000): 783-810.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Berlin: Duncker&Humblot, 1996.
- Kangal, Zeynel T. "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme" İçinde *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*. Eds. Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, 335-361. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. bs. Ankara: Adalet, 2023.
- Karcıoğlu, Nevzat Kaan. "Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309)." Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İstanbul: 2016.
- Kazaker, Gözde. *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*. Ankara: Adalet, 2019.
- Kazaker, Gözde. "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi" *Ceza Hukuku Dergisi* 14, 39 (2019): 203-215.
- Kazaker Bozkurt, Gözde. "Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi - Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, 1 (2022): 241-288.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. bs. Ankara: Seçkin, 2022.
- Köhler, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg: Springer, 1997.
- Kudlich, Hans ve Jan Schuhr. "Versuch und Rücktritt (§§ 22-24 StGB)." İçinde *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Eds. Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier. 2. Aufl. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014.
- Kudlich, Hans. "BGH v. 29. 10. 2002 4 StR 281/02 Rücktritt vom Versuch bei mehraktigem Unterlassungsdelikt" *Juristische Rundschau* 2003, 9 (2003): 379-382.
- Küper, Wilfried. "Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112, 1 (2000): 1-43.
- Loos, Fritz. "Dogmenhistorische Bemerkungen zum Rücktritt vom Versuch." İçinde *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*. Eds. Michael Pawlik, Rainer Zaczyk, 347-360. Berlin: Carl Heymanns, 2007.

- Maurach, Reinhart, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, Dieter Dölling, Christian Laue ve Joachim Renzikowski. *Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2 Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. 8. Aufl. München: C.F. Müller, 2014.
- Nestler, Nina. “Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 3.5.2022 – 3 StR 120/22 (Voraussetzungen für das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs).” *Juristische Ausbildung (JURA)* 54, 10 (2022).
- Nestler, Nina. “Freiwilligkeit des Rücktritts, § 24 StGB.” *Juristische Ausbildung (JURA)*. (2023).
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlin-Boston: De Gruyter, 2000.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. bs. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. bs. Ankara: Seçkin, 2023.
- Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. 19. bs. Ankara: Seçkin, 2019.
- Puppe, Ingeborg. “Die Rechtsprechung des BGH zum Rücktrittshorizont.” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 6 (2011): 524-530.
- Rengier, Rudolf. “BGH, 10. 4. 1986 - 4 StR 89/86. Zur Abgrenzung des fehlgeschlagenen Versuchs vom unbeendeten und beendeten Versuch.” *Juristenzeitung* 41, 20 (1986): 963-966.
- Renzikowski, Joachim. “Wirksamkeit des Rücktritts eines »Lebensmittelerpressers« vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge bei Verhinderung der Todesfolge.” *Juristische Rundschau* 3 (2021): 125-133.
- Roxin, Claus. “Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch.” İçinde *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*. Eds. Hans Lüttger, Herrmann Blei, Peter Hanau, 251-276. Berlin-Boston: de Gruyter, 1972.
- Roxin, Claus. “Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre.” İçinde *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015*. Eds. Carl-Friedrich Stuckenberg, Klaus Ferdinand Garditz, 255-265. Berlin: Duncker&Humblot, 2015.
- Roxin, Claus. “BGH, 19. 5. 1993 - GSSt 1/93. Zum strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten Versuch.” *Juristen Zeitung* 48, 18 (1993): 894-898.
- Satzger, Helmut. “Auswirkung des Deliktwechsels beim Rücktritt.” *JURA - Juristische Ausbildung* 39, 11 (2017): 1342-1342.
- Schünemann, Bernd ve Greco Luis. “vor § 25-§31 StGB.” İçinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. Aufl. Eds. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau, Wilhelm Schluckebier. Berlin-Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2021.
- Sözüer, Adem. *Suçta Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı, 1993.

- Streng, Franz. "Der Irrtum beim Versuch - ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestands." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109, 4 (1997): 862-899.
- Şenol, Cem. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5, 10 (2017): 507-552.
- Tezcan, Durmuş, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. bs. Ankara: Seçkin, 2022.
- Toroslu, Haluk. "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme." İçinde *Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt: 2*. Ed. Osman Berat Gürzumar, 1173-1210. Ankara: Yetkin, 2009.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. bs. Ankara: Savaş, 2019.
- Toroslu, Nevzat ve Yüksel Ersoy. "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı." *Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004.
- Tozman, Önder. *Suçta Teşebbüs*. Ankara: Adalet, 2015.
- Tozman, Önder. "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 84 (2009): 160-187.
- Ulsenheimer, Klaus. *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*. Berlin: de Gruyter, 1976.
- Ulsenheimer, Klaus. "Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte." İçinde *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. Eds. Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, 405-419. München: C.H.Beck, 1979.
- Yamanaka, Keiichi. "Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch." İçinde *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Eds. Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Botke, Bernhard Haffke ve Hans-Joachim Rudolphi, 773-790. Berlin, Boston: De Gruyter, 2001.
- Yaşar, Ercan ve Hasan İba. "Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Davranışlarda Gönüllü Vazgeçme." *Ceza Hukuku Dergisi* 16, 45 (2021): 101-123.
- Yeğrim, Vakkas Korhan. *Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*. Ankara: Adalet, 2021.
- Yenidünya, Caner ve Zafer İçer. "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", *Fasikül Dergisi* 38 (Ocak 2013): 11-31.
- Yetkin, Erdi. "Cezalandırılabilirliğin Öne Alınması Bağlamında Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu." Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İstanbul: 2023.

Yılmaz, Enes. “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, 4 (2016): 2553-2603.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*. 7. bs. İstanbul: Beta, 2019.

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (5237 SAYILI TCK M.257)

*The Crime of Official Misconduct
(Turkish Penal Code No. 5237, Article 257)*

Özenç AFACAN*

ÖZ

Bireylerin, kamu görevlilerinin görevlerini hukuka uygun bir şekilde yerine getirdiklerine güven duymaları hukuk devletinin bir gereğidir. Bireylerde oluşan bu güvenin Devlet tarafından korunması şarttır. Görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevinin etkin bir şekilde icra edilebilmesi ve bireylerin, kamu görevlilerinin görevlerini hukuka uygun şekilde yerine getirdiklerine güven duyabilmesi için hukuk devletinde son derece elzem bir suç tipidir. Bu nedenle çoğu ülke gibi ülkemizde de kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri veya görevlerinin gereklerini ihmal etmeleri cezai yaptırıma bağlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı TCK'da mülga 765 sayılı TCK'dan farklı bir şekilde düzenlenmiş ve hukuk dünyamızda yerini almıştır. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için gerekli olan zarar unsurunun suçun neticesi olarak mı yoksa objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı düzenlendiği hususu konuyla ilgili doktrinde tartışılan hususların başında gelmektedir. Bu çalışmamız kapsamında, görevi kötüye kullanma suçuyla suça ilişkin doktrinde ve uygulamada tartışmalı olan konular incelenmiş ve konuyla ilgili görüş ve eleştirilerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, kamu görevlisi, görevin gerekleri, gecikme.

Makalenin Kabul Tarihi: 09.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.10.2024.

* Avukat, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, e-posta: av.ozencafacan@gmail.com, ORCID: 0009-0008-3314-260X.

ABSTRACT

It is a requirement of the rule of law that individuals should trust that public officials carry out their duties in accordance with the law. This trust must be protected by the State. The crime of official misconduct is an extremely essential type of crime in a constitutional state for the effective execution and maintenance of public duty and for ensuring that public officials perform their duties in accordance with the law. For this reason, public officials who do not act according to the requirements of their duties or neglect the requirements of their duties are subject to criminal sanctions in our country, as in most countries. The crime of official misconduct is regulated in the Turkish Penal Code No. 5237 in a different way than the repealed Penal Code No. 765. The issue of whether damage is an element for the occurrence of the crime or an objective condition of criminality is one of the most argued issues. Within the scope of this study, the issues that are discussed by the doctrine and practitioners have been examined and our opinions and criticisms about them have been included.

Keywords: Official misconduct, neglect of duty, public officer, requirements of duty, delay.

I. GENEL OLARAK

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 257’de, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı bölüm altında düzenlenmiştir. TCK m.257’ye göre;

“(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Görüldüğü üzere, görevi kötüye kullanma suçu kanunda iki fıkra şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası suçun icrai davranışla işlenen halini cezalandırırken ikinci fıkrası ihmali davranışla işlenen halini cezalandırmaktadır.

TCK m.257’nin ilk hali üç fıkradan oluşmaktayken; 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun’un 105. maddesi ile üçüncü fıkra ilga edilmiştir. Mülga üçüncü fıkra *“İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklindeydi ve görevin yapılması için çıkar sağlamayı cezalandırıyordu. Esasen üçüncü fıkra, 765 sayılı mülga TCK’daki *“basit rüşvet”* suçuna karşılık gelmekteydi ve bu suçun görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değil, rüşveti cezalandıran 252. madde kapsamında düzenlenmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ileri sürülüyordu.¹ Ayrıca üçüncü fıkra uygulamada, icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturan fiillerin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında nitelendirilerek cezalandırılması gibi sorunlara da yol açıyordu.² Kanunda yapılan değişikliklerin ardından, görevini yapması için çıkar sağlayan kamu

¹ Güneş Okuyucu Ergün. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy.82, (2009): 27.

² Handan Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257),” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, sy. 39 (Aralık 2018), 259, 1. Dipnot.

görevlisinin artık somut olayın şartlarına göre rüşvet suçundan ya da irtikap suçundan dolayı cezalandırılması mümkün hale gelmiştir.³

Ayrıca 6086 sayılı Kanunla 19.12.2010 tarihinde maddede yer alan “kazanç” kelimeleri “menfaat” olarak değiştirilmiş; maddenin birinci fıkrasında yer alan “bir yıldan üç yıla kadar” ifadesi “altı aydan iki yıla kadar”, ikinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar” ifadesi “üç aydan bir yıla kadar” ve üçüncü fıkrasında yer alan “birinci fıkra hükmüne göre” ifadesi “bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile” şeklinde değiştirilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçunu, “icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu” ve “ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu” olarak ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.⁴ Her ne kadar doktrinde olduğu gibi uygulamada da (mülga Kanundan gelen alışkanlıkla) maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suç “görevi kötüye kullanma suçu”, ikinci fıkrasında düzenlenen suç “görevi ihmal suçu” olarak isimlendirilse de; kanaatimizce her iki suçun da tek bir başlık altında toplanmış olması, eski kanundaki görevi kötüye kullanma suçu-görevi ihmal suçu ayrımının ortadan kaldırılarak görevi kötüye kullanma suçunun hem icrai davranışla hem de ihmali davranışla işlenebilen bir suç tipi olarak kanun koyucu tarafından yeniden düzenlendiğini göstermektedir.⁵ Bu sebeple çalışmamızda “görevi kötüye kullanma suçu- görevi ihmal suçu” yerine “icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu-ihmali davranışla işlenen görevi kötüye

³ Kanaatimizce, görevin yapılması için çıkar sağlama suçu ile görevi kötüye kullanma suçunun unsurları ve korudukları hukuki menfaatler farklı olduğu için, yapılan kanun değişikliği ile görevin yapılması için çıkar sağlama suçunun görevi kötüye kullanma suçu kapsamından çıkarılması isabetlidir. Nitekim bu değişiklik, suçun mülga Kanunda da “basit rüşvet” olarak, rüşvet suçunun bir şekli halinde düzenlenmiş olması nedeniyle, mülga Kanun döneminde suçla ilgili verilen kararlar ile doktrinsel tartışmaların bir kenara bırakılmaması ve hukuk pratiğimizde yeknesaklığın sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

⁴ Ceza hukuku bağlamında fiil; davranış, sonuç ve nedensellik bağından meydana gelmektedir. Davranış, yapma veya yapmama biçiminde ya da diğer bir deyişle hareket ya da ihmali biçiminde ortaya çıkabilir. Davranışın, hem icrai suretle (hareket) hem de ihmali suretle ortaya çıkması mümkün olduğu için incelememiz kapsamında “icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu” ve “ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu” tabirleri kullanılmıştır.

⁵ Terminoloji sorunuyla ilgili tartışmalar ve katıldığımız bu yöndeki görüş için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 sayılı TCK m. 247-266)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 56-58.

kullanma suçu” şeklinde terminolojik bir ayrıma gidilmiştir. Kanaatimizce kullandığımız bu terminoloji, kanunun lafzına ve kanun koyucunun iradesine de daha uygun düşmektedir.⁶

İcrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçuyla ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu pek çok bakımdan birbiriyle benzerlik göstermektedir. Bu sebeple çalışmamızda, tekrara düşmekten kaçınmak maksadıyla, maddi unsurların incelendiği bölümde öncelikle icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun fiiline, devamında da ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun fiiline yer verilmiştir. Bu hususlar dışındaki bilgi ve değerlendirmeler ise her iki suçu da kapsar şekilde verilmiş, iki suç tipi arasındaki farklılıklara ilgili bölümlerde temas edilmiştir. Yeri gelmişken belirtmemiz gerekir ki, bu makale kapsamında görevinin gereklerine aykırı hareket eden veya görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal ya da gecikme gösteren kamu görevlilerinin cezai sorumlulukları incelenmekte olup kamu görevlilerinin ilgili fiillerinden hukuki ve idari sorumlulukları çalışmamızın kapsamını aşacağından kapsam dışında bırakılmıştır.

II. MÜLGA 765 SAYILI TCK'DAKİ DÜZENLEME

Görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK m. 228'de düzenlenen “*kişilere karşı keyfi ve sert muamele*”, m. 230'da düzenlenen “*görevi ihmal*”, m. 240'da düzenlenen “*görevi kötüye kullanma*” ve m.212/1'de düzenlenen “*basit rüşvet*” suçlarının 5237 sayılı TCK'da tek bir maddede düzenlenmesi suretiyle meydana getirilmiştir⁷ (*yukarıda bahsettiğimiz üzere, kanun değişikliğiyle basit rüşvet suçu 2012 yılında madde metninden çıkarılmıştır*). Bu düzenlemeyle birlikte, mülga Kanun zamanında yapılan keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal ayrımlarından vazgeçilmiştir. Buna rağmen madde başlığının yalnızca görevi kötüye kullanma suçunu kapsar nitelikte düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır.⁸ Ayrıca görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK'da sırf hareket suçu olarak düzenlenmekteyken⁹, 5237 sayılı TCK'da zarar suçu olarak

⁶ Bkz. 5237 sayılı TCK m.257 gerekçesi.

⁷ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1-2.

⁸ Hamide Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257),” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, sy.2, (Aralık 2019): 1560.

⁹ Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1560.

düzenlenmiştir.¹⁰ Kanaatimizce suçun zarar suçu olarak düzenlenmesi, ceza hukukunun genel prensiplerine ve suçla korunan hukuki menfaate daha uygun düştüğü için isabetli olmuştur.

III. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Suçla korunan hukuki menfaatin kapsamlı bir şekilde ortaya konulması, suçun yorumlanmasında ortaya çıkacak sorunların doğru bir şekilde çözülebilmesi için oldukça önemlidir. Zira suçla korunan hukuki menfaat, o suç tipiyle ilgili ortaya çıkan tartışmalarda yol gösterici niteliktedir. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki menfaatin ortaya konulması, suçun temel mantığını anlamak ve suçla ilgili ortaya çıkan sorunları doğru bir şekilde yorumlayabilmek açısından oldukça önem arz etmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK'da "*Kamu İdaresinin İşleyişine ve Güvenilirliğine Karşı Suçlar*" başlıklı bölüm altında düzenlendiği için, bu suçla korunan hukuki menfaatin genel olarak kamu idaresinin işleyişine karşı toplumda duyulan güven olduğunu söylemek mümkündür. Kanun koyucu madde gerekçesinde, görevi kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki menfaatin; toplumda, kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması olduğunu belirtmiştir.¹¹ Bu suçla birlikte, kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun davranmalarının sağlanmasının ve kamu idaresinin disiplinli bir şekilde işleminin

¹⁰ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 320-321; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 1022; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 1106 vd; Kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı davranılmasıyla devletin itibarı, saygınlığı ve güvenirliliği zarar gördüğü için; zararın aranmasıyla hukuk devleti ilkesinin korunmadığı şeklindeki katılmadığımız görüş için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 523.

¹¹ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kamu görevlisine duyulan güvenin sarsılması suçun unsuru olarak değerlendirilmektedir ve bu hususun belirlenmesine ilişkin içtihat yoluyla birtakım kıstaslar belirlenmiştir. Bkz. Zia Akhtar, "Misfeasance, Criminal Negligence, and Official Liability," *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 55, sy. 3 (2020): 536-537. Bu kıstaslar kamu görevlisinin sorumlulukları, sorumlulukların yerine getirilmemesinin önem derecesi, kamu görevlisinin kastı, hizmetin önem derecesi ve davranış neticesinde meydana gelen sonuçlar olarak sayılabilir.

amaçlandığı da söylenebilir.¹² Ayrıca, kamunun zarara uğramaması, kişilerin mağduriyetine sebep olunmaması ve kişilere haksız menfaat temin edilmemesi hususları da suçla korunan hukuki menfaat kapsamındadır.¹³

Görevi kötüye kullanma suçunun, mülga TCK'dan farklı olarak, zarar suçu şeklinde düzenlenmiş olması sebebiyle, suçla korunan hukuki menfaatin kapsamının da genişletildiği ileri sürülebilir. Zira suçun zarar suçu olarak düzenlenmesinin ardından kişilerin mağduriyetine sebep olmama, kamu zararına sebep olmama ve kişilere haksız menfaat sağlamama hususları da suçla korunan hukuki menfaatin kapsamına dahil edilmiştir.¹⁴

IV. FAİL

Görevi kötüye kullanma suçu özgü suçtur.¹⁵ Kanuni tanımına göre ancak belli özelliklere sahip olanlar tarafından işlenebilen suçlara doktrinde “özgü suçlar” denilmektedir.¹⁶ Özgü suçlar da “gerçek özgü suçlar” ve “görünüşte özgü suçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek özgü suçlar, faillik sıfatını taşımayan kişilerin hiçbir şekilde fail olmasının mümkün olmadığı suçlarken; görünüşte özgü suçlar, kural olarak herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli halleri ancak özel faillik vasfını taşıyan kişiler tarafından işlenebilen suçlardır.¹⁷ Bu kapsamda TCK m.257'nin lafzına bakıldığında, fail olarak sadece kamu görevlisinden bahsedilmesi nedeniyle, görevi kötüye kullanma suçunun “gerçek özgü suç” kategorisi

¹² Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 2.; Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma,” 261-262.

¹³ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1102; Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1560-1561; Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma,” 262. Ek olarak, görevi kötüye kullanma suçu, rüşvet gibi suçlara nazaran görece ispat kolaylığı sağladığından, Hong Kong gibi bazı ülkelerde yolsuzlukla mücadele için etkili bir araç olarak da kullanılmaktadır. Konuyla ilgili bkz. Wynne Mok, Valerie Fung ve Catherine Leung, “Hong Kong: Revisiting the Offence of Misconduct in Public Office,” *In Business Ethics and AntiCorruption:Asia Pacific Insights, Norton Rose Fulbright*, sy. 8 (Ocak 2016): 14 vd.

¹⁴ Görevi kötüye kullanma suçunun maddi konusunun ise; kamu görevinin düzenli, etkili ve dürüst bir şekilde yerine getirilmesinde devlete ait olan menfaat olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 2.

¹⁵ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 323; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1102-1103; İlhan Üzülmöz, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257),” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16*, sy. 1 (Ocak 2012): 194 vd.

¹⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 114-116.

¹⁷ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 115.

altında mütalaa edilmesi gerektiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla ancak kamu görevlisi olanlar, özel kanunları gereği kamu görevlisi sayılanlar ya da kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı düzenlenenler görevi kötüye kullanma suçundan fail olarak cezalandırılabilirler.¹⁸ Kamu görevlisi olmayanların ya da özel kanunlarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı düzenlenmeyenlerin, görevi kötüye kullanma suçundan fail olarak cezalandırılmaları mümkün değildir. Ancak aşağıda iştirake ilişkin kısımda inceleyeceğimiz üzere, suçun işlenmesine iştirak eden bu kişilerin azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılmalarının önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçu yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç olduğuna göre, kimlerin kamu görevlisi sayıldığına ya da kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarının belirlenmesi, görevi kötüye kullanma suçunun failinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Kamu görevlisi, sınırları çok geniş olan bir kavramdır ve konunun anayasa hukuku bakımından, idare hukuku bakımından ve ceza hukuku bakımından ele alınıp tartışılması mümkündür. Ancak böyle bir inceleme, çalışmamızın sınırlarını oldukça aşacağı için, burada yalnızca ceza hukuku bakımından kamu görevlisi hakkında bazı genel nitelikte açıklamalara ve konuyla ilgili eleştirilerimize yer verilecektir.

TCK m.6/1-c’de kamu görevlisi tanımlanmaktadır. TCK m. 6/1-c’ye göre “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılmaktadır.

Kamu görevlisi sayılmak için kanunda aranan tek ölçüt, herhangi bir suretle kamusal faaliyete katılmaktır. Bu sebeple belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK m.279’daki memur ve amme hizmetiyle muvazzaf kişiler ayrımı 5237 sayılı TCK ile ortadan kaldırılmıştır.¹⁹ Dolayısıyla kanundaki tanıma

¹⁸ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 3-6; Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1561-1565.

¹⁹ 765 sayılı TCK döneminde amme vazifesi görenlerin memur oldukları, amme hizmeti görenlerin ise amme hizmetiyle muvazzaf olan kimseler oldukları şeklinde bir ayrım mevcuttu. Mülga TCK kapsamında memurların, kamu görevlisi sıfatının özgü suç olarak düzenlendiği suçlardan fail ya da mağdur olabilecekleri ancak bu suçlar yönünden amme hizmeti gören kişilerin faillik ya da mağdurluk sıfatlarının bulunmadığı kabul edilmekteydi. Aradaki fark; genel olarak amme vazifesi görenlerin devletin müeyyide koyup cebir uygulayabilen, bireyler üstünde zorlayıcı irade gösterebilen sahasında faaliyet gösterebilmelerine; ancak amme hizmeti görenlerin devletin bu zorlayıcı gücünden

uygun düşen herkesin ceza hukuku kapsamında kamu görevlisi sıfatına sahip oldukları anlaşılmaktadır. Elbette ki, kamusal faaliyete katılmak şartıyla, idarenin memur ve işçileri kamu görevlisi olarak nitelendirilebilirler. Özel mevzuatlarında kamu görevlisi sayıldıkları ya da kamu görevlisi olarak cezalandırılacakları düzenlenen kişilerin de bu suçun faili olabilecekleri açıktır.²⁰ Fakat TCK'daki tanım gereği, özel mevzuatlarında kamu görevlisi olarak cezalandırılacakları düzenlenmese dahi, kamusal faaliyete katılan herkesin bu suçun faili olarak cezalandırılmaları mümkündür.

İdareyle arasında idare hukukunun genel esaslarına göre memuriyet ilişkisi kurulan kişilerin ya da mevzuatlarında kamu görevlisi olarak kabul edilecekleri belirtilen kişilerin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmalarında uygulamada pek bir soruna rastlanmamaktadır. Sorun, özellikle avukatlar gibi kamu görevlisi sıfatına sahip olup olmamaları bakımından “gri alanda” bulunanlar ve kamusal faaliyete bir şekilde katılmakla birlikte kamu görevlisi olarak cezalandırılmalarında hukuki menfaat bulunmayanlar bakımından²¹ kendini göstermektedir. Örnek olarak Yargıtay; avukatların kamu görevlisi olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağına somut olay bakımından incelenmesi gerektiğini, avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.35'te sayılan ve sadece avukatlara özgülenen işler gibi kamu hukuku ilişkisinin ağır bastığı işler bakımından kamu görevlisi olarak cezalandırılabilceğini ancak müvekkiliyle arasındaki vekalet ilişkisinden doğan işler bakımından kamu görevlisi olarak

yoksun olmalarına dayanmaktaydı. Amme vazifesi gören memurların devletin hukuki faaliyet alanına giren, yapmakla yükümlü olduğu faaliyetleri yerine getirdikleri; buna karşılık amme hizmeti görenlerin devletin sosyal sahadaki diğer kişilerce de ifa edilebilecek faaliyetleri yerine getirdikleri kabul edilirdi. Detaylı bilgi için bkz. Sahir Erman, “Ceza Takibat ve Tatbikatında Memur,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi* 2, sy. 3, (1947): 242-248.

²⁰ Örnek olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.62/3 gösterilebilir. Maddeye göre kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar. 5580 sayılı Kanun gereğince kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılacakları şeklindeki düzenleme de bir başka örnek olarak verilebilir.

²¹ Gerçekten de kamu görevlisi kavramının sınırlarının bu kadar geniş düzenlenmiş olması sebebiyle taksiciler, dolmuş şoförleri gibi kamusal faaliyete katılan ancak kamu görevlisi olarak cezalandırılmalarında hukuki menfaat bulunmayan kimselerin dahi kamu görevlisi olarak cezalandırılmaları mümkün hale getirilmiştir.

cezalandırılmayacağını içtihat etmiştir.²² Yargıtay'ın bu içtihadı uyarınca, avukatların ancak yukarıda sayılan durumlarda görevi kötüye kullanma suçunun faili olarak değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür.

Kanaatimizce TCK'da yer verilen kamu görevlisi tanımı oldukça belirsizdir. TCK m.6'nın gerekçesinden; kamu görevlisi sıfatının belirlenmesinde aranacak yegane ölçütün, kişinin gördüğü işin "kamusal faaliyet" niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Gerekçeye göre "*Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*" olarak tanımlanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, "kamusal faaliyet" kavramı Türk Hukukunda sıkça kullanılan ve sınırları belirlenmiş bir kavram değildir.²³ Doktrinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile suç ve ceza içeren hükümlerin geniş yorumlanması yasağı birlikte değerlendirildiğinde; doğrudan suç ve ceza içermese de kişilerin cezai sorumluluklarını genişletmesi sebebiyle kamusal faaliyet ifadesinin dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.²⁴ ²⁵ Gerçekten de aksi kabul halinde bireylerin cezai sorumluluklarının öngörülemez bir şekilde genişletilmiş olacağını iddia etmek mümkündür.²⁶ Kamusal faaliyet kavramının dar yorumlanmayacak olması durumunda, kamu görevlisi

²² İlgili karar için bkz. Y.C.G.K., E. 2021/43, K. 2021/287, 17.06.2021 (<https://kazanci.com.tr>). Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Osman Gazi Ünal, "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, E.2021/43, K.2021/287 Sayılı Ve 17.06.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi: Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Görülmesi Meselesi Üzerine Bir İnceleme," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karar İncelemeleri Dergisi 1*, sy. 1-2 Haziran-Aralık 2022 (Şubat 2023): 2022.

²³ Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2008), 35 vd.

²⁴ Okuyucu Ergün, *Zimmet*, 35-40.

²⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, kamusal faaliyet kavramının dar yorumlanması gerekliliği, kamusal faaliyete katılıp görevi kötüye kullanan kamu görevlilerinin cezasız bırakılmaları sonucunu da doğurmamalıdır. Bu sebeple, kanaatimizce kamusal faaliyet gördükleri açık olan özel hastane çalışanı doktorların, kamu görevlisi sıfatına sahip olmadıkları şeklindeki Yargıtay içtihadına katılmamaktayız. İlgili içtihat için bkz. Y. 15. CD, E. 2017/14316, K. 2017/7499, 14.3.2017 (<https://kazanci.com.tr>). Konuyla ilgili eleştirilerimiz, kamusal faaliyet kavramının dar yorumlanması gerekliliğine ilişkindir. Bu sebeple kanaatimizce özel hastane çalışanı doktorların gördükleri hizmetin kamusal faaliyet olup olmadığı hususu somut olay özelinde değerlendirilmeli ve kamusal faaliyet niteliğindeki hizmetleri bakımından kamu görevlisi olarak görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmalıdırlar.

²⁶ Kamu görevlisi ve kamusal faaliyet kavramlarının sınırlarının belirsizliğiyle ilgili haklı eleştiriler için bkz. Rıfat Murat Önok, "Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu," (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2005), 384 vd.

sayılan kişilerin listesi uzayıp gidecek, hatta belki de toplumun yarısı kamu görevlisi sayılıp buna göre cezalandırılabilir. Bu durumun, kamu görevlisi sıfatına sahip olmanın özgü suç ya da nitelikli hal olarak düzenlenmesinin arkasında yatan mantığa ters olduğunu kabul etmek gerekir.²⁷ Ayrıca bu durumda, kimlerin kamu görevlisi olarak cezalandırılacağı belirlenmesi hususu yargının eline bırakılmış olacaktır.²⁸ Lakin özel faillik sıfatı, düzenlendiği suçların (ve bu çalışma kapsamında görevi kötüye kullanma suçunun) maddi unsurlarından birisidir. Suçun maddi unsurlarından birini belirleme hususunda yargıya dolaylı da olsa yetki vermek hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

V. MAĞDUR

Görevi kötüye kullanma suçunun mağduruyla ilgili doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Aslında görevi kötüye kullanma suçunun mağduruyla ilgili mevcut tartışmalar, TCK'nın "Kamu İdaresinin İşleyişine ve Güvenilirliğine Karşı Suçlar" bölümündeki suçlar ve genel olarak devlete ait bir menfaatin ihlal edildiği bütün suçlar bakımından yapılan tartışmaların bir yansımasıdır. Esasen sorun, tüzel kişilerin ve devletin bir suçun mağduru olup olamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre mağdur ancak gerçek kişi olabilir.²⁹ Tüzel kişiler bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olsalar dahi mağdur

²⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet, 9 vd.

²⁸ Yargıtay'ın, şirket çalışanın maaş kesintisi yapmaması durumunda kamu görevlisi kabul edilemeyeceği yönündeki kararına ve kanunu dar yorumlama eğilimi gösterdiği benzer kararlarına katılmaktayız. Karar için bkz. Y. 5. CD, E. 2017/1400, K. 2017/1864, 3.5.2017 (<https://kazanci.com.tr>). Yargıtay, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından şirkete yazılan müzekkereye zamanında cevap vermeyen şirket çalışanın sorumluluğunu, kamu görevlisi olmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçundan değil 5326 Sayılı Kabahatler Kanununun 32. maddesinde düzenlenen emre aykırı davranış yönünden belirlemiştir. Bkz. Y. 5. CD, E. 2014/10258, K. 2018/197, 16.1.2018 (<https://kazanci.com.tr>). Kararda karşıoy mevcuttur. Kanaatimizce burada da sorun kamu görevlisi tanımının belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Alıntıladığımız ve benzer nitelikteki kararlar, kamu görevlisi sıfatının kapsamının uygulamada ne kadar belirsizliğe yol açabileceğini göstermektedir.

²⁹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 208-211; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 473-475; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 110-111.

olamazlar, ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilebilirler. Bu görüşe göre, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, görevi kötüye kullanma suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.³⁰ Suçun işlenmesiyle mağdur olan gerçek kişiler varsa bu kişiler de suçun özel olarak mağdurdurlar. Suçun işlenmesiyle kamu kurum ve kuruluşları zarara uğratılmışlarsa, zarara uğrayan kamu kurum ve kuruluşları suçtan zarar gören olarak kabul edilirler.³¹

Doktrindeki aksi görüşe göre tüzel kişiler de suçun mağduru olabilirler. Bu görüşe göre görevi kötüye kullanma suçunun mağduru devlettir.³² Bu görüş kaynağını, suçun hukuki konusunun kamusal görevlerin düzenli bir şekilde yerine getirilmesinde devletin menfaati olması gerekçesine dayandırmaktadır.³³

Tüzel kişilerin ve bu kapsamda devletin suçun mağduru olamayacağı yönündeki görüş, ancak gerçek kişilerin hak süjesi olabileceğini kabul etmektedir. Ancak kanaatimizce, hukuken korunan menfaatleri olduğu için, hukuk düzeni tarafından korunan bu menfaatleri bakımından devletin de hak sahibi olarak kabul edilmesi bir zorunluluktur.³⁴ Nitekim kanun koyucu da görevi kötüye kullanma suçunu “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlığı altında düzenleyerek suçun mağduru devlet olarak kabul etmiştir.³⁵ Açıklanan sebeplerle; görevi kötüye kullanma suçunun mağdurunun Devlet olduğunu, zarara uğrayan kamu kurum ve kuruluşunun özel olarak mağdur olduğunu, suçun işlenmesiyle mağduriyete uğrayan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin ise suçtan zarar gören olduğunu düşünmekteyiz.

³⁰ Bu görüş ve 765 sayılı mülga TCK'da görevi kötüye kullanma suçunun doğrudan mağdurunun kamu idaresi, dolaylı mağdurunun devlet veya diğer kamu kuruluşları olduğu görüşü için bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 7237.

³¹ Üzülmüş, “Görevi Kötüye Kullanma,” 195-196.

³² Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1565.

³³ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 2-3.

³⁴ Katıldığımız bu görüş için bkz. Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1565, 22. Dipnot.

³⁵ Kamu İdaresinin İşleyişine ve Güvenilirliğine Karşı Suçlar bölümü altındaki suçların mağdurunun devlet olduğuna ilişkin görüş için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, sy. 2 (Haziran 2012): 676 vd.

VI. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

1) Fiil

a) İcrai Davranışla İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Suçu

i. Kamu Görevlisinin Yaptığı İşin Görevi İle İlgili Olması

Görevi kötüye kullanma suçundan söz edebilmek için her şeyden önce, kamu görevlisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir görevin bulunması gerekmektedir.³⁶ Zira kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı hareket ettiğinden bahsedebilmek için, kamu görevlisine usulüne uygun bir şekilde tevdi edilen bir görevin varlığı şarttır.³⁷ Dolayısıyla kamu görevlisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir görevin bulunmaması durumunda, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğundan söz etmek mümkün olmayacaktır.³⁸

Görevi kötüye kullanma suçu kapsamında görev, idare hukukunun genel esaslarına göre belirlenecektir.³⁹ Görevi kötüye kullanma suçu kapsamında görevin belirlenmesi, zorunlu olarak idare hukuku kurallarının yorumlanmasını gerektirmektedir. Görev, idarenin düzenleyici işlemlerinden kaynaklanmış olabileceği gibi bir emirden de kaynaklanmış olabilir.⁴⁰ Bu kapsamda görevin belirlenmesinde, görevi düzenleyen kanun, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler dikkate alınacağı gibi göreve ilişkin verilen amirin emri de dikkate alınacaktır. Her iki ihtimalde de görevi doğuran işlem veya eylemin usulüne uygun bir şekilde tesis edilmiş olması gerekmektedir. Usulüne uygun bir şekilde ihdas edilmeyen bir işlemin veya eylemin hukuk dünyasında sonuç doğurmasını beklemek mümkün değildir.

Doktrinde; kanun, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler ile amirin emri gibi birel işlemlerin yanı sıra, görevin kapsamının idarenin örfi kurallarına göre de belirlenebileceği şeklinde bir görüş ileri sürülmektedir.⁴¹

³⁶ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 7.

³⁷ Y. 5. CD, E. 2017/1475, K. 2018/9740, 20.12.2018 (<https://kazanci.com.tr>) ; ayrıca bkz. YCGK, E. 2012/4-425, K. 2013/67, 26.2.2013. kararı aktaran Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1566.

³⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7239.

³⁹ Üzülmüş, "Görevi Kötüye Kullanma," 197.

⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1018; Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1566; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 9.

⁴¹ Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1566-1567; Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kullanma," 271.

Kanaatimizce idarenin örfi kurallarının da (idari geleneklerin) görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaya elverişli olduğunun kabulü halinde failin cezai sorumluluğu öngörülemez bir şekilde genişlemeye müsaittir. Dolayısıyla idarenin örfi kurallarının gereklerine (ve genel olarak idare hukukunun yazılı olmayan kurallarına) kasten aykırılık halinde, görevin sınırlarının belirlenmesi amacıyla, somut olay özelinde sıkı bir araştırma yapılmalıdır. Bu kapsamda failin söz konusu örfi kuralları bilip bilmediği, görev yaptığı kurumda bu kuralların uygulamasının ne ölçüde olduğu, bu kuralların idare hukukunun genel prensiplerine ve mevzuatın geri kalanına ne ölçüde uygun düştüğü gibi hususların somut olay özelinde incelenmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçunda, kamu görevlisinin görevine ilişkin hususlara aykırılıklar cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla kamu görevlisinin, görevine ilişkin olmayan hususlara aykırı davranması halinde bu suçun oluşacağından söz etmek mümkün değildir. Bu ihtimalde TCK m. 262’de düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ya da kabahat neviden haksızlıkların oluşabileceği söylenebilir.⁴²

Doktrinde “görevin” çok çeşitli şekillerde belirlenebilmesi nedeniyle, görevi kötüye kullanma suçunun “açık ceza normu” niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir.⁴³ Açık ceza normu kavramı, genel olarak cezaların kanuniliği ilkesine uyan ancak suçların kanuniliği ilkesine uymayan ceza normları için kullanılmaktadır.⁴⁴ Açık ceza normu niteliğindeki ceza normlarında, suçla bağlanan cezai yaptırım kanunda açıkça düzenlenmemekte ancak hangi fiillerin suç teşkil edeceği kanunda açıkça düzenlenmemektedir. Bu tür ceza normlarında kanun koyucu, çerçeve norm çıkarmak suretiyle suçun genel özelliklerini belirlemekte ancak hangi fiillerin suçla vücut vereceklerini idareye bırakmaktadır. Kanaatimizce, görevin kapsamı ifadesi oldukça geniş yorumlanmaya müsait olduğu ve maddenin bu haliyle kavramın sınırlarını çizmek zor olduğu için düzenleme açık ceza normu niteliğindedir. Görev kavramının sınırlarını kanunla belirlemek mümkün olmasa da; görev kavramının sınırlarının belirsiz olması (özellikle idarenin örfi kurallarının dahi görev kapsamında düşünülebilmesi) ve görevin belirlenmesinde idareye

⁴² Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 7-8; Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1017-1018.

⁴³ Bahsedilen görüş için bkz. Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 9-10.

⁴⁴ Konu hakkında genel olarak ve açık ceza normu örneği olan TCK m.195 ile ilgili bir değerlendirme için bkz. Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2016), 19-21.

takdir yetkisi tanınması kanaatimizce “suçların kanuniliği ilkesini” ihlal eder niteliktedir.

ii. Kamu Görevlisinin Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etmesi

İcrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçundan söz edebilmek için, görevin gereklere aykırılık teşkil eden davranışın *icrai nitelikte bir davranış* olması zorunludur.⁴⁵ İcrai nitelikte bir davranıştan anlaşılması gereken, insan vücudundan aktif bir eylemle sadır olup kanun koyucunun güttüğü suç siyaseti nedeniyle cezai yaptırıma bağladığı her türlü davranıştır.⁴⁶ Suç, görevin gereklere aykırılık teşkil eden her türlü davranışla işlenebileceği için serbest hareketli bir suçtur.⁴⁷ Görevin gereklere aykırılık teşkil eden davranışlara doktrinde şu hususlar örnek olarak gösterilmiştir:

- Herhangi bir şekilde kanuni yetkinin aşılması,
- Kanunun tesis ettiği usul ve şekle uyulmaması,
- Takdir yetkisi mevcutsa bu yetkinin tanındığı amaca aykırı kullanılması,
- Yargı kararlarına uyulmaması,
- Görevin gerektirdiği ön koşullar mevcutsa bu ön koşullara uyulmaması,
- Görevle ilgili hukuka uygun bir şekilde verilen emirlere uyulmaması veya emrin keyfi bir biçimde yerine getirilmemesi.⁴⁸

Yukarıda sayılanlar dışında Yargıtay uygulamasından çok çeşitli örnekler vermek mümkündür. Belediye evlendirme memurunun şartları oluşmadan evliliğin tescilini sağlaması⁴⁹, yeşil alan olarak ayrılan bölgeye konut yapılması⁵⁰, memurun kimlik kontrolü yapmadan parayı yanlış kişiye teslim etmesi⁵¹, doktorun adli tıp kurumu raporuna aykırı olarak ölüm

⁴⁵ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1016-1019.

⁴⁶ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 137 vd.; Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1016.

⁴⁷ Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1567; Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1018; Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 10.

⁴⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7243; Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma,” 271.

⁴⁹ Y. 5. CD, E. 2014/1042, K. 2016/2778, 16.3.2016 (<https://kazanci.com.tr>).

⁵⁰ Y. 5. CD, E. 2015/1731, K. 2019/2131, 18.2.2019 (<https://kazanci.com.tr>).

⁵¹ Y. 5. CD, E. 2017/121, K. 2017/1808, 2.5.2017 (<https://kazanci.com.tr>). Yargıtay’ın genel olarak failerin kontrol yükümlülüklerine aykırı davranışlarını icrai davranış olarak nitelendiğini söylemek mümkündür. Yargıtay’ın kooperatife üye olma şartlarını taşımayan kişilerin üye olarak alınmasını icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçu kabul ettiği kararı için bkz. Y. 5. CD, E. 2013/13688, K. 2015/16402, 18.11.2015 (<https://kazanci.com.tr>).

nedenini farklı düzenleyip otopsi yapmadan ölü gömme izni vermesi⁵², tarım arazilerinin olduğundan büyük gösterilip fazladan doğrudan gelir desteği ödenmesine sebep olunması⁵³, hakimın gördüğü davadaki sanıklardan birinin işletmesine gidip konuşması ve uzun tatili oluşacak şekilde yaralanma meydana gelmiş olmasına rağmen tüm sanıkların beraati yönünde oy kullanmış olması⁵⁴, ihale açılması gereken durumlarda faillerin ihale açmadan kişilere haksız yarar sağlamaları⁵⁵ gibi örnekler Yargıtay uygulamasında icrai davranışla görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmişlerdir. Ayrıca doğrudan temin usulüne aykırılık durumunda, doğrudan temin bir ihale usulü olmadığı için faillerin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmaları gerekmektedir.⁵⁶

Görüldüğü üzere, kamu görevlisinin; kendisine idarenin düzenleyici ya da birel işlemlerle usulüne uygun bir şekilde tevdi edilmiş görevi, mevzuattaki usul ve yöntemlere aykırı olarak yapması (yani yapmaması gerekeni yapması) durumunda bu suçun oluşacağını söylemek mümkündür.⁵⁷ Dolayısıyla icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunda fail aktif bir hareketle görevin gereklerine aykırı hareket etmektedir. Bu kapsamda kanunun o görevin yerine getirilmesi için öngördüğü usule uyulmadan görevin yerine getirilmesi de bu suçu oluşturmaya elverişli olduğu gibi; görev yerine getirilirken failin sahip olduğu takdir yetkisinin kamu menfaati güdülerek

⁵² Y. 4. CD, E. 2012/1614, K. 2013/231, 15.1.2013 (<https://kazanci.com.tr>).

⁵³ Y. 5. CD, E. 2018/7798, K. 2018/8763, 8.11.2018 (<https://kazanci.com.tr>).

⁵⁴ Y. C. G. K., E. 2012/4-425, K. 2013/67, 26.2.2013 (<https://kazanci.com.tr>). Bu olayda Yargıtay, hakim olan failin davranışı nedeniyle katılanın mağduriyete uğradığını kabul etmiştir.

⁵⁵ Y. 5. CD, E. 2021/1830, K. 2022/14638, 20.12.2022 (<https://kazanci.com.tr>). Yargıtay burada ihaleye girme olanağı bulunan kişilerin bu olanaklarının ellerinden alınmasını mağduriyet kapsamında değerlendirmiştir. Kanaatimizce, ihale açılması gereken işlerde ihale açmadan kişilere haksız yarar sağlanmasının anti-sosyalizm boyutu görevi kötüye kullanma suçundan daha fazladır. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK m. 235'te ihale açılması gereken işlerde ihale açılmadan işin gördürülmesi hususunu da madde kapsamına dahil eden bir düzenlemenin yapılması yerinde olur.

⁵⁶ Y. 5. CD, E. 2021/11745, K. 2022/14345, 8.12.2022 (<https://kazanci.com.tr>). Yargıtay, doğrudan temin usulünde düzenlenmesi gereken ihale onay belgesi ile piyasa araştırma tutanağının düzenlenmemesini ve piyasa araştırması ile ilgili bir görevlendirme yapılmamasını da icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Y. 5. CD, E. 2021/7470, K. 2022/14788, 26.12.2022 (<https://kazanci.com.tr>).

⁵⁷ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2016), 82; Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma", 1567.

değil özel menfaat güdülerek kullanılması da suçu oluşturmaya elverişlidir. Zira görevi kötüye kullanma suçunda cezalandırılan, görevin yerine getirilmesi için kamu görevlisine verilen yetkinin kötüye kullanılmasıdır.⁵⁸ Failin, görevin yerine getirilmesi için kendisine tanınan yetkiyi icrai nitelikteki fiillerle kötüye kullandığı her durumda icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun sübuta erdiği kabul edilebilir.

Görevin gereklerine aykırı hareketin ceza hukuku kapsamında mı disiplin hukuku kapsamında mı cezalandırıldığı da önem arz etmektedir. Doktrinde “görevin gereklerine aykırı davranma” ifadesinin kamu görevlisi ile idare arasındaki “memuriyet” ilişkisine aykırı davranışları da kapsayacak derecede geniş yorumlanmaması gerektiği; kamu görevlisinin görevine değil de memuriyete ve meslek etiğine aykırı davranışları gibi kurum hukukuna aykırı davranışları nedeniyle ancak disiplin sorumluluğunun doğabileceği ileri sürülmektedir.⁵⁹ Hemen belirtmemiz gerekir ki, bu davranışların başkaca bir suça vücut vermeleri veya bu davranışlar neticesinde bir zararın doğmaması durumlarında suçun sübuta erdiğinden bahsetmek zaten mümkün olmayacaktır.⁶⁰ Ancak bu şartların gerçekleşmesi durumunda dahi kanaatimizce, salt kurum düzenini bozan ve esasen kurumun iç işleyişiyle ilgili kurallara aykırılık durumunda görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı kabulü gerekmektedir.⁶¹ Çünkü disiplin hukukunda asıl olan idarenin iç işleyişinin korunmasıyken, ceza hukuku suçla ihlal edilen kamu düzenini yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır.⁶² Aksi kabul halinde disiplin hukuku bakımından cezalandırılması gereken fiillerin ceza hukuku bakımından da cezalandırılması gibi normun tesis edilme amacını aşan bir sonuca varılmaktadır. Bu düşünceden hareketle, salt kurumun iç işleyişiyle ilgili düzenlemelerin “görev” kapsamında mütalaa edilmemesi gerektiği ileri sürülebilir.

Bu başlık altında özel olarak değinme gereği duyduğumuz bir başka konu ise mahkeme kararlarının yerine getirilmemesidir. Anayasa (AY) m. 138/son uyarınca “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*”

⁵⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7242.

⁵⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7240 vd. Kanaatimizce yukarıda idarenin örfi kurallarına ilişkin yer verdiğimiz görüşümüz bu görüşle uyumaktadır.

⁶⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 82.

⁶¹ Farklı bir bağlamda bu görüşe ultima ratio ilkesini uygulamak suretiyle Tezcan, Erdem ve Önok da ulaşmıştır. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1107, 108. Dipnot.

⁶² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7240 vd.

AY m. 153/son'da da Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarının “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri*” bağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkeme kararının uygulanmamasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6 ve AY m. 36 bağlamında adil yargılanma hakkı ihlali niteliğinde değerlendirilmesi mümkündür.⁶³

Kanaatimizce, mahkeme kararlarının uygulanmasıyla görevlendirilen kamu görevlilerinin bu kararları uygulamamaları (veya gereği gibi uygulamamaları), kamu görevlilerinin kararın uygulanması için gerekli bütün şartların oluştuğunu bilmeleri koşuluyla, icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.⁶⁴ Zira fail, gereklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu bir mahkeme kararının gereklerini yerine getirmeyerek esasen görevinin gereklerine aykırı hareket etmektedir. Nitekim, katıldığımız görüşe göre, failin görevi gereği yapması gerekeni yapmaması da icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun sübuta ermesi için yeterlidir. Bir kamu görevlisi olan failin, görevi gereği uygulamakla yükümlü olduğu mahkeme kararını hiç veya gereği gibi uygulamaması icrai niteliktedir.

Bir mahkeme kararının gereği gibi uygulanmaması hiç uygulanmamasıyla eşdeğerdir. Aksi takdirde, mahkeme kararlarının gereği gibi uygulanmaması suretiyle işlevsiz hale getirilmeleri tehlikesi doğmaktadır. Uygulamada bu gibi sorunlarla karşılaşmamak ve mahkeme kararlarının uygulanabilirliğini artırmak amacıyla, mahkeme kararını hiç veya gereği gibi uygulamayan kamu görevlisinin ihmali davranışından değil icrai davranışından söz etmenin uygun olacağını düşünmekteyiz.⁶⁵

iii. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareketinin Bir Kamu Zararı veya Kişiler Yönünden Mağduriyet ya da Haksız Kazanç Doğurması

İcrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçundan söz edebilmek için, yalnızca görevin gereklerine aykırılık teşkil eden bir fiilin

⁶³ AİHM, Hornsby/Yunanistan, B. No:18357/91, 19.3.1997 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>) ; AYM, Hasan Gün Başvurusu, B. No: 2018/9459, 19.11.2020, RG, 17.02.2021, S. 31398.

⁶⁴ Konuyla ilgili bilgi için bkz. Seyfettin Kara, “İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi ve İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk,” *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi* 15, sy. 1 (Mayıs 2012): 222 vd.; Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 25-26.

⁶⁵ Bu bakımdan, iptal edilen bir encümen kararı neticesinde ilgili taşınmazın belediye adına tescili için tapu iptal ve tescil davası açmayan failleri ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutan Yargıtay kararına katılmamaktayız. Karar metni için bkz. Y. 5. CD, E. 2021/7127, K. 2023/10619, 1.11.2023 (<https://kazanci.com.tr>).

bulunması yetmemekte; ayrıca bu fiilin kamu zararına veya kişiler yönünden mağduriyete ya da haksız kazanca sebep olması da aranmaktadır. Bu sebeple suçun, mülga 765 sayılı TCK'nın aksine, zarar suçu olarak düzenlendiğini söylememiz mümkündür.^{66 67}

Doktrinde zararın suçun maddi unsuru mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu noktasında tartışma mevcuttur. Bu unsurun suçun maddi unsurlarından netice mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu meselesinin tespiti son derece önemlidir. Zira failin kastının hangi unsurları kapsamaması gerektiği, suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve zamanaşımının başlayacağı tarihin belirlenmesi gibi sorunların çözümünde gerçekleşmesi aranan zararın hukuki niteliğinin tespit edilmesi son derece elzemdir.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden bahsetmeden önce cezalandırılabilme şartlarından ve objektif cezalandırılabilme şartından kısaca bahsetmekte fayda vardır. Cezalandırılabilme şartı, “suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve devletin cezalandırma hak ve yetkisinin kullanılabilmesi ve cezanın uygulanabilmesinin geleceğe ilişkin, kesin olmayan, suçu oluşturan fiilin dışında kalan bir olaya bağlanması” olarak tarif edilmektedir.⁶⁸ Objektif cezalandırılabilme şartı ise fiilin haksızlık teşkil etmesini engellemekte, ancak bu şart meydana gelmedikçe haksızlık teşkil eden fiil suç olarak nitelendirilmemekte ve faile ceza verilmemektedir.^{69 70}

Doktrinde zarar unsurunun suçun objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu savunan görüşe göre; suç görevin gereklerine aykırı davranılmasıyla

⁶⁶ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 11.

⁶⁷ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde meydana gelen tehlike veya zarardan ziyade davranışın kendisi önem teşkil etmekte; davranış neticesinde tehlike veya zarar meydana gelmişse bu durum davranışın “ciddiliği” ve “cezalandırılmaya layık olup olmadığı” hususları bakımından değerlendirilmektedir. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi fiilin ciddiliğini “standartlardan ciddi bir sapma ve bir ihmalkarlıktan öte kamu görevine hakarete varan bir davranış” olarak tarif etmektedir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Mark Aronson, “Misfeasance In Public Office: A Very Peculiar Tort,” *Melbourne University Law Review* 35 (2011): 17; David Lusty, “Revival of the Common Law Offence of Misconduct in Public Office,” *Criminal Law Journal* 38, sy. 6 (2014): 349.

⁶⁸ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 54.

⁶⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 575.

⁷⁰ Kanaatimizce objektif cezalandırılabilme şartıyla Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki davranışın “ciddi” ve “cezalandırılmaya layık” bir davranış olması şartının benzer amaçları gerçekleştirilmeye yönelik olduğunu söylemek mümkündür.

birlikte tamamlanır ancak bu suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için davranışa bağlı olarak bir kamu zararının, kişiler yönünden mağduriyetin ya da haksız kazancın meydana gelmesi gerekir.⁷¹ Bu görüşe göre kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması bir haksızlığa sebebiyet verse de, bu haksızlığın cezalandırılmaya layık olabilmesi için maddede sayılan unsurların meydana gelmesi gerekmektedir.⁷² Doktrinde, sayılan unsurların suçun neticesi mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu hususunun madde metninden açıkça anlaşılmadığı, ancak kanun koyucunun izlediği “cezalandırılabilirliğin alanını daraltma” politikası nedeniyle söz konusu unsurların objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduklarının kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.⁷³ 6086 sayılı Kanunla maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde ise söz konusu unsurların objektif cezalandırılabilme şartı olduğu açıkça vurgulanmıştır.⁷⁴ Dolayısıyla madde gerekçesinden kanun koyucunun bu unsurları objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirdiği söylenebilir.

Doktrindeki aksi görüşe göre ise sayılan unsurlar suçun neticesi niteliğindedirler.⁷⁵ Bu görüşe göre cezalandırılabilme şartları, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçtan sonra söz konusu olabildikleri ve suç oluşturan fiilin dışında kalan hususlara ilişkin oldukları için, suçun gerçekleşip gerçekleşmemesi bakımından etkili değildirler. Ancak maddede sayılan unsurlar suça harici unsurlar değildir, aksine, suçun kurucu unsurlarıdır. Bu sebeple maddede sayılan zarar unsurunun suçun neticesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁷⁶ Kanaatimizce de zararın fiilden ayrılmasına olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla zararın, suçun neticesi olarak görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay, bazı kararlarında zararın suçun neticesi, bazı kararlarında ise objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlamaktadır. Ancak Yargıtay’ın

⁷¹ Özenç, *Genel Hükümler*, 576; Hafizoğulları ve Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 83.

⁷² Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1021-1025; Üzülmüş, “Görevi Kötüye Kullanma,” 199; Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma,” 288.

⁷³ Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma,” 288.

⁷⁴ Bkz. 6086 sayılı Kanun Gerekçesi.

⁷⁵ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 11 vd.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1106-1114.

⁷⁶ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 11-12.

yakın tarihli içtihatlarında zararı ağırlıklı olarak objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumladığını görmek mümkündür.⁷⁷

Konuyu derinleştirmek amacıyla maddede sayılan zarar çeşitlerini tek tek ele alarak incelemekte fayda vardır.

➤ Görevin gereklerine aykırı davranışın kamu zararına neden olması

Görevin gereklerine aykırı davranışın kamu zararına neden olması durumunda suçun bütün unsurlarıyla birlikte tamamlandığından söz etmemiz mümkündür. Burada kamu zararından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması önemlidir. Madde gerekçesinde kamu zararının ekonomik bir zarar olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Doktrinde ağırlıklı görüş, kamu zararının ekonomik zarar olması gerektiği yönündedir.⁷⁸ Yargıtay'ın görüşünün de bu yönde olduğunu söylemek mümkündür.⁷⁹

Kamu zararı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanunu m. 71'de tanımlanmıştır.⁸⁰ Yargıtay'ın da kamu zararını belirlerken bu kanunda sayılan kriterlere uygun bir değerlendirme yaptığını söylememiz mümkündür.⁸¹

⁷⁷ Y. 5. CD, E. 2021/9086, K. 2022/6463, 9.6.2022 (<https://kazanci.com.tr>) ; Y. 9. CD, E. 2020/4569, K. 2021/2517, 25.5.2021 (<https://kazanci.com.tr>).

⁷⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1106-1110-1112; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 13; Üzülmüş, "Görevi Kötüye Kullanma," 200-201.

⁷⁹ Y. C. G. K., E. 2005/110, K. 2005/159, 6.12.2005 (<https://kazanci.com.tr>). Yargıtay ayrıca zararın kesin bir biçimde saptanmasını aramamakta, miktar saptanamasa dahi rayiç bedellerin aşıldığının anlaşılması halinde de kamu zararının doğduğunu kabul etmektedir. Gerçekten de zararın oluştuğunun yeterli ve rasyonel bir şekilde gerekçelendirilebildiği durumlarda, faili görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmak için zararın miktarının tam olarak tespit edilmesine gerek yoktur. Ancak bu durumun cezanın takdirinde dikkate alınması gerekir.

⁸⁰ Maddenin ilgili ilk iki fıkrası şu şekildedir:

Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,

c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,

d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

f) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, esas alınır.

⁸¹ Y. C. G. K., E. 2014/5-547, K. 2015/426, 1.12.2015 (<https://kazanci.com.tr>).

➤ Kişilerin Mağduriyetine Sebep Olma

Görevin gereklerine aykırı davranışın kişilerin mağduriyetine sebep olması durumunda da görevi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır. Bu kapsamda sadece gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de mağduriyete uğramış olmaları mümkündür.⁸² Kişilerin mağduriyeti, gerek öğretide gerek yargı kararlarında kamu zararından daha geniş olarak anlaşılan bir kavramdır.⁸³ Kişilerin mağduriyeti yönünden yapılan değerlendirmede, kişilerin ekonomik olarak mağduriyete uğramaları beklenmemekte; aksine, kişilerin ekonomik mağduriyetleri dışında kalan kişisel mağduriyetleri de bu suça vücut vermektedir.⁸⁴ Bu bakımdan kişisel mağduriyetin, kişinin herhangi bir çıkarının ihlal edilmesi olarak anlaşılması mümkündür.⁸⁵ Nitekim madde gerekçesinde de mağduriyet kavramının ekonomik olarak uğranılan zarardan daha geniş bir anlama sahip olduğu vurgulanmıştır.

➤ Kişilere Haksız Menfaat Sağlama

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için aranan seçimlik zarar unsurlarından bir diğeri de görevin gereklerine aykırı hareketin kişilere haksız menfaat sağlamasıdır. Burada da gerçek kişilere haksız menfaat sağlama ile tüzel kişilere haksız menfaat sağlama arasında bir fark yoktur.⁸⁶ Kanunun ilk halinde “haksız kazanç” ifadesi yer alırken bu ifade, 08.12.2010 tarihli 6086 sayılı Kanunun birinci maddesiyle “haksız menfaat” olarak değiştirilmiştir. Menfaat kelimesinin kazanç kelimesinden daha geniş bir anlam ifade etmesi nedeniyle kişilere sağlanan menfaatin ekonomik bir menfaat olma zorunluluğu olmadığı doktrinde ifade edilmektedir.⁸⁷ Ancak menfaatin haksız olması gerekmektedir. Haksız menfaat, kişiye sağlanmaması gereken bir yararın fail tarafından görevin gereklerine aykırı

⁸² Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1108.

⁸³ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 320; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1108-1110; Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 12.

⁸⁴ Yargı sisteminde görev yapan kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanmaları neticesinde hatalı olarak verilen mahkumiyet kararları kişilerin mağduriyete uğramasına örnek gösterilebilir. ABD’de yargı sistemi içerisinde görev yapan kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanmaları neticesinde verilen “hatalı mahkumiyet (wrongful convictions)” kararlarını meslek gruplarına ayırarak inceleyen bir çalışma için bkz. Clayton B. Drummond ve Mai Naito Mills, “Adressing Official Misconduct: Increasing Accountability in Reducing Wrongful Convictions,” *Wrongful Conviction Law Review* 1, sy. 3 (2020): 270-290.

⁸⁵ Üzülmöz, “Görevi Kötüye Kullanma,” 201.

⁸⁶ Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1578-1579.

⁸⁷ Üzülmöz, “Görevi Kötüye Kullanma,” 201-202.

davranılmak suretiyle sağlanması olarak düşünülebilir.⁸⁸ Doktrinde, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere kazanç temin edildiği her durumda bu kazancın zaten haksız olacağı da ifade edilmiştir.⁸⁹ İmar planına aykırı olarak inşaat izni verilmesi,⁹⁰ imar planında yeşil alan olarak ayrılan alana lojman yapılmak üzere inşaat izni verilmesi,⁹¹ kişinin devletin sağladığı bir krediden şartlarını taşımamasına rağmen yararlandırılması, kişinin belirli bir göreve atamasının yapılması mümkün olmamasına rağmen atama işleminin yapılması⁹² gibi hususlar kişilere sağlanan haksız menfaate örnek olarak verilebilir.⁹³

b) İhmali Davranışla İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Suçu

i. Kamu Görevlisinin İhmal Ettiği ya da Geciktirdiği İşin Görevi ile İlgili Olması

İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunda da failin ihmal ettiği ya da geciktirdiği işin görevi ile ilgili olması gerekmektedir.⁹⁴ Failin, görevi ile ilgili olmayan bir işi ihmal ettiğinden ya da geciktirdiğinden bahsedebilmek mümkün değildir.⁹⁵ Bu konuyla ilgili olarak yukarıda icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunda yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.

ii. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerini Yapmakta İhmal Göstermesi

İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu, görevin gereklerini yapmakta ihmal göstermek ya da görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermek olarak iki şekilde işlenebilmektedir. Bu bakımdan suçun (icrai davranışla işlenen halinden farklı olarak) seçimlik hareketli bir suç olduğunu söyleyememiz mümkündür.⁹⁶

⁸⁸ Üzülmöz, "Görevi Kötüye Kullanma," 202.

⁸⁹ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 14.

⁹⁰ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 320.

⁹¹ Y. 5. CD, E. 2015/1731, K. 2019/2131, 18.2.2019 (<https://kazanci.com.tr>).

⁹² Örnekler için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1113.

⁹³ Yargıtay, belediyeye usulsüz işçi alımı sonucunda bu işçilere haksız yarar sağlandığı gerekçesiyle somut olayda haksız yarar şartının sağlandığına karar vermiştir. Y. 5. CD, E. 2013/7312, K. 2015/9044, 30.3.2015 (<https://kazanci.com.tr>).

⁹⁴ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 322; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1114-1115.

⁹⁵ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 22; Gökcan, *Görevi Kötüye Kullanma*, 105.

⁹⁶ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1019.

İhmalin mahiyeti konusu doktrinde tartışmalıdır. Tabiatçı görüşe göre ihmal hiçbir şey yapmamak anlamına gelmez, yapılması gereken yerine başka bir hareket yapılması anlamına gelir. Normatif görüşe göre ise sadece yapılması gerekeni yapmamak ihmale vücut vermez; ihmal, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasıdır.⁹⁷ İhmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunda failin görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu davranışı yapmaması cezalandırılmaktadır.⁹⁸

İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu kapsamında ihmalden bahsedebilmek için failin, görevin gereklerini *hiçbir şekilde* yerine getirmemesi gerekmektedir.⁹⁹ Bu ihtimalde fail, görevi gereği yapması gereken bir işi bilerek ve isteyerek hiçbir şekilde yerine getirmemekte ve bunun sonucunda da kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazanca sebep olmaktadır. Kanımızca görevin yerine getirilmesine rağmen gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, görevin gereği gibi yerine getirilmemesi görevin gereklerine aykırılık teşkil ettiği için, failin sorumluluğu TCK m.257/2'den değil TCK m.257/1'den belirlenmelidir.¹⁰⁰

Yargıtay uygulamasından ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçuna çeşitli örnekler vermek mümkündür. Belediye başkanının kendi maaşına konan haczin ödenmesi için muhasebe müdürüne talimat vermemesi,¹⁰¹ jandarmanın yanında pasaport veya kimliği bulunmayan kişi hakkında karakola bilgi vermemesi ve işlem yapmaması¹⁰², karayolu işinin teknik zorunluluklara uyulmadan yapılması sebebiyle kazaya sebebiyet verilmesi,¹⁰³ muhasebecinin beyannameleri vergi dairesine teslim etmemesi,¹⁰⁴ avukatın dosyanın işlemde kaldırılmamasına sebebiyet vermesi¹⁰⁵

⁹⁷ Açıklanan görüşler ve bunların eleştirisi için bkz. Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 139-140.

⁹⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7281.

⁹⁹ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1019-1021; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7282; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 23; Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1569 vd.

¹⁰⁰ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1020. Görevin hiç yerine getirilmemesinin yanı sıra gerektiği gibi yerine getirilmemesini de ihmal kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1114-1117. Esasen bu görüş 765 sayılı Yasa döneminde doktrinde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından da benimsenen bir görüştü. Konuyla ilgili detaylı bilgi ve katıldığımız görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7282-7283.

¹⁰¹ Y. 5. CD, E. 2013/7361, K. 2015/9033, 30.3.2015 (<https://kazanci.com.tr>).

¹⁰² Y. 5. CD, E. 2021/9450, K. 2022/14786, 23.12.2022 (<https://kazanci.com.tr>).

¹⁰³ Y. 12. CD, E. 2017/7574, K. 2018/215, 10.1.2018 (<https://kazanci.com.tr>).

¹⁰⁴ Y. 5. CD, E. 2014/9756, K. 2017/4626, 1.11.2017 (<https://kazanci.com.tr>).

gibi hususlar Yargıtay uygulamasında ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçuna örnek olarak verilebilir.

iii. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerini Yapmakta Gecikme Göstermesi

İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun diğer işleniş biçimi, görevin gereklerini yerine getirmede gecikme göstermektir. Fail tarafından görevin gerekleri yerine getirilmesine rağmen, gecikmeli olarak yerine getiriliyorsa bu durumda *gecikmeden* söz etmek gerekecektir.¹⁰⁶

Gecikmeden söz edebilmek için işin zamanında yerine getirilmemesi gerekmektedir.¹⁰⁷ Burada görevin hangi zaman diliminde yerine getirilmemesi durumunda TCK m.257/2 dahilinde bir gecikmeden söz edileceğinin belirlenmesi, kamu görevlilerinin cezai sorumluluklarının tayin edilmesi bakımından oldukça önemlidir. Bu bakımdan çeşitli ihtimaller düşünmek mümkündür. Görevin yerine getirilmesi gereken zaman, mevzuatta açıkça kararlaştırılmış olabilir. Bu süre kanunla, cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle veya idari düzenlemelerle belirlenebileceği gibi somut olayın özelliklerinden de anlaşılabilir.^{108 109} Süre idarenin düzenleyici işlemleriyle de birel işlemleriyle de tayin edilebilir. Süre amirin emriyle de tayin edilmiş olabilir. Eğer görevin yerine getirilmesi gereken zaman mevzuatta açıkça kararlaştırılmışsa, bu sürenin geçmesiyle birlikte gecikme meydana gelmiş olur. Zira bu ihtimalde kamu görevlisinin görevini yerine getirmesi gereken son tarih mevzuatta açıkça kararlaştırılmış ancak kamu görevlisi görevini yerine getirmemiştir. Kamu görevlisinin, mevzuatta öngörülen sürede işi yerine getirmesi durumunda ihmali ya da gecikmeden söz edilemeyeceği ise açıktır.¹¹⁰

¹⁰⁵ Y. 5. CD, E. 2021/9331, K. 2022/9445, 7.7.2022 (<https://kazanci.com.tr>).

¹⁰⁶ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 23; Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1019-1021; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7282; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1114-1117; Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1569 vd.

¹⁰⁷ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 23; Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1019-1021.

¹⁰⁸ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 23.

¹⁰⁹ Sürenin somut olaydan çıkarılabilmesi için, görevin yerine getirilmesi gereken zamanın kesin olarak somut olayın özelliklerinden anlaşılabilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi kabul kamu görevlilerinin cezai sorumluluklarını oldukça genişletebileceği için hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkelerine aykırı uygulamalara yol açabilecektir.

¹¹⁰ İzzet Özgenç ve Cumhuriyet Şahin, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, sy. 2 (Haziran 2002): 25 vd.

Mevzuatta öngörülen sürenin düzenleyici nitelikte bir süre olması ya da bürokrasinin iç işleyişindeki yavaşlıklar ve sıkıntılar nedeniyle işin zamanında yerine getirilememesi durumlarında, bürokrasinin iç işleyişinde kamu görevlisine kusur izafe edilemeyecek hallerin varlığı durumunda da kamu görevlisini gecikmeden dolayı sorumlu tutmak mümkün olacak mıdır? Kanaatimizce, mevzuatımızda idare bakımından öngörülen sürelerin çoğunun düzenleyici süre olduğu da göz önünde tutularak, sürenin düzenleyici nitelikte olduğu durumlarda da işin süresinde yerine getirilmemesi diğer şartların da varlığı halinde ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçuna sübut verecektir. Aksi kabul halinde, mevzuattaki düzenleyici sürelerin ve maddedeki *gecikme* fiiline sonuç bağlayan yaptırımın bir anlamı kalmayacaktır. Belirli süre içerisinde işin yerine getirilememesinin, kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanmadığı durumlarda ise, cezaların şahsiliği ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri gereğince kamu görevlisini idarenin gecikmesinden sorumlu tutmak mümkün olmamalıdır.

Görevin yerine getirilmesi için mevzuatta herhangi bir süre belirlenmemiş olabilir. Bu ihtimalde doktrinde ve yargı kararlarında, görevin yerine getirilmesi için “makul sürenin” ya da “olağan iş akışının gereklerinin” göz önünde bulundurulması gerektiği gibi ölçütler ileri sürülmektedir.¹¹¹ Buna göre görevin yerine getirilmesi, olağan iş akışı içerisinde makul görülebilecek kadar gecikmişse görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmemektedir.¹¹² Bu bakımdan her somut olayda olağan iş akışında görevin yerine getirilmesinde kamu görevlisinin ihmalinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.¹¹³ ¹¹⁴ Kamu görevlisinin, görevin yerine getirilmesinde olağan iş akışının ötesinde bir gecikme göstermesi durumunda ise cezai sorumluluğunun gündeme gelebileceği açıktır.¹¹⁵

¹¹¹ Üzülmöz, “Görevi Kötüye Kullanma,” 205; Özenç ve Şahin, “Kamu Görevi,” 26; Zafer, “Görevi Kötüye Kullanma,” 1569-1570.

¹¹² Yargıtay somut olayda iş yoğunluğuna dikkat edilmesi gerektiğini içtihat etmektedir. Y. C. G. K., E. 2009/4-204, K. 2010/39, 2.3.2010 (<https://kazanci.com.tr>).

¹¹³ Üzülmöz, “Görevi Kötüye Kullanma,” 205.

¹¹⁴ Yargıtay, sanıkların Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptıkları ilçenin yaz aylarında turizm nedeniyle nüfusunun artması, yeterli sayıda kalem personelinin bulunmaması ve yürürlüğe yeni giren ceza kanunun uygulanmasındaki zorlukları gerekçe göstererek somut olayda ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun bulunmadığını kabul etmiştir. Bkz. Y. C. G. K., E. 2008/4-267, K. 2009/59, 17.3.2009 (<https://kazanci.com.tr>).

¹¹⁵ Özenç ve Şahin, “Kamu Görevi,” 26

iv. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerini İhmal Etmesinin Ya Da Geciktirmesinin Bir Kamu Zararına veya Kişiler Yönünden Mağduriyete ya da Haksız Kazanca Sebep Olması

İhmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için de işlenen davranışın kamu zararına veya kişiler yönünden mağduriyete ya da haksız kazanca sebep olması şarttır. Konuyla ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalarımız burası için de geçerlidir.

Bu unsuru suçun neticesi kabul eden görüşe göre suç, görevin gerekleri ihmal edildiğinde ya da gecikmenin gerçekleştiği anda değil; ihmal ya da geciktirme sonucunda kamu zararının, kişilerin mağduriyetinin ya da haksız kazancın doğduğu anda tamamlanmış olur.¹¹⁶ Buna karşılık bu unsuru suçun objektif cezalandırılabilme şartı kabul eden görüşe göre suç, esasen ihmal ya da gecikme davranışlarının sona erdiği anda tamamlanır; ancak bu suçtan dolayı ceza verilebilmesi için ihmal ya da gecikmenin kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazanca sebep olması gerekir.¹¹⁷

B. Manevi Unsur

Görevi kötüye kullanma suçu, ancak kastla işlenebilen bir suçtur, bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir.¹¹⁸ Bu suç genel kastla işlenebilir, suçun işlenebilmesi için özel kasta gerek yoktur.¹¹⁹ Failin hangi saikle hareket ettiği de önemli değildir.¹²⁰

Failin kastının suçun hangi unsurlarını kapsaması gerektiğinin ortaya konulması şarttır. Failin kastının hangi unsurları kapsaması gerektiği sorunu; davranışın kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazanca yol açması unsurunun suçun neticesi mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu sorununun ele alınış biçimine göre farklılık teşkil etmektedir.

Davranışın kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazanca yol açmasını objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden görüşe göre; failin görevin gereklerine aykırı hareket ettiğini ya da görevinin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme gösterdiğini bilmesi ve istemesi

¹¹⁶ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 323; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1116.

¹¹⁷ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1021-1026.

¹¹⁸ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 321; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 17.

¹¹⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1117; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 7300.

¹²⁰ Üzülmöz, "Görevi Kötüye Kullanma," 203; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 18-19.

yeterlidir. Failin kastının ayrıca kamu zararını, kişilerin mağduriyetini ya da kişilere haksız kazanç sağlamayı kapsamaması zorunluluğu yoktur Çünkü objektif cezalandırılabilme şartı, suça harici bir şart olup suçun unsurlarından birisi değildir.¹²¹

Davranışın kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazançla yol açmasını suçun neticesi olarak kabul eden görüşe göre ise, failin yalnızca görevin gereklerine bilerek ve isteyerek aykırı hareket etmesi ya da görevin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstermesi yetmez; failin ayrıca bu davranışının kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazançla sebep olacağını bilmesi ve bunları istemesi gereklidir.¹²² Failin zararın doğacağını bilmemesi veya istememesi durumlarında kastın mevcudiyetinden söz etmek mümkün değildir.¹²³

Doktrinde katıldığımız bu görüşün kabul edilmesi durumunda yalnızca görevin gereklerine bilerek ve isteyerek hareket eden ancak bu davranışı neticesinde kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazançla sebep olacağını bilmeyen ve bunu istemeyen faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Maddede sayılan zararlardan birinin oluşabileceğini bilmesine ve istemesine rağmen bu zararların oluşmadığı durumlarda ise faili teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutmak mümkün olacaktır.¹²⁴

Kanaatimizce, icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru, failin görevinin gereklerine bilerek ve isteyerek aykırı davranması ve bu davranışının sonucunda maddede sayılan zararlardan birinin gerçekleşeceğini bilmesi ve istemesidir. İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunda ise failin, görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu işi bilerek ve isteyerek hiç yerine getirmemesi ya da gecikme göstererek yerine getirmesi ve bunun sonucunda maddede sayılan zararlardan birinin oluşacağını bilmesi ve istemesi gereklidir. Failin işi geciktirmesi halinde, iş için süre öngörülmüşse bu sürenin geçtiğini bilmesine rağmen işi bilerek ve isteyerek yerine getirmemesi; sürenin öngörülmediği durumlardaysa olağan iş akışı ve makul süre içinde işi yerine getirebilecekken bilerek ve isteyerek yerine getirmemesi gerekmektedir.

¹²¹ Üzülmüş, "Görevi Kötüye Kullanma," 203.

¹²² Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 321; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1117.

¹²³ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 25.

¹²⁴ Doktrinde ve uygulamada genel olarak objektif cezalandırılabilme şartı taşıyan suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Aksi görüş için bkz. Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1026.

Bu suç dolaylı kastla da işlenebileceği için, failin neticeyi sadece öngörmüş olması durumunda da failin cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.¹²⁵ Ancak dolaylı kastla işlenebilen suçlarda netice kastı belirlediği için, bu ihtimalde failin cezalandırılabilmesi için neticenin gerçekleşmiş olması lazımdır.

Yukarıda sayılan hususlara ek olarak, failin kamu görevlisi sıfatına sahip olduğunu ve görevinin gereklerinin neler olduğunu da bilmesi şarttır. Keza bu hususlar da suçun maddi unsuruna dahil olan hususlardır. Bu sebeple kamu görevlisi sıfatına sahip olduğunu bilmeyen veya görevinin gereklerini bilmeyen failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

TCK m.30/1-birinci cümle uyarınca “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*” Bu sebeple suçun maddi unsurlarında hataya düşen kimsenin cezalandırılmaması gerekmektedir. Suçun maddi unsurlarında hata fiile ilişkin olabileceği gibi faillik niteliğine ilişkin de olabilir. Bu kapsamda TCK bağlamında kamu görevlisi sayıldığını bilmeyen, görev gereği yapmakla yükümlü olduğu işi bilmeyen, görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini bilmeyen, görevinin gereklerini ihmal ettiğini ya da geciktirdiğini bilmeyen, tipik davranışının sonucunda maddede sayılan zararlardan birinin oluşacağını bilmeyen kimsenin hatasından yararlanması ve TCK m.30/1 ile izlenen suç siyaseti gereğince cezalandırılmaması gerekmektedir.¹²⁶

VII. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Görevi kötüye kullanma suçu ile hukuka uygunluk nedenleri istisnai hallerde de olsa bir arada bulunabilirler. Bu suç bakımından amirin emrinden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi belli şartlar altında hukuka uygunluk nedeni olabilir.

AY m.137/2 uyarınca “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” TCK m.24/3’e göre de “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*”

¹²⁵ Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 17.

¹²⁶ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007); ayrıca Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma,” 21.

Yukarıda alıntılanan kanun maddeleri uyarınca, konusu suç teşkil eden emirler bakımından amirin emri hukuka uygunluk nedeni kabul edilmemekte; emrin yerine getirilmesi durumunda konusu suç teşkil eden emri veren amirle birlikte emri yerine getiren memur da müşterek fail olarak cezalandırılmaktadır. Ancak bu durumun istisnası TCK m.24/4'te düzenlenen bağlayıcı gayrimeşru emirlerdir. TCK m.24/4'e göre "*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*" Bağlayıcı gayrimeşru emirler, genellikle askerlik ve kolluk hizmetleri gibi alanlarda söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda, astın üst tarafından verilen emrin meşruiyetini sorgulama olanağı kanunla ortadan kaldırıldığı için, gayrimeşru bağlayıcı emrin doğurduğu sonuçlardan yalnızca emri veren amir sorumlu tutulmaktadır.¹²⁷ Yine de bu durumda dahi astın, verilen emrin şekil şartlarını kontrol etme yükümlülüğü varlığını sürdürmektedir. Şekil şartlarında esaslı bir eksiklik bulunan emrin geçerli bir şekilde hukuk dünyasına getirildiğinden söz edilemeyeceği için; şekil şartlarında esaslı bir eksiklik bulunan gayrimeşru bağlayıcı emri yerine getiren astın emrin sonuçlarından sorumlu tutulması bir zorunluluktur. Bu husus dışında TCK m.24/1-2 gereğince kanunun emrini ya da yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan hukuka uygun bir emri yerini getiren sorumlu tutulamaz. Bu durumlarda fail hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçunun mağduru ister devlet ister toplumu oluşturan herkes kabul edilsin, bu suç bakımından mağdurun rızasından bahsetmek mümkün değildir.¹²⁸ Bu sebeple mağduriyete uğrayan kişinin fiile rıza göstermesi faili cezai sorumluluktan kurtarmaz.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs, TCK m.35'te failin "*işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması*" olarak tanımlanmaktadır. Bütün suçlar gibi teşebbüs aşamasında kalan suçlar da maddi unsurdan ve manevi unsurdan

¹²⁷ Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 15-16.

¹²⁸ Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1579; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 16.

oluşmaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan suçların maddi unsurunu pozitif unsur ve negatif unsur olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Teşebbüs aşamasında kalan suçların pozitif unsuru, fail tarafından elverişli hareketlerle fiilin icrasına başlanmasıyla; negatif unsur icra hareketlerinin tamamlanmaması ya da sonucun gerçekleşmemesidir.¹²⁹ Teşebbüs aşamasında kalmış suçun manevi unsuru ise, failin suç fiilini işlemeye yönelik elverişli davranışları gerçekleştirme bilinç ve iradesini taşımasıdır.¹³⁰

Görevi kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişli bir suçtur.¹³¹ Zarar unsuru suçun neticesi olarak kabul edilecek olursa bu suça zarar oluşana kadar teşebbüs mümkün hale gelecektir.¹³²

Zarar unsurunu objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden görüş ise kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre, bünyesinde objektif cezalandırılabilme şartı taşıyan suçlara teşebbüs mümkün olmadığı için görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs de mümkün değildir. Bu görüşteki yazarlar objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden fail hiçbir şekilde cezalandırılmayacağı için bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını ileri sürmektedirler.¹³³ Doktrindeki aksi görüş, görevi kötüye kullanma suçunda zarar unsurunun netice olarak düzenlenmemesi nedeniyle bu suçun sırf hareket suçu olduğunu, sırf hareket suçlarına da teşebbüsün mümkün olduğundan hareketle bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre suçun icra hareketlerinin teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen zararın meydana gelmesi halinde faili teşebbüs hükümleri uyarınca sorumlu tutmak mümkündür.¹³⁴

Ekleme gerekir ki, her ne kadar görevi kötüye kullanma suçu olası kastla işlenmeye elverişli bir suç tipi olsa da; olası kastta netice kastı belirlediği için, failin olası kastla işleme iradesinde olduğu tipik fiilin

¹²⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 312-314.

¹³⁰ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 312.

¹³¹ Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 323; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1119-1120; Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1026. Doktrinde ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüse elverişsiz olduğu yönündeki görüş için bkz. Üzülmüş, "Görevi Kötüye Kullanma," 21.

¹³² Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1119-1120; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 15.

¹³³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 767.

¹³⁴ Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1026.

teşebbüs aşamasında kalması durumunda (netice gerçekleşmediği için) faile ceza verilemeyecektir.¹³⁵

B. İştirak

Yukarıda da değindiğimiz üzere görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir özgü suçtur. Kamu görevlisi olmayan kişiler, bu suçun işlenmesine TCK m.40/2 uyarınca ancak azmettiren ya da yardım eden olarak katılabilirler.¹³⁶

C. İçtima

Görevi kötüye kullanma suçu, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere genel, tali ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Kanunun lafzına da uygun olarak, fiilin başkaca bir suça vücut verdiği durumlarda görevi kötüye kullanma suçunun sübuta erdiğinden söz etmek mümkün olmamaktadır. İşlenen fiilin hem görevi kötüye kullanma suçuna hem de başkaca bir suça vücut vermesi halinde, diğer suçun cezası daha düşük dahi olsa, fail görevi kötüye kullanma suçundan değil diğer suçtan cezalandırılmaktadır.¹³⁷

Yargıtay'ın, işlenen fiilin kabahat teşkil etmesi durumunda da failin görevi kötüye kullanma suçundan değil ilgili kabahat suçundan cezalandırılması gerektiği yönünde kararı mevcuttur.¹³⁸ Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için işlenen fiilin *başkaca bir suça* vücut vermemesi şarttır. Kabahatler ise nitelikleri gereği idari yaptırım oldukları için "suç" olarak vasıflandırılmaları mümkün değildir. Nitekim TCK m. 257'de de failin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması için işlenen fiilin kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla fiilin hem görevi kötüye kullanma suçuna hem de kabahat neviden bir idari yaptırıma vücut vermesi halinde, fail hakkında görevi kötüye kullanma suçundan yaptırım uygulanması gerektiği söylenebilir. Bu durumda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/3 gereğince faile, ancak görevi kötüye kullanma suçundan yaptırım uygulanamaması halinde ilgili kabahat maddesinden yaptırım uygulanması mümkündür.

¹³⁵ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 312.

¹³⁶ Koca ve Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 1027; Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma," 4.

¹³⁷ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 318-319.

¹³⁸ Y. 5. CD, E. 2017/2866, K. 2017/5058, 29.11.2017 (<https://kazanci.com.tr>).

Failin, işlediği tek bir fiille hem görevi kötüye kullanma suçuna hem de bir başka suça vücut vermesi halinde; görevi kötüye kullanma suçuyla diğer suç arasındaki ilişkinin fikri içtima mı, asli norm-tali norm ilişkisi mi yoksa özel norm-genel norm ilişkisi mi olduğunu belirlemek de konumuz bakımından önem arz etmektedir. Konunun önemi, diğer suçtan dolayı herhangi bir sebeple fail hakkında cezaya hükmedilememesi durumunda, görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Fikri içtima TCK m.44'te düzenlenmiştir. Buna göre “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Fikri içtimadan söz edebilmek için, failin tek bir fiille birden fazla suçu işlemesi gerekmektedir.¹³⁹ Fikri içtima durumunda suçlar bağımsızlığını korudukları için; kovuşturma şartları, zamanaşımı ve af kanunlarının uygulanması gibi hususların her bir suç yönünden ayrı ayrı incelenmesi bir zorunluluktur.¹⁴⁰ Yine, fikri içtimanın varlığı halinde, cezası ağır olan suçtan dolayı ceza verilememesi durumunda (şikayet şartının gerçekleşmemesi vs.) cezası hafif olan suçtan ceza verilmesi de mümkündür.¹⁴¹ Kanaatimizce, fikri içtima durumunda faile en ağır suçtan dolayı ceza verilmesine rağmen görevi kötüye kullanma suçu ile birlikte başka bir suçun işlenmesi halinde fail, cezanın ağırlığına bakılmaksızın diğer suçtan cezalandırıldığı için görevi kötüye kullanma suçu ile diğer suç arasındaki ilişkinin fikri içtima ilişkisi olduğunu kabul etmek mümkün değildir.¹⁴²

Özel normun önceliği ilkesi gereğince, bir fiilin hem genel norma hem de özel norma vücut vermesi durumunda faile özel normun uygulanması gerekmektedir.¹⁴³ Özel norm-genel norm ilişkisinde, genel normda mevcut bulunan bütün unsurlar özel normda da mevcuttur ancak somut olayda genel norma nazaran sahip olduğu bir veya birkaç fazla unsur sebebiyle özel norm uygulama alanı bulmaktadır.¹⁴⁴ Kanaatimizce, tek fiille görevi kötüye kullanma suçu ile başka bir suçun işlenmesi durumunda, failin diğer suçtan cezalandırılması için suçların unsurlarının çakışmasının şart olmaması

¹³⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 373-377.

¹⁴⁰ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 511-530.

¹⁴¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 377.

¹⁴² Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1120; Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım*, 318-319.

¹⁴³ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 531-532; Özgenc, *Genel Hükümler*, 88-96.

¹⁴⁴ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 92-93.

nedeniyle bu durumda özel normun önceliği ilkesi uygulama alanı bulamamalıdır.

Asli norm-tali norm ilişkisinde ise, özel norm-genel norm ilişkisinin aksine, suçların unsurları birbirleriyle çakışmaz; suçlar yalnızca uygulama alanı bulmak bakımından birbirleriyle yarışır. ¹⁴⁵ Tali normdan bahsedebilmek için, bu normun diğer normların uygulanmadığı hallerde başvurulabilen bir norm olması zorunludur. ¹⁴⁶ Asli normun kapsamına girmeyen fiillerin, tali norm kapsamında cezalandırılmaları mümkündür. ¹⁴⁷ Kanaatimizce tek bir fiille görevi kötüye kullanma suçu ile başka bir suçta vücut verilmesi durumunda, görevi kötüye kullanma suçu ile diğer suç arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. ¹⁴⁸ Bu halde görevi kötüye kullanma suçunun unsurları da oluşmuş olsa dahi, kanunun açık lafzı nedeniyle faile diğer suçtan dolayı ceza verilmesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer nokta da görevi kötüye kullanma suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Suçun mağduru ister devlet/kamu idaresi ister toplumu oluşturan herkes kabul edilsin, bu suç zincirleme bir şekilde işlenmeye elverişlidir. Çünkü TCK m.43/1-son cümle gereğince zincirleme suç hükümleri mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da uygulama alanı bulmaktadırlar. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçu, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda birden fazla kez işlenirse fail hakkında bir cezaya hükmedilir ancak bu ceza dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılır. ¹⁴⁹ Eklemek gerekir ki, görevi kötüye kullanma suçunun mağdurunun Devlet olduğunu kabul ettiğimiz için; bu suçun değişik

¹⁴⁵ Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1558-1559.

¹⁴⁶ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 535-536.

¹⁴⁷ Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1559.

¹⁴⁸ Bu yönde doktrindeki katıldığımız görüşler için bkz. Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 1027; Zafer, "Görevi Kötüye Kullanma," 1558-1559.

¹⁴⁹ Yargıtay, yalnızca icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu bakımından değil ihmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın ilgili bir kararı için bkz. Y. C. G. K., E. 2018/445, K. 2021/12, 28.01.2021 (<https://kazanci.com.tr>). İlgili kararın incelemesi için bkz. Mehmet Nuri Teke, "Yargıtay Uygulaması Işığında Görevi İhmal Suçunda Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu (YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021)," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Karar İncelemeleri Dergisi 1*, sy.1-2 Haziran-Aralık 2022 (Şubat 2023): 305-321.

zamanlarda işlenmesi sonucunda farklı kişilerin mağdur olması halinde gerçek içtima uygulanması gerektiğini ileri süren görüşe katılmamaktayız.¹⁵⁰

Failin tek bir fiille birden fazla suça vücut vermesi ve diğer suçtan cezalandırılması halinde, faile görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir.¹⁵¹

IX. Yaptırım

TCK m.257/1 gereğince icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işleyen fail altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. TCK m.257/2 gereğince ihmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun cezası ise üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Görevi kötüye kullanma suçunun sabit olması halinde sanığa verilecek cezanın; şartlarının oluşması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB), adli para cezasına, hapis cezasının ertelenmesine (TCK m. 51) ya da kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olduğu gibi hapis cezasının ertelenmesi de mümkündür.

Görevi kötüye kullanma suçundan dolayı hapis cezasına mahkumiyete hükmedilmesi halinde TCK m. 53/1 ve 53/5 uyarınca güvenlik tedbirlerine karar verilmesi de mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki, TCK m. 53/1'de düzenlenen belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma yaptırımı, birçok açıdan TCK m. 53/5'te düzenlenen yasaklamadan farklılık arz etmektedir. Genel olarak belirtmek gerekirse, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma yaptırımı infaz tamamlanıncaya kadar söz konusuysen TCK m. 53/5 uyarınca uygulanan güvenlik tedbiri infazın tamamlanmasının ardından başlamaktadır. Yine, beşinci fıkradaki yaptırım ancak maddenin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar bakımından uygulanmaktadır ve ancak kötüye kullanılan hak ve yetkiyle ilgili olarak verilmesi gerekmektedir.¹⁵²

Görevi kötüye kullanma suçundan dolayı hapis cezasına mahkum edilen fail hakkında TCK m. 53/1 uyarınca belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma tedbirine hükmedilir. TCK m. 53/5 uyarınca, görevi kötüye

¹⁵⁰ Doktrinde katılmadığımız görüş için bkz. Koca ve Üzülmez, *Özel Hükümler*, 1029.

¹⁵¹ Y. 5. CD, E. 2015/12088, K. 2018/1999, 19.3.2018 (<https://kazanci.com.tr>).

¹⁵² Her iki güvenlik tedbiri arasındaki farklılıkların tartışılarak ortaya konulduğu bir Yargıtay kararı için bkz. Y. C. G. K., E. 2021/5-180, K. 2021/379, 9.9.2021 (<https://kazanci.com.tr>).

kullanma suçunun maddenin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılarak işlenmesi halinde, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerekmektedir. Adli para cezasına mahkumiyet halinde ise hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmelidir. Fıkranın son cümlesi uyarınca hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlamalıdır.

Yargıtay, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma tedbiri bakımından cezayı ağırlaştırma yasağının (reformatio in peius) uygulanmayacağını kabul ederken TCK m. 53/5'in uygulanmasında cezayı ağırlaştırma yasağının uygulanacağını kabul etmektedir.¹⁵³ Kanaatimizce, cezayı ağırlaştırma yasağı, cezanın bütün sonuçlarıyla birlikte sanık aleyhine ağırlaştırılmamasını amaçladığından, TCK m. 53/1'de düzenlenen güvenlik tedbirleri bakımından da cezayı ağırlaştırma yasağının tam olarak uygulanması yerinde olacaktır.¹⁵⁴

X. SONUÇ

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı TCK'da mülga Kanundan farklı şekilde düzenlenmiştir. Mülga kanunun aksine, suçun hem icrai davranışla hem ihmali davranışla işlenen hali aynı maddede tek bir suç olarak düzenlendiği için, işbu çalışma kapsamında olarak icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu ve ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma şeklinde terminolojik bir ayrıma gidilmiştir.

TCK m. 6/1-c'de tanımlanan kamu görevlisi kavramı, sınırları oldukça belirsiz olduğu için eleştirilmektedir. Kamu görevlisi kavramının dar yorumlanmaması halinde faillik sıfatı son derece belirsiz hale gelecektir. Bu durum, bireylerin hukuki güvenlik haklarını ihlal etme riskini taşımaktadır. Kanaatimizce tüzel kişiler ve bu kapsamda devlet tüzel kişisi de mağdur olabilecekleri için, suçun mağduru toplum değil devlettir. Suçun

¹⁵³ Y. C. G. K., E. 2021/5-180, K. 2021/379, 9.9.2021 (<https://kazanci.com.tr>).

¹⁵⁴ Bu yönde katıldığımız görüş için bkz. Sami Selçuk, *Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye Ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 48-49.

işlenmesiyle hukuki menfaatleri ihlal edilenler, suçtan zarar gören sıfatını haizdirler.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için failin görevin gereklerine aykırı hareket etmesi ya da görevin gereklerini ihmal etmesi lazımdır. Ancak “görevin” kapsamının sınırları açık bir şekilde belirlenmemesi halinde “görev” kavramı sınırları belirsiz bir hale gelip adeta açık ceza normuna dönüşmektedir. Bu kapsamda salt kurumun iç işleyişiyle ilgili düzenlemeler “görev” kapsamında mütalaa edilmemelidir.

İcrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için failin yapmaması gerekeni yapması veya yapması gerekeni yapmaması ve bunun neticesinde kamu zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız kazançta sebep olunması gerekmektedir. Kamu zararından maddi zararın anlaşılması uygun olsa da kişilerin mağduriyeti geniş yorumlanmalı ve manevi zararlar da bu kapsamda mütalaa edilmelidir. Zarar unsuru, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil suçun neticesi olarak değerlendirilmelidir.

İhmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun sübutu için failin yapması gerekeni hiçbir şekilde yapmaması veya geç yapması ve bunun neticesinde kanunda sayılan zarar unsurlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Gecikmeden söz edebilmek için, işin mevzuat gereğince belirlenen süreden sonra yapılması; böyle bir süre belirlenmemişse o işin yapılması için somut olay özelinde belirlenen makul sürenin geçmesinden sonra yapılması yeterlidir.

Görevi kötüye kullanma suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Failin kastının suçun neticesini de kapsamı gerekmektedir. Suçun maddi unsurları ya da faillik sıfatında esaslı hataya düşen failin bu hatasından yararlandırılması uygun olacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişli bir suçtur. Zarar unsuru gerçekleşene kadar bu suça teşebbüs mümkündür. Faillik sıfatını taşımayan şeriklerin suça azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmeleri mümkündür. Tek bir fiille görevi kötüye kullanma suçu ile başka bir suça vücut verilmesi durumunda, görevi kötüye kullanma suçu ile diğer suç arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Fail hakkında mahkumiyet hükmüne ek olarak güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi de mümkündür. Ancak kanun yolları aşamasında cezayı ağırlaştırma yasağının güvenlik tedbirleri bakımından da tam olarak uygulanması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akhtar, Zia. "Misfeasance, Criminal Negligence, and Official Liability." *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 55, sy. 3 (2020): 533-556.
- Aronson, Mark. "Misfeasance In Public Office: A Very Peculiar Tort." *Melbourne University Law Review* 35, (2011): 1-51.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. *5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Drummond, Clayton B. ve Mai Naito Mills. "Adressing Official Misconduct: Increasing Accountability in Reducing Wrongful Convictions." *Wrongful Conviction Law Review* 1, sy. 3 (2020): 270-290.
- Eрман, Sahir. "Ceza Takibat ve Tatbikatında Memur." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi* 2, sy.3, (1947): 235-276.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 sayılı TCK m. 247-266)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Güngör, Devrim. *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar (Millete ve Devlete Karşı Suçlar)*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2016.
- Kara, Seyfettin. "İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi Ve İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk." *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi* 15, sy. 1 (Mayıs 2012): 211-31.
- Katoğlu, Tuğrul. "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, sy. 2 (Haziran 2012): 657-693.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Lusty, David. "Revival of the Common Law Offence of Misconduct in Public Office." *Criminal Law Journal* 38, sy. 6 (2014): 337-363.
- Mok, Wynne, Valerie Fung ve Catherine Leung. "Hong Kong: Revisiting the Offence of Misconduct in Public Office." *In Business Ethics and AntiCorruption:Asia Pacific Insights, Norton Rose Fulbright*, sy. 8 (Ocak 2016): 14-16.
- Okuyucu Ergün, Güneş. "Görevi Kötüye Kullanma Suçu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy.82, (2009): 1-31.
- Okuyucu Ergün, Güneş. *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*. Ankara: Çakmak Yayınevi. 2008.

- Önok, Rifat Murat. “Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu.” Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2005.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Özgenç, İzzet ve Cumhuriyet Şahin. “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, sy. 2 (Haziran 2002).
- Selçuk, Sami. *Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırılmama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye Ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Teke, Mehmet Nuri. “Yargıtay Uygulaması Işığında Görevi İhmal Suçunda Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu (YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021).” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Karar İncelemeleri Dergisi* 1, sy.1-2 Haziran-Aralık 2022 (Şubat 2023): 305-322.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- Ünal, Osman Gazi, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, E.2021/43, K.2021/287 Sayılı Ve 17.06.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi: Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Görülmesi Meselesi Üzerine Bir İnceleme.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karar İncelemeleri Dergisi* 1, sy.1-2 Haziran-Aralık 2022 (Şubat 2023): 63-100.
- Üzülmez, İlhan. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257).” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, sy. 1 (Ocak 2012): 191-216.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Yokuş Sevik, Handan. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257).” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, sy. 39 (Aralık 2018): 257-316.
- Zafer, Hamide. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257).” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, sy.2, (Aralık 2019): 1557-1587.

**DEVLETLERİN ULUSLARARASI
ANTLAŞMALARDA KAYNAKLANAN
YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER
ANTLAŞMASI'NIN ÜSTÜNLÜK KOŞULU
BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Evaluation of States' Obligations Arising from International
Treaties in the Context of the Supremacy Clause of the United
Nations Charter*

Gonca ÜNAL*

ÖZ

Uluslararası hukukta yorum özellikle de mesele uluslararası bir nitelik kazandığı ve tek tek bireyleri değil de devletleri ilgilendirdiği için diğer hukuki gayretlerden daha önemli olarak addedilebilir. Uluslararası antlaşma maddelerinin muhteviyatının, kastedilen anlama uygun bir şekilde değerlendirilerek açığa kavuşturulmasının kıymeti, uluslararası hukuk literatürünün büyük oranda Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın nasıl yorumlanması gerektiği konusunda çıkan tartışmalardan mühlhem olduğu gerçeğinden de anlaşılabilir. Nitekim özünde bir uluslararası antlaşma olan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 16. bölümünde "Çeşitli Hükümler" başlığı altında yer alan 103. madde hala tartışmalı bir içeriğe sahiptir. Madde metni Birleşmiş Milletler üyelerinin, Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin, taraf oldukları diğer bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerle çatışması halini düzenlemektedir ve çatışma durumunda nihayetinde Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan yükümlülüklerin daha üstün olduğunu ifade etmektedir.

Makalenin Geliş Tarihi: 15.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.10.2024.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: gkurnaz@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6228-9098.

Antlaşmanın önemi ve yeganeliği göz önüne alındığında 103. madde metninin, antlaşmalar ihtilafına atıfta bulunan kısa bir hukuki paragraftan ibaret olmadığı anlaşılacaktır. 103. madde dahilinde uluslararası hukukun şekli kaynakları ile kurulacak hiyerarşik ilişkiler hakkındaki mülahazalar bağlamında, bu çalışma Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan sorumluluklar ile Birleşmiş Milletler üye devletlerinin taraf olduğu diğer uluslararası antlaşmalardan doğan sorumlulukları arasındaki ilişkiyi merkezine almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukukun şekli kaynakları, Birleşmiş Milletler Antlaşması, üstünlük koşulu, antlaşmalar ihtilafı, uluslararası yükümlülük.

ABSTRACT

Interpretation in international law may be considered more important than any other legal endeavor, especially since the matter has international character and concerns States rather than individuals. The importance of interpreting international treaties as intended is evident, given that discussions on understanding the UN Charter heavily influence international law literature. Indeed, Article 103 of the Charter, which is essentially an international treaty, under the heading “*Miscellaneous Provisions*” in Chapter 16, still has a controversial content. The text of the article regulates the conflict of obligations of the members of the United Nations arising from the Charter with obligations arising from another international treaty to which they are a party, and states that in the event of a conflict, the obligations arising from the Charter ultimately prevail.

Given its importance and uniqueness, the text of Article 103 is more than a short legal paragraph referring to the treaty conflicts. Under Article 103's considerations on the possible hierarchical relationship with the formal sources of international law, this study focuses on the relationship between the obligations arising from the Charter and the obligations arising from other international treaties to which the member states of the United Nations are parties.

Keywords: Sources of international law, United Nations Charter, supremacy clause, conflict of treaties, international obligation.

I. GİRİŞ

Devletler, taraf oldukları uluslararası antlaşmalar dolayısıyla birtakım yükümlülükler üstlenir. Yerine getirilmesi gereken bu yükümlülükler arasında bir üstünlük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilirken, ulusal hukuktaki normlar hiyerarşisine benzer² kuvvette bir enstrüman beklemek doğru değildir ancak Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın³ Çeşitli Hükümler başlığı altında düzenlenen 103. madde açıkça bir üstünlük hali düzenlemektedir⁴. İlgili maddeye göre “*Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir.*”⁵

Bugün, uluslararası hukukun şekli kaynakları teorisinde durduğu nokta açısından, Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. maddenin sıradan bir çatışma kuralı olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Zira diğer çok taraflı antlaşmaların aksine evrensel hukuk düzeninin sürdürülmesinde hayati önem arz eden ve neredeyse uluslararası toplumun tamamının taraf olduğu bu antlaşmadaki üstünlük koşulu, diğer bütün uluslararası antlaşmalardan üstün olmak anlamına gelmektedir⁶. Temel amacı, Antlaşma uyarınca üstlenilen yükümlülüklerle diğer antlaşma taahhütlerine göre öncelik tanıyarak Birleşmiş Milletler eylemlerinin barışın korunmasındaki etkinliğini güvence altına almak olan bu hüküm, anlamının kökeninden yorumlanmasına kadar uzanan birtakım belirsizliklerle doludur⁷.

Madde metninde üzerinde durulması gereken üç mesele vardır: Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan yükümlülükler ile ne kastedildiği, Birleşmiş Milletler üyelerinin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların neleri kapsadığı ve

² Uluslararası hukukun şekli kaynakları arasında bir hiyerarşinin mevcudiyetinden bahisle, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın uluslararası topluluğun anayasası olduğunun kabul eden görüşler de mevcuttur. Bardo Fassbender, “The United Nations Charter As Constitution of the International Community,” *Columbia Journal of Transnational Law* 36, No. 3 (1998): 594.

³ Charter of the United Nations (signed 26.06.1945, entered into force 24.10.1945) 1 UNTS XVI.

⁴ Jan Klabbbers, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 60.

⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Resmî Gazetede yayınlanmış metni için bkz. RG, 24.08.1945, S. 6092, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf>, Erişim Tarihi: 23.01.2023.

⁶ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap (13. Bası)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 226.

⁷ Robert Kolb, “Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?” *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 64, No. 1 (2004): 21.

çatışma halinde devreye girecek olan üstünlük koşulu⁸. Devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken taraf olduğu diğer antlaşmalardan kaynaklanan sorumluluklarının ve dolayısıyla da antlaşmaları ihlal edip etmeyeceği meselesinin bu parametreler üzerinden değerlendirilmesi elzemdir.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER AÇISINDAN 103. MADDENİN MAHİYETİ

A. Tarihsel Arka Planı

Birleşmiş Milletler Antlaşması'na ilişkin Hazırlık Komisyonu raporunda 103. maddede yer alan üstünlük koşulunun düzenleme süreci ile ilgili kısım diğer maddeler kadar tartışmalı bir biçimde ele alınmamıştır⁹. Antlaşmanın 2. maddesinin 2. fıkrasının zaten üstlenilen yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi şeklinde bir ödev öngörmesinden bahisle 103. maddenin gereksiz bir düzenleme olduğuna dair çeşitli vurgular yapılmıştır¹⁰. Ancak üstünlük koşulu Birleşmiş Milletler sisteminden önce de var olan bir uygulamadır ve benzer bir hüküm Milletler Cemiyeti Misakı'nda da yer almıştır. Misakın 20. maddesinde üstünlük koşulu şu şekilde düzenlenmiştir: “1. Cemiyet üyeleri, işbu Misakın, Misak hükümleriyle bağdaşmayan, aralarındaki bütün yükümlülükleri ya da antlaşmaları sona erdirdiğini, her biri kendi bakımından kabul ederler ve gelecekte bu çeşit hiçbir bağitlanmaya girmemeyi resmen yükümlenirler. 2. Üye Devletlerden biri, Cemiyete üye oluşundan önce, Misak hükümleriyle bağdaşmaz yükümlülükler altına girmişse, bu yükümlülüklerden kurtulmak için hemen gerekli önlemleri almak zorundadır.”¹¹

⁸ “Üstünlük koşulu” olarak Türkçeleştirdiğimiz “supremacy clause” kavramı uluslararası hukuk literatüründe “üstünlük klozu” olarak da yer almaktadır.

⁹ Report of the Preparatory Commission of the United Nations (1945-1946: San Francisco and London) (23.12.1945). <https://digitallibrary.un.org/record/519440?v=pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2024.

¹⁰ Rudolf Bernhardt, “Article 103,” içinde *The Charter of the United Nations – A Commentary* Vol. II (2nd ed.), ed. Bruno Simma (Oxford: Oxford University Press, 2002), 1293.

¹¹ Maddenin orijinal metni için bkz. “*The Members of the League severally agree that this Covenant is accepted as abrogating all obligations or understandings inter se which are inconsistent with the terms thereof, and solemnly undertake that they will not hereafter enter into any engagements inconsistent with the terms thereof.*

In case any Member of the League shall, before becoming a Member of the League, have undertaken any obligations inconsistent with the terms of this Covenant, it shall be the duty of such Member to take immediate steps to procure its release from such obligations.” The Covenant of League of Nations (signed 28.06.1919, entered into force 10.01.1920).

Misakın 20. maddesinde benimsenen düzenlemenin açıkça bozucu bir fonksiyonu bulunmaktadır. Misak hükümleri ile bağdaşmayan mevcut yükümlülükler ya da üyelerin taraf olduğu diğer antlaşmalardan kaynaklanan sorumluluk sona ererken, üyeler Misak hükümleri ile bağdaşmayan uluslararası antlaşmalara taraf olmamayı da üstlenmiştir. Aynı şekilde Milletler Cemiyetine üye olmadan önce taraf olunan uluslararası antlaşmalar ile Misak arasındaki herhangi bir çatışma halinde üye devletler diğer uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerinden bir an önce kurtulmakla mükelleftir¹².

Milletler Cemiyetinden Birleşmiş Milletlere geçiş sürecinde, bu düzenleme, üye devletlerin diğer uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri üzerindeki bozucu etkiden ziyade¹³ Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülükleri merkeze alacak şekilde değiştirilmiştir. Bunun dışında Misakın aksine 103. madde Birleşmiş Milletler Antlaşması hükümlerinin önceliğini üyelerin gelecekteki anlaşmalarının yanı sıra Birleşmiş Milletler üyesi olmayan ülkelerle yaptıkları anlaşmalara üzerinde de genişletmektedir¹⁴.

Birleşmiş Milletler sistemi içerisinde, Örgüt organlarının uygulamalarında 103. maddeye hangi referansla veya hangi koşullarda başvurulduğu konusu Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan ve üstün gelecek olan yükümlülüklerin mahiyeti konusunda aydınlatıcı olabilir. Nitekim Birleşmiş Milletler de antlaşma maddelerinin her birine özgülediği, Örgütün kuruluş yılından bugüne belirli aralıklarla düzenlediği ve de Birleşmiş Milletler organlarının antlaşma maddelerine hangi bağlamlarda referansta bulunduğunu gösteren raporlardan oluşan bir koleksiyona sahiptir¹⁵.

¹² 20. madde ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hersch Lauterpacht, "The Covenant as the Higher Law," *British Yearbook of International Law* 17 (1936): 54-65.

¹³ Leland M. Goodrich ve Edvard Isak Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, (Boston: World Peace Foundation, 1946), 281.

¹⁴ International Law Commission, "*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*," UN Doc. A/CN.L.682 (ILC Report on Fragmentation) (13.04.2006): 168, para. 330.

¹⁵ İşbu çalışmada gayriresmi çevirisi benimsenen "Birleşmiş Milletler Organlarının Uygulamaları Koleksiyonu" olarak Türkçeye aktarabileceğimiz bu raporlar serisine daha önce ulusal yazında atıfta bulunan bir kaynağa rastlanılmadığından, içeriği anlamsal olarak karşılayan "koleksiyon" ifadesine başvurulmaya devam edilecektir. *Repertory of Practice of United Nations Organs, Charter of United Nations*. <https://legal.un.org/repertory/art1.shtml>, Erişim Tarihi: 15.01.2024.

B. Birleşmiş Milletler Organlarının 103. Maddeye İlişkin Uygulamaları

Birleşmiş Milletler organlarının uygulamalarında, Antlaşmanın 103. maddesine referansta buldukları durumlara ve atfettikleri işlemlere ilişkin 1945-2020 yılları arasında belirli aralıklarla düzenlenen on iki adet ek rapor ve Örgütün kuruluş yıllarını değerlendirmeye alan bir adet uygulama koleksiyonu mevcuttur¹⁶. İlgili raporlar kapsadıkları dönem içerisinde çeşitli Birleşmiş Milletler organlarının hangi saikle 103. madde uygulamasına başvurulduğunu göstermektedir. Esasında Birleşmiş Milletler Örgütünün kendisinin, 103. madde ile kastedilen Birleşmiş Milletler Antlaşması kaynaklı yükümlülüklerin uygulamaya ne şekilde sirayet edeceği konusundaki yorumlarından oluşan bir koleksiyon görevi de görmektedir.

Raporlardan anlaşılacağı üzere geçen zaman içerisinde Birleşmiş Milletler organlarının 103. madde bağlamındaki pratiği; kurulan uzmanlık örgütleri, Örgüt bünyesinde imzalanan uluslararası antlaşmalar, Güvenlik Konseyi kararları, bölgesel uluslararası örgütler ve bölgesel antlaşmalar, yatırım antlaşmaları, yüksek katımlı uluslararası insan hakları antlaşmaları, uluslararası antlaşmalar hukukunda yaşanan gelişmeler gibi çeşitli fenomenler dolayısıyla sık sık gündeme gelmiş ve zaman zaman tartışmalı atıflar da alarak güçlenmiştir.

Ek raporlarda değinilen bütün meseleleri bu başlık dahilinde incelemek güçtür. Ancak Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. madde ile üstünlük atfedilen yükümlülüklerin hem doğrudan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın uygulamasından kaynaklanan yükümlülükleri hem de -çatışmalar çeşitlendikçe, oldukça dolaylı bir şekilde varlık sahasına sirayet edebilen yükümlülükleri kapsadığını Birleşmiş Milletlerin kuruluş yıllarındaki dinamiklerle birlikte anlamak adına koleksiyondan birkaç örneğe yer verilebilir.

Güvenlik Konseyinin halihazırda yürürlükte olmayan Uzmanlar Komitesi, 1946 yılının Kasım ayında İsviçre'nin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olması için gerekli koşulları değerlendirmiştir. Komite Güvenlik Konseyine sunduğu raporda "*Birleşmiş Milletler herhangi bir üye*

¹⁶ Repertory of Practice of United Nations Organs, Charter of United Nations, Chapter XVI-Miscellaneous Provisions, Article 103, Vol. V (1945-1954) and Supplements No. 1-12 (1954-2020). <https://legal.un.org/repertory/art103.shtml>, Erişim Tarihi: 25.02.2024

devletin Antlaşmanın 94. maddesi¹⁷ dahilindeki bütün yükümlülüklerinin kabulü” koşulu ile şu tavsiyelerde bulunmuştur: “Komitenin görüşüne göre, Birleşmiş Milletler üyesi bir devletin 94. madde altındaki yükümlülükleri, hükümleri 94. madde ile ilgili olduğu ölçüde, 25. ve 94. madde altında ortaya çıkan tamamlayıcı yükümlülükleri de içerir.

Birleşmiş Milletler üyesi olmayan ancak Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ne taraf olan devletler 94. madde bağlamında ‘Birleşmiş Milletler üyesi olarak tüm yükümlülükleri’ kabul ettiklerinde, 94. madde hükümleri ile ilgili olarak 25. ve 103. madde altındaki bu tamamlayıcı yükümlülükler tarafından da bağlı olurlar.” Rapor ve Komitenin tavsiyesi bir bütün olarak Güvenlik konseyi tarafından kabul edilmiştir¹⁸. Genel Kurul ise Güvenlik Konseyinin 91(1) sayılı kararı ile bu raporu ve Güvenlik Konseyinin tavsiyelerini kabul etmiştir¹⁹.

1955-1959 yılları için hazırlanan II numaralı Ek Raporda, maddeye şu durum sebebiyle atıfta bulunulmuştur. Uluslararası Adalet Divanının 28 Kasım 1958 tarihli Hollanda ve İsveç arasındaki 1902 tarihli Çocuk Vesayetine İlişkin Sözleşme’nin Uygulanmasına İlişkin Davadaki kararına ayrı bir görüş eklenmiştir. Bu görüşle Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. Maddesi 1(c) paragrafı uyarınca, ulusal kamu düzeni kavramının Divanın temel hukuk kaynağı olarak uygulaması gereken medeni uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine ayrılmaz bir şekilde bağlı olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, İsveç’in ulusal kamu düzeni, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 103. maddesi hükümleri uyarınca, İsveç ve Hollanda arasında çocukların vesayetini düzenleyen ilgili sözleşme hükümlerine üstün gelmiştir²⁰.

¹⁷ Birleşmiş Milletler Antlaşması 94. maddeye göre “1. Birleşmiş Milletlerin her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanının kararına uymayı yükümlenir. 2. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divanın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf Güvenlik Konseyine başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir”.

¹⁸ United Nations Security Council (UNSC) Resolution 91/1, U.N. Doc. S/RES/91 (30.03.1951). <https://digitallibrary.un.org/record/112064>, Erişim Tarihi: 02.03.2024.

¹⁹ Repertory, Vol. V (1945-1954), 315-316, para. 3.

²⁰ Bu bağlamda bir devletin kamu düzeni, uluslararası hukukun genel ilkeleri ile ilişkilendirildiğinden, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. Madde ise Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. Madde dolayısıyla üye devletlerin diğer uluslararası sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerinden üstün olduğundan, dolaylı olarak İsveç’in kamu düzeni, İsveç ve Hollanda arasında uluslararası imzalanan sözleşme hükümlerinden üstün kabul edilmiştir. Repertory, Supplement II, Vol. III (1955-1959): 507, para. 2.

C. Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan Kaynaklanan Yükümlülükler

1. Doğrudan Antlaşmadan Kaynaklanan Yükümlülükler

Uluslararası yükümlülük, uluslararası hukukun kaynaklarından doğan olumlu veya olumsuz edimler anlamına gelmektedir ve bahse konu olan kaynak bir uluslararası antlaşma ise, antlaşmanın tarafı olan uluslararası hukuk kişilerinin hak ve yükümlülükleri söz konusu olur. Dolayısıyla öncelikle, aynı zamanda bir uluslararası antlaşma olan Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan yükümlülüklerin neler olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda 103. maddenin lafzında geçen “...*işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler*” ifadesi doğrudan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın kendisinden kaynaklanan yükümlülüklerle atıfta bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin en açık örnekleri Birleşmiş Milletler Antlaşması 2. madde 3. fıkradan doğan uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi ve 2. madde 4. fıkroda düzenlenen kuvvet kullanmaktan imtina edilmesi şeklindeki yükümlülüklerdir.

Birleşmiş Milletlerin nihai amacının uluslararası barış ve güvenliğin tesisi olduğu düşünülürse, bu amaç uğruna Birleşmiş Milletler bünyesinde girişilen her faaliyet, üyeler nezdinde ve 103. madde bünyesinde yükümlülükler doğurabilmektedir. Ancak bunlar dışında Birleşmiş Milletler her uluslararası örgüt gibi organları vasıtasıyla hareket etmektedir ve bu organlarca öngörülen bağlayıcı kararlar çeşitli yükümlülükler doğurmaktadır²¹. Söz gelimi 25. maddede düzenlenen “...*işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyinin kararlarını kabul etmek ve uygulamak*” ve yine 94. maddede yer alan “*Birleşmiş Milletlerin her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanının kararına uymayı yükümlenir*” ifadeleri üye devletlere 103. madde ile ilişkilendirilebilecek çeşitli yükümlülükler yüklemektedir²².

Uluslararası yazında 103. maddenin muhteviyatının yalnızca bağlayıcı kararlara indirgenmesi veya yetkilendirmeleri ya da tavsiyeleri kapsamı şeklinde bir görüş ayrılığı bulunmaktadır²³. Bu tartışmada maddeyi nispeten daha dar yorumlayan görüşler tarafından maddenin lafzında geçen

²¹ Sophocles Kitharidis, “The Power of Article 103 of the UN Charter on Treaty Obligations,” *Journal of International Peacekeeping* 20, No. 1-2 (2016): 115.

²² Bernhardt, 1295-1296.

²³ Kolb, 24.

“yükümlülükler” ifadesinin, tavsiyeler veya diğer zorunlu olmayan eylemler hariç olmak üzere bağlayıcı normlarla sınırlı olan açık ve net bir anlamı olduğu iddia edilmektedir²⁴. Ancak özellikle Soğuk Savaş döneminde veto yetkisinin gereksiz kullanımı Güvenlik Konseyinin karar alma mekanizmasını işlevsiz hale getirmiştir. Bu sebeple Genel Kurulun 377(V) sayılı ünlü “Barış İçin Birlik” kararında, üye devletlere güç kullanımı da dahil olmak üzere gerekli diğer araçların kullanılmasını tavsiye etme veya üye devletleri bu araçların kullanımını konusunda yetkilendirme yöntemine başvurulmuştur²⁵.

Gelinen noktada Robert Kolb Birleşmiş Milletlerin VII. bölüm alanında, aksi takdirde engellenebilecek olan etkin eyleminin öncelikli gerekliliği dolayısıyla yetkilendirmeleri ve tavsiyeleri 103. madde kapsamında değerlendirmiştir²⁶. Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 2. maddesinin 2. fıkrası dolayısıyla üye devletlerin Örgüt kararlarını iyi niyetle dikkate alma yükümlülüğünün bulunması ve Antlaşmanın doğasında bulunan iş birliği ilkesi de yetkilendirme ve tavsiyelerin 103. madde kapsamında kabul edilmesinde başvuru argümanlardır²⁷. Koskenniemi Uluslararası Hukuk Komisyonunun parçalanma (fragmentasyon) raporunda, Bernhardt ise Birleşmiş Milletler Antlaşması’na ilişkin yorumunda bağlayıcı olmayan kararların 103. Madde bağlamında değerlendirilemeyeceğini açık bir biçimde belirtmiştir²⁸.

2. Güvenlik Konseyi Kararları

Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın işleyişine ilişkin olanlar dışında 103. madde kapsamındaki yükümlülüklerin büyük bir kısmı Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlardan kaynaklanmaktadır²⁹. Dolayısıyla Güvenlik Konseyinin, elbette Birleşmiş Milletlerin amaç ve hedefleriyle uyumlu olan³⁰,

²⁴ Bernhardt, 1296.

²⁵ United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 377(V), Uniting for Peace, 5th Sess., U.N. Doc. A/RES/377(V) (03.11.1950). [https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf), Erişim Tarihi: 11.04.2024.

²⁶ Kolb, 34.

²⁷ Benedetto Conforti, *The Law and Practice of the United Nations* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 292-293

²⁸ International Law Commission, 169, para. 331; Bernhardt, 1296.

²⁹ Stefan Talmon, “The Security Council as World Legislature,” *American Journal of International Law* 99, No. 1 (2005): 185.

³⁰ Alexander Orakhelashvili, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions,” *The European Journal of International Law* 16, No.1 (2005): 69.

kararlarında öngörülen yükümlülükler üye devletlerin taraf oldukları diğer antlaşmalardan doğan yükümlülüklerden üstün olarak değerlendirilebilmektedir. Konsey kararları ile ilgili olarak kimi yazarlar 103. maddedeki öncelik kuralının kapsamını Örgüt organlarının, yani söz gelimi Güvenlik Konseyinin VII. bölüm eylemleri alanındaki “kararları” ile sınırlandırırken, diğerleri bunun kapsamını herhangi bir antlaşmanın Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın esas hükümlerine uygunluğunun soyut kontrolüne kadar genişletmektedir³¹.

Nitekim 103. maddeye yani üstünlük koşuluna başvurulmuş uluslararası davalarda çoğunlukla bir Güvenlik Konseyi kararından ve başka bir uluslararası antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin çatışması söz konusu olmuştur. Söz gelimi Lockerbie davasında suçluların iadesi hakkında çıkartılan 1992 tarihli 748 sayılı Güvenlik Konseyi kararı³², üye devletin 1971 tarihli Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal Antlaşması’ndan³³ doğan yükümlülüklerine galebe çalmıştır³⁴.

Dava temel olarak Libya’nın İskoçya kasabası Lockerbie üzerinde patlatılan uçağın sorumluları olarak suçlanan iki vatandaşını iade etme meselesinden kaynaklanmaktadır³⁵. Zira Libya, tarafı olduğu 1971 Montreal Antlaşması’ndan hareketle, suçluları sadece kendi iç hukukuna göre yargılamaması durumunda iade edebileceği ibaresine dayanarak, suçluların iadesi konusunda çok istekli davranmamıştır. Güvenlik Konseyi ise 1992 yılında almış olduğu 731 sayılı kararında Libya’nın iade işlemini gerçekleştirmesini talep etmiştir³⁶.

Neticede Uluslararası Adalet Divanı; Libya, Montreal Antlaşması dâhilinde hangi kararı alırsa alsın, Güvenlik Konseyi kararından kaynaklanan

³¹ Kolb, 22.

³² United Nations Security Council (UNSC) Resolution 748, U.N. Doc. S/RES/748 (31.03.1992). http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/748 (1992), Erişim Tarihi: 23.01.2023.

³³ Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (signed 23.09.1971, entered into force 26.01.1973) 974 UNTS 178.

³⁴ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/88/088-19980227-JUD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 12.04.2024.

³⁵ Ayşe Nur Tütüncü, *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)* (İstanbul: Beta Yayınları, 2008), 229.

³⁶ United Nations Security Council (UNSC) Resolution 731, U.N. Doc. S/RES/731 (21.01.1992). <https://digitallibrary.un.org/record/135677?v=pdf>, Erişim Tarihi: 23.01.2023.

yükümlülüklerin öncelikli olduğu kararına varmıştır³⁷. Özellikle Birleşmiş Milletler Antlaşması 25. maddeyi işaret eden Divan, Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin 103. madde kapsamına girdiğini ve üye devletlerin, Montreal Antlaşması da dâhil olmak üzere, taraf olduğu diğer uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerinden üstün olduğunu ifade etmiştir³⁸.

Güvenlik Konseyinin takdir yetkisi oldukça geniştir ancak Konseyin güçleri Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yer alan kurallar ve Örgütün temel amaç ve hedefleri tarafından sınırlandırılmıştır. Doğal olarak, Güvenlik Konseyi kararları, Lockerbie davasında olduğu gibi, ancak ve ancak Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın amaç ve ilkeleri ile uyumlu ise 103. madde nezdinde bir anlam ifade edecektir ve yetkiyi aşan kararlar 103. madde kapsamına girebilecek herhangi bir yükümlülüğe vücut vermeyecektir³⁹. Ayrıca Güvenlik Konseyinin tüm kararlarının üyelerin üzerinde bir yükümlülük doğurmadığını ve Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VI. ve VII. bölüm kapsamının dışında alınan kararların çoğunlukla bağlayıcı niteliği bulunmayan tavsiyeler içerdiğini tam da burada belirtmek gerekmektedir⁴⁰.

Güvenlik Konseyi kararlarının üstünlük doğurduğu alanların sınırlı yorumlanması mecburiyeti dışında kararlardan doğan yükümlülüklerle ilgili başka bir tartışma daha söz konusudur. Konsey kararları, 2004 tarihli 1546 sayılı kararda⁴¹ da görüldüğü üzere, sıklıkla müstakil kararlar değildir ve mevzu bahis kararların diğer Birleşmiş Milletler belgeleri ile iş birliği içerisinde yürütülmesi gerekmektedir. Bu neviden iş birlikleri Birleşmiş Milletler sisteminde yeterince yaygın olarak benimsenen hukuki teknikler olduğundan 103. madde açısından bir sorun teşkil etmezler. Lakin kararların yorumlanması bazı sorunlara yol açabilmektedir. Söz gelimi Güvenlik Konseyince kullanılan “*gereken tüm*

³⁷ Tütüncü, 233.

³⁸ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, para. 50. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/88/088-19980227-JUD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 12.04.2024.

³⁹ Rain Liivoja, “The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter,” *International and Comparative Law Quarterly* 57, No. 3, (2008): 586.

⁴⁰ Michael C. Wood, “The Interpretation of Security Council Resolutions,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2, No. 1 (1998): 86.

⁴¹ United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1546, The situation between Iraq and Kuwait, U.N. Doc. S/RES/1546 (08.08.2004). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/381/16/PDF/N0438116.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 23.01.2023.

önlemler”⁴² şeklindeki örtmece tabir, kuvvet kullanılmasına verilen izni de işaret edebileceğinden, Konseyin esasında nasıl bir yetki verdiğini kavramak bazen zorlayıcı bir hal alabilmektedir⁴³. Bir anlığına bu ifadenin *mot à mot* anlamının kuvvet kullanımına başvurabilme yetkisini kastettiğini farz ettiğimizde, yorum meselesinin ciddiyeti daha rahat anlaşılabilir⁴⁴.

III. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR BAKIMINDAN 103. MADDENİN MAHİYETİ

A. Uluslararası Antlaşma Teriminin Kapsamı

Birleşmiş Milletler Antlaşması’ndan doğan yükümlülüklerin niteliğinin ve içeriğinin ne olduğu meselesinin ardından, Birleşmiş Milletlere üye devletlerin diğer antlaşmalardan doğan yükümlülükleri ile neyin kastedildiğini de kavramak gerekmektedir⁴⁵. Madde metninin orijinalinde kullanılan “*international agreement*” kavramının bildiğimiz anlamda uluslararası antlaşma terimine denk düştüğünü söylemek mümkündür⁴⁶. Asıl mesele imzalanan uluslararası antlaşmaların Birleşmiş Milletler Sekreterliğine kaydedilmesi yükümlülüğünü düzenleyen Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 102. maddesinin orijinal metninde kullanılan “*every treaty and international*

⁴² “...the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability...” Bkz. United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1546, The situation between Iraq and Kuwait, U.N. Doc. S/RES/1546 (08.06.2004) para. 10. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/381/16/PDF/N0438116.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 23.01.2023.

⁴³ Güvenlik Konseyi kararlarındaki bu ifadelerin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda bkz. Ayşe Füsün Arsava, “BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 136 (Mayıs-Haziran 2018): 363.

⁴⁴ Liivoja, 589.

⁴⁵ Bu çalışma bağlamında değerlendirilmemekle birlikte esasında maddenin yasal gücünün sadece üye devletleri değil “uluslararası ve bölgesel kuruluşlar ... özel sözleşmeler, lisanslar ve izinleri” de kapsadığı görüşünü taşıyan çalışmalar da mevcuttur. Kushtrim Istrefi, “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights,” *European Journal of Legal Studies* 5, No. 2 (Winter 2012): 101.

⁴⁶ Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. maddenin orijinal metni için bkz.: “*In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.*”

agreement” ifadesinden kaynaklanmaktadır⁴⁷. Zira yalnızca maddenin lafzına bakıldığında “*treaty*” ve “*agreement*” kavramlarının birbirlerinden farklı olduğu şeklinde bir anlam çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın lafzının yorumlanması uluslararası hukuk literatüründe sayısız tartışmaya yol açtığından, birbirleri yerine kullanılan ifadelerin kasti bir biçimde kullanılmış olması ile gayriihtiyarî benimsenmiş olması arasında büyük fark söz konusudur. Antlaşmanın düzenlendiği dönemin gerçeklerinin de dikkate alınmak suretiyle yorumlanması gereken bu dilbilimsel fark, San Francisco Konferansı’nda Sovyet delege tarafından da dile getirilmiştir. “*Agreement*” kavramının teknik anlamda antlaşmalardan daha özgün enstrümanlara atıfta bulunmak için benimsenmiş olabileceği şeklindeki yorum, tabirin genel anlamda uluslararası antlaşmaları kastettiği şeklinde bir görüşle karşılık bulmuş ve bu görüşe konferansta yer alan hiçbir delege itiraz etmemiştir. Yani meselenin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın değerlendirilmesi esnasında açıklığa kavuştuğunu ve her iki kavramın da uluslararası antlaşma terimine referansta bulunduğunu söylemek mümkündür⁴⁸.

Ardından Uluslararası Adalet Divanında görülen Güneybatı Afrika davasında da bahse konu olan uluslararası antlaşma meselesi hâkim Philip C. Jessup tarafından şöyle değerlendirilmiştir: “...*bu maddeyi herhangi bir antlaşmayı, sözleşmeyi, uzlaşmayı veya başka bir çeşitteki uluslararası taahhüt veya üstleniş dışarıda bırakacak şekilde yorumlamak için ortada hiçbir sebep yoktur.*”⁴⁹ Hâkim Jessup’un da açık bir şekilde ifade ettiği gibi 103. madde uluslararası antlaşmanın herhangi bir formunu madde kapsamından hariç tutmamaktadır. Nitekim bizim dilimizde de uluslararası antlaşma kavramını ikame eden sözleşme, akit, uzlaşma, misak, şart, protokol, genel senet gibi

⁴⁷ Birleşmiş Milletler Antlaşması 102. maddenin orijinal metni için bkz. “*I. Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it.*”

⁴⁸ The United Nations Conference on International Organization (UNCIO), “Summary Report of Eighteenth Meeting of Coordination Committee” içinde *Documents of the United Nations Conference on International Organization San Francisco* (New York: United Nations Information Organization, 1945), 112.

⁴⁹ “...*appears to be no reason to interpret this Article as excluding any treaty, convention, accord, or other type of international engagement or undertaking.*” Bkz. *Southwest Africa (Ethiopia v South Africa, Liberia v South Africa)*, Judgment, Separate Opinion of Judge Jessup, I.C.J. Reports 1962, para. 407. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-03-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 12.04.2024.

birçok tabir bulunmaktadır⁵⁰. Divan daha sonra Nikaragua davasında da benzer tutumda bir neticeye varmış ve üye devletlerin taraf olduğu bütün bölgesel, evrensel, iki taraflı ya da çok taraflı düzenlemelerin daima 103. maddenin konusu kapsamına girdiğine vurgu yapmıştır⁵¹.

B. Bazı Uluslararası Antlaşmaların Durumu

Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. madde metninde üyelerin taraf olduğu diğer uluslararası antlaşmalardan nelerin kastedildiğinin kavranmasını takiben 103. maddenin istisnası sayılabilecek yani bir anlamda Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerin üzerinde üstünlük kuramayacağı yükümlülükler doğuran uluslararası antlaşmaların mevcut olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Zira her ne kadar Birleşmiş Milletler Antlaşması hayati önem arz eden bir uluslararası antlaşma olsa da Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş antlaşması olan Roma Statüsü ya da geniş katılımın sağlandığı uluslararası insan hakları sözleşmeleri de Birleşmiş Milletler Antlaşması kadar önemlidir. Son zamanlarda bazı uluslararası insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk antlaşmalarından doğan yükümlülüklerin öncelikli bir statüsü olduğu ve bu nedenle de 103. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği meselesi tartışılmıştır. Bu noktada üstünde ehemmiyetle durulması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin tartışmalar büyük oranda Al-Jedda davasından önce yürütülmüştür⁵². Al-Jedda davasında, Lordlar Kamarası, İngiliz-İrak çifte vatandaşlığına sahip Hilal Al-Jedda'nın önleyici bir tedbir olarak muayyen bir süreyle sınırlı olmaksızın Irak'ta, İngiliz Birlikleri tarafından gözaltına alınmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını karara bağlamıştır⁵³. Lordlar

⁵⁰ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 46-48.

⁵¹ "...all regional, bilateral, and even multilateral, arrangements that the Parties to this case may have made ...must be made always subject to the provisions of Article 103." Bkz. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v USA)*, Judgment, Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 1984, para. 107. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 12.04.2024

⁵² R. (Al-jedda) v. Secretary of State for Defence, Judgment of 12 August 2005, Case No. CO/3673/2005 (2005).

⁵³ Ayşe Füsün Arsava, "AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçevede Doğan Uluslararası Sorumluluk," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, No. 2 (2011): 12.

Kamarasının Güvenlik Konseyi kararları ile yapılan ülke yetkilendirmelerinin, 103. maddenin kapsamına girdiği görüşten yana taraf aldığı davanın konusu Güvenlik Konseyinin 2004 tarihli 1546 sayılı kararının hukuki etkileri ile ilgilidir. Bu karar Irak'ta operasyonda bulunan koalisyon güçlerine kararda belirtilen maddelerle uyumlu olarak, güvenliğin ve istikrarın sürdürülmesine katkıda bulunmak için gerekli bütün önlemleri alma hatta karar metnindeki muğlak ifadelerin yorumuyla gerektiğinde şüpheli isimleri gözaltına alma yetkisi vermiştir⁵⁴. Lord Thomas Bingham çoğunluğun görüşü olarak, uygulanan gözaltı önleminin İngiltere'ye tahmil edilmesinin gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵. Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yükümlülükleri ile Irak'ta güvenliğin teminine ilişkin Birleşmiş Milletler hukukundan doğan yükümlülüklerin bağdaştırılması, bu önlemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi garantisi çerçevesinde mütalâa edilmesi ile mümkün olmuştur. Lordlar Kamarası esasında 103. madde dolayısıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden üstün olması sebebiyle, 103. maddeyi işletime sokarak ilgili Güvenlik Konseyi kararının uygulanacağı görüşünü savunmuştur⁵⁶.

Al-Jedda davasında aynı zamanda 103. maddenin sadece Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerin diğer uluslararası anlaşmaların yükümlülükleriyle çatıştığı durumlarda uygulandığı ve insan hakları güvencelerinin kendileri de Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamındaki yükümlülükler olduğundan 103. maddenin bu bağlamda uygulanamayacağı öne sürülmüştür. Ancak Temyiz Mahkemesi Antlaşmadaki insan hakları hükümlerinin hemen uygulanabilir yükümlülükler yaratmadığına ve stratejik hedefler belirleme işine yaradığına karar vermiştir⁵⁷. Bu bakımdan uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin doğrudan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda mündemiç olduğu ifadesi daha iyi değerlendirilmelidir. Ayrıca, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi dahil olmak üzere birçok Birleşmiş Milletler organının özellikle de devletlerin terörizme yanıt verirken insan hakları yükümlülüklerini dikkate

⁵⁴ United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1546, UN. Doc. S/RES/1546 (08.06.2004). <https://digitallibrary.un.org/record/523025?v=pdf>, Erişim Tarihi: 11.04.2024.

⁵⁵ Heike Krieger, "After Al-Jedda: Detention, Derogation and an Enduring Dilemma," *Military Law & Law of the War Review* 50, No. 3-4 (2011): 425.

⁵⁶ House of Lords, *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence*, (2007) UKHL 58, para. 60.

⁵⁷ *Al-Jedda*, Court of Appeals, para. 77.

almaları gerektiğine dair çok sayıdaki beyan ve kararının Uluslararası Adalet Divanı tarafından göz ardı edildiği ifade edilmiştir⁵⁸.

IV. YÜKÜMLÜLÜKLERDEN KAYNAKLANAN ÇATIŞMALAR BAKIMINDAN 103. MADDENİN MAHİYETİ

A. Üstünlük Koşuluna Atıfta Bulunan Uluslararası Antlaşmalar

Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan yükümlülüklerin üye devletlerin taraf olduğu diğer antlaşmalardan doğan sorumlulardan üstün olduğu meselesi, diğer bazı uluslararası antlaşmalar tarafından da teyit edilmiştir. Böylece üye devletlerce taraf olunan bu antlaşmalar, bir bakıma tarafları nezdinde 103. madde bağlamında herhangi bir çatışmanın mümkün olmayacağını da garanti etmiştir.

1948 tarihli Amerikan Devletleri Örgütü Antlaşması 131. maddesi kapsamında bu antlaşmanın hiçbir hükmünün, üye devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamındaki hak ve yükümlülüklerine halel getirecek şekilde yorumlanamayacağı ibaresi yer almaktadır⁵⁹. Benzer şekilde Kuzey Atlantik Antlaşması'nın⁶⁰ 7. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: “Antlaşma, Birleşmiş Milletler üyesi olan Tarafların Birleşmiş Milletler Antlaşması uyarınca sahip oldukları hak ve yükümlülüklerini veya Güvenlik Konseyinin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması konusundaki temel sorumluluğunu herhangi bir şekilde etkilemez ve etkilediği şekilde yorumlanamaz”⁶¹. Yine Dünya Ticaret Örgütü ve Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması'nın çeşitli düzenlemelerinde Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın üstün gelen niteliğine işaret edilmiştir⁶².

⁵⁸ Christine Chinkin, “Jus Cogens, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution,” *Finnish Yearbook of International Law* 17 (2006): 77.

⁵⁹ Charter of the Organization of American States (signed 30.04.1948, entered into force 13.12.1951) 119 UNTS 3.

⁶⁰ North Atlantic Treaty (signed 04.04.1949, entered into force 24.08.1949) 34 UNTS 243.

⁶¹ Kuzey Atlantik Antlaşması Türkçe Metni. https://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=tr, Erişim Tarihi: 31.10.2023.

⁶² Multilateral Agreement on Trade in Goods (signed 15.04.1994, entered into force 01.01.1995) 1867 UNTS 187, art 21(c); General Agreement on Trade in Services (signed 15.04.1994, entered into force 01.01.1995), 1869 UNTS 183, art 14bis; Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights (signed 15.04.1994, entered into force 01.01.1995) 1869 UNTS 299, Art. 73(c). Akt. Liivoja, 605.

Birleşmiş Milletler Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge'ye de 103. madde birebir yansıtılmıştır⁶³. Devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması uyarınca üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirmeleri konusundaki yedinci ilke, 103. maddenin lafzından hareketle uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerin Birleşmiş Milletler üyelerinin Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan doğan yükümlülükleri ile çeliştiği durumlarda, Antlaşmadan doğan yükümlülüklerin geçerli olacağını teyit etmiştir⁶⁴.

B. Uluslararası Antlaşmalar Hukuku

1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁶⁵ bazı maddelerinde 103. maddenin öngördüğü üstünlük koşuluna bazı maddelerinde de doğrudan Birleşmiş Milletler Antlaşması bağlamında doğan sorumluluklara atıfta bulunmuştur⁶⁶. Sözleşme; öncelikle giriş kısmında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda vücut bulan milletlerarası hukuk ilkelerini hatırd tutmayı ve Antlaşmada belirtilen amaçları yani milletlerarası barış ve güvenliği muhafaza etme, milletler arasında dostane ilişkiler geliştirme ve iş birliğinin sağlanmasını ileriye götürmeyi birer yükümlülük olarak kabul etmiştir.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, uluslararası antlaşmaların düzenlenmesinde Birleşmiş Milletler Antlaşması ile kabul edilen ilkelere riayet edilmesini öngörmesinin dışında, 30. maddesinde doğrudan üstünlük koşuluna atıfta bulunmuştur⁶⁷. Aynı konuda birbirini takip eden uluslararası antlaşmaları düzenleyen 30. maddeye göre uluslararası antlaşmaların ihtilafında başvurulacak Viyana rejimlerinden, Birleşmiş Milletler

⁶³ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations: United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 2625(XXV), 25th. Sess., U.N. Doc. A/RES/2625(XXV) (24.10.1970). https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf, Erişim Tarihi: 31.10.2023.

⁶⁴ Michael C. Wood, "Detention During International Military Operations: Article 103 of the UN Charter and the Al-Jedda Case," *Military Law & Law of the War Review* 47, No. 1-2 (2008): 146.

⁶⁵ 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi olarak kısaltılacaktır.

⁶⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties (opened for signature 23.05.1969, entered into force 27.01.1980) 1155 UNTS 331.

⁶⁷ Klabbers, 60.

Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülükler hariç tutulmuş başka bir ifade ile Antlaşmanın istisnai niteliği mahfuz kılınmıştır⁶⁸.

1986 tarihli Devletler ve de Uluslararası Örgütler ya da Uluslararası Örgütler Arasındaki Antlaşmalar Hukuku Viyana Sözleşmesi⁶⁹ yine giriş kısmında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın temel prensiplerine riayet edilmesi gerekliliğini teyit etmiştir⁷⁰. 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'ne paralel şekilde aynı konuda birbirini takip eden uluslararası antlaşmaların uygulanmasına ilişkin 30. maddede devletlerin taraf olduğu antlaşmaların birbiri ile çatışması durumunda başvurulacak birtakım rejimler öngörürken 6. fıkrasında doğrudan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yer alan üstünlük koşuluna referansta bulunmuştur. Fıkraya göre Birleşmiş Milletler Antlaşması altındaki yükümlülükler ile bir antlaşmadan doğan yükümlülüklerin çatışması durumunda, Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın kendisinden kaynaklanan yükümlülüklerle diğer uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler arasında yaşanabilecek muhtemel bazı çatışmalar uluslararası antlaşmalar hukukuna özgü birtakım prensipler kullanılarak da bertaraf edilebilir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden evvel üye devletlerin taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerle, Antlaşmanın işletilmesinden doğan yükümlülükler arasında çatışma çıkması durumunda "*lex posterior derogat legi priori*" kuralına başvurmak gerekir⁷¹. Birleşmiş Milletler Antlaşması daha sonra düzenlendiği için önceki antlaşmadan doğan yükümlülükler San Francisco Konferansında da rıza verildiği üzere *ipso facto* yürürlükten kalkacaktır⁷².

Birleşmiş Milletler organlarının uygulamalarına ilişkin ek birinci raporun kapsadığı 1954-1955 yılları arasındaki periyotta Birleşmiş Milletler organları

⁶⁸ Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," American Journal of International Law 100, No. 2 (April 2006): 311.

⁶⁹ 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi olarak kısaltılacaktır.

⁷⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (opened for signature 21.03.1986, not in force) 25 ILM 543.

⁷¹ Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (London: Stevens & Sons Limited, 1951), 112.

⁷² The United Nations Conference on International Organization (UNCIO), "Summary Report of Sixth Meeting of Coordination Committee." içinde *Documents of the United Nations Conference on International Organization San Francisco* (New York: United Nations Information Organization, 1945), 602-603.

tarafından 103. maddeye yapılan başvurulardan biri de bu durumla ilişkilidir⁷³. Genel Kurulun dokuzuncu oturumunda⁷⁴ “*Kıbrıs Adası nüfusu ile ilgili olarak halkların eşit hakları ve kendi kaderlerini tayin ilkesinin Birleşmiş Milletler himayesinde uygulanması*” söz konusu olmuş ve temsilciler 103. maddeye bu bağlamla atıfta bulunmuştur⁷⁵. Diğer taraftan üye devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nı onaylayarak kendi kaderini tayin ilkesine riayet edeceği şeklindeki sözleşmeye dayalı yükümlülüğü üstlendikleri, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 1923 tarihli Lozan Antlaşması’ndan daha yeni tarihli bir antlaşma olduğu ve 103. madde uyarınca herhangi bir çatışma durumunda Birleşmiş Milletler Antlaşması maddelerinin üstünlük arz edeceği teyit edilmiştir.

C. Rastlantısal Uyuşmazlıklar

Esasa ilişkin uyumsuzlukların; Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın muahhar niteliği ve üye devletlerin, Antlaşmanın öngördüğü uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını amaçlayan rejimden çıkamayacağını garanti eden tabiatı sebebiyle imkânsız olduğu düşünüldüğünde rastlantısal bazı uyumsuzlukların varlığından söz edilir. Liivoja, öncelikle Güvenlik Konseyi kararlarının var olan ticari veya diplomatik antlaşmalarla çelişmesi gibi tesadüfi tutarsızlıklara işaret etmekte ve çok az devletin, Birleşmiş Milletler organlarının kararlarından kaynaklanan yaptırımların, söz gelimi bu kararlarla çatışan bir ticaret anlaşmasının hükümsüz ve geçersiz olmasına neden olduğunu kabul edeceğini savunmaktadır. Daha ziyade, Birleşmiş Milletler

⁷³ Repertory, Supplement I, Vol. II (1954-1955): 411, para. 1.

⁷⁴ United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 814(IX), 9th Sess., U.N. Doc. A/RES/814(IX) (17.12.1954).
<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/095/49/pdf/nr009549.pdf?token=SeVMkg9U01ydHNB0PG&fe=true>, Erişim Tarihi: 04.03.2024.

⁷⁵ Ayrıca 103. maddeye Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri’nin taslakları ile ilgili olarak da atıfta bulunulmuştur. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi taslağının beşinci maddesine “*Bu sözleşmedeki hiçbir hüküm Birleşmiş Milletler organlarının, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda belirtilen yetki ve işlevlerinden herhangi bir şekilde ödün verildiği şeklinde değerlendirilemez.*” şeklinde bir paragraf ekleme teklifinde bulunulmuştur. Ancak bu teklif maddenin kapsamı göz önünde bulundurularak gereksiz olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. United Nations General Assembly Official Records, “Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights”, Annexes, 10th. Sess., Agenda Item 28 (Part II), Document A/2929 (01.07.1955): 26. https://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/a-2929.pdf, Erişim Tarihi: 04.03.2024.

organlarının yaptırımları geçici bir eylem olarak görülmektedir ve bu nedenle kalıcı hukuki sonuçlar doğurmaları anlamsız olacaktır⁷⁶.

Nitekim Koskenniemi de Uluslararası Hukuk Komisyonunun uluslararası hukukun parçalanmasına ilişkin raporunda Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamındaki bir yükümlülük ile başka bir yükümlülük arasında çıkacak çatışmanın tamamen *ad hoc* bir şekilde ortaya çıkabileceğine işaret etmiştir. Burada *ad hoc*, plansız/rastlantısal anlamında kullanılmıştır. Rapora göre Lockerbie davasında yaşanan da budur zira antlaşma taslağını hazırlayanların böyle bir çatışma tasarlayacaklarını düşünmek anlamsız olacaktır. Teleolojik bir perspektiften bakıldığında 103. maddeye ilişkin daha iyi bir görüş benimsenebilir. 103. madde Birleşmiş Milletler Antlaşması yükümlülüklerinin etkili bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir araç olarak görülmeli, diğer antlaşma rejimlerini, çatışma ne kadar tesadüfi olursa olsun, ortadan kaldıran bir araç olarak yorumlanmamalıdır⁷⁷.

D. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Tadil Edilmesi

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın kısıtlı olsa da tadil edilmeye konu olabilecek alanları mevcuttur zira Antlaşmanın 108 ve 109. maddeleri doğrudan Antlaşmada yapılacak değişiklikler ve Antlaşmanın gözden geçirilmesi ile ilişkilidir. Bu durumda Antlaşmanın tadili büsbütün yasaklanmış değildir ancak bu yalnızca ilgili hükümlerde öngörülen sistematikte uyumlu bir biçimde yapılabilir. Bu süreç Güvenlik Konseyinin tüm daimî üyelerinin değişikliği onaylaması koşulunu da içermektedir. Birleşmiş Milletler üye devletlerinin aralarında yaptıkları diğer uluslararası antlaşmalar yoluyla yapılamaz⁷⁸.

Güvenlik Konseyindeki daimî üyeler arasındaki doğu-batı geriliminden kaynaklanan dinamizm, Antlaşmanın kendisi tarafından öngörülen tadil prosedürüne uymayı güçleştirdiğinden, geçmişte üyelerin uluslararası antlaşmaların değiştirilmesindeki genel kuralları benimsedikleri görülmüştür⁷⁹. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 39. maddesi antlaşmalarda yapılacak değişikliklerin, taraflar arasında yapılacak başka bir antlaşma ile mümkün olduğuna dair genel kuralı kodifiye etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı Namibya ile ilgili danışma görüşünde bu gayri

⁷⁶ Liivoja, 596, dipnot 4.

⁷⁷ International Law Commission, 171, para. 335.

⁷⁸ Kelsen, 112.

⁷⁹ Fassbender, 599.

resmî değişiklik sürecini onayladığını belirtmiştir⁸⁰. Divan, Güvenlik Konseyinin Birleşmiş Milletler üyeleri tarafından “*genel olarak kabul edilen*” kararları, daimî üyelere birinin yokluğuna rağmen kabul etme uygulamasını desteklemiştir. Antlaşma hukukunun genel ilkelerine dayanan bu gayri resmi değişiklik süreci, zorunlu olarak Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın bir uluslararası antlaşma olarak nitelendirilmesine dayanmaktadır⁸¹.

E. Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Taraf Olmayan Devletlerin Yükümlülükleri

Birleşmiş Milletler Antlaşması’na taraf olmayan devletlerin taraf oldukları diğer uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler ile Antlaşmadan doğan yükümlülüklerin çatışması durumu, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 26. maddesi yani “*Yürürlükteki her antlaşma ona taraf olanları bağlar*” ibaresi ile birlikte düşünülmelidir. Aynı zamanda uluslararası antlaşmalar hukukunun temel prensiplerinden biri de olan “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*” ilkesine rağmen uluslararası barış ve güvenliğin tayini meselesi ve Birleşmiş Milletler Antlaşması’na neredeyse bütün devletlerin taraf olduğu gerçeği, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nı istisnai kılmaktadır⁸².

Söz konusu özel tabiat, 2. maddenin 6. fıkrasında da açıkça belirtilmiştir: “*Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar.*” Yani Antlaşmanın kendisi zaten taraf olmayan devletleri iş birliğinde bulunmakla yükümlü hale getirmiştir⁸³. Elbette pratikte bu önermeyi doğrulamak zordur çünkü kuvvet kullanma yasağı gibi Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda yer alan ve taraf olmayan devletleri de bağlayabilecek temel ilkeler büyük oranda zaten uluslararası teamül hukuku kurallarının da bir parçasıdır ya da *jus cogens* kurallar sebebiyle bu kadar güçlüdür⁸⁴.

⁸⁰ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) Notwithstanding Security Resolution 276*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, para. 22. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 13.04.2024.

⁸¹ Constance Jean Schwindt, “Interpreting the United Nations Charter: From Treaty to World Constitution,” *University of California Davis Journal of International Law & Policy* 193, No. 6 (2000): 205.

⁸² Schwindt, 208.

⁸³ Fassbender, 584.

⁸⁴ Bernhardt, 1298.

Antlaşmaya taraf olmayan devletler bünyesinde doğan yükümlülükler konusu Güvenlik Konseyi kararları vasıtasıyla daha iyi test edilebilir niteliktedir. İsviçre, Birleşmiş Milletler Antlaşması'na taraf olmazdan evvel Güvenlik Konseyinin çeşitli kararlarından doğan yükümlülükleri yerine getirirken, diğer devletlere en az bir üye devlet kadar iştirak etmiştir. Nitekim Güvenlik Konseyi de bazı kararlarında “*tüm üye devletler*” ibaresi yerine “*tüm devletler*” ibaresini kullanmış, böylece üye olmayan devletleri de kararlarını uygulamaya çağırmıştır⁸⁵. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu Birleşmiş Milletlerin korumaya çalıştığı değerlerin hassasiyetinden kaynaklanmaktadır⁸⁶.

Üye olmayan devletler için Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın resmi olarak bağlayıcılık ifade etmemesi gerekliliği “*res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest/bir sözleşme sözleşmeye taraf olmayanları etkileyemez*” doktrini ile de açıklanabilir⁸⁷. Olayların normal seyrinde, üye devletler 103. maddeye dayanarak üye olmayan devletlere karşı antlaşma yükümlülüklerini yerine getirme yükümlülüğünden kendilerini kurtaramamalıdır. Koskenniemi'nin de ifade ettiği üzere güçlü bir doktriner görüş, en azından Birleşmiş Milletler üyeleri için, Antlaşma yükümlülüklerinin çatışan yükümlülükler üzerindeki mutlak önceliğini teyit etme eğilimindedir ve çatışmanın karşı tarafında Birleşmiş Milletler üyesi olmayan bir devletin bulunması önemsizdir⁸⁸.

V. DEVLETLERİN DİĞER ANTLAŞMALARDAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLAL ETMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

A. Kolektif Tedbirlerin İhdasında Uyumun Gözetilmesi

Birleşmiş Milletler organlarının 103. Maddeye ilişkin uygulamalarına dair koleksiyonuna göre, Genel Kurul tarafından 377(V) sayılı karar⁸⁹ ile kurulan Kolektif Tedbirler Komitesi, biri siyasi tedbirleri diğeri ekonomik ve

⁸⁵ United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1343(2001), U.N. Doc. S/RES/1343(2001) (07.03.2001), para. 22.

⁸⁶ Kelsen, 114.

⁸⁷ Lord Arnold McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 1961), 218.

⁸⁸ International Law Commission, 175, para. 343.

⁸⁹ United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 377(V), Uniting for Peace, 5th Sess., U.N. Doc. A/RES/377(V) (03.11.1950). [https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf), Erişim Tarihi: 11.04.2024.

mali tedbirleri değerlendirmek üzere iki alt komite oluşturmuştur. Her iki alt komitenin asıl Komiteye sunduğu raporda, Birleşmiş Milletler tarafından alınan kolektif tedbirlerin uygulanmasının devletlerin diğer hukuki yükümlülükleri üzerindeki etkisine ilişkin bölümlere yer verilmiştir. Siyasi Tedbirleri İnceleme Alt Komitesi raporunda, Birleşmiş Milletler organlarının tavsiyelerinin veya kararlarınının 103. madde kapsamındaki olası etkileri konusunun, yalnızca münferit meseleler için ve bu meselelere ilişkin koşullar ışığında ele alınabileceğini belirtmiştir. Ekonomik ve Mali Önlemleri İnceleme Alt Komitesinin raporunda, devletlerin Birleşmiş Milletlerce alınan kolektif tedbirleri yerine getirmelerinin bir sonucu olarak diğer uluslararası antlaşmalar kapsamında doğacak olan hukuki yükümlülüklere tabi olmamaları gerektiği yönünde bir ilkeden bahsedilmiştir⁹⁰.

Alt komitelerce sunulan raporların diğer uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerle ilişkin bölümlerin Kolektif Tedbirler Komitesi tarafından değerlendirilmesi esnasında, birbirinden nispeten farklı iki görüş dile getirilmiştir. Komitedeki bazı temsilciler, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen kolektif tedbirlerin üye devletlerce uygulanması sırasında, tarafı oldukları diğer uluslararası antlaşmalar dahilindeki hukuki yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle devletler nezdinde herhangi bir uluslararası sorumluluğun doğmaması gerektiğini savunmuşlardır. Diğer temsilciler ise ihlal dolayısıyla hukuki sorumluluğun mümkün olabileceğini ve Birleşmiş Milletlerin devletleri uluslararası antlaşmalar kapsamındaki hukuki yükümlülüklerini ihlal etmek zorunda bırakmamak için çaba göstermesi gerektiğini düşünmektedir. Yani Birleşmiş Milletler, üye devletlerinin diğer uluslararası antlaşmalardan doğan hukuki yükümlülüklerini gözeterek kararlar almalıdır⁹¹. Ekonomik ve Mali Tedbirler Alt Komitesi yine de Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin, zaman zaman, uygulanması devletlerin diğer uluslararası antlaşmalardan doğan hukuki yükümlülükleriyle bağdaşmayacak kararlar almasının kaçınılmaz olduğu görüşünü paylaştıklarını ifade etmiştir⁹².

Ekonomik ve Mali Tedbirler Alt Komitesinin raporunda geçen, bir bakıma temsilcilerce dile getirilen ikinci görüşü destekler nitelikteki prensibin şu şekilde yeniden ifade edilmesi tavsiye edilmiştir: *“Bu tür kolektif tedbirlerle ilgili olarak, bir üye devletin uluslararası barış ve güvenliği*

⁹⁰ Repertory, Vol. V (1945-1954): 316, para. 5.

⁹¹ Repertory, Vol. V (1945-1954): 316, para. 6.

⁹² Repertory, Vol. V (1945-1954): 317, para. 7.

yeniden tesis etmek amacıyla Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen kolektif bir tedbiri uygulamak için kendisini diğer hukuki yükümlülüklerini ihlal etmek zorunda bulmaması önemlidir.⁹³”

B. Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. Maddenin Bozucu Etkisi

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda düzenlenen üstünlük koşulu, Antlaşmanın doğurduğu yükümlülükler ile uyumsuz yükümlülükler öngören uluslararası antlaşmaları ya da antlaşma maddelerini doğrudan yok hükmünde sayacak şekilde yorumlanmamalıdır⁹⁴. Birleşmiş Milletler Antlaşması dahilinde düzenlenmiş olan *jus cogens* kurallarla uyumsuzluk arz eden herhangi bir uluslararası antlaşma söz konusu değilse otomatik bir hükümsüzlük ya da yok hükmünde kılma halinden bahsedilemez⁹⁵. Zira uluslararası antlaşmalar hukuku kurallarına göre *jus cogens* kuralların hilafında bir uluslararası antlaşmanın düzenlenememektedir. Bu bağlamın dışında, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın diğer uluslararası antlaşmalar üzerinde kendiliğinden bozucu veya askıya alıcı bir etkisi mevcut değildir⁹⁶.

Büyük çoğunluk 103. maddedeki düzenlemenin bir geçerlilik değil öncelik meselesiyle ilişkili olduğu konusunda hemfikirdir. Daha düşük güçteki kural 103. madde kapsamındaki yükümlülüklerle çeliştiği ölçüde yalnızca bir kenara bırakılır. Bu görüş aynı zamanda Uluslararası Hukuk Komisyonunca yapılan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesine ilişkin tartışmalarda da benimsenmiştir. 103. maddenin lafzı, Birleşmiş Milletler Antlaşması ile çelişen antlaşmaların geçersizliğini değil, Antlaşmanın önceliğini varsaydığını açıkça ortaya koymaktadır⁹⁷. Maddenin lafzında geçen “...üstün gelecektir” ifadesi de gramer açısından daha alt sıradaki hükmün otomatik olarak hükümsüz hale geleceği, hatta askıya alınacağı anlamına gelmemektedir⁹⁸. Madde kelimenin tam anlamıyla, bir

⁹³ Repertory, Vol. V (1945-1954): 317, para. 8.

⁹⁴ Kelsen, 116.

⁹⁵ Kelsen, 117.

⁹⁶ Bernhardt, 1293.

⁹⁷ Sir Humphrey Waldock, “Third Report on the Law Of the Treaties,” *Yearbook of the International Law Commission* 2 (07.07.1964): 36.

⁹⁸ Birleşmiş Milletlerce öngörülen yaptırım rejimlerinin bir sonucu olarak, üye devletlerin ticaret veya sivil havacılık antlaşmaları gibi antlaşmalarını ya da yaptırımın muhatabı devletle olan ve bu antlaşmalardan kaynaklanan ilişkilerini askıya almaları gerekebilir. Antlaşmanın 103. maddesi, üye devletlere bu antlaşma yükümlülüklerini yerine getirmekten muafiyet sağlamaktadır ancak çatışan bir yükümlülükten dolayı diğer antlaşma

çatışma durumunda, söz konusu üye devletin Antlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini ve Antlaşma kapsamındaki yükümlülüklerle uyumlu olduğu ölçüde diğer antlaşmalardan kaynaklanan görevlerini yerine getirmesi gerektiğini söylemektedir⁹⁹.

C. Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. Maddenin Meşrulaştırıcı Etkisi

Birleşmiş Milletler Antlaşması 103. maddenin, üye devletlerin diğer uluslararası antlaşmalardan doğan sorumluluklarını doğrudan ortadan kaldırmadığı düşünüldüğünde, devletler nezdinde taraf oldukları uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan sorumluluklarını ihlal etmelerinin hukuki sonuçlarından bahsetmek mümkün müdür? Ya da 103. maddenin devletlerin diğer yükümlülüklerini ihlal etmesini meşrulaştıran bir etkisi mevcut mudur?

Farklı görüşler ışığında Kolektif Tedbirler Komitesi, üzerinde mutabık kalınan bir metin hazırlamakla görevli olacak bir taslak metin hazırlama grubu oluşturmaya karar vermiştir¹⁰⁰. Görevlendirilen Taslak Grubunun asıl komiteye sunduğu üzerinde mutabık kalınan metinlerde, bir üye devletin uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden tesis edilmesi amacıyla Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul tarafından kararlaştırılan ya da tavsiye edilen tedbirleri kendi yetki alanında yerine getirmesi nedeni ile doğacak olan hukuki yükümlülüklerinin ne olacağı sorusu gündeme gelmiştir. Nitekim netice olarak Kolektif Tedbirler Komitesi, bir devletin bu tür tedbirleri alma hakkına sahip olduğu ve bu hakkın –Birleşmiş Milletler Antlaşması’na uygun olarak- devletin diğer uluslararası antlaşmalar kapsamındaki yükümlülüklerini ihmal etmesine karşı dayanak olarak kullanılabileceği sonucuna varmıştır¹⁰¹.

Bu sonuç komitedeki temsilcilerce bazı bakımlardan tartışılmış olsa da tartışma sonucunda, Ekonomik ve Mali Tedbirler Alt Komitesinin bu konudaki raporunda yer alan ifadeler¹⁰², Kolektif Tedbirler Komitesinin nihai

askıya alınmamakta, yükümlülüğün kendisi antlaşmanın askıya alınmasını emretmektedir. Bkz. Nigel D. White ve Ademola Abass, “Countermeasures and Sanctions,” içinde *International Law (Fourth Edition)*, ed. Malcolm D. Evans (Oxford: Oxford University Press, 2014), 556.

⁹⁹ International Law Commission, 170, para. 334.

¹⁰⁰ Repertory, Vol. V (1945-1954): 317, para. 9.

¹⁰¹ Repertory, Vol. V (1945-1954): 317, para. 10.

¹⁰² Repertory, Vol. V (1945-1954): 316, para. 5.

raporuna dahil edilmiştir¹⁰³. Kolektif Tedbirler Komitesinin raporunun V. bölümü, Komitenin varmış olduğu nihai değerlendirmeleri ortaya koymuş ve “*Genel Uygulamada Rehber İlkeler*” başlığı altında şu ifadeye yer vermiştir: “*Devletlerin, Birleşmiş Milletlerin kolektif önlemlerini yerine getirmelerinin bir sonucu olarak antlaşmalar veya diğer uluslararası sözleşmeler uyarınca hukuki yükümlülüklerle tabi tutulmamaları önem arz etmektedir.*” Kolektif Tedbirler Komitesinin bu raporu bir Genel Kurul kararı içerisinde de dahil edilmiştir¹⁰⁴.

Bunun dışında bir devletin, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 103. maddesi dolayısıyla diğer bir antlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi ve bu nedenle uluslararası bir yargılama veya tazminat ödeme durumuyla karşı karşıya kalıp kalmayacağına dair bir uluslararası mahkeme kararından bahsetmek zordur. Devletler genellikle Birleşmiş Milletler Antlaşması ve diğer uluslararası yükümlülükler arasında çıkan çatışmaları diplomatik yollarla veya uluslararası antlaşmaların öngördüğü çözüm mekanizmaları aracılığıyla çözmeye çalışmaktadır.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler Örgütünün uluslararası hukuk için ne anlam ifade ettiği meselesi Antlaşmanın 103. maddesinin niteliği hakkındaki değerlendirmelerde ve uluslararası hukukun hiyerarşik yapısına gösterilen yaklaşımlarda anahtar pozisyonundadır. Birleşmiş Milletlerin, kendi amaçları ve hedefleri ile paralel olarak uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülebilirliği ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi adına bir uluslararası kamu düzeni inşa ettiği gerçeği şüphesiz ki geniş bir uzlaşa sağlamaktadır¹⁰⁵. Bu noktada diğer antlaşma rejimlerinin ve uluslararası örgütlerin bu düzene riayet etmesi gerektiğini belirtenlerle birlikte 103. maddeyi yalnızca şekli bir düzenleme olarak değerlendirenler de bulunmaktadır.

¹⁰³ Repertory, Vol. V (1945-1954): 318, para. 12.

¹⁰⁴ United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 503/VI(A), Methods which might be used to maintain and strengthen international peace and security in accordance with the Purposes and Principles of the Charter, U.N. Doc. A/RES/503/IV(A) (12.02.1952). <https://digitallibrary.un.org/record/666206>, Erişim Tarihi: 02.03.2024.

¹⁰⁵ Erika de Wet, “Sources and the Hierarchy of International Law: The Place of Peremptory Norms and Article 103 of the UN Charter within the Sources of International Law,” içinde *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, ed. Samantha Besson ve Jean d’Aspremont (Oxford: Oxford University Press, 2018), 637.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 103. maddesi, üye devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması altındaki yükümlülüklerinin diğer herhangi bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden üstün olduğunu belirtir. Bahsedilen antlaşmaların; sözleşme, misak, statü ya da başka herhangi bir uluslararası yüklenme olarak isimlendirilmesi önemsizdir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerin neler olduğu nispeten tartışmalı olsa, üye devletlerin Birleşmiş Milletler cihetinden 103. maddeye ilişkin uygulaması oldukça açıktır ve bu yükümlülüklerini yerine getirmekten ibarettir. Bu, devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hükümleriyle çatışan diğer uluslararası yükümlülükleri göz ardı etme hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir. Yine de 103. madde uygulaması otomatik olarak devletleri diğer antlaşmalardan doğan sorumluluklardan muaf tutmamaktadır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması ile çatışan yükümlülüklerin ihmalinden kaynaklanacak sorumluluk ya da diğer taraf devletler veya ilgili uluslararası mekanizmalarca başvuru şikâyet ve itirazlar, söz konusu antlaşmaların metnine, ilgili uluslararası hukuk normlarına ve pratik uygulamalara bağlıdır. Söz gelimi bir devletin başka bir antlaşmadan doğan sorumluluğunu ihlal etmesi ve bu eylemini Birleşmiş Milletler Antlaşması'na dayanarak haklı göstermesi durumu, mağdur devlet veya devletler tarafından uluslararası tahkime veya başkaca bir uluslararası yargı mekanizmasına konu edilebilir ve mağdur devletler ihlalden doğan zararlarının giderilmesini talep edebilir.

Uygulamada, devletlerin 103. maddeye dayanarak eylemlerini meşrulaştırdığı ve bu eylemler sonucunda başka bir antlaşmayı ihlal ettiği için uluslararası sorumlulukla karşı karşıya kaldığı somut örnekler bulunmaktadır. Ancak bu tür durumlar genellikle diplomatik çözümlerle ele alındığı için, açık bir mahkeme kararıyla sonuçlanmış çok az sayıda örnek mevcuttur. Söz gelimi, Güvenlik Konseyi'nin yaptırımlarının, ikili ticaret anlaşmaları gibi diğer uluslararası yükümlülüklerle çatışması mümkündür. Bu durumlarda devletlerin sorumlulukları genellikle siyasi ve diplomatik arenada ele alınmakta, meseleler devletler arasında uzlaşma yoluyla veya politik mekanizmalarla çözülmekte ve mahkemelere sıkça taşınmamaktadır.

KAYNAKÇA

Arsava, Ayşe Füsün. "AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğ an Uluslararası Sorumluluk." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, No. 2 (2011): 1-25.

- Arsava, Ayşe Füsün. "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 136 (Mayıs-Haziran 2018): 359-394.
- Bernhardt, Rudolf. "Article 103." İçinde *The Charter of the United Nations – A Commentary* Vol. II (2nd ed.), Ed. Bruno Simma, 1290-1302. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Chinkin, Christine. "Jus Cogens, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution." *Finnish Yearbook of International Law* 17 (2006): 63-82
- Conforti, Benedetto. *The Law and Practice of the United Nations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Constance Jean Schwindt. "Interpreting the United Nations Charter: From Treaty to World Constitution." *University of California Davis Journal of International Law & Policy* 193, No. 6 (2000): 193-216.
- D. White, Nigel ve Ademola Abass. "Countermeasures and Sanctions." İçinde *International Law (Fourth Edition)*, Ed. Malcolm D. Evans, 537-562. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Fassbender, Bardo. "The United Nations Charter As Constitution of the International Community." *Columbia Journal of Transnational Law* 36, No. 3 (1998): 529-619.
- Goodrich, Leland M. ve Edvard Isak Hambro. *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*. Boston: World Peace Foundation, 1946.
- International Law Commission. "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi." UN Doc. A/CN.L.682 (ILC Report on Fragmentation) (13.04.2006).
- Istrefi, Kushtrim. "The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights." *European Journal of Legal Studies* 5, No. 2 (Winter 2012): 100-117.
- Kelsen, Hans. *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons Limited, 1951.
- Kitharidis, Sophocles. "The Power of Article 103 of the UN Charter on Treaty Obligations." *Journal of International Peacekeeping* 20, No. 1-2 (2016): 111-131.
- Klabbers, Jan. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Kolb, Robert. "Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply Only To Decisions or Also To Authorizations Adopted By the Security Council?" *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 64, No. 1 (2004): 21-35.

- Krieger, Heike. "After Al-Jedda: Detention, Derogation and an Enduring Dilemma." *Military Law & Law of the War Review* 50, No. 3-4 (2011): 419-446.
- Lauterpacht, Hersch. "The Covenant as the Higher Law." *British Yearbook of International Law* 17 (1936): 54-65.
- Liivoja, Rain. "The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter." *International and Comparative Law Quarterly* 57, No. 3 (2008): 583-612.
- McNair, Lord Arnold. *The Law of Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- Orakhelashvili, Alexander. "The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions." *The European Journal of International Law* 16, No.1 (2005): 59-88.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap (13. Bası)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law." *American Journal of International Law* 100, No. 2 (April 2006): 291-323.
- Talmon, Stefan. "The Security Council as World Legislature." *American Journal of International Law* 99, No. 1 (2005): 175-193.
- The United Nations Conference on International Organization (UNCIO). *Documents of the United Nations Conference on International Organization San Francisco*. New York: United Nations Information Organization, 1945.
- Tütüncü, Ayşe Nur. *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2008.
- Waldock, Sir Humphrey. "Third Report on the Law Of the Treaties." *Yearbook of the International Law Commission* 2 (07.07.1964).
- Wet, Erika de. "Sources and the Hierarchy of International Law: The Place of Peremptory Norms and Article 103 of the UN Charter within the Sources of International Law." İçinde *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Ed. Samantha Besson ve Jean d'Aspremont 626-641. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Wood, Michael C. "Detention During International Military Operations: Article 103 of the UN Charter and the Al-Jedda Case." *Military Law & Law of the War Review* 47, No. 1-2 (2008): 139-166.
- Wood, Michael C. "The Interpretation of Security Council Resolutions." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2, No. 1 (1998): 73-95.

CEZA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN “TRAMVAY PROBLEMİ”

“The Trolley Problem” from Criminal Law Perspective

Hasan İBA*

ÖZ

Çoğunluğun yaşama hakkı ile azınlığın yaşama hakkı arasındaki çatışmayı konu edinen *tramvay problemi*, deontolojik etiğin en ünlü düşünce deneylerinden birisi olup yaklaşık yarım yüzyıldır psikoloji, sinirbilim, etik ve hukuk gibi birçok farklı alanda üzerine çalışmalar yapılan önemli bir konudur.

Tramvay problemi, biri deskriptif (tanımlanabilir), diğeri normatif (değerlendirilebilir) nitelikte olan iki alt problemden oluşmaktadır. *Deskriptif problem*, çoğunluğun yaşama hakkı ile masum azınlığın yaşama hakkının çatıştığı aynı nitelikteki olaylarda neden farklı değer yargılarına sahip olduğumuza ilişkin iken *normatif problem*, çoğunluğun yaşaması için masum azınlığın yaşamını kaybetmesine neden olunmasına izin verilip verilemeyeceği, verilebilecekse bunun hangi koşullarda mümkün olduğu ile ilgilidir.

Yaşama hakkı, ceza hukukunun korumayı amaçladığı hukuki değerlerin başında gelmektedir; bu yüzden *tramvay problemine* konu ikilemlerde süjenin “*nasıl davranırsam davranışım hukuka aykırı olmaz*” sorusuna ceza hukukunun bir yanıt vermesi gerekir. Çoğunluğun yaşamını kaybetmesine mi izin verilecektir yoksa çoğunluğu kurtarmak için masum azınlığın yaşamını kaybetmesine neden olunmasına mı?

Makalenin Geliş Tarihi: 19.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.08.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: hiba@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2330-7190.

Bu çalışmada *tramvay problemi* ve bu problemin ceza hukuku bakımından çözümü ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tramvay Problemi, Yaşama Hakkı, Haksızlık, Ahlaki İkilemler, Hukuki İkilemler

ABSTRACT

The trolley problem, which deals with the conflict between the right to live of the majority and the right to live of the minority, is one of the most famous thought experiments of deontological ethics and is an important subject that has been studied in many different fields such as psychology, neuroscience, ethics and law.

The trolley problem consists of two sub-problems. While the descriptive problem is about why we have different value judgments in events of the same nature, the normative problem is about whether it is permissible to cause the minority to lose their lives in order for the majority to live, and if so, under what conditions this is possible.

The right to life is one of the primary values that criminal law aims to protect. Therefore, in the dilemmas that are the subject of the *trolley problem*, criminal law must provide an answer to the subject's question of "how should I behave so that my behavior is not against the law?" Will the majority be allowed to lose their lives, or will the innocent few lose their lives to save the majority? Criminal law must answer this question.

In this study, *the trolley problem* will be discussed in terms of criminal law.

Keywords: Trolley Problem, Right to Life, Wrongfulness, Moral Dilemmas, Legal Dilemmas

GİRİŞ

Tramvay problemi, aralarında amaç ve sonuç bakımından ayniyet bulunan bazı olaylara ilişkin değer yargıları arasındaki çelişkiyi konu edinen bir düşünce deneyidir. Bu düşünce deneyine ilişkin tartışmalar, genellikle, şu iki kurgu ekseninde yapılmaktadır:

Tramvay kurgusu: “*Demiryolu avlusu üzerinde düşünceli bir şekilde yürüdüğünüzü düşünün, yaklaşmakta olan tramvayın sürücüsünün tramvay hattı üzerinde çalışmakta olan beş işçiye çarpmamak için tramvayı durdurmaya çalıştığını ama frenler tutmadığı için başaramadığını fark ediyorsunuz. İşçileri kurtarmak için yakınında bulunduğunuz makası değiştirirseniz; beş işçinin hayatını kurtaracağınızı ancak diğer hat üzerinde çalışmakta olan başka bir işçinin hayatını kaybedeceğini biliyorsunuz*”¹.

Organ nakli cerrahisi kurgusu: “*David, oldukça başarılı bir organ nakli cerrahidir. David’in sırasıyla; kalp, karaciğer, mide, dalak ve omurilik nakline ihtiyaç duyan beş hastası vardır. Hastaların tamamı aynı kan ve [doku] tipine sahiptir. David, hastaları ile aynı kan ve [doku] tipine sahip sağlıklı birinin bulunduğunu öğrenir. David, bu kişiyi öldürerek organlarını alabilir ve hastalarına nakledebilir ya da bu kişinin organlarını almaz ve hastalarının ölmesine izin verebilir*”².

İlk kurguda maksamın çevrilmesi ve ikinci kurguda organların alınması halinde iki kurgu arasında amaç ve sonuç itibarıyla özdeşlik olmaktadır: beş kişiyi kurtarmak için bir kişinin hayatını kaybetmesine sebebiyet verilmektedir. İstenmeyen sonuçlara neden olan davranışların haksız olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, biri *konsekualizm/teleoloji* olarak adlandırılan ve sonuca ağırlık veren, diğeri ise *deontoloji* olarak adlandırılan ve amaca ağırlık veren iki temel yaklaşım vardır³. Bu iki yaklaşımdan hangisi esas alınırsa alınsın, *tramvay kurgusu* ve *organ nakli cerrahisi kurgusu* arasında amaç ve sonuç özdeşliği bulunduğu için haksızlık bağlamında söz konusu kurgular arasında bir farklılığın olmaması gerekir. Ancak ampirik çalışmalara göre insanların ekseriyeti *organ nakli cerrahisi kurgusunda* davranışı haksız

¹ Judith Jarvis Thomson, “The Trolley Problem,” *The Yale Law Journal* 94, no. 6 (1985): 1397.

² Judith Jarvis Thomson, “Killing, Lething Die, and The Trolley Problem,” *The Monist* 59, no. 2 (1976): 206.

³ Nathan Wood, *Virtue Rediscovered: Deontology, Consequentialism, and Virtue Ethics in the Contemporary Moral Landscape* (London: Lexington Books, 2019), 3.

olarak nitelerken *tramvay kurgusunda* davranışın haksız olmadığı kanaatindedir⁴. Farklı ülkelerde tekrarlanan çalışmalara göre katımcıların yanıtları dini inanç, eğitim, kültür gibi demografik özelliklere -büyük ölçüde- duyarlı olmayıp, evrensellik özelliği göstermektedir⁵. Amaç ve sonuç itibarıyla aralarında özdeşlik bulunmasına rağmen neden *tramvay kurgusunda* davranış haksız görülmezken *organ nakli cerrahî kurgusunda* haksız görülmektedir? Thomson, bu soruyu 1976 yılında “tramvay problemi (*the trolley problem*)” olarak adlandırmış⁶ ve o tarihten itibaren konu literatürde bu başlık altında tartışılmalıdır.⁷

Amerikan literatüründe tramvay problemine ilişkin çalışmalarda *organ nakli cerrahî kurgusu* ile birlikte (çoğunlukla ona alternatif olarak) yine Thomson tarafından kurgulanan “şişman adam kurgusu (*The fat man case*)”na da yer verilmektedir⁸. Bunun nedeni, *şişman adam* ve *tramvay kurgularında*

⁴ Lewis Petrinovich, Patricia O’Neill ve Matthew Jorgensen, “An Empirical Study of Moral Intuitions: Toward An Evolutionary Ethics,” *Journal of Personality and Social Psychology* 64, no. 3 (1993): 467–478; Joshua D. Greene, R. Brian Sommerville, Leigh E. Nystrom, John M. Darley ve Jonathan D. Cohen, “An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment,” *Science* 293, no. 5537 (2001): 2105 -2108; Fiery Cushman, Liane Young ve Marc Hauser, “The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgment: Testing Three Principles of Harm,” *Psychological Science* 17, no. 12 (2006): 1082–1089.

⁵ Marc Hauser, Fiery Cushman, Liane Young, Jin R. Kang-Xing ve John Mikhail, “A Dissociation Between Moral Judgments and Justifications,” *Mind and Language* 22, no. 1 (2007): 6.

Ampirik çalışmaların sonuçlarının evrensellik niteliği göstermesi dolayısıyla bir görüşe göre *tramvay problemi* tüm insanlarda ortak olan ahlaki bir yetinin (*moral faculty*) bulunduğunu göstermektedir. John Mikhail, “Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future,” *Trends in Cognitive Sciences* 11, no. 4 (2007): 149-151. Aksi yönde bkz. Corinna Michelin, Sandra Pellizzoni, Michael Siegal ve MariaTallandini, “Should More Be Saved? Diversity in Utilitarian Moral Judgment,” *Journal of Cognition and Culture* 10, no. 1 (2010): 165. Henrik Ahlenius ve Torbjörn Tännsjö, “Chinese and Westerners Respond Differently to The Trolley Dilemmas,” *Journal of Cognition and Culture* 12, no. 3-4 (2012): 197.

⁶ Thomson, “Killing,” 206.

⁷ Alman ceza hukukunda *Karl Engisch* (1930) ve *Hans Welzel* (1951) tarafından da *tramvay kurgusuna* benzer örneklere yer verildiği hakkında bkz. Frank P. Schuster, “Coping with Moral Dilemmas in German Criminal Law Theory and Justice: Classical Cases and Modern Variants,” *Criminal Law Forum* 34, no. 4 (2023): 244-245.

⁸ Şişman adam kurgusu (*The fat man case*): “George, altından tramvay hattı geçen bir üst geçittir. Tramvaylar hakkında bilgi sahibi olan George yaklaşmakta olan tramvayın kontrolden çıktığını anlar. O esnada tramvay hattı üzerinde beş işçi çalışmaktadır ve hattı çevreleyen banklar o kadar yüksektir ki işçilerin yaklaşmakta olan tramvaydan kaçabilmeleri mümkün görünmemektedir. George, hızla ilerleyen tramvayı durdurmanın

hem tehlikenin (kontrolden çıkan tramvay) hem de sonucun (beş işçi yerine bir işçinin ölmesi) aynı olmasıdır. Bu durum söz konusu kurgulara ilişkin değer yargıları arasındaki zıtlığı daha dikkat çekici hale getirmektedir.⁹

Bir ilkenin gücü, en atipik olaylarda bile tatmin edici olabilmesinde olduğu için ilkelerin atipik düşünce deneyleri ile sınanması Amerikan literatüründe yaygındır. Ancak bu yöntem Türk bilim anlayışına yabancısıdır. Şişman bir adamın itilerek bir tramvayın durdurulması, olağan hayatta karşılaşılması pek mümkün olmayan bir olaydır. Türk literatüründe hayatın normal seyrinde gerçekleşme olanağı olmayan kurgular üzerinden bilimsel tartışmaların yapılması çok alışıldık bir durum değildir. Biz, bu yüzden, okuyucunun *tramvay probleminde* tartışılmak istenen meseleden uzaklaşmaması için *şişman adam kurgusu* yerine *organ nakli cerrahî kurgusunu* esas alacağız; ancak konu ile ilgili görüşlerin aktarılmasının zorunlu kıldığı hallerde *şişman adam kurgusuna* da yer vereceğiz.

Tramvay problemine esas teşkil eden hukuki konu, yaşama hakkıdır. Yaşama hakkı, diğer tüm hakların kullanımının ve varlığının bağlı olduğu en temel insan hakkıdır. Nitekim 1982 Anayasası'nda hak ve özgürlüklerinin düzenlendiği “kişinin hakları ve ödevleri” başlıklı dördüncü bölümde yer verilen ilk hak, yaşama hakkıdır. Yaşama hakkı, en temel insan hakkı olmakla birlikte sınırsız da değildir. Anayasa m. 17'ye göre; “*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri*” hukuka aykırı değildir. Aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere, *tramvay problemi* ceza hukukunda zorunluluk hali ve

tek yolunun tramvay hattının üzerine yeterli ağırlıkta bir cisim düşürmek olduğunu bilmektedir. Üstgeçitte tramvayı izleyenlerden biri de şişman bir adamdır ve görünüşe göre tramvayı durdurabilecek ağırlıktadır. George, şişman adamın ölmesiyle sonuçlanacak seçeneği tercih edip onu iterek tramvayın geçiş yolu üzerine düşürebilir ve böylece beş işçinin hayatını kurtarabilir ya da hiç bir şey yapmayarak beş işçinin ölmesine izin verebilir”. Thomson, “Killing,” 207-208.

⁹ Thomson da 2008 yılında yayımlanan bir çalışmada, *tramvay ve organ nakli cerrahî kurguları* arasındaki zıtlığı “Foot’un problemi (*Philippa Foot's problem*)”, *tramvay kurgusu* ile *şişman adam kurgusu* arasındaki zıtlığı ise “*tramvay problemi*” olarak adlandırmıştır. Judith Jarvis Thomson, “Turning the Trolley,” *Philosophy & Public Affairs* 36, no. 4 (2008): 364. Oysa Thomson, söz konusu sorunu *tramvay problemi* olarak adlandırdığı 1976 tarihli çalışmada bu adlandırmayı tercih etmesinin sebebinin *Foot*’u onurlandırmak olduğunu belirtmiştir. Thomson, “Killing,” 206.

yükümlülükler çatışması kurumları ile ilişkilendirilebilir. Anayasa m. 17’de yaşama hakkının istisnaları olarak zorunluluk hali ve yükümlülükler çatışması kurumlarından söz edilmemiştir. Bu yüzden Türk ceza hukuku bakımından *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilip edilemeyeceği meselesi bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Zira, her durumda masum azınlığın yaşamını kaybetmesine neden olmak haksız ise *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilemez.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, *tramvay problemine* ilişkin literatürün aktarılmasına gayret edilecektir. Büyük ölçüde derleme niteliğinde olacak olan bu bölümde amacımız sadece ceza hukukuna ilgi duyan okuyucunun değil; etik, sinirbilim, psikoloji gibi diğer alanlara ilgi duyan okuyucunun da *tramvay problemi* ile ilgili görüşlere -*makale düzeyinde bir çalışmayla sınırlı da olsa*- ulaşmasını sağlamaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, *tramvay problemi* Türk ve Alman ceza hukuku bakımından ele alınacaktır. Yabancı literatürde ceza hukukuyla ilgili olan birçok tartışmalı meselede (örneğin; ölüm cezası¹⁰, savaşta sivillerin ölmesine neden olunması¹¹, otonom araçlara ilişkin ikilemler¹², pandemide tedavi haklarının çatışması¹³, nedensellik bağlantısı¹⁴, kürtaj¹⁵, ötanazi¹⁶ vb.)

¹⁰ Carol S. Steiker, “No, Capital Punishment Is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty,” *Stanford Law Review* 58, no. 3 (2005): 760 vd.; Cass R. Sunstein ve Adrian Vermeule, “Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs,” *Stanford Law Review* 58, no. 3 (2005): 742-743.

¹¹ Masahiro Morioka, “The Trolley Problem and the Dropping of Atomic Bombs,” *Journal of Philosophy of Life* 7, no. 2 (2017): 316-337.

¹² Sven Nyholm ve Jilles Smids, “The Ethics of Accident-Algorithms for Self-Driving Cars: An Applied Trolley Problem?,” *Ethical Theory Moral Practice* 19, no. 5 (2016): 1275-1289.

¹³ Schuster, “Coping,” 249 vd.

¹⁴ Justin Sytsma ve Jonathan Livengood, “Causal Attributions and The Trolley Problem,” *Philosophical Psychology* 34, no. 8 (2021): 1167-1191; Julian De Freitas, Peter DeScioli, Jason Nemirow, Maxim Massenkoff ve Steven Pinker, “Kill or Die: Moral Judgment Alters Linguistic Coding of Causality,” *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition* 43, no. 8 (2017): 1173-1182.

¹⁵ James Edwin Mahon, “Abortion and the Right to Not Be Pregnant,” içinde *Philosophy and Political Engagement*, eds. A. Fives and K. Breen (London: Palgrave Macmillan, 2016): 57-77; Anton Tupa, “Killing, Letting Die, and the Morality of Abortion,” *Journal of Applied Philosophy* 26, no. 1 (2009): 1-26.

¹⁶ Douglas S. Krull, Stephanie L. Varga, Jady G. Sgro ve Sarah R. A. Krull, “Self-destruction or Surrender? Religiosity and Active versus Passive Euthanasia,” *Death Studies* 47, no. 6 (2023): 762-768; Zoe Fritz, “Can ‘Best Interests’ Derail the Trolley? Examining

tramvay problemi esas alınmaktadır. Bahse konu meselelerin her biri müstakil çalışma konusu niteliğinde olduğundan ikinci bölümün kapsamı, ceza hukukunda *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilip edilemeyeceği, edilebilecekse bu problemin çözümünün ne şekilde olacağı konuları ile sınırlı olacaktır.

I. TRAMVAY PROBLEMİNİN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Konsekualist (Sonuçcu) Yaklaşım

Temelde deneyci (*empirist*) olan konsekualist yaklaşım, salt akıl ile ulaşılan soyutlamalardan ve dolayısıyla değer yargılarından mümkün mertebe uzaklaşma, deneyciliği esas alma fikrine dayanır¹⁷. Konsekualist yaklaşıma göre haksız olanla olmayan metafizik ilkelere göre değil, davranışın sonucuna göre belirlenmelidir¹⁸.

Eylemin sonucuna ilişkin değer yargısında (eylemin haksız olup olmadığı), esas alınacak ölçü konusunda farklı görüşler olmakla birlikte bu görüşler arasından faydacılık (*utilitarizm*) ve hazcılık (*hedonizm*) görüşleri öne çıkmaktadır. Faydacılığa göre¹⁹ eylemin haksız olup olmadığına *fayda* ve *zarar*, hazcılıkta²⁰ ise *haz* ve *acı* kavramları esas alınır. Bu kavramlardan neyi anlamak gerektiği hususu da tahmin edileceği üzere tartışmalıdır. Örneğin, faydalı olan belirlenirken süjenin kendisinin mi yoksa toplumun mu nazara alınacağı²¹ ya da davranışın sonucuna ilişkin değerlendirmede salt somut olaydaki davranışın mı (*davranış faydacılık*) yoksa aynı tip davranış kümesinin mi (*kural faydacılık*)²² nazara alınacağı tartışmalıdır. Aynı durum hazcılık için de geçerlidir. Örneğin, *Bentham* ve *Mills*, hazcılığı esas alan

Withdrawal of Clinically Assisted Nutrition and Hydration in Patients in The Permanent Vegetative State,” *Journal of Medical Ethics* 43, no. 7 (2017): 450-454.

¹⁷ Julia Driver, *Consequentialism* (London: Routledge, 2011), 7.

¹⁸ Driver, *Consequentialism*, 7.

¹⁹ Driver, *Consequentialism*, 2.

²⁰ Driver, *Consequentialism*, 6.

²¹ Bireyin kendisi ölçü olduğunda *egoizm*’den söz edilir. Driver, *Consequentialism*, 9.

²² Vuko Andric, *From Value to Rightness: Consequentialism, Action-guidance, and the Perspective-dependence of Moral Duties* (New York: Routledge, 2021), 4.

yazarlardır. *Bentham*, haz türlerini insanın dürtülerine indirirken²³ *Mills*'e göre yüksek (entellektüel) hazların peşinden koşulması gerekir²⁴.

Anlaşılabileceği üzere, konsekualist yaklaşımın temel problemi, alternatifler arasında hangi sonucun/sonuçların haksız olduğunu ya da olmadığını tespitteki güçlüktür. *Tramvay problemi*nde kıyasa konu olan sonuçlar, beş kişinin yaşamı ile bir kişinin yaşamıdır. Ölçü olarak sayı esas alındığında beş birden büyüktür. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilemez²⁵. Zira *tramvay problemi*, *tramvay kurgusu* ile *organ nakli cerrahi kurgusu* arasındaki zıtlığa dayanmaktadır. Ölçü olarak sayı esas alındığında ise iki kurgu arasında zıtlık yoktur; iki kurguda da beş kişi kurtarıldığı için kurgulara konu davranışlar haksız değildir. Sonuç olarak, ölçü sayı olduğunda konsekualist yaklaşıma göre *tramvay problemi* diye bir problem yoktur. Ölçü sayı olduğunda *tramvay problemine* konu olaylarda haksız olanla olmayanı ayırmak kolay olsa da; yaşama haklarının çatıştığı bu tür olaylarda meseleyi bu sıklıkta ele almak mümkün görünmemektedir. Zira bu yaklaşım esas alındığında *organ nakli cerrahi kurgusunda*, başkalarını kurtarmak için bir kişinin öldürülüp organlarının alınmasının haksız olmadığını kabul etmek gerekir.

İşin içerisine ancak adil olana ilişkin sezgiler girdiğinde *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilebilir. Çünkü ancak bu ihtimalde *tramvay kurgusu* ile *organ nakli cerrahi kurgusu* arasında zıtlık olmaktadır. Davranışın haksız olup olmadığına ahlaki sezgileri esas alan yaklaşım deontolojik yaklaşımdır (sonuççu olmayan etik kuram). *Tramvay probleminin* deontolojik etiğe özgü bir düşünce deneyi olmasının nedeni budur.

Aşağıda deontolojik yaklaşımlar üzerinde durulacaktır. Ancak, deontolojik yaklaşımlara geçmeden önce konsekualist yaklaşım ile deontolojik yaklaşım arasında konumlandırabileceğimiz bir görüşe değinmek istiyoruz. Kendisini “eşikçi deontolojist (*threshold deontologist*)” olarak tanımlayan *Moore*'a göre, daha faydalı sonuçlar doğarsa dahi ahlaki doğaları gereği bazı fiiller (örneğin, öldürme ve işkence), kural olarak, haksızdır; bununla birlikte bu tür fiiller bazı durumlarda o kadar faydalıdır ki bu tür

²³ Driver, *Consequentialism*, 15-17.

²⁴ Mills, insanların genelde yüksek hazlar yerine sıradan hazlar peşinde koştuğu gerçeğini göz ardı etmemektedir. Driver, *Consequentialism*, 17.

²⁵ Stijn Bruers ve Johan Braeckman, “A Review and Systematization of the Trolley Problem,” *Philosophia* 42, no. 2, (2014): 252.

durumlarda haksızlıktan söz edilemez²⁶. Alman ceza hukukunda da bu görüşte olan yazarlar vardır. Örneğin *Bohlander*'e göre, zorunluluk hali, kural olarak, masum bir kimsenin öldürülmesinde hukuka uygunluk nedeni değildir; ancak öyle durumlar olabilir ki çok fazla sayıda kişinin hayatını kurtarmak için masumların öldürülmesi hukuka uygun olabilir.²⁷

Moore, bazı fiillerin faydalı sonuçlara yol açsa da haksız olduğunu kabul etmek suretiyle deontolojik görüşe; neden olunan faydanın eşik bir değeri aştığında artık haksızlıktan söz edilemeyeceğini kabul etmesi dolayısıyla da konsekualist görüşe yaklaşmaktadır. Deontolojik görüşü baraj, konsekualist görüşü de barajın tuttuğu suya benzeten *Moore*'a göre, baraj belli miktarda suyu tutabilir; ancak suyun miktarı barajın tutamayacağı bir seviyeye ulaşabilir²⁸.

Görüşünün belirsizlik içerdiği (örneğin bir kişiyi öldürmenin haksız olmaması için 10 kişinin mi 100 kişinin mi 1000 kişinin mi vb. kurtarılması gerekir?) yönünde bir eleştiriyle karşılaşabileceğini kabul eden *Moore*, bu eleştiriye şu şekilde yanıt vermektedir: “*Bu, kaç taşın bir yığını oluşturacağı sorusuna benzemektedir. Bir yığından söz edilebilmesi için üç taşın mı, dört taşın mı, beş taşın mı vs. gerekeceği konusundaki belirsizlik, yığın diye bir şeyin olmadığı anlamına gelmez*”²⁹.

Moore'un görüşü “binlerce insanın ölmesine neden olabilecek nükleer bir savaşı önlemek için işkence ya da öldürme fiillerine izin verilebilir mi” gibi sorular açısından üzerinde ciddiyetle durulması gereken bir görüştür. *Tramvay problemi*, çoğunluk ile azınlığın yaşama hakları arasındaki çatışmayı konu edindiğinden *Moore*'un görüşü doğal olarak bu tür ikilemleri de kapsar. Ancak bu görüş, çoğunluk ile azınlık arasındaki sayı farkının çok yüksek olduğu ikilemlerle sınırlı olduğu için *tramvay* ve *organ nakli cerrahisi* kurguları arasındaki zıtlığı açıklayabilecek nitelikte değildir. Zira, *tramvay problemine* konu olan kurgularda beş kişinin yaşamına karşılık tek kişinin yaşamı söz konusudur. Beş kişinin yaşamı deontolojik sınırları ortadan kaldıracak kadar faydalı olsaydı, *organ nakli cerrahisi kurgusunda* da davranışın haksız olmaması gerekirdi.

²⁶ Michael S. Moore, *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), 719-724.

²⁷ Michael Bohlander, ‘In Extremis -Hijacked Aeroplanes, ‘Collateral Damage’ and the Limits of Criminal Law,’ *Criminal Law Review* (2006): 588.

²⁸ Moore, *Placing Blame*, 723.

²⁹ Moore, *Placing Blame*, 725.

B. Deontolojik Yaklaşımlar

1. Çift Etki Doktrini (*Double Effect Doctrine*)

Çift etki doktrinine göre, kötüye yönelen fiil ile iyiyi hedefleyen ve fakat iyiyi ulaşılmaya çalışırken kötü bir neticeye de sebebiyet veren fiil arasında değer farkı vardır; bu değer farkı haksız olanla haksız olmayı ayırt etmede ölçü olmalıdır³⁰. Bu yaklaşım, esas olarak, süjenin neticeye nedensel katkısına değil, motivasyonuna odaklanmaktadır³¹. Ancak, süjenin motivasyonu da tek başına yeterli değildir. Çift etki doktrinine göre kötü bir neticeye neden olan fiilin haksız olmaması şu koşulların gerçekleşmesine bağlıdır³²:

(1) Eylemin kendisi iyi olmalı veyahut iyi ya da kötü şeklindeki ahlaki değerlendirmelere konu olmayacak nitelikte (*morally indifferent*) olmalıdır³³. Örneğin, *tramvay kurgusundaki* eylem (makası çevirme), üçüncü kişi tarafından tramvayın güzergâhının değiştirilmesidir. Soyut olarak, salt “makası çevirmek” şeklindeki davranış, haksızlık değerlendirmesine konu olacak nitelikte değildir.

(2) İyi olan netice amaçlanmalı, kötü olan netice öngörülmüş olsa dahi istenmemiş olmalıdır³⁴. *Tramvay kurgusunda* süje iyi olanı (beş kişinin kurtarılması) istemiş, kötü olanı (bir kişinin ölmesi) istememiştir. İstenen iyi ile öngörülen fakat istenmeyen kötü şeklindeki ayırım bakımından *-organ nakli cerrahî kurgusunda* olduğu gibi- kötü neticenin nedensel olarak mutlak olduğu durumlarda salt bir öngörüden söz edilemez³⁵.

(3) İyinin gerçekleşmesi kötünün gerçekleşmesinden daha yararlı olmalıdır³⁶. Bu koşul hem *tramvay* hem de *organ nakli cerrahî kurgusunda*

³⁰ Whitley R. P. Kaufman, “The Doctrine of Double Effect and the Trolley Problem,” *The Journal of Value Inquiry* 50, no 1 (2015): 22.

³¹ John Oberdiek, “Culpability and the Definition of Deontological Constraints,” *Law and Philosophy* 27, no. 2 (2008): 105.

³² Detaylı bilgi için bkz. Hasan İba, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata* (Ankara: Seçkin, 2023), 103 vd.

³³ Van Den Beld, “Killing and the Principle of Double Effect,” *Scottish Journal of Theology* 41, no. 1 (1988): 95; Joseph T. Mangan, “An Historical Analysis of the Principle of Double Effect,” *Theological Studies* 10, no. 1 (1949): 43.

³⁴ Mangan, “An Historical Analysis,” 43; Beld, “Principle of Double Effect,” 95.

³⁵ Nedensel olarak gerçekleşmesi kaçınılmaz olan neticeler bakımından bahse konu problem, “yakınlık problemi” (*the problem of closeness*) olarak adlandırılmaktadır. *Yakınlık problemi* ve bu problemin çözümüne yönelik girişimler hakkında bkz. İba, *Hukuka Uygunluk*, 106-108.

³⁶ Mangan, “An Historical Analysis,” 43; Beld, “Principle of Double Effect,” 95.

gerçekleşmektedir. Ancak, çift etki doktrinine göre hem iyi hem de kötü etkisi olan davranışın haksız olmaması için burada maddeler halinde verilen koşullardan birinin değil, tamamının gerçekleşmesi gerektiğini akıldan çıkarmamak gerekir.

(4) Kötü netice iyi neticenin “yan etkisi (*side effect*)” olmalı, iyi neticeye ulaşmak için kötü netice “araç (*means*)” olarak kullanılmamalıdır; iyi netice doğrudan kötü neticeyi meydana getirmek suretiyle ortaya çıkmışsa, kötü netice iyi olana ulaşmak için araç olarak kullanılmış demektir³⁷. *Tramvay problemine* konu kurgularda, ölüm neticesinin iyi olana yönelen fiilin yan etkisi mi olduğu yoksa hayatını kaybeden kişinin araç olarak mı kullanıldığı sorusunu şu şekilde yanıtlamak gerekir: “Ölmesine neden olunan kişi olmasaydı beş kişiyi kurtarmak mümkün olmazdı” denebiliyorsa ölmesine neden olunan kişi araç olarak kullanılmıştır. Ölmesine neden olunan kişi olmasaydı da aynı fiil ile beş kişiyi kurtarmak mümkün ise bu kişinin ölümü beş kişiyi kurtarmanın yan etkisidir. *Tramvay kurgusunda* işçilerin hayatını kurtaran fiil, makasın çevrilmesidir. Tramvayın yöneldiği tarafta hiç kimse çalışmıyor olsaydı netice yine değişmeyecek yani beş işçi yine kurtarılmış olacaktı. *Organ nakli cerrahisi* kurgusunda ise organları alınan kişi olmasa, işçilerin ve hastaların hayatlarının kurtarılması mümkün olmamaktadır.

Thomson'a göre, özü itibarıyla *Kant*'ın “ister kendin için ister başkası için öyle davran ki insanlık her zaman amacın olsun asla salt araç olmasın” maksimine dayanan çift etki doktrininin ortaya koyduğu ölçüt, menfaatlerin çatıştığı birçok olayda tatmin edici olmakla birlikte, her zaman ahlaki sezgilerimizle uyumlu değildir³⁸.

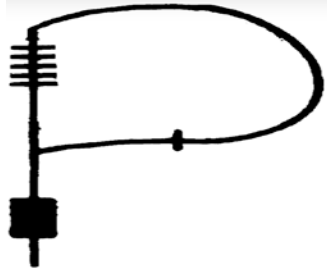
Thomson, çift etki doktrinine olan eleştirisini, “döngü varyantı (*the loop variant*)” kurgusu ile ortaya koymuştur:

“[makasın çevildiği yöndeki] *tramvay hattının* [makasın çevrilmemesi halinde tramvayın ilerleyeceği hatla] *keşşmemek üzere kesin bir şekilde ayrılmadığını, dairesel bir biçimde tıpkı görseldeki gibi birleştirdiğini düşünelim:*

Bu koşul dolayısıyla çift etki doktrinine yöneltilen bu doktrinin sonucu bir teori olduğu eleştirisi ve çifte etki doktrini taraftarlarının bu eleştiriye yanıtı hakkında bkz. İba, *Hukuka Uygunluk*, 105-106.

³⁷ Mangan, “An Historical Analysis,” 43; Beld, “Principle of Double Effect,” 95.

³⁸ Thomson, “The Trolley Problem,” 1401-1403.



Tramvayın güzergâhı üzerindeki 5 işçinin oldukça zayıf olduğu ancak beşinin toplamının tramvayı durdurabilecek ağırlıkta olduğu, diğer hatta çalışmakta olan işçinin ise tek başına tramvayı durdurabilecek ağırlıkta olduğu bir ihtimalde, makasın çevrilmesi ve tramvayın yönünün değiştirilmesi mümkün müdür? ... Makasın çevrilmesi mümkün gözükmemektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, beş işçinin hayatını kurtarmak için şişman işçinin varlığının zorunlu olmasıdır. Şişman işçi makasın çevrildiği yönde var olmasaydı, tıpkı organ nakli cerrahî kurgusunda organları alınan kimsenin var olmaması ihtimalindeki gibi, beş kişinin hayatını kurtarmak mümkün olmayacaktı. Sonuç itibarıyla, 'bir kimsenin salt araç olarak kullanılması' ölçütü, döngü varyantındaki makası çevirme fiili ile organ nakli cerrahî kurgusundaki sağlıklı bir kimsenin organlarının alınması filli arasındaki moral farklılığı karşılamaktan uzaktır"³⁹.

Foot'a göre de çift etki doktrini birçok durumda ahlaki sezgilerimizle uyumlu olsa da bazı olaylarda yetersiz kalmaktadır. Konu bütünlüğünün bozulmaması için *Foot*'un çift etki doktrinine yönelttiği eleştirilere ve çoğunluğun kurtarılması için masum azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunan olaylara ilişkin görüşlerine alt başlıkta yer verilecektir.

2. Philippa Foot'un Yaklaşımı

Foot, 1966 yılında yayımladığı, "Kürtaj Problemi ve Çift Etki Doktrini (*The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*)" başlıklı çalışmasında, kürtaj özelinde ahlaki ikilemleri ve ahlaki ikilemlerin çözümünde sıklıkla başvurulan çift etki doktrinini ele almıştır.

Foot, çalışmasının ilk kısımlarında, başta kürtaj olmak üzere çift etki doktrininin çözümlemekte başarılı olduğu ikilemlere yer vermiştir. *Ancak*,

³⁹ Thomson, "The Trolley Problem," 1402-1403.

Foot'un asıl yapmak istediği, çift etki doktrininin zaaflarını göstermek ve kendi çözümünü ortaya koymaktır.

Foot, çift etki doktrinine iki eleştiri yöneltmiştir:

Birincisi, örneğin, hayatı tehlikede olan kadını kurtarmak için doğum kanalına girmiş ceninin kafatasının parçalanarak çıkarılması operasyonunda (*obstetrik kraniotomi*) olduğu gibi bazı olaylarda, *Foot*'a göre, istenen netice (kadının hayatta kalması) ile nedensel olarak kaçınılmaz olan netice (ceninin düşürülmesi) arasında "istenen" ile "istenmeyen fakat istenenin yan etkisi olan" ayrımı yapılamaz (yakınlık problemi)⁴⁰. Burada istenmeyen yan netice (ceninin sağ doğma ihtimaline son verilmesi), kaçınılmaz olduğuna göre salt bir öngörüden söz edilemez. Ceza hukukunda da failin asıl amaçladığının yan etkisi olan netice olağan hayat tecrübelerine göre kaçınılmazsa failin bu neticeden doğrudan kastla sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁴¹. Örneğin, ünlü bir iş insanını öldürmek amacıyla bu iş insanının içinde bulunduğu uçak havada infilak ettirilirse uçakta bulunan ve hayatını kaybeden diğer kişiler bakımından da doğrudan kastın varlığı kabul edilmektedir.

Foot'un ikinci eleştirisi, çift etki doktrininin bazı durumlarda ahlaki sezgilerimiz ile çelişmesidir:

*"Beş hastayı kurtarmak için bu hastaların bulunduğu odaya özel bir gazın salınması gerekir. Diğer odada bulunan hastanın bu gazın neden olduğu zehirli duman dolayısıyla ölmesi kaçınılmazdır. Bu hastanın bu odadan çıkarılmasının da çeşitli nedenlerden dolayı mümkün olmadığını kabul edelim. ...bu hastanın ölümü doğrudan istenmemiş, iyiye yönelmiş bir failin yan etkisidir. Fakat hastanın yakınları hastaneyi dava ederlerse şüphesiz davayı kazanacaklardır"*⁴².

Çift etki doktrini açısından bakıldığında bu örnekte davranışın haksız olmaması gerekir; zira bu kurguda çift etki doktrininin yukarıda üzerinde durduğumuz dört koşulu da gerçekleştirmiştir:

⁴⁰ Philippa Foot, "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect" reprinted in *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 2002), 21-22.

⁴¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 171.

⁴² Foot, "Abortion," 29.

(1) “Bir odaya gaz salmak” şeklindeki fiil soyut olarak kendi başına haksız bir fiil değildir.

(2) Hasta yan odada olmasa yine beş hasta kurtarılmış olacaktır. Yani diğer odada bulunan hasta araçsallaştırılmamıştır.

(3) Örnekte iyi olan amaçlanmış, bu amaca ulaşmak için gerçekleştirilen fiilin kötü olan yan neticesi (diğer odadaki hastanın ölmesi) istenmemiştir.

(4) Sonuç olarak beş kişinin hayatı kurtarılmıştır.

Ancak, sezgisel olarak yaklaşıldığında *Foot*'a göre fiil haksızdır; dolayısıyla çift etki doktrininin menfaatler çatışmasında ahlaki sezgilerimizle her durumda uyumlu olduğu tezi doğru değildir⁴³.

Foot, sorunun çözümünün negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımında saklı olduğunu ileri sürererek sosyal yaşamı birlikte paylaşmaktan kaynaklanan iki yükümlülük tipine dikkat çekmiştir⁴⁴:

(1) gerektiğinde ihtiyacı olana yardımda bulunmak (pozitif yükümlülük),

(2) başkalarının haklarını ihlal etmemek (negatif yükümlülük).

Örneğin, insan öldürme suçunda (TCK m. 81) yükümlülük tipi negatif iken yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçunda (TCK m. 98) pozitifdir.

Foot, yaşama hakkını konu edinen yükümlülüklerin çatışmasında şu iki ilkedен hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir:

(1) Eşit menfaatler arasındaki çatışmada yükümlülük tipleri farklı ise negatif yükümlülükler pozitif yükümlülüklerden önceliklidir⁴⁵: Bir kişiyi öldürmek (negatif yükümlülük ihlali), beş kişiyi kurtarmamaktan (pozitif yükümlülük ihlali) daha haksızdır.

(2) Eşit menfaatler arasındaki çatışmada yükümlülük tipleri aynıysa daha az zarara neden olan yükümlülüğün ihlali haksız değildir⁴⁶: Beş kişiyi öldürmek bir kişiyi öldürmekten, beş kişiyi kurtarmamak bir kişiyi kurtarmamaktan daha haksızdır.

Foot'un birinci ilkesine; organ nakline ihtiyaç duyan çocuğu için çocuğuyla uyumlu organa sahip olduğunu bildiği bir çocuğu öldürerek

⁴³ Foot, “Abortion,” 29-30.

⁴⁴ Foot, “Abortion,” 27-29.

⁴⁵ Foot, “Abortion,” 28.

⁴⁶ Foot, “Abortion,” 27-28.

organını alan doktor babayı örnek verebiliriz. Bu örnekte babanın çocuğunu korumak yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) ile öldürmeme yükümlülüğü (negatif yükümlülük) arasında çatışma vardır. İki çocuğun yaşama hakkı eşittir. *Foot*'un eşit menfaatler arasındaki çatışmada negatif yükümlülüklerin pozitif yükümlülüklerden öncelikli olduğu tezi esas alınırsa bu örnekte babanın davranışı haksızdır. Babanın organ nakline ihtiyacı olan beş çocuğu olsaydı dahi masum bir çocuğu öldürmesi yine haksız olurdu.

Foot'un ikinci ilkesine, yangında bir odada ikiz bebekleri diğer odada beş yaşında bir çocuğu olan ve yalnızca odalardan birindeki çocukları/çocuğu kurtarabilecek durumda olan babanın durumunu örnek verebiliriz. Bu örnekte baba hem ikizleri hem de beş yaşındaki çocuğu bakımından kurtarma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) altındadır. *Foot*'a göre çatışan yükümlülüklerin türü aynı ise sonuççu yaklaşımın esas alınması gerektiğinden bu örnekte babadan beklenen ikizleri kurtarmasıdır.

Foot'un savunduğu bu ilkeler yakınlık, suçluluk gibi kişisel durumlardan soyut *ceteris paribus* ilkelerdir.⁴⁷ Ayrıca, *Foot*'un savunduğu ilkelerin yaşama hakkına ilişkin ikilemlerle sınırlı olduğunu da dikkatten kaçırmamak gerekir. Örneğin, açlıktan ölmek üzere olan çocuğunu kurtarmak için hırsızlık yapan baba örneğinde babanın başkalarının mülkiyet hakkını ihlal etmeme şeklindeki negatif yükümlülüğünü ile çocuğunun hayatını korumak şeklindeki pozitif yükümlülüğünü arasında çatışma vardır. *Foot*'un savunduğu ilkeler, eşit düzlemdeki menfaatler arasındaki çatışmayla (yaşama hakları arasındaki menfaat çatışması) sınırlı olduğu için bu ilkeler verdiğimiz örnekteki menfaat çatışmasını (mülkiyet hakkı ile yaşama hakkı arasındaki menfaat çatışmasını) kapsamamaktadır.

3. Judith Jarvis Thomson'un Yaklaşımı

a. Thomson'un “Öldürmek, Ölmesine İzin Vermek ve Tramvay Problemi (*Killing, letting Die, and The Trolley Problem*)” Başlıklı Makalesinde İleri Sürdüğü Görüşler

Thomson, 1976 yılında yayımlanan bu eserinde *Foot*'a ait olan tramvay sürücüsü kurgusunu⁴⁸, kendisinin kurguladığı organ nakli cerrahisi kurgusu ile

⁴⁷ Thomson, “Turning,” 361.

⁴⁸ “Farz edelim ki kontrolden çıkmış bir tramvay vardır ve sürücüsünün tramvayın ilerlediği hattı değiştirmek dışında yapabileceği hiçbir şey yoktur. Bir hattın üzerinde beş işçi

kıyaslamış, iki kurgu arasındaki değer farkına dikkat çekerek şu soruyu sormuştur: “Neden tramvay sürücüsünün beş insanı kurtarmak için bir insanı öldürmesi haksız görülmezken organ nakli cerrahının beş kişiyi kurtarmak için bir kişiyi öldürmesi haksız görülmektedir?”⁴⁹. Thomson, bu soruyu *tramvay problemi* olarak adlandırmış ve 1976 yılından itibaren konu literatürde bu başlık altında tartışılmalıdır.

Thomson’a göre, *Foot*’un aynı tipteki yükümlülüklerin çatışmasına ilişkin görüşü doğrudur⁵⁰. *Foot*’un negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki çatışmada negatif yükümlülüklerin öncelikli olduğu şeklindeki görüşü ise amaç ve sonuç itibarıyla aynı nitelikte olan bazı olaylarda adil olana ilişkin sezgilerimizle çelişmektedir⁵¹. Örneğin, Thomson’a göre şu kurguda *Foot*’un çözümü yetersizdir:

“Frank, frenleri boşalan bir tramvayda yolcudur. Tramvayın frenlerinin boşaldığını bağıarak duyuran tramvay sürücüsü olayın yarattığı şokun etkisiyle hayatını kaybeder. Tramvayın geçiş yolu üzerinde beş işçi çalışmaktadır ve tramvay hattının yanlarındaki banklar o kadar yüksektir ki işçilerin kaçabilmeleri mümkün görünmemektedir. Frank, tramvayı sağ taraftaki diğer tramvay hattına yönlendirebilir. Ancak bu hat üzerinde de bir işçi çalışmaktadır. Frank, tramvayın yönünü değiştirerek beş kişiyi kurtarmak için bu işçinin ölmesine neden olabilir ya da hiç bir şey yapayarak beş işçinin ölmesine izin verebilir”⁵².

Bu kurguda beş işçiyi kurtarma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) ile diğer işçiyi öldürme yükümlülüğü (negatif yükümlülük) arasında çatışma vardır⁵³. Mesele *Foot*’un farkı türdeki yükümlülüklerin çatışmasına ilişkin ilkesi ile çözümlenmeye çalışılırsa, *Frank*’ın tramvayın yönünü sağa çevirmesi haksızdır. Oysa, Thomson’a göre ahlaki sezgilerimiz davranışın haksız olmadığını söylemektedir⁵⁴.

çalışırken diğerinde bir işçi çalışmaktadır. Tramvay ilk hattın üzerinde ilerlerse beş işçi, ikincisinin üzerinde ilerlerse bir işçi ölecektir”. Foot, “Abortion,” 26.

⁴⁹ Thomson, “Killing,” 206.

⁵⁰ Thomson, “Killing,” 206-207.

⁵¹ Thomson, “Killing,” 207.

⁵² Thomson, “Killing,” 207.

⁵³ Thomson, “Killing,” 207.

⁵⁴ Thomson, “Killing,” 207.

Thomson, çalışmasının devamında “giriş” başlığında aktardığımız *tramvay kurgusu* ile *organ nakli cerrahî kurgusunu* karşılaştırarak, “tramvay problemi” adını verdiği sorunu çözümlene girişiminde bulunmuştur.

Thomson’a göre organ nakli cerrahî kurgusunda yeni bir tehlike yaratılmakta iken tramvay kurgusunda var olan tehlikenin yönü değiştirilmektedir⁵⁵. Daha açık ifade etmek gerekirse; makası çeviren kişi, tehlikenin kendisinde (freni boşalan tren) bir değişiklik yapmadan, makas çevrilse de çevrilmese de ortaya çıkacak zararı, çok ile az arasında pay etme imkânına sahiptir. Bu paylaşım daha az zarara yol açacak şekilde yapıldığı için *tramvay kurgusunda* davranış haksız değildir. *Organ nakli cerrahî kurgusunda* ise hastanın hayatını kaybetmesinin nedeni, cerrahin tehlikeyi (beş hastada mevcut bulunan organ yetmezliği hastalığını) bu hastaya yönlendirmesi değildir; doktor hasta için bizatihi kendisi yeni bir tehlike yaratmaktadır.

Thomson’a göre bu farklılık, iki kurguya ilişkin değer yargıları arasındaki farklılığın nedenidir; ancak hala ortada yanıtlanması gereken bir soru daha vardır: “*Tehlikenin kaynağına ilişkin bu farklılık neden farklı değer yargılarına sebebiyet verecek kadar önemlidir?*”⁵⁶ *Thomson*, bu soruyu *fayda ve külfet* kavramlarından hareketle yanıtlamaya çalışmıştır. ***Thomson’ göre, faydanın ve külfetin dağılımında kimin “hak talebi (claim)”⁵⁷ fazla ise onun menfaatini gözeterek şekilde hareket etmek gerekir***⁵⁸. *Thomson*, bu önermesini desteklemek üzere çeşitli kurgulara çalışmasında yer vermiştir.⁵⁹ Bu kurgular, söz konusu önermeyi destekler nitelikte olsa da *tramvay problemini* çözümlenmekten uzaktır. Çünkü, *tramvay probleminde*, çoğunluk ile masum azınlığın yaşama hakları arasındaki çatışmaya ilişkin bütün ikilemleri kapsayacak soyut bir çözüme ihtiyaç vardır. *Tramvay probleminin* çözümlenebilmesi için şu sorunun da *Thomson* tarafından açık bir şekilde yanıtlanması gerekir: *Faydanın ve külfetin dağılımında kimin daha fazla hak*

⁵⁵ Thomson, “Killing,” 208.

⁵⁶ Thomson, “Killing,” 208 vd.

⁵⁷ “Claim” kelimesi talep anlamına gelse de *Amerikan* literatüründe, bu kavram *hak*ın en güçlü formu olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden *Thomson’un* kullandığı “claim” kavramını, hak talebi şeklinde çevirmeyi uygun bulduk. *Amerikan literatüründe hak* kavramının şemsiye bir kavram olduğu, *talep, yetki, izin, bağımsızlık* kavramlarını kapsadığı kabul edilmektedir. Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,” *The Yale Law Journal* 23, no. 1 (1913): 16-59.

⁵⁸ Thomson, “Killing,” 209.

⁵⁹ Çalışmamızın bu hali bile bir makale için beklenen hacimden fazla olduğu için bu kurgulara ve bu kurgulara ilişkin *Thomson’un* açıklamalarına çalışmamızda yer veremedik.

talebi (claim) olduğu nasıl belirlenir? Thomson, bu sorunun kesin bir yanıtı olmadığını belirtmiştir.⁶⁰ Dolayısıyla Thomson, bu çalışmasında bir problemi (*tramvay problemi*), başka bir problemle (hak talebi fazlalığı) çözümlenmeye açmazına düşmüştür.

Sonuç olarak Thomson'un 1976 yılında yayımladığı çalışmasının önemi, daha sonradan deontolojik etiğin en ünlü düşünce deneylerinden birine dönüşen *tramvay problemi*ni literatüre tanıtması ve bu problemi çözüme girişimiyle öğretiyi de çözüm konusunda provake etmesidir.

b. Thomson'un "Tramvay Problemi (The Trolley Problem)" Başlıklı Makalesinde İleri Sürdüğü Görüşler

Thomson, 1985 yılında yayımlanan bu eserinde, *tramvay ve organ nakli cerrahî* kurguları arasındaki zıtlığı tekrar ele almış ve 1976 yılındaki görüşünü revize etmiştir.

Thomson, 1985 yılındaki çalışmasında "giriş" başlığı altında aktardığımız *şişman adam kurgusuna* yer vererek tehlikenin kaynağına ilişkin 1976 yılındaki görüşünün bu kurguyu açıklamakta yetersiz olduğunu belirtmiştir⁶¹. *Şişman adam kurgusunda* şişman adamın hayatını kaybetmesinin nedeni, beş işçi için var olan tehlikeye maruz bırakılmasıdır⁶². Yani *şişman adam kurgusu* ile *tramvay kurgusu* arasında bir farklılık yoktur: ikisinde de tehlikenin (frenleri boşalan tramvay) kendisinde bir değişiklik yapılmamakta, zarar çoktan aza yöneltilmektedir. Ancak, Thomson, *şişman adam kurgusuna* ilişkin olarak birçok kişinin fikrini aldığı ve fikrini aldığı herkesin bu kurgudaki davranışın haksız olduğunu söylediğini belirtmiştir⁶³.

Değerlendirmenin konusu olan davranış; *Tramvay kurgusunda* makasın çevrilmesi, *şişman adam kurgusunda* şişman adamın itilmesi ve *organ nakli cerrahî kurgusunda* sağlıklı bir kimsenin organlarının alınmasıdır. Thomson'a göre salt makasın çevrilmesi kendi başına bir hakkı ihlal etmemektedir⁶⁴. Bir insanın rızası olmaksızın itilmesi ve bir insanın organlarının rıza dışı alınması fiillerinin ise bizzat kendisi haksızdır⁶⁵. Dolayısıyla Thomson'a göre, **yeni bir tehlikenin yaratılmadığı var olan tehlikenin yönünün değiştirildiği**

⁶⁰ Thomson, "Killing," 210.

⁶¹ Thomson, "The Trolley Problem," 1409 vd.

⁶² Thomson, "The Trolley Problem," 1409.

⁶³ Thomson, "The Trolley Problem," 1409.

⁶⁴ Thomson, "The Trolley Problem," 1403.

⁶⁵ Thomson, "The Trolley Problem," 1409 vd.

durumlarda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Tehlikenin yönünü değiştiren davranışın bizatihi kendisi bir hak ihlali niteliğinde ise tehlikenin yönünü değiştirmek haksızdır; değilse tehlikenin yönünü değiştirmek haksız değildir.⁶⁶

Thomson, bu görüşünü yine bazı düşünce deneyleri ile test ederek olası itirazlara yanıt vermeye çalışmıştır: *Thomson*'a göre *şişman adam kurgusunda* şişman adam bir korkuluğa yaslanmış olsaydı ve korkuluğu sarstığımız için sendeleyerek tramvay hattı üzerine düşmüş olsaydı, davranış yine haksız olurdu⁶⁷. Esasen “korkuluğu sarsmak” davranışının bizatihi kendisi haksız değildir. Ancak, *Thomson*'a göre *şişman adam kurgusunun* bu versiyonunda araç davranışı salt “korkuluğu sarsmak” olarak tanımlayamayız. *Tramvay kurgusunda* tramvayın diğer işçilere çarpmaması için diğer tramvay hattına yönlendirilmesi yeterlidir; diğer hatta işçi çalışmıyor olsa bile yine beş kişi hayatta kalacaktır⁶⁸. Korkuluğun sallaması ise tek başına beş kişinin hayatını kurtarmak için yeterli değildir; şişman adamın tramvay hattının üzerine düşmesi zorunludur; bu yüzden bu kurgudaki araç davranışı “korkuluğu sarsmak” olarak değil, “korkuluğu sarsmak suretiyle şişman adamı düşürmek” şeklinde tasvir etmek gerekir⁶⁹.

Araç fiilin bizatihi kendisinin bir hakkı ihlal etmesinin her durumda haksızlığına yol açıp açmadığı meselesini de irdeleyen *Thomson*'a göre her hak ihlali davranışı haksız yapmamaktadır; **davranışın haksız olabilmesi için ihlal edilen hakkın “sıkı/katı hak kategorisi (*stringent rights*)” içerisinde yer alması gerekir:**

*“Makası değiştirmek isteyen kişinin, keskin uçlu bir cisime ihtiyaç duyması ve buna uygun tek cisimin başkasına ait bir tırnak törpüsü olması halinde, törpüyü kullanmak da başkasına ait bir hakkı ihlal etmektir. Bu durumda makas yine de çevrilebilir mi? Benim açımdan yeterince açık olmasa da bu örneği konuştuğum kişiler, makasın çevrilmesinin haksız olmadığını söylediler. ...bunun nedeni, bu olayda ihlal edilen hakkın, ...önemli olmayan bir mülkiyet hakkı olmasıdır”*⁷⁰.

Thomson, hangi hakların bu kategoriye girdiği sorusuna net yanıt verememiştir. *Thomson*'a göre belirsizliğin nedeni ortaya koyduğu konsept

⁶⁶ Thomson, “The Trolley Problem,” 1409 vd.

⁶⁷ Thomson, “The Trolley Problem,” 1410.

⁶⁸ Thomson, “The Trolley Problem,” 1409.

⁶⁹ Thomson, “The Trolley Problem,” 1410.

⁷⁰ Thomson, “The Trolley Problem,” 1411.

değil, bu konseptin zorunlu olarak içerdiği “katı hak”, “aynı tehlike” ve “hak ihlali” şeklindeki kavramların doğasıdır; bu kavramların doğaları icabı kesin sınırları yoktur⁷¹.

Sonuç olarak Thomson’un 1985 yılındaki çalışmasına göre *tramvay problemi*nin çözümü şu şekildedir: *Tramvay kurgusunda* makasın çevrilmesi ve beş kişiyi kurtarmak için bir kişinin hayatını kaybetmesine neden olunması haksız değildir. Çünkü;

(1) yeni bir tehlike yaratılmamış var olan tehlikenin yönü değiştirilmiştir ve

(2) “makasın çevrilmesi” şeklindeki davranışın bizatihi kendisi sıkı bir hakkın (*a stringent right*) ihlali mahiyetinde değildir.

Organ nakli cerrahi kurgusunda davranış hem (1) hem de (2) nolu öncülle, *şişman adam kurgusunda* ise davranış (2) nolu öncülle uyummadığı için haksızdır.

c. Thomson'un “Tramvayı Çevirmek (*Turning The Trolley*)” Başlıklı Makalesinde İleri Sürdüğü Görüşler

Thomson, 2008 yılında yayımlanan bu çalışmasında *tramvay problemi* diye bir problemin bulunmadığı söyleyerek herkesi şaşırtmıştır⁷². Thomson’a göre Foot, başından beri haklıydı; *tramvay problemi* adını verdiği sorun, Foot’un 1966 yılında ortaya koyduğu ilkelere göre çözümlenmelidir⁷³.

Thomson’un açıklamalarından kendisini 1976 yılından beri gördüğü *tramvay problemi* rüyasından uyandıranın Alexander Friedman’ın 2002 tarihinde tamamladığı doktora tezi olduğu anlaşılmaktadır.⁷⁴ Friedman’a göre *tramvay problemi* gerçekte olmayan, var sanılan bir problemdir; var sanılmasının nedeni de şudur:

“Birçok kişi tarafından faydacılık ve diğer saf sonuçcu görüşler red edilse de faydacılığın biliçaltımızdaki etkisinin halen çok kuvvetli olduğunu düşünüyorum. Organ nakli cerrahi kurgusunda olduğu gibi olay ilk bakışta (*prima facie*) aksi şekilde düşünmemizi gerektirecek kadar rahatsızlık verici olmadığı müddetçe; beş kişinin hayatını bir kişinin hayatından daha

⁷¹ Thomson, “The Trolley Problem,” 1412-1413.

⁷² Thomson, “Turning,” 367.

⁷³ Thomson, “Turning,” 367.

⁷⁴ Thomson, “Turning,” 363.

değerli görmemize neden olan şey, bilinçaltımıza yerleşmiş faydacı düşüncenin baştan çıkarıcı çekiciliğidir"⁷⁵.

Friedman'a göre:

"Sayıların ahlaki değerlendirmelerde önemli olmadığına inanan yani faydacı görüş virüsüne bağışıklığı olanlar için tramvay problemi denen şey; merak uyandırıcı, provakatif ve şaşırtıcı olan bir problemsizliktir".⁷⁶

Thomson'a göre çeyrek yüzyılı aşkın bir sürede bu sorunun çözümlenememiş olması, Friedman'ın görüşünün üzerinde ciddiyetle durulması gerektiğini göstermektedir⁷⁷. Thomson, Friedman'ın görüşünü çeşitli düşünce deneyleri ile desteklemeye çalışmıştır:

*"...makas iki yöne çevrilebilir. Sağa çevrilirse, tramvay sağa yönelecek ve bir işçinin ölmesine neden olacaktır. Sola çevrilirse, soldaki raylar üzerinde makası çevirenin kendisi bulunduğu için tramvay makası çevirene çarpacak ve ölümüne neden olacaktır. Elbette hiç bir şey yapılmazsa tramvay beş işçinin ölmesine neden olacaktır"*⁷⁸.

Thomson'un bu kurgusunda üç seçenek vardır. Makası çevirme pozisyonunda olanın kendi hayatını kaybettiği seçeneğe odaklanan Thomson'a göre, makası çevirme pozisyonunda olan kişi beş kişinin kurtarılmasının bu üç seçenek arasından en iyi olanı olduğuna inanıyorsa ve beş kişiyi kurtarmakta ısrarcı ise bedeli kendisi ödemelidir⁷⁹. İhtiyacı olan birine para vermek isteyen ancak kendi parasını vermek istemediği için başkasından para çalarak ihtiyacı olana veren kişinin davranışı haksız olduğuna göre tramvay kurgusuna konu değer yaşama hakkı olduğu için tramvay kurgusunda makasın çevrilmesi de haksızdır⁸⁰.

Bu açıklamadan, Thomson'un makası çevirme pozisyonunda olana kendi hayatını feda etme yükümlülüğü yüklediği anlamı çıkarılmamalıdır. Thomson'a göre, başkalarını kurtarmak için bir kimsenin -özel olarak yükümlülük altına girmediyse- kendisini feda etme (*altruizm*) yükümlülüğü

⁷⁵ Alexander Friedman, "Minimizing Harm: Three Problems in Moral Theory" (Unpublished Phd Thesis, Massachusetts Institute of Technology, 2002) 223.

⁷⁶ Friedman, "Minimizing," 223-224.

⁷⁷ Thomson, "Turning," 363.

⁷⁸ Thomson, "Turning," 364.

⁷⁹ Thomson, "Turning," 365.

⁸⁰ Thomson, "Turning," 365.

yoktur⁸¹. Makası çevirme pozisyonunda olan kişi beş kişiyi kurtarmakta ısrarcı ise kendisini feda etmelidir kendisini feda etmek istemiyorsa makası çevirmemeli ve beş işçinin ölmesine izin vermelidir⁸².

Ancak *tramvay problemine* konu olan ve on yıllardır tartışılan *tramvay kurgusunda* üç değil, iki seçenek vardır. Makası çevirme pozisyonunda olan kişi, “üçüncü bir seçenek olsaydı beş kişiyi kurtarmak için kendimi feda ederdim; ancak böyle bir seçenek yoktu; bu yüzden beş kişiyi kurtarmak için bir işçinin ölmesini göze aldım” demiş olsaydı, haklı olur muydu? *Thomson*’a göre, bu ihtimalde de makası çevirmek haksızdır; çünkü kendi yaşamını feda etmek (*altruizm*), özel olarak yükümlülük altına girmediyse, makası çevirme pozisyonunda olan kişi için yükümlülük olmadığı gibi işçi için de bir yükümlülük değildir; makası çevirebilecek pozisyonda olan kişi, işçinin de kendisi gibi hayatını feda etmeyi arzuladığını varsayarak makası çeviremez; bu varsayım hayatın olağan akışına aykırıdır⁸³.

Tramvay kurgusunda makasın çevrilerek işçinin ölmesine neden olmak haksız olduğuna göre, *tramvay kurgusu* ile *şişman adam* ve *organ nakli cerrahı* kurguları arasında bir çelişki yoktur. **O halde *Foot*’un negatif yükümlülüklerin pozitif yükümlülüklerden öncelikli olduğunu ileri süren tezi doğrudur; bir kişiyi öldürmek beş kişinin ölmesine izin vermekten daha haksızdır; yani *tramvay problemi* diye bir problem yoktur⁸⁴.**

Thomson, bu çalışmasında işçi de hayatını feda etmeyi göze almışsa, makasın çevrilip çevrilemeyeceği ihtimalini ise detaylı bir şekilde ele almamıştır. *Thomson*’un açıklamalarından bu konuda temkinli olduğunu söyleyebiliriz. *Thomson*’a göre bu derece bir fedakârlık tasvip edilemez⁸⁵. Örneğin, organ nakline ihtiyaç duyan beş hasta için kendi yaşamından feragat ederek organlarını bağışlamak isteyen birinin talebini hiç bir tıbbi kuruluş kabul edemez⁸⁶. Ancak, bu üzerinde ittifak olan bir görüş değildir; kendini feda etme yükümlülüğü altında olmayan kişinin buna rağmen fedakârlık göstererek hayatını feda etmesi birçok kimseye göre haksız olmayabilir; hatta kahramanlık olarak nitelenebilir⁸⁷. *Thomson*’un temkinli olmasının nedeni budur.

⁸¹ Thomson, “Turning,” 366.

⁸² Thomson, “Turning,” 365.

⁸³ Thomson, “Turning,” 367.

⁸⁴ Thomson, “Turning,” 369.

⁸⁵ Thomson, “Turning,” 366.

⁸⁶ Thomson, “Turning,” 367.

⁸⁷ Thomson, “Turning,” 367.

Thomson, çalışmasının sonunda şu soruya yanıt aramıştır: *Tramvay problemi* diye bir problem yoksa yani *tramvay kurgusunda* da davranış tıpkı *şişman adam* ve *organ nakli cerrahisi* kurgularında olduğu gibi haksızsa neden defalarca kez tekrarlanan ampirik çalışmalarda insanların ekseriyeti (*Thomson*'un paylaştığı bir ankete göre katılımcıların yüzde 93'ü) *tramvay kurgusunda* davranışın haksız olmadığı kanaatinde iken *şişman adam* ve *organ nakli cerrahisi* kurgularında davranışın haksız olduğu kanaatindedir? *Thomson*, bu sorunun yanıtında *Friedman*'ın "faydacı düşüncenin bilinçaltı çekiciliği" şeklinde ifade edebileceğimiz argümanını biraz daha genişletmiştir. *Thomson*'a göre literatürde *tramvay problemi* ile ilgili tartışmalarda başvurulan ve birbirleri ile karşılaştırılan kurguların ortak noktası, çoğunluğu kurtarmak için başvurulan ve azınlığın ölmesi ile sonuçlanan davranışların kötülük/şiddet (*drastic*) derecesidir⁸⁸. *Şişman adam* ve *organ nakli cerrahisi* kurgularında faydacı düşüncenin cazibesine kapılmamızın nedeni, başvurulan araç fiillerin son derece rahatsız edici olmasıdır⁸⁹. *Tramvay kurgusunda* araç fiil olan "makası çevirme" ise kendi başına rahatsız edici değildir; ancak araç fiil rahatsız edici olmasa da diğer kurgularda olduğu gibi bir haksızlığa sebebiyet vermiştir; bu yüzden diğerleri ile arasında bir fark yoktur⁹⁰.

Sonuç olarak *Thomson*'a göre *tramvay kurgusu* ile diğer kurgular arasında araç fiilin rahatsız edicilik derecesi bakımından bir farklılık olsa da bu üç kurguda da davranış haksız olduğu için *tramvay problemi* diye bir problem yoktur.

Bir benzetmeyle ifade etmek gerekirse; ilk kez 1966 yılında *Foot*'un amaç ve sonuç itibarıyla özdeş olan olaylara ilişkin değer yargıları arasındaki farklılığa dikkat çekmesiyle başlayan tramvay yolcuğu, çeyrek yüzyılı aşkın bir süre boyunca *Thomson*'un kaptanlığında devam etmiştir. Ancak *Thomson*, en nihayetinde, 32 yıl sonra, "*Foot* haklıydı" demek suretiyle yolculuğunu sonlandırmıştır.

Thomson'dan boşalan kaptan koltuğuna *Frances Myrna Kamm* oturmuştur. *Kamm*'a göre *Thomson* yanılmaktadır; haklı olsa idi şu kurguda da faydacı düşüncenin bilinçaltı çekiciliğine kapılmamız gerekirdi: "*İki tramvay vardır. Birinci tramvayın freni boşalır ve müdahale edilmezse beş*

⁸⁸ Thomson, "Turning," 374.

⁸⁹ Thomson, "Turning," 373.

⁹⁰ Thomson, "Turning," 373.

işçinin ölmesine neden olacaktır. İkinci tramvay kendi güzergâhında ilerlediğinde herhangi bir zarara yol açmayacaktır. İkinci tramvayın yönü değiştirilir ve birinci tramvaya çarpması sağlanırsa birinci tramvay duracak ve böylece beş işçi hayatta kalacaktır. Ancak, ikinci ve birinci tramvay arasında bir işçi bulunmaktadır; ikinci tramvay birinciye çarpmadan önce işçiye çarpacak ve işçi hayatını kaybedecektir”⁹¹.

Kamm’a göre iki tramvay kurgusunda salt ikinci tramvayın yönünün değiştirilmesi tıpkı tramvay kurgusunda makasın çevrilmesinde olduğu gibi kendi başına rahatsız edici değildir. Thomson’a göre tramvay kurgusunda insanların davranışın haksız olmadığını düşünmelerinin başka bir ifadeyle “faydacı düşüncenin bilinçaltı çekiciliği”ne kapılmalarının nedeni, makası çevirme şeklindeki davranışın kendi başına rahatsız edici olmamasıdır. Bu doğru olsa idi; iki tramvaylı kurguda da -ikinci tramvayın yönünün değiştirilmesi kendi başına rahatsız edici olmadığı için- insanların faydacı düşüncenin bilinçaltı çekiciliğine kapılmaları gerekirdi. Kamm’a göre, Thomson’un düşündüğünün aksine insanların tramvay kurgusunda davranışın haksız olmadığını düşünmesine neden olan başka faktörler vardır⁹². Alt başlıkta Kamm’ın yaklaşımını ele alacağız.

4. Frances Myrna Kamm’ın Yaklaşımı

Kamm’ın tramvay problemine ilişkin birçok çalışması bulunmaktadır; Kamm’ın bu çalışmalarda yaptığı, bir kurgu üzerinden çözüm üretmek sonra ortaya koyduğu çözümü başka bir kurgu ile sınamak sonra yeni bir çözüm ortaya koymak ve benzeri şekilde bu yöntemi devam ettirmek suretiyle en nihayetinde sorunu ve çözümü genelleştirmektedir.

Bu yüzden Kamm’ın tramvay problemi ile ilgili çalışmalarında çok fazla kurgu vardır. Çalışmamızın hacmini daha fazla genişletmemek için bu kurguların tamamı üzerinde durmayacağız.

Kamm’a göre Foot ve Thomson, yanlış soruya yanıt aramıştır. Thomson ve Foot, açısından tramvay probleminin çözümüde “kim” sorusu belirleyicidir. Yazarlara göre, tramvay kurgusundaki ikilemlerde hem çoğunluk hem de azınlık bakımından negatif yükümlülük altında olan kişinin daha az zararlı olanı tercih etmesi gerekirken; çoğunluk açısından pozitif,

⁹¹ Frances M. Kamm, “Lecture II: How Was the Trolley Turned? ” içinde *The Trolley Problem Mysteries*, ed. Eric Rakowski (New York: Oxford University Press, 2016): 61.

⁹² Kamm, “Lecture II,” 61.

azınlık açısından ise negatif yükümlülük altında olan kişinin negatif yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. *Kamm*'a göre, *tramvay problemi* “kim” sorusunun yanıtı ile değil, “nasıl” sorusunun yanıtı ile çözümlenmelidir: **(1) Çoğunluk nasıl kurtarılmaktadır? (2) Azınlığın ölmesine nasıl neden olunmaktadır?**⁹³.

Kamm, nedensellik kavramını esas alarak, *Thomson* ve *Foot*'a nazaran karmaşık bir çözüm ortaya koymuştur. Biz de bu çalışmayı hazırlarken en çok *Kamm*'ın yaklaşımını anlamada zorlandık. ***Kamm*'a göre tramvay kurgusunda davranış haksız değildir; çünkü tramvay kurgusunda beş kişinin yaşamını tehdit eden tek şey, frenleri boşalan tramvaydır ve beş kişinin kurtarılması tramvayın yönünün değiştirilmesinin nedensel olmayan öteki görünüşüdür (non causal flip side of removing the trolley)**⁹⁴. “Nedensel olmayan öteki görünüş” terimi, *Kamm*'ın *tramvay problemine* ilişkin çözüm önerisinin merkezi kavramlarından birisidir. *Kamm*, çeşitli örnekler verse de, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymamıştır. *Kamm*'ın karmaşık çözümünün anlaşılabilmesi için bu terimin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Tramvayın yönünün değişmesi ile beş kişinin kurtarılmış olması arasında doğal bir nedensellik yoktur. Zira doğal anlamda nedensellikte “olmasaydı olmazdı” durumu vardır. *Tramvay kurgusunda* ise “olmasaydı olurdu” değerlendirmesi vardır: *tramvayın yönü çevrilmeseydi beş kişi ölürdü*. Bu yüzden *Kamm*'a göre, beş kişinin kurtarılması ile tramvayın yönünün değişmesi arasındaki ilişki doğal bir nedensellik ilişkisi değil, kurucu bir ilişki (*constitutive relation*)'dir⁹⁵. “Nedensel olmayan öteki görünüş” teriminde yer alan “nedensel olmayan” ifadesinin anlamı budur. “Öteki görünüş” ifadesinin anlamını ise *Thomson*'a göre hareket kavramının metafiziğinde aramak gerekir⁹⁶. Tramvayın yönünün değişmesi beş kişinin de kurtarılmasıdır. Yani tramvayın yönünün değişmesi = beş kişinin kurtarılmasıdır⁹⁷. Bu ikisi bir madalyanon iki yüzü gibidir; bir yüz, tramvayın yönünün değişmesi iken öteki yüz, beş kişinin kurtarılmış olmasıdır. Bir işçinin ölmesi neticesi, beş kişinin kurtarılması durumu ile tramvayın yönünün değişmesi durumu arasındaki nedensel olmayan ilişkiyi kuran araç davranışın (makasın çevrilmesinin)

⁹³ Kamm, “Lecture II,” 59.

⁹⁴ Kamm, “Lecture II,” 62.

⁹⁵ Kamm, “Lecture II,” 62.

⁹⁶ Judith J. Thomson, “Kamm on the Trolley Problems ” içinde *The Trolley Problem Mysteries*, ed. Eric Rakowski (New York: Oxford University Press, 2016): 122.

⁹⁷ Thomson, “Kamm,” 122.

neticesi olduğu için haksız değildir⁹⁸. Başka bir ifadeyle *Tramvay kurgusunda* davranışın haksız olmamasının nedeni, beş kişinin kurtarılmasının bir kişinin ölmesine neden olmasıdır. *Organ nakli, şişman adam* ve bir üst başlığın sonunda yer verdiğimiz *iki tramvay* kurgularında ise bir kişinin ölmesi, beş kişinin kurtarılmasından kaynaklanmamaktadır⁹⁹.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Kamm*'a göre, tramvayın yönünün değişmesi ile beş işçinin kurtarılması bir madalyonun görünüşü farklı ve fakat özü aynı olan iki yüzü gibidir (tramvayın yönünün değişmesi = beş kişinin hayatının kurtarılması). İkisi de aynı olduğu için tramvayın yönünün değiştirilmesinin bir kişinin ölmesine neden olması ile beş kişinin tramvayın güzergâhından çıkarılmasının bir kişinin ölmesine neden olması arasında bir farklılık yoktur; iki ihtimalde de davranış haksız değildir¹⁰⁰. Örneğin, beş işçi dönebilen bir platformun üzerinde çalışmaktadır. Bir tramvayın freni boşalır. İşçilerin kurtarılmasının tek yolu, platformun mekanizmasının çalıştırılmasıdır. Platform döndürüldüğünde beş işçi kurtulacak ancak platformun çarptığı kayalardan biri bir işçinin ölmesine neden olacaktır. *Kamm*'a göre, *tembel suzan* (lazy suzan) olarak adlandırdığı bu kurguda da davranış haksız değildir¹⁰¹. Bu kurguda dikkat edilecek olursa işçinin ölmesine neden olan tramvay değil, başka bir nedendir (düşen kayalar). Dolayısıyla *tramvay kurgusunda* davranışın haksız olmamasının esas nedeni hayatını kaybeden işçinin aynı tehlikeye (frenleri boşalan tramvay) maruz kalması değildir; davranışın haksız olmaması, yukarıda açıkladığımız *nedensel olmayan öteki görünüş* kavramıyla yani nedensellik ile ilgilidir¹⁰².

Kamm'ın yaklaşımında önemli olan bir husus da çoğunluğu kurtarmak için ölmesine neden olunan kişinin tehlikeye maruz bırakıldığı andır; davranışın haksız olmaması için bu an, beş kişiye yönelen tehlikenin ortadan kalktığı andan önce olmamalıdır¹⁰³. Aksi halde bir işçinin ölmesinin nedeni, beş kişinin kurtarılması ile onlara yönelen tehlikenin ortadan kaldırılması arasındaki nedensel olmayan ilişkiyi kuran araç davranış olmaz. *İki tramvay kurgusunda* davranışın haksız olmasının nedeni, freni boşalan tramvaya

⁹⁸ Kamm, "Lecture II," 63.

⁹⁹ Kamm, "Lecture II," 63.

¹⁰⁰ Kamm, "Lecture II," 63.

¹⁰¹ Thomson, "Kamm," 122.

¹⁰² Kamm, "Lecture II," 64.

¹⁰³ Kamm, "Lecture II," 63.

çarparak yönünü değiştiren ikinci tramvayın bu çarpışmadan önce işçiye çarpmış olmasıdır¹⁰⁴.

C. Diğer Yaklaşımlar

Tramvay problemi, ahlak ve hukuk gibi normatif disiplinlerin yanında nöroloji, psikoloji gibi farklı disiplinlerde de çalışılmaktadır. Normatif disiplinler, esas olarak, normatif meseleleri konu edinirken doğa bilimleri ise deskriptif meseleleri konu edinmektedir. *Tramvay problemindeki* sorun, hem deskriptif hem de normatiftir. Zira, *tramvay problemini* şu iki soru karakterize etmektedir:

(1) Amaç ve sonuç itibarıyla aynı olmalarına rağmen insanların ekseriyeti neden *tramvay kurgusunda* fiilin haksız olmadığını düşünürken *şişman adam* ve *organ nakli cerrahı* kurgularında davranışın haksız olduğunu düşünmektedir?

(2) Çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunması hangi koşullarda haksız değildir?

Birinci soruda problem *deskriptif*, ikinci soru da ise *normatif* niteliktedir. Farklı ülkelerde tekrarlanan ampirik çalışmaların benzer sonuçlar vermesi, meselenin kültürel farklılıklara duyarlı olmadığını, insanoğlunun doğasıyla ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Sinirbilim ve psikoloji, insan zihninin doğasını konu edinen disiplinlerdir. *Tramvay problemindeki* normatif sorunun çözümü deskriptif sorunun çözümüne bağlıdır. Bu yüzden bu başlık altında sinirbilim ve psikoloji çalışan yazarların *tramvay problemindeki* deskriptif soruya yönelik yanıtları üzerinde duracağız.

2001 yılında *Greene v.d.* tarafından FMRI (fonksiyonel manyetik rezonans görüntüleme) ile yapılan bir çalışmada *tramvay probleminin* nöral kaynağı incelenmiştir¹⁰⁵. Bu çalışmaya göre *şişman adam kurgusunda* beynin duygularla ilişkili kısımlarının (*orta frontal girus, angular girus*), *tramvay kurgusunda* ise beynin mantık ve bilişsel kontrol içeren kısımlarının (*sağ orta frontal girus, sol ve sağ paryetal lobların*) daha aktif olduğu gözlemlenmiştir¹⁰⁶. *Tramvay probleminde* kavram inşası, sistematik karar verme, analitik değerlendirme gibi karmaşık zihinsel becerileri kapsayan üst

¹⁰⁴ Kamm, "Lecture II," 63.

¹⁰⁵ Green v.d., "An fMRI", 2105-2108.

¹⁰⁶ Green v.d., "An fMRI", 2107.

mertebe bilişsellik (*higher-order cognition*) ile beynin duygusal tepki merkezi arasında çatışma vardır¹⁰⁷.

Green v.d., *tramvay kurgusunda* beynin bilişsel kontrol içeren kısmını, *şişman adam kurgusunda* ise beynin duyularla ilgili kısımlarını harekete geçiren dış dünyaya ait objektif gerçekliklerin neler olduğu sorununu, “kişisel olan” ve “kişisel olmayan” şeklindeki kavramsal bir ayırımla çözümlenmeye çalışmışlardır¹⁰⁸. *Green v.d.*, bu iki kavramı 2009 yılındaki başka bir çalışmada ele almıştır¹⁰⁹. *Green v.d.*'nin *tramvay problemine* ilişkin yanıtların mekânsal yakınlık, fiziksel temas gibi değişkenlerle ilişkisini değerlendirdiği bu çalışmada, terminolojik bir farklılığa gidilmiş ve “kişisel kuvvet (*personal force*)” terimi kullanılmıştır. *Green v.d.*'nin “kişisel kuvvet” ile kast ettiği, kas kasılmaları şeklindeki fiziksel değişikliğin doğrudan sonucu olan kuvvettir¹¹⁰. Yazarlara göre *tramvay kurgusunda* fiil, kişisel kuvvet içermezken, *şişman adam kurgusunda* kişisel kuvvet içermektedir:

“Başkalarını etkileyen tüm iradi eylemler kas kasılmalarını içerse de, mutlaka başka bir kişiye kişisel güç uygulanmasını gerektirmezler. Örneğin, birine silahla ateş etmek veya bir mekanizmanın kolunu serbest bırakarak birinin üzerine ağırlık düşürmek kişisel kuvvet içermez; çünkü bu tür durumlarda mağdurların zarar görmesinin temel nedeni olan kuvvet, kişisel kuvvet değil, ateş alma ve yerçekimi gibi diğer kuvvetlerdir”¹¹¹.

¹⁰⁷ *Green v.d.*'nin çalışmasının üst merteye bilişsellik ve beynin duygusal tepki merkezi arasındaki ilişkiyi göstermekle birlikte duygusal tepkilerle normatif değerlendirmeler arasındaki bağlantıyı göstermediği belirtilmektedir. Duygusal tepkilerle normatif değerlendirmeler arasındaki bağlantıyı ele alan çalışmalarda vardır. Örneğin, *Mendez/Anderson/Shapira*'nın yaptığı bir çalışmaya göre, *frontotemporal demans* hastaları büyük ölçüde *şişman adam kurgusunda* davranışın haksız olmadığını kabul etmektedir. Mario F. Mendez, Eric Anderson ve Jill S. Shapira, “An Investigation of Moral Judgement In Frontotemporal Dementia,” *Cognitive and Behavioral Neurology* 18, no. 4, (2005): 193–197.

¹⁰⁸ Yazarlar bu ayırımın sorunu büyük ölçüde çözümlenmekle birlikte kesin olmadığını da kabul etmektedir: “*Kişisel-kişisel olmayan* ayrımı, yaptığımız çalışmalardaki sonuçları yanıtsıtmaktadır; ancak bu ayırımın ele aldığımız ikilemlerin altında yatan sorunu kesin bir şekilde çözümlendiğini de iddia etmiyoruz”. *Green v.d.*, “An fMRI”, 2107.

¹⁰⁹ Joshua D. Greene, Fiery A. Cushman, Lisa E. Stewart, Kelly Lowenberg, Leigh E. Nystrom ve Jonathan D. Cohen, “Pushing Moral Buttons: The Interaction Between Personal Force and Intention in Moral Judgment,” *Cognition* 111, no. 3 (2009): 364–371.

¹¹⁰ *Greene v.d.* “Pushing,” 365.

¹¹¹ *Greene v.d.* “Pushing,” 366.

Green v.d.'nin 2009 yılındaki çalışmasında kişisel kuvvet kriterine ilave bir kriter olarak "kast (*intention*)" eklenmiştir. *Green v.d.*'nin "kast" ile ifade etmek istediği kavram, yukarıda üzerinde durduğumuz çift etki doktrininin sübjektif unsuruna karşılık gelmektedir¹¹². *Green v.d.*'ne göre, çalışmalarında yer verdikleri deneylerde katımcıların yanıtları göstermiştir ki:

"Kast yoksa kişisel kuvvetin katımcıların değer yargıları üzerinde bir etkisi yoktur. ... ayrıca [yapılan ampirik çalışmalar] gösteriyor ki başkasının davranışına ilişkin değer yargılarında o kişinin kastının etki derecesi işin içine kişisel kuvvet de dahil olduğunda artmaktadır. [Bu çalışmalar] kişisel kuvvetin eksikliği halinde ise kastın bir etkisinin olmadığını göstermektedir"¹¹³.

Sonuç olarak, *Green v.d.*'ne göre, çift etki doktrininin dayandığı araç olma-yan etki olma ve kişisel kuvvet kullanma-kullanmama ayrımları, *tramvay problemi*nde deskriptif sorunu karakterize eden temel faktörlerdir¹¹⁴: **Çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın ölmesine neden olunması; (1) azınlık araçsallaştırılmışsa, (2) azınlığa kişisel kuvvet uygulanmışsa haksız görülmektedir.**

Dikkat edilecek olursa, *Green v.d.*'nin ortaya koyduğu çözüm, *tramvay problemi*ndeki iki farklı görüşün (çift etki doktrini ve *Thomson*'un 1986 tarihinde ortaya koyduğu çözümün) kombinasyonudur. Dolayısıyla, bu görüşlere yöneltilen yukarıda ele aldığımız eleştiriler, *Green v.d.*'nin çözümünü bakımından da geçerlidir. Ayrıca, *Green v.d.*'nin görüşlerine yazarların deneylerine konu ettikleri kurgularda değişiklik yapılarak da eleştiri getirilmiştir. Örneğin, *şişman adam kurgusunda* şişman adam elle itilme uzakta bir silahla vurularak şişman adamın tramvayın geçişine engel olması sağlansa yine ampirik çalışmalara göre davranış haksız olmaktadır; oysa bu kurguda kişisel kuvvet uygulama yoktur; tetiğe dokunmak, *tramvay kurgusundaki* makası çevirmekten daha kişisel değildir¹¹⁵.

Literatürde *tramvay problemi* ile ilgili bir başka önemli çalışma, 2007 yılında *Waldmann* ve *Dieterich* tarafından yapılmıştır. Yazarlar, nedensellik

¹¹² Greene v.d. "Pushing," 370.

¹¹³ Greene v.d. "Pushing," 369.

¹¹⁴ Greene v.d. "Pushing," 369.

¹¹⁵ Florian Cova, "What Happened to the Trolley Problem?" *Journal of Indian Council of Philosophical Research* 34, no. 3 (2017): 560.

kavramından hareketle sorunu çözümlenmeye çalışmıştır¹¹⁶. *Waldmann/Dieterich*'e göre, *tramvay problemine* konu kurgular arasındaki farklılık, neticenin (beş kişinin kurtarılmasının ve bir kişinin hayatını kaybetmesinin) nedensel olarak ortaya çıkış şekliyle kaynaklanmaktadır¹¹⁷.

Waldmann/Dieterich'e göre *tramvay problemine* konu kurgulara ilişkin değer yargıları arasındaki farklılık, nedenselliğe müdahalenin odak noktasından (*locus of intervention*) kaynaklanmaktadır. ***Tramvay kurgusunda davranışın haksız görülmemesinin nedeni, müdahalenin odak noktasının süje/ajan olması (agent intervention) iken organ nakli cerrahi/şişman adam kurgularında davranışın haksız görülmesinin nedeni, müdahalenin odak noktasının mağdur olmasıdır (patient intervention)***¹¹⁸.

Yazarlar, *tramvay problemini otobüs kurgusu* diye adlandırabileceğimiz yeni bir kurgu ile ele almışlardır. *Otobüs kurgusunun* işlevi, *Waldmann/Dieterich*'in hipotezinin hem *Green v.d.*'nin “kişisel kuvvet” kavramına dayanan çözüm önerisine hem de çift etki doktrinine yöneltilen eleştirilerden sıyrılmasını sağlayabilmesidir. *Otobüs kurgusuna* göre, frenleri boşalan ve engellenmediği takdirde tramvay hattında çalışmakta olan beş işçinin ölümüne neden olacak olan tramvayın güzargahına bir otobüs itilir. Bu otobüste bir yolcu vardır. Tramvay otobüse çarptığı için beş işçinin hayatı kurtulmuş otobüste bulunan yolcu ise hayatını kaybetmiştir¹¹⁹.

Yazarların 56 katılımcı ile yaptıkları deneye göre, otobüsteki yolcunun ölmesine neden olma haksızdır¹²⁰. *Waldmann/Dieterich*'e göre katılımcıların bu şekilde yanıt vermesinin nedeni, müdahalenin odak noktası mağdur olduğunda, değer yargılarının odak noktasının da mağdur olmasıdır; odak noktası mağdur olduğunda dış dünyadaki diğer değişiklikler (beş kişinin hayatını kaybetmesi) değer hükmü verenin dikkatinden kaçmaktadır¹²¹. *Waldmann/Dieterich*, bu durumu “müdahale miyopisi (*intervention myopia*)” olarak adlandırmaktadır¹²². *Waldmann/Dieterich*'e göre *tramvay problemine*

¹¹⁶ Michael R. Waldmann ve Jörn H. Dieterich, “Throwing a Bomb on a Person versus Throwing a Person on a Bomb: Intervention Myopia in Moral Intuitions,” *Psychological Science* 18, no. 3 (2007): 248.

¹¹⁷ Waldmann ve Dieterich, “Throwing a Bomb,” 252.

¹¹⁸ Waldmann ve Dieterich, “Throwing a Bomb,” 248.

¹¹⁹ Waldmann ve Dieterich, “Throwing a Bomb,” 248.

¹²⁰ Waldmann ve Dieterich, “Throwing a Bomb,” 252.

¹²¹ Waldmann ve Dieterich, “Throwing a Bomb,” 249.

¹²² Waldmann ve Dieterich, “Throwing a Bomb,” 249.

konu kurgulara ilişkin değer yargularımız arasındaki farklılığın altında yatan psikolojik süreçler, müdahale miyopisinden muzdariptir. *Waldmann/Dieterich*, müdahale miyopisinin diğer netice (beş kişinin ölmesi) bakımından körlüğe yol açtığını iddia etmemektedir; yazarlara göre müdahalenin odak noktası mağdur olduğunda, tabiri caizle spot ışığı mağdura çevrilmekte davranışın neden olabileceği diğer netice (beş kişinin ölmesi) dikkatten kaçacak ölçüde karanlıkta kalmaktadır¹²³.

Otobüs kurgusunda şişman adam ve organ nakli cerrahı kurgularından farklı olarak mağdurun vücuduna fiziksel temas yoktur. *Otobüs kurgusu* bu özelliği ile, yukarıda üzerinde durduğumuz, *Green v.d.*'nin "fiziksel kuvvet" kavramı temelinde ortaya koyduğu çözüme bir eleştiri mahiyeti taşıdığı gibi, yine bu özelliği dolayısıyla, *Green v.d.*'nin çözümüne yöneltilen eleştirilerden sıyrılmaktadır. Benzer durum çift etki doktrini için de geçerlidir. Çift etki doktrinine göre, *tramvay kurgusunda* hayatını kaybeden işçi araçsallaştırılmamıştır; *organ nakli cerrahı* ve *şişman adam* kurgularında ise hayatını kaybeden kişi araçsallaştırılmıştır. Çünkü *tramvay kurgusunda* işçi diğer tramvay hattında bulunmasaydı makasın çevrilmesiyle hiç kimse zarar görmeden beş kişinin hayatı kurtarılmış olacaktı. *Organ nakli cerrahı* ve *şişman adam* kurgularında ise hayatını kaybeden kişi olmazsa beş kişinin hayatı kurtarılamamaktadır. *Otobüs kurgusunda* da yolcu otobüste olmasa yine beş kişinin hayatı kimseye zarar vermeden kurtarılmış olmaktadır; ancak buna rağmen *tramvay kurgusundan* farklı olarak *otobüs kurgusunda* fiilin haksız olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla *Waldmann/Dieterich*'in *otobüs kurgusu*, çift etki doktrini bakımından sorun teşkil ettiği gibi, çift etki doktrinine yukarıda *döngü varyantı kurgusu* ile yöneltilen eleştirilerden de sıyrılmaktadır.

Waldmann/Dieterich'in görüşü, *Thomson*'un, 1986 yılında savunduğu, hak konseptine dayanan görüşe benzemektedir. Ancak iki görüş arasında farklılık vardır. *Thomson*'un hak konseptine dayanan görüşüne göre, var olan bir tehlikenin yönünü değiştirmekle (*tramvay kurgusunda* olan budur), yeni bir tehlike yaratmak (*organ nakli cerrahı* ve *şişman adam* kurgularında olan budur) arasında fark vardır. "Var olan tehlike" ve "yeni bir tehlike yaratma" kavramları, *Waldmann/Dieterich*'in "ajan müdahalesi" ve "mağdur müdahalesi" kavramları ile içerik olarak örtüşmektedir. Ancak, *Thomson*, *tramvay probleminin* çözümünde "var olan tehlike" ve "yeni bir tehlike

¹²³ Waldmann ve Dieterich, "Throwing a Bomb," 249.

yaratma” ayırımına ilave bir kriter olarak “önemli hak ihlali” kriterini eklemektedir¹²⁴. Thomson’a göre, *tramvay kurgusunda* davranışın haksız olmamasının nedeni, “makası çevirmek” davranışının sonuçtan soyut olarak, kendi başına önemli bir hak ihlaline yol açmamasıdır. Thomson’un “önemli hak ihlali” kriteri normatif bir kriterdir ve yukarıda üzerinde durduğumuz üzere belirsizlik içermektedir. *Waldmann/Dieterich*, ontolojik olarak olgusal nitelikte olan “ajan müdahalesi” ve “mağdur müdahalesi” kavramlarına, normatif bir kriter eklemeyerek Thomson’dan ayrılmaktadır. Zaten yazarların yapmaya çalıştığı, ontolojik olarak *tramvay problemi*deki psikolojik gerçekliği ortaya koymaktır. Ayrıca, *Waldmann/Dieterich*’in *otobüs kurgusu*, Thomson’un ikinci kriterini çürütecek niteliktedir. Zira otobüs kurgusunda “otobüsün itilmesi” sonuçtan soyut olarak, tek başına önemli bir hak ihlaline neden olmamasına rağmen katılımcılara göre yine de bir haksızlığa vücut vermektedir.

Bahse konu güçlü yönlerine rağmen *Waldmann/Dieterich*’in görüşü de bazı kurgularda başarılı olmadığı ve dolayısıyla yeterince kapsayıcı olmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir¹²⁵.

Buraya kadar, *tramvay problemi* ve *tramvay probleminin* çözümüne yönelik görüşlerin üzerinde durduk. Sonuç olarak, *tramvay probleminde*, en azından günümüz itibarıyla, herkesi tatmin eden bir çözüm henüz ortaya konulamamıştır. *Tramvay problemine* ilişkin çalışmalarda 1967 yılından beri yapılan; önceki çalışmalardaki çözüm önerilerini başka kurgularla test edip çürütmek ve yeni bir çözüm önerisinde bulunmaktır. *Tramvay problemine* ilişkin bu diyalektik sorunun nedeni, her somut olayda süje, zarar gören, korunan, zarar, tehlike, zarar ya da tehlikeye neden olan araç, zarar ya da tehlikenin ortaya çıktığı koşullar vs. gibi birçok değişkenin bulunması, ampirik çalışmalara katılanların değer yargılarının bu değişkenlere duyarlı olması ve tüm bu değişkenleri kapsayacak şekilde basit bir çözüm ortaya koymanın güç olmasıdır.

Normatif sistemlerin temel özelliği (ve amacı), haksız ya da haksız olmayı ortaya koymak, haksız olan için müeyyide belirlemek ve böylece insan davranışlarını yönlendirerek düzeni sağlamaktır. Çoğunluk ile masum azınlığın yaşama haklarının çatıştığı olaylarda süje bir seçim yapmak

¹²⁴ Thomson, “The Trolley Problem,” 1411.

¹²⁵ Cova, “What Happened,” 561 vd.

zorundadır; ya beş kişinin ölmesine izin verecek ya da bir kişinin ölmesine neden olacaktır. Süjenin bu tür ikilemlerde ne şekilde hareket etmesi gerektiği sorusuna ceza hukukunun bir yanıt vermesi zorunludur. Zira ortada, “spor mu yapmalı mıyım, yemek mi yemeliyim” türünden bir soru yoktur; ortada, ceza hukukunun korumayı amaçladığı en temel hukuki varlığa (yaşama hakkı) ilişkin bir soru vardır. Çalışmanın devamında *tramvay problemi* ceza hukuku bakımından ele alınacaktır.

II. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN “TRAMVAY PROBLEMİ”

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilebilmesi için “*ceza hukukunda masum azınlığın ölmesine neden olunmasına izin verilen durumlar var mıdır?*” sorusuna olumlu yanıt verilmesi gerekir. Zira, ceza hukukunda masum azınlığın yaşamını kaybetmesine neden olunmasının her durumda haksız olduğu kabul edildiğinde hem *tramvay kurgusunda* hem de *organ nakli cerrahisi kurgusunda* davranış haksız olmakta “problem” olarak nitelenebilecek bir zıtlık söz konusu olmamaktadır.¹²⁶

Ceza hukukunda *tramvay problemine* ilişkin bir diğer sorun, *tramvay probleminin* ceza hukukunun hangi kurumuyla ilgili olduğudur. Fiil, bir yandan bir menfaati korurken öte yandan başka bir menfaati de ihlal ediyorsa menfaatler çatışmasından söz edilir.¹²⁷ Ceza hukukunun *tramvay problemindeki* menfaatler çatışması ile ilgili olan kurumları, *zorunluluk hali* ve *yükümlülükler çatışmasıdır*.¹²⁸

Yükümlülükler çatışması ve zorunluluk hali arasındaki farklılık, zorunluluk halinde failin bir menfaati koruma yükümlülüğü altında olmamasıdır.¹²⁹ Örneğin, açlıktan ölmek üzere olan dağcı, bir çobanın

¹²⁶ Aynı değerlendirme tersi için de geçerlidir. Çoğunluğun kurtarılması için masum azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunması her durumda hukuka uygun kabul edilirse yine *tramvay problemine* konu kurgular arasında bir zıtlık söz konusu olamayacağından *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilemez.

¹²⁷ Eric Hilgendorf, “The Dilemma of Autonomous Driving: Reflections on The Moral and Legal Treatment of Automatic Collision Avoidance Systems,” içinde *Digitization and the Law*, eds. Eric Hilgendorf, Jochen Feldle (Baden-Baden: Nomos, 2018): 60.

¹²⁸ Ivó Coca-Vila, “Conflicting Duties in Criminal Law,” *New Criminal Law Review* 22, no. 1 (2019): 39.

¹²⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 353.

yiyeceğini izinsiz alırsa zorunluluk hali vardır; ancak yükümlülükler çatışması yoktur; çünkü dağcının kendi hayatını koruma yükümlülüğü yoktur. Örnekte dağcı, çobanın yiyeceğini çocuğunun hayatını kurtarmak için almış olsaydı yükümlülükler çatışmasından söz edilirdi. Çünkü bu ihtimalde dağcı bir yandan çocuğunun hayatını korumak (TCK m. 83) öte yandan başkasına ait bir eşyayı onun rızası hilafına almamak (TCK m. 141) yükümlülüğü altındadır.

Kasten öldürme suçu (TCK m. 81), herkese öldürmeme yükümlülüğü getirdiği için *tramvay problemi*ne konu kurgularda masum azınlık bakımından öldürmeme yükümlülüğünün bulunduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Bu yüzden, *tramvay probleminin* zorunluluk haliyle mi yoksa yükümlülükler çatışması ile ilgili mi olduğu sorusunun yanıtı, *tramvay problemi*ne konu kurgularda çoğunluğun yaşamını kurtarma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorusuna verilecek yanıtı bağlıdır. Çoğunluğun yaşamını kurtarma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilirse *tramvay problemi* yükümlülükler çatışması ile ilgili olmaktadır. Böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı kabul edilirse *tramvay problemi* yükümlülükler çatışması ile ilgili olmamaktadır.

Ceza hukukunda tramvay problemine ilişkin bu sorunlar, aşağıda Alman ve Türk ceza hukuku bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

B. Alman Ceza Hukuku Bakımından “Tramvay Problemi”

11 Eylül 2001 yılında Amerika’da ikiz kulelere düzenlenen saldırı diğer birçok ülkede olduğu gibi Almanya’da da hava trafiği güvenliğini önemli bir mesele haline getirmiştir. 2003 yılında bir akıl hastasının kullandığı küçük bir uçakla Frankfurt’taki bir gökdelene çarpacağı tehdidinde bulunmasından sonra 2004 yılında hava yolları güvenliği ile ilgili tedbirler içeren bir kanun (*Luftsicherheitsgesetz-LuftSiG*) çıkarılmıştır¹³⁰. Bu kanunun hava kuvvetlerine gerektiğinde sivilleri taşıyan uçakları düşürme yetkisi vermesi, özgürlük-güvenlik dengesini orantısız bir şekilde güvenlik lehine bozduğu gerekçesiyle yoğun eleştirilere neden olmuştur¹³¹.

¹³⁰ Tatjana Hörnle, “Hijacked Airplanes: May They Be Shot Down?,” *New Criminal Law Review* 10, no. 4 (2007): 582. 11 Eylül sonrası Almanya’da yapılan yasal düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Oliver Lepsius, “Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany,” *German Law Journal* 5, no. 5 (2004): 439 vd.

¹³¹ Oliver Lepsius, “Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-

Söz konusu düzenlemeye göre, “içinde bulunulan koşullar, bir hava aracının insanları öldürmek için kullanıldığını gösteriyorsa ve bu tehlikeyi engellemenin başka yolu yoksa silah kullanılabilir”¹³². Düzenlemeye konu olan durum ile *tramvay problemine* konu olan kurguların ortak özelliği, çoğunluğun hayatını kurtarmanın azınlığın hayatını kaybetmesine bağlı olmasıdır. Farklılık, -kaçırılan hava aracının terör saldırısında kullanılacağı ve uçaktaki sivillerin hayatını kaybedeceği açıksa- bu araç düşürülse de düşürülme de uçaktaki masum kişilerin hayatını kaybedecek olmasıdır¹³³. *Tramvay problemine* konu kurgularda ise tehlikenin yönü değiştirilmedikçe masum üçüncü kişiler hayatta kalmaktadır

Tramvay kurgusundaki çok olanın az olana üstünlüğü ve çoğunluğu kurtarma niyeti argümanlarına eklenen bu ilave “her halükarda öleceklerdi” gerekçesine rağmen Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 15.02.2006 tarihinde, iki temel gerekçeyle içinde sivillerin bulunduğu hava araçlarını düşürme yetkisi veren düzenlemenin Federal Almanya Anayasası’na aykırı olduğuna hükmetmiştir¹³⁴:

(1) Federal Almanya Anayasası’nın 35. maddesine göre, askeri silahlar yalnızca savaş halinde kullanılabilir. Savaş hali dışında kamu güvenliğine yönelik tehlikeleri bertaraf etme görev ve yetkisi eyaletlere aittir.

(2) İçerisinde masum kişilerin bulunduğu hava araçlarını düşürmek Federal Almanya Anayasası’nda teminat altına alınmış insan onuruna aykırıdır.

Federal Almanya Anayasası m. 1’e göre, “İnsan onuru dokunulmazdır. Tüm devlet otoritesi insan onuruna saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür”¹³⁵. İnsan onuruna ilişkin bu düzenlemeye Anayasa’nın ilk maddesinde yer verilmesinin tarihsel nedeni, 2. Dünya Savaşı’ndaki acı

transport Security Act,” *German Law Journal* 7, no. 9 (2006): 763; Lukas Frederik Müller, “Identifying German Legal Approaches to Terror—How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting Down of a Hijacked Planes,” *German Law Journal* 19, no.1 (2018): 116; Thomas Weigend ve Khalid Ghanayim, “Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law,” *Israel Law Review* 44, no. 1-2 (2011): 201-202; M. Beltrán de Felipe ve J. M. Rodríguez de Santiago, “Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We’re Humanists,” *European Public Law* 14, no. 4 (2008): 568.

¹³² Hörnle, “Hijacked,” 582-583; Lepsius, “Human Dignity,” 761-762.

¹³³ Müller, “Identifying,” 125 vd.

¹³⁴ Mahkeme kararını aktaran: Hörnle, “Hijacked,” 582-583.

¹³⁵ Tatjana Hörnle, “Shooting Down a Hijacked Plane—The German Discussion and Beyond,” *Criminal Law and Philosophy* 3, no. 2 (2009): 112.

tecrübelerdir¹³⁶. Düzenlemenin en temel özelliği, insan onurunu Federal Almanya Anayasası'nda istisnası olmayan tek hak olarak düzenlemiş olmasıdır¹³⁷. Tıpkı Türk Anayasası'nda olduğu gibi Federal Almanya Anayasası'nda da hak ve özgürlüklerin istisnalarına yer verilmiştir. Örneğin, Federal Almanya Anayasası m. 2/2'ye göre, "herkes yaşama hakkına... sahiptir. ...bu [hak] yalnızca hukuka uygun bir şekilde sınırlanabilir".

"İnsan onuru" kavramı, "özel hayata saygı hakkı", "yaşama hakkı", "cinsel haklar" gibi birçok hakkı kapsayan esnek bir kavramdır; insan onuru kavramının bu özelliği Mahkeme'ye birey açısından geniş bir koruma alanı yaratma ve bu suretle kanun koyucuyu sınırlama imkânı sağlamaktadır¹³⁸.

Mahkeme, çoğunluğun hayatını kurtarmak için içinde masum kişilerin bulunduğu bir hava aracının düşürülmesi halinde bu kişilere "salt obje" olarak davranılmış olunacağını, ölüm neticesinin kısa süre sonra beklendiği bu gibi hallerde dahi herkesin yaşama hakkının eşit olduğunu, aksini kabülün insan onuruna aykırı olduğunu belirtmiştir¹³⁹. Anlaşılacağı üzere Mahkeme söz konusu düzenlemeyi iptal ederken "insan onuru" kavramını, *Kant*'ın "*öyle davran ki insanlık her zaman amacın olsun asla salt araç olmasın*" imperatifi ile temellendirmiştir¹⁴⁰. Uçak ya da devlet otoritesi tarafından havada infilak ettirilecek ya da bir terör saldırısını gerçekleştirmek için teröristlerce kullanılacaktır. İki durumda da uçaktaki masum sivillerin kendi hayatlarını koruma imkânı yoktur; iki durumda da uçaktaki siviller bir amacın gerçekleştirilmesi için araçsallaştırılmaktadır; bu amaç devlet için çoğunluğu korumak, teröristler için ise bir terör saldırısını gerçekleştirmektir¹⁴¹.

Mahkeme'nin Anayasa'ya aykırı bulduğu düzenlemenin özünde, askeri makamların hava aracında olmayan insanları koruma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) ile uçaktaki masum sivilleri öldürmeme yükümlülükleri (negatif yükümlülük) arasında çatışma vardır; dolayısıyla mahkeme kararına konu düzenleme ceza hukukunda *yükümlülükler çatışması* ile ilgilidir¹⁴². Alman Ceza Kanunu'nda (ACK) yükümlülükler çatışmasına özgülenmiş bir

¹³⁶ Müller, "Identifying," 118-119.

¹³⁷ Müller, "Identifying," 118; Lepsius, "Human Dignity," 768-769.

¹³⁸ Miriam Gur-Arye ve Thomas Weigend, "Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives," *Israel Law Review* 44, no. 1-2 (2011): 69 ss. 63-89; Lepsius, "Human Dignity," 769.

¹³⁹ Hörnle, "Hijacked," 583.

¹⁴⁰ Felipe, Santiago, "Shooting Down," 572.

¹⁴¹ Felipe, Santiago, "Shooting Down," 572.

¹⁴² Hörnle, "Shooting Down," 125-126.

düzenleme yoktur. Hem zorunluluk halinde hem de yükümlülükler çatışmasında menfaatler arasında bir çatışma vardır. Bu yüzden Alman ceza hukukunda, ACK m. 34'te yer verilen hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden hareketle pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmada üstün menfaati koruyan yükümlülüğü yerine getirmenin yerine getirilmeyen yükümlülük bakımından kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmektedir¹⁴³.

ACK'da zorunluluk halinin iki tipi düzenlenmiştir¹⁴⁴:

- (1) hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali (ACK m. 34),
- (2) kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk hali (ACK m. 35).

ACK m. 34'e göre, korunmak istenen hukuki menfaat ihlal edilen hukuki menfaatten önemli ölçüde üstünse ve tehlikeyi bertaraf etmek için icra edilen fiil ölçülü ise zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir¹⁴⁵. Bu durumda hukuk düzeni üstün olan hukuki menfaatin korunması için fiilin yöneldiği hukuki menfaatin ihlaline izin vermektedir. Korunan hukuki menfaatin faile ya da başkasına ait olmasının bir önemi yoktur; düzenlemede korunan hukuki menfaatler bakımından sınırlama yapılmamış, "hayat, vücut, özgürlük, onur, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaat" demek suretiyle tüm hukuki

¹⁴³ Till Zimmermann, "Justification or Excuse? The Collision of Positive Duties in German Criminal Law," *The Journal of Criminal Law* 78, no. 3 (2014): 263.

¹⁴⁴ Zorunluluk hali, 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda yalnızca kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlenmiştir. Korunmak istenen hukuki menfaatin, feda edilen hukuki menfaatten açıkça üstün olması hali, 1927 yılında Alman Yüksel Mahkemesi tarafından "kanun üstü" bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş daha sonra 1975 yılında Alman Ceza Kanunu'nda yapılan değişikliklerle hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline kanunda yer verilmiştir. Markus D. Dubber ve Tatjana Hörnle, *Criminal Law a Comparative Approach*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 420.

¹⁴⁵ ACK m. 34: "Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, o anda ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç işlerse, tarafların çatışan menfaatleri, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi, korunan menfaat ile tehlikeye giren [beeinträchtigt] menfaatler karşılaştırıldığında, korunan menfaat önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi def etmek için ölçülü bir araç olduğu durumlarda uygulanır". Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (İstanbul: Beta, 2015), 26.

menfaatler bakımından hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁴⁶.

Alman Ceza Kanunu m. 35'e göre fail kendisinin, bir akrabasının veya yakının hayat, vücut ya da özgürlüğüne yönelik bir tehlikeyi, tehlikeye kendisi sebebiyet vermemek ve tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü olmamak kaydıyla defederse kusurlu sayılmaz¹⁴⁷. Kusurluluğu kaldıran bir neden olan zorunluluk halinde, tehlike altında olan hukuki menfaatin faile, failin bir akrabasına ya da yakınına ait olması koşulu aranmaktadır. Bunun nedeni, tehlike karşısında korunma ya da koruma içgüdüsünün kişinin kendisi ya da yakınları için söz konusu olabileceğine yönelik inanıştır¹⁴⁸. Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinden farklı olarak, kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali hayat, vücut ve kişi özgürlüğü değerleri ile sınırlanmıştır; dolayısıyla bir tehlike karşısında malvarlığını korumak için işlenen suçlar bu düzenleme kapsamında değerlendirilemez. Kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinde, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden farklı olarak ölçülülük ilkesine değinilmemiştir. Alman öğretisine göre, ölçüsüzlük yasağı, kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinde doğal olarak vardır¹⁴⁹.

Alman ceza hukukunda zorunluluk haline ilişkin bir diğer ayırım, saldırı zorunluluğu (*aggressiver Notstand*) ve savunma zorunluluğu (*defensiver Notstand*) şeklindeki ayırımdır¹⁵⁰. Hakkı ihlal edilen, zorunluluk halinde bertaraf edilmek istenen tehlikenin kaynağı ise savunma zorunluluğundan söz edilir¹⁵¹. Örneğin, halat iki dağcıdan birini taşıyabilecekse altta bulunan dağcı tehlikenin kaynağıdır; zira o olmasa diğeri hayatta kalacaktır. Hakkı ihlal

¹⁴⁶ Albin Eser, "Justification and Excuse," *The American Journal of Comparative Law* 24, no. 4 (1976): 635; Klaus Bernsman, "Private Self-defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal-Some Remarks", *Israel Law Review* 30, no. 1-2 (1996):180.

¹⁴⁷ ACK m. 35/1: "Her kim, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik, halihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya diğer kendisiyle samimi olan biri bakımından def etmek için, bir hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukukî ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye katlanması failden beklemek mümkün idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz; ancak, cezanın 49 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilebilmesi için, failin özel bir hukukî ilişki dolayısıyla, tehlikeye katlanmak mecburiyetinin bulunmaması gerekir". Yenisey, Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, 26.

¹⁴⁸ Bernsman, "Necessity," 185.

¹⁴⁹ Bernsman, "Necessity," 185.

¹⁵⁰ Hörnle, "Shooting Down," 121.

¹⁵¹ Hörnle, "Shooting Down," 121.

edilen tehlikenin kaynağı değilse saldırı zorunluluğundan söz edilir¹⁵². Örneğin, yolunu kaybeden dağcı soğuktan donmak üzere ise ve hayatta kalmak için başkasına ait bir kulübeye izinsiz girmişse saldırı zorunluluğu vardır.

Alman ceza hukuku öğretisinde saldırı zorunluluğu (*aggressiver Notstand*) halinde öldürme fiilinin hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir¹⁵³. Öldürme fiillerinin savunma zorunluluğu (*defensiver Notstand*) kapsamında hukuka uygun olup olmayacağı ise Alman öğretisinde tartışmalıdır. Zira *savunma zorunluluğunda* hakkı ihlal edilen üçüncü kişi tehlikenin kaynağı olduğu için *savunma zorunluluğu*, meşru savunmaya benzemektedir. Bir görüşe göre bu benzerlik dolayısıyla *savunma zorunluluğunda* fiil hukuka uygunken diğer bir görüşe göre hukuka uygun değildir¹⁵⁴. Zorunluluk halinde öldürme fiilinin hukuka aykırı olduğu görüşü, *yardımlaşma prensibi* ile temellendirilmektedir¹⁵⁵. *Yardımlaşma prensibine* göre, herkesin toplum içerisinde birlikte yaşamaktan kaynaklanan yardımlaşma yükümlülüğü vardır¹⁵⁶. Tehlike altında olan üstün bir menfaat varsa bu menfaati korumanın yolu daha düşük bir menfaatin ihlalini gerektiriyorsa düşük menfaatin sahibi ihlale katlanmalıdır; zira gelecekte aynı durum onun için de geçerli olabilir; ayrıca üstün olanın korunması toplum için daha faydalıdır¹⁵⁷. Ancak ölüm neticesi bakımından böyle bir denkleştirme olamaz; bu gün hayatını kaybetmeye katlanan kişi artık var olmayacağı için gelecekte kendi hayatına karşılık başkasının hayatından feragat etmesini talep edemez.¹⁵⁸ Ayrıca yardımlaşmadan kaynaklanan fedakârlığın katlanılabilir diğer bir ifadeyle beklenilebilir olması gerekir; yaşama hakkı mevzu bahis olduğunda ebeveynlerden bile çocukları için hayatlarını feda etmesi beklenemez.¹⁵⁹

¹⁵² Hörnle, "Shooting Down," 121.

¹⁵³ Hörnle, "Shooting Down," 121.

¹⁵⁴ Hörnle, "Shooting Down," 121-122.

¹⁵⁵ Hörnle, "Shooting Down," 123.

¹⁵⁶ Andreas von Hirsch, "Criminalizing Failure to Rescue: A Matter of 'Solidarity' or Altruism?" içinde *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, eds. Rowan Cruft, Matthew H. Kramer, Mark R. Reiff (New York: Oxford University Press, 2011), 246.

¹⁵⁷ Ivó Coca-Vila, "On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar," *Criminal Law and Philosophy* 18, no. (2024): 68.

¹⁵⁸ Zimmermann, "Justification," 272.

¹⁵⁹ Hörnle, "Hijacked," 593.

Tramvay problemine konu olan olaylarda ölmesine neden olunan kişi tehlikenin kaynağı değildir. Bu yüzden *tramvay problemine* konu kurgular saldırı zorunluluğu (*aggressiver Notstand*) kapsamındadır ve daha önce de ifade ettiğimiz üzere Alman ceza hukukunda *saldırı zorunluluğunda* öldürme fiillerinin hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim yukarıda aktarılan Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararı da bu doğrultudadır. Peki, uçağın düşürülmesi (ve dolayısıyla tramvayın makasının çevrilmesi) durumunda ne olacaktır? Tehlikenin kaynağı olmayan masum kişinin öldürülmesi Alman ceza hukukunda haksız kabul edildiği için bu durum kusurluluğu engelleyen bir neden olarak kabul edilebilecek midir? Kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinde hukuki menfaatin failin yakınına ait olması koşulu arandığı için uçağın hava kuvvetleri tarafından düşürülmesi kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali kapsamında da değerlendirilemez¹⁶⁰. *Hörnle*'ye göre bu ihtimalde, kanun üstü bir mazeret nedeninin var olduğu kabul edilebilir¹⁶¹.

Sonuç olarak Alman ceza hukukundaki genel kanaate göre; (1) insan onuruna aykırı olduğu, (2) yardımlaşma/dayanışma prensibi ile uyumlu olmadığı, (3) tehlikenin nedeni olmadığı ve (4) herkesin yaşama hakkı süre ve sayı hesaplamalarına konu olamayacak bir eşitlik içerisinde bulunduğu için *tramvay problemine* konu olan kurgularda masum azınlığın ölmesine neden olan davranış haksızdır. *Tramvay problemi* olarak adlandırılan sorun, *tramvay kurgusunda* haksız görülmeyen davranışın *organ nakli cerrahisi kurgusunda* haksız görülmesi olduğu ve Alman ceza hukukundaki hâkim yaklaşıma göre bu iki kurgu arasında zıtlık olmadığı için, hâkim yaklaşım esas alındığında, Alman ceza hukukunda *tramvay problemi* diye bir problem yoktur.

C. Türk Ceza Hukuku Bakımından “Tramvay Problemi”

Türk ceza hukukunda zorunluluk halinin ve yükümlülükler çatışmasının hukuki niteliği tartışmalı olduğu için Türk ceza hukukundaki durum Alman ceza hukukuna nazaran daha karmaşıktır.

Türk ceza hukukundaki durum aşağıda zorunluluk hali ve yükümlülükler çatışması bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

¹⁶⁰ Hörnle, “Hijacked,” 599.

¹⁶¹ Hörnle, “Hijacked,” 600.

1. Zorunluluk Hali Bakımından “Tramvay Problemi”

Zorunluluk hali, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir:

“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”.

Düzenlemede yer verilmemekle birlikte, öğretide bir görüşe göre ilgilinin kendisini tehlikeye atmak hususunda özel bir yükümlülük altında bulunmaması da zorunluluk halinin koşullarından birisidir¹⁶².

Tramvay problemine konu kurgularda çoğunluğun yaşama hakkı tehlikede olup çoğunluğun kurtarılmasının tek yolu, masum azınlığın yaşamını kaybetmesine neden olacak davranışı gerçekleştirmektir. Ayrıca, *tramvay problemine* konu kurgularda azınlığın yaşamını kaybetmesine neden olan davranışı gerçekleştirenler tehlikeye bilerek sebebiyet vermemektedir. Dolayısıyla zorunluluk halinin TCK m. 25/2’de yer verilen tehlikenin bir hakka yönelmiş olması, tehlikeye bilerek sebebiyet verilmesi ve tehlikeden başka suretle korunma olanağının olmaması koşulları bulunmaktadır.

Zorunluluk halinin temel koşulu, bir tehlikenin varlığıdır. Zorunluluk haline esas teşkil eden tehlike muhtemel bir tehlike değil, ağır ve muhakkak bir tehlikedir. Şüphesiz tehlikenin mevcut olduğu bir anda zorunluluk hali söz konusu olabilecektir¹⁶³. Zarar ortaya çıkmış ve tamamlanmışsa tehlikeden söz edilemez¹⁶⁴. Zararın zaman olarak uzak olması tehlikenin ağırlığını ve mutlaklığını her zaman etkilemez¹⁶⁵. Tehlikenin ağırlığı kavramı, tehlikenin gerçekleşme imkânının derecesini ya da tehlikenin sebebiyet vereceği zararın ağırlığını ifade edebilecek nitelikte olsa da tehlikenin ağırlığından tehlikeden doğabilecek zararın ağırlığını anlamak gerekir.¹⁶⁶ *Tramvay problemine* konu olan olaylarda tehlike altında olan, çoğunluğun yaşama hakkıdır. Yaşama hakkı, diğer tüm insan haklarının temelini ve varlık nedenini oluşturduğu için

¹⁶² Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1968), 94.

¹⁶³ Toroslu, *Zaruret Hali*, 99.

¹⁶⁴ Toroslu, *Zaruret Hali*, 96.

¹⁶⁵ Toroslu, *Zaruret Hali*, 101.

¹⁶⁶ Toroslu, *Zaruret Hali*, 114; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 351.

ölüm neticesine yol açabilecek nitelikte olan tehlikenin ağır olduğu hususu izahtan varestedir.

Tehlikenin zararı gerçekleştirme imkânının derecesi, TCK m. 25/2’de yer verilen tehlikenin muhakkak olması koşuluna tekabül etmektedir. Günlük hayat deneyimlerimize göre zararın ortaya çıkması ya da tamamlanması kuvvetle muhtemel ise tehlike ağırdır¹⁶⁷. *Tramvay problemine* konu kurgularda masum azınlığın hayatını kaybetmesine neden olacak davranışın gerçekleştirilmemesi halinde çoğunluk hayatını kaybetmektedir; başka bir ifadeyle müdahale edilmezse çoğunluğun hayatını kaybetmesi muhakkaktır ve başka suretle tehlikenin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu yüzden *tramvay problemine* konu kurgularda tehlikenin muhakkak olması koşulu bulunmaktadır.

Zorunluluk halinin bir diğer koşulu da orantılılıktır. Bu koşul, TCK m. 25/2’de “...kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunma” şeklinde ifade edilmiştir. Konu itibarıyla orantılılık, korunan menfaat ile ihlal edilen menfaat arasındaki orantıyı ifade ederken vasıta bakımından orantılılık, failin elindeki vasıtalar arasından istenilen sonuca en az zararla ulaşmayı mümkün kılanının tercih edilmesini ifade etmektedir¹⁶⁸. Çoğunluğu kurtarmanın tek vasıtası, *tramvay kurgusunda* makasın çevrilmesi, *şişman adam kurgusunda* şişman adamın itilmesi ve *organ nakli cerrahisi kurgusunda* organların alınmasıdır; yani *tramvay problemine* konu kurgularda, arasından seçim yapılabilecek bir vasıta çokluğu bulunmamaktadır. Orantılılık koşulu bağlamında *tramvay probleminde* esas önem arz eden husus, korunan menfaat ile ihlal edilen menfaat arasındaki karşılaştırmadır. Zira aşağıda ele alacağımız üzere bir yaklaşıma göre zorunluluk halinde fiilin hukuka uygun olabilmesi için korunan hukuki menfaatin ihlal edilenden üstün olması gerekir. Dolayısıyla orantılılık koşulu zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalarda önem arz etmektedir.

TCK m. 25/2’de, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran bir neden mi olduğu kesin bir şekilde belirtilmemiştir. Esasen zorunluluk halini düzenleyen TCK m. 25’in ilk fıkrasında meşru savunma kurumuna yer verilmiştir. Meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu hususunda tereddüt yoktur. Zorunluluk hali,

¹⁶⁷ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 351.

¹⁶⁸ Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Ankara: Seçkin, 2010), 195, 467.

meşru savunma ile aynı maddede düzenlendiği için kanunun sistematığına göre zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ileri sürülebilir. Ancak düzenlemede doğrudan bir hukuki nitelendirme yapılmamış zorunluluk halinin hukuki sonucu olarak “ceza verilmez” denmiştir. Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin pozitif hukuk düzenlemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223’tür. CMK m. 223/3-b’ye göre zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran bir nedendir.

TCK ve CMK’daki durum bu olmakla birlikte, öğretide zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın nedeni, zorunluluk halinin hem kusurluluğu etkileyen nedenlere hem de hukuka uygunluk nedenlerine benzeyen bir karakterde olmasıdır. Zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen nedenlere benzeyen yönü, masum üçüncü kişilerin menfaatinin ihlal edilmesi ve menfaatin ihlal edilmesinin nedeninin tehlikeden korunma/koruma motivasyonu olmasıdır. Kişi haksız olduğunu bildiği ya da bilebileceği davranıştan şahsi durumu ve içinde bulunduğu koşullar itibarıyla kaçınabilecek durumda olmasına rağmen davranışı özgür iradesi ile gerçekleştirdiyse kusurludur¹⁶⁹. İçinde bulunduğu koşullar ve kişisel özellikleri dolayısıyla haksızlıktan kaçınmayacak durumda olan kimselerden haksızlığı gerçekleştirmemeleri istenemez (istenemezlik ilkesi)¹⁷⁰. Zira istense de bu beklenti karşılanamaz. Zorunluluk halinde korunma/koruma motivasyonu failin iradesini haksızlığı gerçekleştirmeye zorlamaktadır¹⁷¹. Kusurluluğu kaldıran nedenlerde davranış tipik ve hukuka aykırı olduğu için haksızdır; bu yüzden ideal olan haksızlığın gerçekleştirilmemesidir. Hukuka uygunluk nedenlerinde ise davranış meşrudur. Zorunluluk halinde davranış bazı durumlarda o kadar faydalıdır ki bu tür durumlarda zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerine benzemektedir. Örneğin, binlerce insanın hayatını tehdit eden bir orman yangınının durdurulması için karşı ateş tekniği ile yerleşim yeri ve orman yangını arasındaki bir mısır tarlasının yakılması halinde zorunluluk hali

¹⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Ankara: Seçkin, 2017), 32.

¹⁷⁰ Zeki Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit /L’inesigibilita),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no: 3 (2008): 338 vd.

¹⁷¹ Ancak *Toroslu*’nun da haklı olarak ifade ettiği üzere, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde üçüncü kişi ile fail arasında yakınlık ilişkisi yoksa iradenin koruma motivasyonu ile haksızlığı gerçekleştirmeye zorlandığından söz edilemez. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021) 177. Nitekim Alman Ceza Kanunu’da yukarıda üzerinde durduğumuz üzere başkaları lehine kusuru etkileyen zorunluluk halini belli yakınlık ilişkileriyle sınırlamıştır.

hukuka uygunluk nedeni görünümündedir. Kusuru etkileyen nedenlerde davranış haksız olduğu için esasen hukukun muhatabından beklentisi davranıştan kaçınmasıdır. Orman yangını örneğinde ise muhatabının “nasıl davranmalıyım” sorusuna hukukun vereceği makul yanıt, kanaatimizce, mısır tarlasının yakılması olmalıdır.

Zorunluluk hali, bahse konu özellikleri nedeniyle öğretide bir görüşe göre¹⁷² kusuru etkileyen bir neden; bir görüşe göre¹⁷³ hukuka uygunluk nedeni; ve *ayırım teorisi* olarak adlandırılan bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre¹⁷⁴ ise korunan menfaat ihlal edilenden üstünse bir hukuka uygunluk nedeni iken çatışan menfaatler arasında eşitlik varsa kusuru etkileyen bir nedendir. Kabul edilecek görüşe göre *tramvay probleminin* çözümü farklılaşmaktadır.

a. Zorunluluk Halini Kusuru Etkileyen Bir Neden Olarak Kabul Eden Görüş Bakımından “Tramvay Problemi”

Kusuru etkileyen nedenler fiilin haksızlığını etkilemezler. Zorunluluk hali, kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse *tramvay problemine* konu olan tüm olaylarda davranış haksız olmaktadır. *Tramvay probleminde* “problem” olarak nitelenen durum, aynı amaç ve sonuç içeren olayların bazılarında davranışın haksız olması iken bazılarında ise haksız olmamasıdır. Olayların hepsinde davranış haksız ise bu olaylar arasında “problem” olarak nitelenebilecek bir zıtlık yok demektir. Belirtilen nedenle, zorunluluk hali

¹⁷² M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2018), 521; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 348; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 492; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 647.

¹⁷³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (2. Cilt)* (İstanbul: Beta, 1999) 127; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2020), 396; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 255; Toroslu, *Zaruret Hali*, 78; Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 173; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: UsA yayıncılık, 2021), 221; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 395

¹⁷⁴ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 409; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 282-283; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 48. Zafer, zorunluluk halinin iki türünün bulunduğunu kabul etmekle birlikte çatışan menfaatlerin eşit olması halinin de hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Hamide Zafer, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (İstanbul: Beta, 2016), 340.

kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse ceza hukukunda *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilemez.

b. Zorunluluk Halini Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Eden Görüş Bakımından “Tramvay Problemi”

Bu görüşü savunan yazarlara göre, çatışan menfaatler eşit olsa dahi davranış hukuka uygun olduğundan çoğunluğun yaşamı ile masum azınlığın yaşamı arasındaki çatışmada çoğunluğun yaşamı daha değerli ise ya da en azından çoğunluğun yaşamı ile azınlığın yaşamı eşit ise çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın hayatını kaybetmesine neden olmak haksız değildir. *Tramvay problemine* konu olan olayların tamamında davranış hukuka uygun ise bu olaylar arasında “problem” olarak nitelenebilecek bir zıtlık olmamaktadır.

Ancak bu görüş bakımından ortada halli gereken bir sorun vardır: *Organ nakli cerrahi kurgusunda* da davranış hukuka uygun mudur? Türk hukukunda bu görüşü savunan yazarların verdikleri örneklerde¹⁷⁵ yaşama hakları arasında çatışmanın olduğu olaylarda zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, görüşlerini detaylandırmadıkları için söz konusu yazarların *organ nakli cerrahi kurgusundaki* “doktorun başkalarını kurtarmak için sağlıklı bir hastanın organlarını alması hukuka uygun mudur?” sorusuna ne yanıt vereceklerini kesin olarak bilmek mümkün değildir. Bu tür durumlarda davranışın hukuka uygun olduğu kabul edilirse doktorlara, “bir hastanın hayatını kurtarmak için sağlıklı bir hastayı öldürüp organlarını alabilirsiniz” mesajı verilmiş olacağından *organ nakli cerrahi kurgusunda* söz konusu yazarların davranışın hukuka uygun olmadığı kanaatinde olacağını zannediyoruz¹⁷⁶. Zannettiğimiz doğru ise, söz konusu yazarların

¹⁷⁵ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 120; Önder, *Ceza Hukuku*, 249; Toroslu, *Zaruret Hali*, 9-11. Soyaslan, örnek vermemekle birlikte zorunluluk halinin üçüncü kişi lehine de olabileceğini, çatışan menfaatler arasında eşitlik bulunabileceğini ve hayat hakkına ilişkin çatışmanın da zorunluluk halinin kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Soyaslan, *Genel Hükümler*, 400.

¹⁷⁶ Aksini kabul, doku ve organ nakli ticareti suçunun uygulanma alanını oldukça daraltır. TCK m. 92’de yer verilen “zorunluluk hali” başlıklı düzenleme, TCK m. 25/2’de yer verilen zorunluluk hali ile ilgili değildir. Zira TCK m. 25/2’e göre zorunluluk halinden söz edilebilmesi için korunan değer ile ihlal edilen değer arasında en azından eşitlik olması gerekir. TCK m. 92’de ekonomik olarak zor durumda olduğu için organlarını bağışlayan kimsenin cezalandırılmayacağı ya da daha az cezalandırılacağı belirtilmektedir. Kişinin vücut bütünlüğü ekonomik durumundan daha önemli bir değer olduğundan bu düzenleme, TCK m. 25/2’de yer verilen zorunluluk halinin özel bir görünüşü değil, kusuru etkileyen özel bir nedendir. Hasan İba, “Doku ve Organ Ticareti Suçları Bakımından TCK m. 92’de

çalışmalarında verdikleri örneklerde neden fiili hukuka uygun görürken *organ nakli cerrahî kurgusunda* hukuka aykırı gördüklerini açıklamaları gerekir; dolayısıyla söz konusu yazarlar *organ nakli cerrahî kurgusunda* davranışın haksız olduğunu kabul ederlerse *tramvay problemi* bu yazarlar bakımından çözümlenmesi gereken bir probleme dönüşmektedir.

c. *Ayrım Teorisi* Bakımından “*Tramvay Problemi*”

Ayrım teorisini kabul eden yazarlara göre korunan hukuki menfaat ihlal edilenden üstünse zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni iken değerler arasında eşitlik varsa zorunluluk hali kusuru etkileyen bir nedendir¹⁷⁷. Bu görüş esas alındığında *tramvay problemi* bakımından iki ihtimal söz konusu olmaktadır.

Birinci ihtimal, çoğunluğun yaşama hakkının masum azınlığın yaşama hakkından üstün olduğunun kabul edilmesi ihtimalidir. Bu ihtimalde *tramvay problemine* konu tüm olaylarda çoğunluğun yaşama hakkı korunduğu için davranış hukuka uygun olacak ve dolayısıyla *tramvay problemi* denen bir problemde söz edilemeyecektir. Bu durumda *organ nakli cerrahî kurgusuna* ilişkin üst başlıkta üzerinde durduğumuz sorun, çoğunluğun yaşamını daha üstün kabul eden ve üstün menfaatin korunması halinde davranışın hukuka uygun olduğunu ileri süren yazarlar için de geçerli olmaktadır.

İkinci ihtimal, çoğunluğun yaşama hakkı ile masum azınlığın yaşama hakkının eşit kabul edilmesidir. Türk öğretisinde *ayrım teorisini* kabul eden yazarlardan *Kangal* ve *Öztürk/Ertem*, çalışmalarında yaşama hakkının kıyasa elverişli olup olmadığı meselesine değinmekte ve yaşama hakkının kıyas konusu olamayacağını kabul etmektedir¹⁷⁸. *Ayrım teorisine* göre korunan ile ihlal edilen menfaatlerin eşitliği kusurluluğu etkileyen bir neden olduğu için bu ihtimalde de *tramvay problemine* konu olayların tamamında davranışlar

Yer Verilen ‘Zorunluluk Hali’ Başlıklı Düzenlemenin Hukuki Niteliği”, içinde 9. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu (24 Mayıs - 26 Haziran 2023) Özet Kitapçığı, s. 115-117.

¹⁷⁷ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 409; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 282-283; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 48.

¹⁷⁸ Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 385; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 286. *Toroslu*, yaşama hakkı bakımından zorunluluk hali hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesini “ümanist doktrin” açısından ele almış ve ümanist doktrine göre meşru savunma halinde bile öldürmenin hukuka uygun olmadığını aktarmıştır. *Toroslu*, *Zaruret Hali*, 41. *Toroslu*, bu konuda kendi görüşünü ise belirtmemiştir. Ancak çalışmanın bütününden *Toroslu*’nun öldürme fiillerini de zorunluluk hali kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bkz. *Toroslu*, *Zaruret Hali*, 9-11.

haksız olmakta problem olarak nitelenebilecek bir zıtlık söz konusu olmamaktadır.

Biz, *tramvay probleminin yükümlülükler çatışması* ile ilgili olduğunu düşündüğümüz için görüşümüze ve dayanaklarına aşağıdaki başlıkta yer vereceğiz.

2. Yükümlülükler Çatışması Bakımından “Tramvay Problemi”

Somut olayda birden fazla yükümlülük bir aradaysa ve bu yükümlülüklerin tamamının yerine getirilmesi objektif olarak imkânsızsa, yükümlülükler çatışmasından söz edilir¹⁷⁹. Yükümlülük, *yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçunda* (TCK m. 98) olduğu gibi belli bir şekilde davranmayı gerektiriyorsa, *pozitif, kasten insan öldürme suçunda* (TCK m. 81) olduğu gibi belli bir şekilde davranmamayı gerektiriyorsa, *negatif* niteliktedir. İcrai davranışla ihlal edilebilen ceza normları muhataplarına negatif yükümlülük getirirken, ihmali davranışla ihlal edilebilen ceza normları muhataplarına pozitif yükümlülük getirir¹⁸⁰. Liberal hukuk sistemlerinde asıl olan, devletin kişi özgürlüklerine müdahale etmemesi olduğu için suçların büyük çoğunluğu icrai niteliktedir.

Tramvay probleminde biri azınlık açısından öldürmeye neden olmama yükümlülüğü, diğeri çoğunluk açısından yardım etme yükümlülüğü şeklinde iki yükümlülüğün bulunduğu kabul edilirse mantıksal olarak bu yükümlülüklerden biri yerine getirildiğinde diğerrinin ihmal edilmesi kaçınılmaz olduğu için *tramvay problemi* yükümlülükler çatışması ile ilgili olmaktadır. Deontolojik etikte *tramvay problemi* yükümlülükler çatışması ile ilişkilendirilmektedir¹⁸¹. Biz de bu görüşteyiz; *tramvay probleminde* azınlığın yaşamına ilişkin öldürmeme yükümlülüğü ile (TCK m. 81) ile çoğunluğun yaşamına ilişkin yardım etme yükümlülüğü (TCK m. 98) arasında çatışma vardır. TCK m. 98’e göre *yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun* mağduru, “kendini idare edemeyecek durumda

¹⁷⁹ Coca-Vila, “Conflicting,” 34; Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları,” *Terazi Hukuk Dergisi* 5, no. 45 (2010): 89; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, *Genel Hükümler*, 354.

¹⁸⁰ İcrai davranışlar, hayatın normal seyrinin kötüleştirilmemesi; ihmali davranışlar ise iyileştirilmesi için suçlaştırılır. Michael S Moore, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), 25. Frances Myrna Kamm, “Action, Omission, and the Stringency of Duties,” *University of Pennsylvania Law Review* 142, no. 5 (1994): 1495.

¹⁸¹ Foot, “Abortion,” 27-28; Thomson, “Turning,” 369.

olan”dır. *Kendini idare edemeyecek durumda olma* ifadesinin anlamı, bir tehlikeye maruz kalan kişinin kendi başına bu tehlikeyi defedebilme imkân ve iktidarına sahip olmamasıdır¹⁸². *Tramvay problemine* konu olan tüm kurgularda, yaşama hakkına yönelen tehlike karşısında çoğunluğun kendini koruma imkânı yoktur.

TCK m. 98’de yer verilen *yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda*, yardım etme yükümlülüğünün suç niteliğindeki fiilleri kapsamadığı şeklinde bir gerekçeyle *tramvay probleminin* yükümlülükler çatışması olarak nitelenemeyeceği itirazında bulunulabilir. TCK m. 98’in lafzında bu itirazı haklı gösterebilecek tek ifade, “durumun gerektirdiği hal ve koşul” ifadesidir. Öğretiye göre, yardım etme yükümlülüğü başkasını tehlikeye atma yükümlülüğü şeklinde anlaşılabilir¹⁸³. *Yargıtay* da bu görüştedir: “*Failin yardım etmeme nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, failin kendisini veya bir başkasını tehlikeye sokmadan, olanakları, gücü ve yeteneğiyle orantılı biçimde, hal ve koşullara göre yardım yapmasının mümkün olduğunun tespitine bağlıdır*”¹⁸⁴. Bu görüş kabul edilirse *tramvay problemi*, ceza hukukunda zorunluluk hali ile ilgili bir mesele olmaktadır. Bize göre bu ifade, yardım edebilecek pozisyonda olan kişiler bakımından yardım etmenin katlanılamayacak bir tehlike yaratmaması ve bu kişilerin yardım etme olanağına sahip olması manasına gelmektedir¹⁸⁵. Bu yüzden bize göre *tramvay problemi*, yükümlülükler çatışması kurumu ile ilgilidir.¹⁸⁶

Yükümlülükler çatışmasına özgülenmiş bir norma ne Alman ne de Türk ceza kanununda yer verilmiştir¹⁸⁷. Zorunluluk hali ile yükümlülükler

¹⁸² Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, “Yardım Veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK. m. 98)” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no:1 (2012): 12. “Kendini idare edemeyecek durumda olma hali ile kastedilen, mağdurun, bir başkasının yardımı olmadığı takdirde, hayatına, sağlığına veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin mevcudiyeti olması şeklinde anlaşılmalıdır”. *Yargıtay 4. Ceza Dairesi*, 18.01.2016, E. 2015/27008, K. 2016/615 (Lexpera).

¹⁸³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021) 360.

¹⁸⁴ *Yargıtay 4. Ceza Dairesi*, 18.01.2016, E. 2015/27008, K. 2016/615 (Lexpera)

¹⁸⁵ Aynı yönde bkz. Zimmerman, “Justification,” 264.

¹⁸⁶ Aynı yönde bkz. Foot, “Abortion,” 27-28; Thomson, “Turning,” 369.

¹⁸⁷ Kanunda düzenleme yer almadığı için mahkemeler, suçun sübjektif unsurundan hareketle soruna pozitif hukuk içerisinde çözüm bulmaya çalışmaktadır: “*sanığın aşamalarda tespit olunan savunmalarında, izinden döneceği sırada 24-25 Ağustos 2016 tarihlerinde babasını Elazığ Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürdüğünü, babasının yaklaşık 1 ay hastanede yattığını, babasının yanında kendisinden başka bakacak bir kardeşinin bulunmaması nedeniyle izinden zamanında dönemediğini belirtmiş olması, sanığın bu savunmalarının*

çatışmasında ortak olan nokta, menfaatler arasında bir çatışmanın olmasıdır¹⁸⁸. Bu yüzden, yükümlülükler çatışmasının hukuki niteliği konusundaki değerlendirmenin zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme ile uyumlu olması gerekir¹⁸⁹.

Yükümlülükler çatışmasının üç türü vardır¹⁹⁰:

- (1) Pozitif yükümlülükler arasındaki çatışma
- (2) Negatif yükümlülükler arasındaki çatışma
- (3) Pozitif yükümlülükler ile negatif yükümlülükler arasındaki çatışma

Çatışmanın türü ne olursa olsun, çatışan yükümlülükler konu menfaatlerden biri ötekenden üstünse bu durumda Alman ceza hukukunda - hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden (ACK m. 34) hareketle davranışın hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir¹⁹¹. Türk ceza hukukunda da hâkim görüşe göre üstün menfaati koruyan yükümlülüğün yerine getirilmesi yerine getirilmeyen yükümlülük bakımından hukuka uygunluk

kolluk kuvvetleri vasıtasıyla mahallinde yaptırılan araştırma sırasında köy muhtarı A. K. 'ın "Sanığın babası M. A. 'ın hasta olduğu süreçte yanında hiçbir evladının bulunmadığı, sanık E. A. 'ın bu süreçte babasının tedavisi için onu hastaneye götürdüğü" şeklindeki beyanlarıyla doğrulanmış olması ve izin tecavüzünde kaldığı sürenin kısıtlılığı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın üzerine atılı suçun manevi unsur itibarıyla oluşmadığı, en azından mevcut delil durumu itibarıyla şüpheli kaldığı sonucuna varılarak, yüklenen suç açısından kast veya taksirin bulunmaması nedeniyle atılı suçtan sanığın beraatine karar vermek gerekmiştir". Ankara BAM 9. CD, 20/06/2019, 8798/4941, Aktaran: Ziya Koç, "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (2021): 585.

Kanaatimizce, yükümlülükler çatışması suçun subjektif unsuru olan kasıtlı ilgili değildir. Çünkü yükümlülükler çatışmasında fail yerine getiremediği yükümlülük bakımından kasten hareket etmektedir; başka bir ifadeyle yükümlülüğünü ihlal ettiğini bilmekte ve iradi olarak yükümlülüğünü yerine getirmemektedir. Aynı yönde bkz. Selçuk, "Yükümlülüklerin Çatışması," 89; Mehmet Arslan, "Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 3 (2020): 372.

¹⁸⁸ Farklılık, yukarıda da izah ettiğimiz üzere zorunluluk halinde çatışan menfaatlere yükümlülüğün eşlik etmesi zorunluluğunun olmamasıdır. Kendi hayatını kurtarmak için masum bir kimsenin mülkiyet hakkını ihlal eden kişinin kendi hayatını kurtarma yükümlülüğü bulunmadığı için yükümlülükler çatışması yoktur. Bu kişinin hayat hakkına ilişkin menfaati ile ihlal ettiği menfaat arasında ise çatışma vardır.

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 353-354.

¹⁹⁰ Zimmerman, "Justification," 265.

¹⁹¹ Zimmerman, "Justification," 267; Villa, "Conflicting," 39.

nedendir¹⁹². Çatışan yükümlülükler konu menfaatlerin eşit olması ihtimali ise aşağıda ele alacağımız üzere tartışmalıdır.

a. Pozitif Yükümlülükler Arasındaki Çatışma

Pozitif yükümlülükler arasındaki çatışmada iki ihtimal vardır¹⁹³:

(1) Yükümlülüklerden biri daha üstün bir hukuki menfaati korumakta ya da daha az zarara neden olmaktadır.

(2) Çatışan yükümlülükler konu hukuki menfaatler eşit değerdedir.

Birinci ihtimale örnek olarak, denizde boğulmak üzere olan iki küçük çocuktan sadece birini kurtarabilecek pozisyonda olan kişinin durumu örnek verilebilir. Örnekte çocuklardan biri bu kişinin çocuğu ise TCK m. 98'den kaynaklanan yardım etme yükümlülüğü ile ebeveyn olmaktan kaynaklanan koruma yükümlülüğü yarışır. Yükümlülükler arasındaki çatışma soyut kanun metninde çözümlenmemişse çatışmanın çözümünde başvurulacak temel ölçüt, ceza miktarlarını karşılaştırmaktır¹⁹⁴. Örnekte baba kendi çocuğunu kurtarmaz, diğer çocuğu kurtarırsa davranışı *ihmali davranışla kasten öldürme suçunun* (TCK m. 83) tipine uyacaktır. Örnekte baba kendi çocuğunu kurtarırsa bu kez de davranışı diğer çocuk bakımından *yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçunun* (TCK m. 98) tipine uyacaktır. İlgili suç tiplerinin ceza miktarları dikkate alındığında, ihmali davranışla kasten adam öldürme suçu ile korunmak istenen hukuki menfaatin daha üstün olduğu sonucuna ulaşılır. Bu yüzden örnekte baba açısından hukuka uygun olan davranış, kendi çocuğunu kurtarmaktır; baba diğer çocuk açısından yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçundan sorumlu olmaz¹⁹⁵.

Aynı gerekçe ile, yangında bir odada iki çocuğu diğer odada tek çocuğu olan baba yalnızca odaların birine girebilecek ise daha az zararlı olanı yani iki çocuğunun olduğu odayı tercih etmelidir. Yükümlülüklerin ihlali cezaları bakımından karşılaştırıldığında tek çocuğu kurtarmamak *ihmali davranışla kasten öldürme suçuna* vücut verir. İki çocuğu kurtarmamak da aynı suça

¹⁹² Zafer, *Genel Hükümler*, 341; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 357; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 304; Selçuk, "Yükümlülüklerin Çatışması", 87; Pınar Bacaksız, "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması," *Ceza Hukuku Dergisi* 8, no. 21 (2013): 137; Koç, "Yükümlülüklerin Çatışmasının," 578; Mehmet Arslan, "Kovid-19," 380.

¹⁹³ Zimmerman, "Justification," 269-270.

¹⁹⁴ Bernsmann, "Necessity," 181-182.

¹⁹⁵ Zimmerman, "Justification," 269; Selçuk, "Yükümlülüklerin Çatışması," 92; Bacaksız, "Yükümlülüklerin Çatışması," 134.

vücut verir. İki çocuğu kurtarılmaması halinde tek bir ihmali davranışla birden fazla suç işlenmiş olur. Bir fiil ile aynı suçun birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanır (43/2). Öldürme fiili zincirleme suç hükümleri bakımından istisna teşkil ettiğinden baba hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanır (43/3).

Pozitif yükümlülükler arasındaki çatışmada ikinci ihtimal, çatışan yükümlülükler konu menfaatlerin eşit olmasıdır. Boğulma örneğinde çocukları kurtarma pozisyonunda olan kişi cankurtaran olsaydı, iki çocuğu da aynı anda kurtarmak mümkün olmadığı ve çatışan menfaatler eşit olduğu için mesele problemlidir.

Pozitif yükümlülüklerin çatışmasında menfaatlerin eşitse TCK m. 25/2'de yer verilen zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin uygulanabileceği akla gelebilir; Ancak TCK m. 25/2'deki düzenleme pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmalarda uygulanabilir. TCK m. 25/2'de "fiili işleyen" ifadesi icrai davranışa karşılık gelmektedir; zorunluluk halinde fail icrai davranışla suç işlememe yükümlülüğünü (negatif yükümlülük) ihlal etmektedir; dolayısıyla yükümlülükler çatışmasında zorunluluk hali ancak negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki çatışmalarda uygulanabilir¹⁹⁶.

Bir görüşe göre, ceza normunun ihlalden söz edilebilmesi için ceza normuna uyabilmenin mümkün olması gerekir; hukuk kimseden imkânsız isteyemez; bu yüzden eş değer menfaatleri koruyan aynı tip yükümlülüklerin çatışmasında yerine getirilemeyen yükümlülük bakımından fiil tipik olmaz¹⁹⁷. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu tip bir çatışmada imkânsız olan, yükümlülüklerin tamamının yerine getirilememesidir. Yükümlülükler tek tek ele alındığında ise her biri ötekinden bağımsız olarak yerine getirilebilir niteliktedir. Cankurtaranın boğulmakta olan iki çocuktan yalnızca birini kurtarması mümkün ise; aynı anda ikisini kurtarmak imkânsız olsa da kurtarma yükümlülüğü her biri bakımından yerine getirilebilir niteliktedir. Bu yüzden iki çocuk açısından da yükümlülükler ayrı ayrı devam etmektedir. Çocuklardan birinin tercih edilmesi halinde diğer çocuğun hayatını

¹⁹⁶ Alman Ceza Kanunundaki zorunluluk haline ilişkin düzenlemelerde de "işlemek" ifadesi yer aldığı için Alman öğretisinde de, yükümlülükler arasındaki çatışmada zorunluluk haline ilişkin hükmün yalnızca pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmada uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir. Zimmermann, "Justification," 269.

¹⁹⁷ Schuster, "Coping," 253.

kaybetmesinin ahlaki bir kalıntısı (*moral residue*) vardır; davranışın tipik olmadığını kabul etmek bu hususu gözardı etmek anlamına gelir.¹⁹⁸

Diğer bir görüşe göre menfaatlerin eşitliği halinde pozitif yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirme, yerine getirilmeyen yükümlülük açısından kusuru etkileyen bir nedendir¹⁹⁹. Bu görüşün sakıncası, kusuru etkileyen nedenlerde fiil hukuka aykırı olduğu için örnekte çocuklardan birinin velisi kendi çocuğunu seçmeyen cankurtarana kendi çocuğunu kurtarması için cebir, tehdit vs. uygularsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanır²⁰⁰. Ayrıca, bu durumun kusuru etkileyen neden olarak kabul edilmesi, yerine getirilmeyen yükümlülüğün haksızlık teşkil ettiği anlamına gelir. Bu tip olaylarda hangisi tercih edilirse edilsin diğer menfaat ihlal edilmiş olacağından ihlalden kaçınmak mümkün değildir. Yargılamaya konu olması ihtimalinde hâkimin kendisinin bile ihlalden kaçınmayacağı böyle bir durumda süjeye haksızlık isnad etmesinin bizatihi kendisi haksız olacaktır²⁰¹.

Üçüncü bir görüşe göre, menfaatlerin eşitliği halinde pozitif yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirme, yerine getirilmeyen yükümlülük bakımından bir hukuka uygunluk nedenidir²⁰². *Zimmerman, John Raws*'ın adalet teorisinin merkezi kavramı olan *bilgisizlik peçesi* (*veil of ignorance*) kavramı ile bu görüşü temellendirmeye çalışmaktadır. Özünde *sosyal sözleşme* fikrine dayanan bu hipotetik kavram, kişilerin kendilerinin ve diğerlerinin sahip olduğu cinsiyet, yetenek, yaş, zekâ, fiziksel görünüş gibi özellikleri ve bunların içinde bulunulan toplumda sebebiyet vereceği avantaj ya da dezavantajları bilmediği durumu ifade etmektedir²⁰³. *Raws*'a göre *bilgisizlik peçesi* altında uzlaşılan prensipler, rasyonel ve eşitlikçi olacaktır²⁰⁴. *Zimmerman* da, pozitif yükümlülüklerle konu eşit menfaatler arasındaki

¹⁹⁸ *Moral residue* kavramı için bkz. Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (Massachusetts: Harvard University Press, 1990), 84.

¹⁹⁹ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 355. *Zimmermann*, Alman ceza hukukunda bu görüşü savunan yazarlara; *Wilhelm Gallas, Reinhart Maurach, Hans H. Jescheck, Thomas Weigend, Urs Kindhauser*'ı örnek olarak göstermektedir. *Zimmerman*, "Justification," 269, dipnot: 30.

²⁰⁰ Arslan, "Kovid-19," 376.

²⁰¹ *Zimmerman*, "Justification," 271.

²⁰² *Ziimmermann*, Alman ceza hukukunda bu görüşü savunan yazarlara; *Günther Jakops, Walter Gropp, Wilfried Küper, Helmut Satzger*'i örnek olarak göstermektedir. *Zimmerman*, "Justification," 269, dipnot: 27.

²⁰³ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1999) 11.

²⁰⁴ Rawls, *Justice*, 12.

çatışmanın çözümünde bu kavramı esas almıştır. *Zimmerman*'a göre kimse hangi yükümlülüğü yerine getirirse getirsin yine de bir haksızlık isnadına maruz kalmayı kabul etmez²⁰⁵. Pasif durumda kalınıp iki pozitif yükümlülüğün de yerine getirilmemesi durumu ise en azından çatışan menfaatlerden biri korunabilecekken iki menfaatin de ihlal edilmesine yol açacağından rasyonel değildir. Rasyonel olan hiç değilse menfaatlerden birini korumak olduğuna ve menfaatler arasında eşitlik bulunduğuna göre bu tip bir çatışmanın çözümünde esas alınması gereken kural, yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmenin yerine getirilmeyen yükümlülük bakımından hukuka uygunluk nedeni olmasıdır²⁰⁶. Bu, hem çatışan menfaatlerin sahiplerinin hem de yükümlülük altında olanın bilgisizlik peçesi altında iken üzerinde uzlaşacakları en uygun çözümdür²⁰⁷.

Menfaatlerin eşdeğer olması halinde yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmeyi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek de sorunu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde çözümlememektedir. Örnekte kimin yaşayıp yaşamayacağına salt cankurtaran karar vermesinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin eşitlik ilkesine ve hak kavramının mantığına aykırı olduğu ileri sürülmektedir²⁰⁸. Her hak, sahibine hakkın içeriğine uygun bir şekilde davranılması konusunda talep hakkı verirken talebin muhatabına da talebe uygun bir şekilde davranma yükümlülüğü getirir²⁰⁹. Örnekte, cankurtaran seçim imkânına sahipse, çocukların ikisinin de kurtarılmasını cankurtarandan isteme hakkı yoktur; olsaydı, cankurtaran üzerinde hakka uygun davranma yükümlülüğü yaratırdı. Hakkın içeriğini, talep ve yükümlülük kavramları oluşturuyorsa ve çocukların kurtarılmasını talep hakkı yoksa cankurtaranın da kurtarma yükümlülüğü yoktur. Bu sonuç, "cankurtaran garantördür" önermesi ile çelişir²¹⁰.

Sonuç olarak, menfaatlerin eşit olması halinde yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirme durumunda failin cezalandırılmayacağı konusunda tereddüt yoktur. Ancak cezasızlığın nedeninin fiilin tipik olmaması mı, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması mı yoksa failin kusurlu olmaması mı olduğu tartışmalıdır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, fiilin tipik olmaması görüşüne katılmıyoruz. Eşit menfaatleri konu edinen aynı tip

²⁰⁵ Zimmerman, "Justification," 274.

²⁰⁶ Zimmerman, "Justification," 275.

²⁰⁷ Zimmerman, "Justification," 274.

²⁰⁸ Alman hukukundaki bu görüşü aktaran: Zimmerman, "Justification," 271.

²⁰⁹ Hohfeld, "Some Fundamental," 31-32.

²¹⁰ Zimmerman, "Justification," 272.

yükümlülükler arasındaki çatışmada yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmeyi hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu kaldıran bir neden olarak nitelemek kolay değildir; iki görüşün de haklı yönleri vardır. *Fletcher*, bu zorluluğu “hukuka uygunluk nedenleri” ve “kusuru etkileyen nedenler” kavramları dışında yeni bir kavramla aşmak istemektedir. *Fletcher*’e göre bu durum, *sui generis bir yasaktan muafiyet kategorisi* olarak nitelenmelidir²¹¹. Biz, söz konusu durumun *sui generis* karakteri konusunda *Fletcher*’a katılmakla birlikte, pozitif yükümlülükler konu eşit menfaatler arasındaki çatışmanın ceza hukukunun mevcut kavramlarını esas alarak çözümlenmesi gerektiğini düşünüyoruz; bize göre bu ihtimalde yükümlülüklerden herhangi birini tercih etmek *sui generis bir hukuka uygunluk nedeni*dir. Bu durumu *sui generis* bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelememizin nedeni, bir önceki parafta eşit menfaatleri konu edinen aynı tip yükümlülükler arasındaki çatışmayı hukuka uygunluk nedenleri bağlamında çözümlenmeye çalışan görüşe yöneltilen haklı eleştirilerdir.

b. Negatif Yükümlülükler Arasındaki Çatışma

Negatif yükümlülükler arasındaki çatışma ekseriyetle kavramsal düzeydedir. Negatif yükümlülükler arasında fiilen bir çatışma, kural olarak, söz konusu olamaz. Yükümlülükler çatışmasının;

(1) en az iki yükümlülüğün zamansal olarak bir arada olması ve

(2) yükümlülüklerin tamamının yerine getirilmesinin mümkün olmaması şeklinde iki koşulu vardır.

Negatif yükümlülükler arasında çatışma olmamasının nedeni, negatif yükümlülüklerin birbirleri ile bağdaşmasıdır; ilgili pasif durumdayken tüm negatif yükümlülüklerini yerine getirmektedir²¹². Örneğin, uyumakta olan ya da televizyon seyretmekte olan bir kişi için öldürmeme, başkasının malını almama, başkasının malına zarar vermeme gibi icrai davranışla işlenen tüm suçların yükümlülükleri bir aradadır ve bu kişi yükümlülüklerinin tamamını aynı anda yerine getirmektedir.

Kanaatimizce, istisnaen, negatif yükümlülükler arasında da çatışma olabilir. Örneğin, freni tutmayan bir aracın direksiyonu sağa çevrilirse 3, sola çevrilirse 5 yaya hayatını kaybedecektir. Direksiyon sabit tutulursa araç bir

²¹¹ George P. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press. 1978), 852–855.

²¹² Zimmermann, “Justification,” 132.

duvara çarpacak ve araçtaki şoförle yolcu hayatını kaybedecektir. Şoför heyecan nedeniyle kalp krizi geçirir. Bu örnekte yolcu direksiyonu sağa ya da sola çevirebilir ya da pasif durumda kalabilir; pasif durumda kalırsa hayatını kaybedecektir. Kimse, sözleşme ya da kanunla özel olarak yükümlülük altına girmedikçe, başkaları için kendi hayatını feda etmek zorunda değildir²¹³. Dolayısıyla yolcunun kendisini feda etme (direksiyonu sabit tutma) yükümlülüğü yoktur. Geriye direksiyonun sağa ya da sola çevrilmesi seçenekleri kalmaktadır; bu iki seçenektan hangisi tercih edilirse edilsin öldürmeme yükümlülüğü ihlal edilecektir; anlaşılacağı üzere bu örnekte negatif yükümlülükler (öldürmeme) arasında çatışma vardır.

Yükümlülük tiplerinin aynı olduğu olaylarda *Foot* ve *Thomson*'a katılıyoruz: daha az zararlı olanı tercih etmek haksız değildir²¹⁴. Dolayısıyla bu örnekte, direksiyonun sağa çevrilmesi gerekir; sola çevrilirse davranış haksızlık teşkil eder.

Yukarıdaki örnekte iki yönde de eşit sayıda yaya olabilirdi. Örneğin, direksiyon sağa çevrildiğinde 3, sola çevrildiğinde de 3 yaya ölebilirdi. Bu örnekte, negatif yükümlüğe konu menfaatler eşittir. Bu ihtimalde pozitif yükümlülükler konu eşit menfaatler arasındaki çatışmaya ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

c. Pozitif Yükümlülükler ile Negatif Yükümlülükler Arasındaki Çatışma

Pozitif ve negatif yükümlülükler arasında çatışmada, aktif bir davranışta bulunma yükümlülüğü ile suç işlememe yükümlülüğü çatışır. *Tramvay problemi*ni yükümlülüklerin çatışması olarak kabul eden yaklaşıma göre, azınlığın hayatını kaybetmesine neden olmama yükümlülüğü (negatif yükümlülük) ile çoğunluğun hayatını kurtarma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) arasında çatışma vardır²¹⁵. Dolayısıyla bu çalışma açısından yükümlülükler çatışmasının esas önemli olan türü bu başlıkta ele alacağımız pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmadır.

Pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmada üç ihtimal vardır:

(1) pozitif yükümlülükle korunan menfaatin negatif yükümlülükle korunan menfaatten üstün olması,

²¹³ Thomson, "Turning," 366.

²¹⁴ Foot, "Abortion," 27-28; Thomson, "Turning," 369.

²¹⁵ Foot, "Abortion," 27-28; Thomson, "Turning," 369.

- (2) negatif yükümlülükle korunan menfaatin pozitif yükümlülükle korunan menfaatten üstün olması,
(3) korunan menfaatler arasında eşitlik olması.

Birinci ve ikinci ihtimallerde hukuki menfaatler arasında altlık-üstlük ilişkisi kurulabildiğinden, üstün olan hukuki menfaati koruyan yükümlülüğün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir²¹⁶. Hangi menfaatin üstün olduğunu kanun koyucu açıkça belirlememişse, çeşitli kıstaslardan hareket edilmektedir. Bu bağlamda en temel kıstas, yükümlülüğün ihlali halinde öngörülen ceza miktarıdır²¹⁷. Zira kanun koyucu hukuki menfaati ne kadar önemsiyorsa, onu ihlal eden fiil için de o kadar ceza belirler²¹⁸.

Tramvay problemi yükümlülükler çatışması bağlamında ele alındığında; *tramvay problemindeki* çatışma, pozitif ve negatif yükümlülükler arasında olduğundan ve yükümlülükler çatışmasında üstün olan menfaati koruyan yükümlülüğün yerine getirilmesi hukuka uygun olduğundan yanıtlanması gereken soru, üstün menfaatin ne şekilde belirleneceği sorusudur.

Biz de, pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmada birbirleri açısından tehlike yaratmayan masum insanların yaşama hakkının sayısal bir denkleştirmenin ya da karşılaştırmanın konusu olamayacağını; hiç kimsenin, özel olarak yükümlülük altına girmediyse, başkaları için hayatını feda etmek yükümlülüğü altında olmadığını ileri süren görüşe katılıyoruz. Bu yüzden, kanaatimizce, *tramvay problemine* konu kurgularda çoğunluğun yaşama hakkı ile azınlığın yaşama hakkı arasında eşitlik vardır. **Çatışan farklı türdeki yükümlülükler konu menfaatler eşitse negatif olan yükümlülük pozitif olan yükümlülükten önceliklidir; zira yapılmaması gerekenin yapılması, yapılması gerekenin yapılmasından daha haksızdır**²¹⁹. Alman ceza hukukunda bu görüş kabul edilmektedir²²⁰. Kanaatimizce haksızlığa ilişkin bu farklılık, nedensellik bağlantısının haksızlığa ilişkin değer yargılarımız üzerindeki etkisinden kaynaklanmaktadır. Ahlaki sezgilerimize

²¹⁶ Zafer, *Genel Hükümler*, 341; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 357; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 304; Selçuk, “Yükümlülüklerin Çatışması”, 87; Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması,” *Ceza Hukuku Dergisi* 8, no. 21 (2013): 137; Koç, “Yükümlülüklerin Çatışmasının,” 578; Mehmet Arslan, “Kovid-19,” 380.

²¹⁷ Bernsmann, “Necessity,” 181-182.

²¹⁸ Bernsmann, “Necessity,” 181-182.

²¹⁹ Aynı yönde bkz. Kamm, “Action,” 1495.

²²⁰ Zimmermann, “Justification,” 267.

göre doğrudan istenmeyen bir duruma neden olma, neden olunmayan durumu engellemekten daha haksızdır²²¹. Yapılmaması gerekenin yapılmasında, icrai bir davranışla (yani doğal bir nedensellik) istenmeyen duruma sebebiyet verilmektedir. Yapılması gerekenin yapılmamasında ise doğal bir nedensellik yoktur; bu durumda normatif bir değerlendirme yapılarak istenmeyen durum bir kimseye isnat edilmektedir.

Pozitif hukuk düzenlemeleri de bu çıkarımı desteklemektedir. Hangi yükümlülüğün üstün olduğu belirlenirken temel kıstas, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu yükümlülüklerin ihlali halinde verilecek cezadır²²². Yardım etme yükümlülüğünün ihlalinin cezası TCK m. 98'e göre, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. İnsan öldürmenin cezası ise TCK m. 81'e göre müebbet hapis cezasıdır. Anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı TCK'ya göre, azınlığın ölmesine neden olma çoğunluğun yaşamını kurtarmamaktan daha haksızdır. Hatta kurgular değiştirilip²²³ çoğunluğun hayatını kurtarma yükümlülüğü *ihmali davranışla kasten öldürme suçundan* (TCK m. 83) türetilse bile sonuç değişmemektedir. Zira, TCK m. 83'e göre bu yükümlülüğün ihlalinin cezası onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasıdır.

SONUÇ

Deontolojik etiğin en önemli düşünce deneylerinden birisi olan *tramvay problemi*, amaç ve sonuç bakımından aynı nitelikteki olaylara ilişkin değer yargıları arasındaki zıtlığı konu edinmektedir. *Tramvay problemi* biri deskriptif, diğeri normatif nitelikte olan iki alt sorundan oluşmaktadır. Deskriptif sorun şudur: *Neden aynı amaçla hareket edilen ve aynı sonuca sebebiyet verilen olaylarda (çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın ölmesine neden olma) insanlar farklı değer yargılarına sahiptir?* Sorunun deskriptif olmasının nedeni, insanoğlunun bu tür ikilemlere ilişkin psikolojik gerçekliğini (insanın subjektif doğasını) tespit etmeyi hedefliyor olmasıdır. *Tramvay problemindeki* normatif sorun ise şudur: *Çoğunluğun hayatını*

²²¹ Moore, *Act and Crime*, 25; Kamm, "Action," 1495.

²²² Bernsmann, "Necessity," 181-182.

²²³ Organ nakli cerrahisi örneğinde cerrahın yanlış tedavisi nedeniyle beş hastada organ yetmezliği olduğu, tramvay kurgusunda ise makası çevirme pozisyonunda olan kişinin yanlış tamir etmek suretiyle tramvayın frenlerinin tutmamasına neden olan kişi olduğu varsayılırsa bu iki kurguda öngelen tehlikeli davranış nedeniyle garantörlük söz konusu olmaktadır.

kurtarmak için azınlığın hayatını kaybetmesine izin verilebilir mi? Verilebilirse bunun koşulları nelerdir?

Anlaşılabacağı üzere normatif sorun, ikincisi birincisine bağımlı iki alt sorundan oluşmaktadır:

(1) Çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunmasına izin verilebilir mi?

(2) (İlk soruya olumlu yanıt verildiğinde) çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunmasına hangi koşullar altında izin verilebilir?

İlk soruya olumsuz yanıt verildiğinde deskriptif sorundan ve dolayısıyla *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilemez. Çünkü bu ihtimalde *tramvay problemine* konu olan tüm kurgularda, davranış haksız olmaktadır.

İlk soruya olumlu yanıt verildiğinde; *tramvay problemi* diye bir problemden söz edilebilir. Bu ihtimalde deskriptif sorun önemli hale gelmektedir. Deskriptif sorunun çözümü konusunda ise on yıllardır süregelen tartışmalarda henüz herkesi tatmin eden bir sonuca ulaşılamamıştır. Yapılan çalışmalar göstermektedir ki bu tür ikilemlerde ne saf sonuççu teoriler ne de deontolojik teoriler sorunu herkesi tatmin edecek bir şekilde çözümlenebilmektedir.

Ceza hukukunun *tramvay problemindeki* menfaatler çatışması ile ilgili olan kurumları, zorunluluk hali ve yükümlülükler çatışmasıdır. Yukarıda detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere bu kurumların hukuki niteliği Türk ceza hukukunda tartışmalıdır. *Tramvay probleminin* zorunluluk haliyle mi yoksa yükümlülükler çatışmasıyla mı ilgili olduğu sorusunun yanıtı; *tramvay problemine* konu kurgularda çoğunluğun hayatını kurtarma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorusuna verilecek yanıtı bağlıdır. *Tramvay problemi*, böyle bir yükümlülüğün bulunduğu kabul edilirse yükümlülükler çatışması ile, bulunmadığı kabul edilirse zorunluluk hali ile ilişkilendirilmiş olur. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bize göre *tramvay problemi* yükümlülükler çatışması ile ilgilidir. Öğretideki genel eğilim de budur. *Tramvay probleminde* çoğunluğu koruma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) ile azınlığın ölmesine neden olmama yükümlülüğü (negatif yükümlülük) arasında çatışma vardır.

Yaşama hakkı ceza hukukunun korumayı amaçladığı hukuki varlıkların başında gelmektedir; bu yüzden ceza hukukunun süjenin “hangisini tercih

edersem davranışım haksız olmaz” sorusuna yanıt vermesi zorunludur. Biz, pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki çatışmada birbirleri açısından tehlike yaratmayan masum insanların yaşama haklarının kıyasın konusu olamayacağını yani eşit olduğunu ileri süren görüşe katılıyoruz. *Tramvay problemine* konu kurgularda çatışan menfaatler eşit olduğuna ve ceza hukukunun süjeye yol göstermesi zorunlu olduğuna göre, ceza hukukunun tek yapabileceği bu çatışmada negatif ya da pozitif yükümlülüklerden birine öncelik vermektir.

Ceza hukuku kişi hak ve özgürlüklerine en derin ve yoğun müdahaleleri gerçekleştiren hukuk dalı olduğu ve bu yüzden adil olana ilişkin beklentiler en çok ceza hukukuna yöneldiği için bu tercihin adil olanla uyumlu olması gerekir. Adil olan, kanaatimizce, eşit menfaatleri koruyan farklı türdeki yükümlülükler arasındaki çatışmada negatif yükümlülüğün yerine getirilmesidir; zira ahlaki sezgilerimize göre istenmeyen bir duruma neden olmak, neden olunmayan istenmeyen bir durumu engellemekten daha haksızdır. *Foot*, tarafından ortaya konulan bizim de iştirak ettiğimiz bu görüşe şu gerekçeyle itiraz edilebilir: *tramvay kurgusunda* azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunması, ampirik çalışmalara katılan katımcıların ekseriyeti tarafından haksız görülmemektedir; o halde eşit menfaatlerin çatışmasında negatif yükümlülüklerin pozitif yükümlülüklerden öncelikli olduğu şeklindeki tez her durumda geçerli değildir. *Tramvay problemi* adı verilen problemi yaratan da bu itirazdır ve bu itirazı 1976 yılında ilk dile getiren yazar, *Thomson*’dur. Ancak, *Thomson* da 2008 yılında, daha önce bir dizi çalışmaya konu edip 40 yıl boyunca çözümlenmeye çalıştığı bu problemin esasen mevcut olmadığını, *Foot*’un başından itibaren haklı olduğunu kabul etmiştir.

Eşit menfaatleri konu edinen farklı türdeki yükümlülükler arasındaki çatışmalarda negatif yükümlülüklerin öncelikli olduğu tezini, 5237 sayılı TCK’nın *tramvay problemi* ile ilişkilendirilebilecek 81, 83 ve 98. maddeleri de desteklemektedir. Cezanın miktarı haksızlığın niceliği ile paraleldir; fiil ne kadar haksızsa o kadar cezayı hak eder. Söz konusu düzenlemelerdeki ceza miktarlarına bakıldığında, icrai davranışların (negatif yükümlülük getiren suçların), ihmali davranışlardan (pozitif yükümlülük getiren suçlardan) daha haksız olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, bize göre, *tramvay problemine* konu olan kurguların tamamında, çoğunluğun hayatını kurtarmak için masum azınlığın hayatını kaybetmesine neden olunması haksızdır. Bizim ulaştığımız sonuca göre,

tramvay problemine konu olan kurgular arasında bir zıtlık olmadığı için, bize göre, Türk ceza hukuku bakımından “tramvay problemi” diye bir problem yoktur.

KAYNAKÇA

- Ahlenius, Henrik ve Torbjörn Tännsjö. “Chinese and Westerners Respond Differently to The Trolley Dilemmas.” *Journal of Cognition and Culture* 12, no. 3-4 (2012): 195-201.
- Andric, Vuko. *From Value to Rightness: Consequentialism, Action-guidance, and the Perspective-dependence of Moral Duties*. New York: Routledge, 2021.
- Arslan, Mehmet. “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 3 (2020): 361-384.
- Artuk, Mehmet Emin ve Mehmet Emin Alşahin, “Yardım Veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK. m. 98).” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no:1 (2012): 3-38.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2018.
- Bacaksız, Pınar. “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması.” *Ceza Hukuku Dergisi* 8, no. 21 (2013): 119-138.
- Beld, Van Den. “Killing and the Principle of Double Effect.” *Scottish Journal of Theology* 41, no. 1 (1988): 93-116.
- Bernsman, Klaus. “Private Self-defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal-Some Remarks.” *Israel Law Review* 30, no. 1-2 (1996): 171-187.
- Bohlander, Michael. ‘In Extremis – Hijacked Aeroplanes, ‘Collateral Damage’ and the Limits of Criminal Law.’ *Criminal Law Review* (2006): 579-592.
- Bruers, Stijn ve Johan Braeckman. “A Review and Systematization of the Trolley Problem.” *Philosophia* 42, no. 2, (2014): 251-269.
- Coca-Vila, Ivó. “Conflicting Duties in Criminal Law.” *New Criminal Law Review* 22, no. 1 (2019): 34-72.
- Coca-Vila, Ivó. “On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora’s Box Ajar.” *Criminal Law and Philosophy* 18, (2024): 61-88.
- Cova, Florian. “What Happened to the Trolley Problem?.” *Journal of Indian Council of Philosophical Research* 34, no. 3 (2017): 543-564.

- Cushman, Fiery, Liane Young ve Marc Hauser. "The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgment: Testing Three Principles of Harm." *Psychological Science* 17, n. 12 (2006): 1082-1089.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (2. Cilt)*. İstanbul: Beta, 1999.
- Driver, Julia. *Consequentialism*. London: Routledge, 2011.
- Dubber, Markus D. ve Tatjana Hörnle. *Criminal Law a Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Eser, Albin. "Justification and Excuse." *The American Journal of Comparative Law* 24, no. 4 (1976): 621-637.
- Felipe, M. Beltrán de ve J. M. Rodríguez de Santiago. "Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists." *European Public Law* 14, no. 4 (2008): 565-584.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- Foot, Philippa. "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect." reprinted in *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Freitas, Julian De, Peter DeScioli, Jason Nemirow, Maxim Massenkoff ve Steven Pinker. "Kill or Die: Moral Judgment Alters Linguistic Coding Of Causality." *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition* 43, no. 8 (2017): 1173-1182.
- Friedman, Alexander. "Minimizing Harm: Three Problems in Moral Theory." Unpublished Phd Thesis, Massachusetts Institute of Technology, 2002.
- Fritz, Zoe. "Can 'Best Interests' Derail the Trolley? Examining Withdrawal of Clinically Assisted Nutrition and Hydration in Patients in The Permanent Vegetative State." *Journal of Medical Ethics* 43, no. 7 (2017): 450-454.
- Greene, Joshua D., Fiery A. Cushman, Lisa E. Stewart, Kelly Lowenberg, Leigh E. Nystrom ve Jonathan D. Cohen. "Pushing Moral Buttons: The Interaction Between Personal Force and Intention in Moral Judgment." *Cognition* 111, no. 3 (2009): 364-371.
- Greene, Joshua D., R. Brian Sommerville, Leigh E. Nystrom, John M. Darley ve Jonathan D. Cohen. "An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment." *Science* 293, no. 5537 (2001): 2105-2108.
- Gur-Arye, Miriam ve Thomas Weigend. "Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives." *Israel Law Review* 44, no. 1-2 (2011): 63-89.

- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Usa yayıncılık, 2021.
- Hafizoğulları, Zeki, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit /L’inesigibilita).” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no: 3 (2008): 337-369.
- Hauser, Marc, Fiery Cushman, Liane Young, Jin R. Kang-Xing ve John Mikhail. “A Dissociation Between Moral Judgments and Justifications.” *Mind and Language* 22, no. 1 (2007): 1-21.
- Hilgendorf, Eric. “The Dilemma of Autonomous Driving: Reflections on The Moral and Legal Treatment of Automatic Collision Avoidance Systems.” içinde *Digitization and the Law*, eds. Eric Hilgendorf, Jochen Feldle, 57-89. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Hirsch, Andreas von. “Criminalizing Failure to Rescue: A Matter of ‘Solidarity’ or Altruism?.” içinde *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, eds. Rowan Cruft, Matthew H. Kramer, Mark R. Reiff, 242-253. New York: Oxford University Press, 2011.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.” *The Yale Law Journal* 23, no. 1 (1913): 16-59.
- Hörnle, Tatjana. “Hijacked Airplanes: May They Be Shot Down?.” *New Criminal Law Review* 10, no. 4 (2007): 582-612.
- Hörnle, Tatjana. “Shooting Down a Hijacked Plane—The German Discussion and Beyond,” *Criminal Law and Philosophy* 3, no. 2 (2009): 111-131.
- İba, Hasan. “Doku ve Organ Ticareti Suçları Bakımından TCK m. 92’de Yer Verilen ‘Zorunluluk Hali’ Başlıklı Düzenlemenin Hukuki Niteliği”, içinde 9. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu (24 Mayıs - 26 Haziran 2023) Özet Kitapçığı, 2023.
- İba, Hasan. *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Kamm, Frances M. “Action, Omission, and the Stringency of Duties.” *University of Pennsylvania Law Review* 142, no. 5 (1994): 1493-1512.
- Kamm, Frances M. “Lecture II: How Was the Trolley Turned?.” içinde *The Trolley Problem Mysteries*, ed. Eric Rakowski, 57-113. New York: Oxford University Press, 2016.
- Kangal, Zeynel T. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Ankara: Seçkin, 2010.
- Kaufman, Whitley R. P. “The Doctrine of Double Effect and the Trolley Problem.” *The Journal of Value Inquiry* 50, no 1 (2015): 21-31.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.

- Koç, Ziya. "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş şekilleri." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (2021): 573-612.
- Krull, Douglas S. Stephanie L. Varga, Jady G. Sgro ve Sarah R. A. Krull. "Self-destruction or Surrender? Religiosity and Active versus Passive Euthanasia." *Death Studies* 47, no. 6 (2023): 762-768.
- Lepsius, Oliver. "Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act." *German Law Journal* 7, no. 9 (2006): 761-776.
- Lepsius, Oliver. "Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany." *German Law Journal* 5, no. 5 (2004): 435-460.
- Mahon, James Edwin. "Abortion and the Right to Not Be Pregnant." içinde *Philosophy and Political Engagement*, eds. A. Fives and K. Breen, 57-77. London: Palgrave Macmillan, 2016.
- Mangan, Joseph T. "An Historical Analysis of the Principle of Double Effect." *Theological Studies* 10, no. 1 (1949): 41-61.
- Mendez, Mario F., Eric Anderson ve Jill S. Shapira. "An Investigation of Moral Judgement In Frontotemporal Dementia." *Cognitive and Behavioral Neurology* 18, no. 4, (2005): 193-197.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Michelin, Corinna, Sandra Pellizzoni, Michael Siegal ve MariaTallandini. "Should More Be Saved? Diversity in Utilitarian Moral Judgment." *Journal of Cognition and Culture* 10, no. 1 (2010): 153-169.
- Mikhail, John. "Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future." *Trends in Cognitive Sciences* 11, no. 4 (2007): 143-152.
- Moore, Michael S. *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Moore, Michael S. *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Morioka, Masahiro. "The Trolley Problem and the Dropping of Atomic Bombs." *Journal of Philosophy of Life* 7, no. 2 (2017): 316-337.
- Müller, Lukas Frederik. "Identifying German Legal Approaches to Terror—How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting Down of a Hijacked Planes." *German Law Journal* 19, no.1 (2018): 113-136.
- Nyholm, Sven ve Jilles Smids. "The Ethics of Accident-Algorithms for Self-Driving Cars: An Applied Trolley Problem?." *Ethical Theory Moral Practice* 19, no. 5 (2016): 1275-1289.

- Oberdiek, John. "Culpability and the Definition of Deontological Constraints." *Law and Philosophy* 27, no. 2 (2008): 105-122.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Petrinovich, Lewis, Patricia O'Neill ve Matthew Jorgensen. "An Empirical Study of Moral Intuitions: Toward An Evolutionary Ethics." *Journal of Personality and Social Psychology* 64, no. 3 (1993): 467-478.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1999.
- Schuster, Frank P. "Coping with Moral Dilemmas in German Criminal Law Theory and Justice: Classical Cases and Modern Variants." *Criminal Law Forum* 34, no. 4 (2023): 237-270.
- Selçuk, Sami. "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları." *Terazi Hukuk Dergisi* 5, no. 45 (2010): 87-104.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Steiker, Carol S. "No, Capital Punishment Is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty." *Stanford Law Review* 58, no. 3 (2005): 751-789.
- Sunstein, Cass R. ve Adrian Vermeule. "Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs." *Stanford Law Review* 58, no. 3 (2005): 703-750.
- Sytsma, Justin ve Jonathan Livengood. "Causal Attributions and The Trolley Problem." *Philosophical Psychology* 34, no. 8 (2021): 1167-1191.
- Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Thomson Judith Jarvis. *The Realm of Rights*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.
- Thomson, Judith Jarvis. "Kamm on the Trolley Problems." içinde *The Trolley Problem Mysteries*, ed. Eric Rakowski, 113-135. New York: Oxford University Press, 2016.
- Thomson, Judith Jarvis. "Killing, Lething Die, and The Trolley Problem." *The Monist* 59, no. 2 (1976): 204-217.
- Thomson, Judith Jarvis. "The Trolley Problem." *The Yale Law Journal* 94, no. 6 (1985): 1395-1415.

- Thomson, Judith Jarvis. "Turning the Trolley." *Philosophy & Public Affairs* 36, no. 4 (2008): 359-374.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Tupa, Anton. "Killing, Letting Die, and the Morality of Abortion." *Journal of Applied Philosophy* 26, no. 1 (2009): 1-26.
- Waldmann, Michael R. ve Jörn H. Dieterich. "Throwing a Bomb on a Person versus Throwing a Person on a Bomb: Intervention Myopia in Moral Intuitions." *Psychological Science* 18, no. 3 (2007): 247-253.
- Weigend, Thomas ve Khalid Ghanayim. "Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law." *Israel Law Review* 44, no. 1-2 (2011): 199-228.
- Wood, Nathan. *Virtue Rediscovered: Deontology, Consequentialism, and Virtue Ethics in the Contemporary Moral Landscape*. London: Lexington Books, 2019.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta, 2015.
- Zafer, Hamide. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta, 2016.
- Zimmermann, Till. "Justification or Excuse? The Collision of Positive Duties in German Criminal Law." *The Journal of Criminal Law* 78, no. 3 (2014): 263-276.

HUKUK FELSEFESİ ÖĞRETİMİNDE EDEBİYAT ESERLERİ

Literary Works in Teaching Philosophy of Law

E. İrem AKI*

ÖZ

Edebiyat eserleri hem Türkiye'nin hem de Dünya'nın çeşitli üniversitelerinde Hukuk ve Edebiyat dersleri aracılığıyla hukuk eğitiminde yer almaktadır. Bu makalede edebiyat eserlerinin hukuk felsefesi dersinde kullanımının dersin işleyişine nasıl bir katkı sunacağı üzerinde durulacaktır. Edebiyat eserleri hukuk felsefesi dersinde ne işe yarar? Edebiyat eserleri aracılığıyla hukuk felsefesi dersinde veremediğimiz neyi veririz öğrenciye? Bu soruları yanıtlamak için birinci bölümde hukuk felsefesinin hukuk eğitimindeki yeri ortaya koyulacak, ikinci bölümde Hukuk ve Edebiyat akımının ortaya çıkışı üzerinde durulacak ve üçüncü bölümde de hukuk felsefesi öğretiminde, alternatif bir yöntem olarak edebiyat eserlerinin ne tür olanaklar sağlayabileceği tartışılacak ve edebiyat eserlerinin hukuk felsefesi öğretimi için üç olanak sunduğu iddia edilecektir. Buna göre ilk olarak edebiyat eserleri adalet, sosyal adalet, otorite ve önyargılar gibi belirli kavramları tartışmak; ikinci olarak kişilerin eylemlerini belirli bir bağlam içinde görmek ve değerlendirmek; üçüncü olarak da kişilerin eylemlerini değerlendirirken veya yargımlarken önyargıların nasıl adaletsiz durumlara yol açtığını göstermek bakımından zengin kaynaklardır. Makalenin son bölümünde de Necip Fazıl Kısakürek'in *Reis Bey* oyunu üzerinden önyargılar ve yarattıkları adaletsiz durumlar tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve Edebiyat, hukuk felsefesi, hukuk eğitimi, önyargılar, tanıklığa ilişkin adaletsizlik

Makalenin Geliş Tarihi: 08.07.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.10.2024.

* Dr. Arş. Gör. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-posta: iremaki@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2824-9444.

ABSTRACT

Literary works are included in legal education as part of courses on Law and Literature at various universities in both Turkey and around the world. This article discusses the potential contribution of literary works to courses of legal philosophy and asks the following questions: How are literary works employed in a legal philosophy course? What do literary works offer that we cannot otherwise offer in a legal philosophy course?

In trying to answer these questions, the first part outlines the role of legal philosophy in legal education. The second part elaborates on the emergence of the Law and Literature movement. The third part examines the potential of literary works as an alternative method for the teaching of legal philosophy. The article argues that literary works offer three advantages for teaching legal philosophy: (a) literary works are rich resources for discussing specific concepts, such as justice, social justice, authority, and prejudices; (b) valuable means in evaluating human action in specific contexts; and (c) suitable for demonstrating how prejudices can lead to injustices when evaluating human action. The final section discusses prejudices and the resulting injustices in the example of the play *Reis Bey*.

Keywords: Law and Literature, legal philosophy, legal education, prejudices, testimonial injustice

GİRİŞ

Bu makalede hukuk felsefesi öğretiminde alternatif bir yöntem olarak edebiyat eserlerinin kullanımına odaklanılmaktadır. Edebiyat eserleri hukuk felsefesi dersinde ne işe yarar? Edebiyat eserleri aracılığıyla hukuk felsefesi dersinde veremediğimiz neyi veririz öğrenciye? Bu makalede bu soruları yanıtlamak için birinci bölümde hukuk felsefesinin hukuk eğitimi için önemi, ne tür konular üzerinde durduğu ve hukuk felsefesinin temel olarak neyle ilgili olduğu hususuna değinilecektir. İkinci bölümde hukuk felsefesi alanındaki eleştirel yaklaşımlar çerçevesinde Hukuk ve Edebiyat akımının nasıl geliştiğine odaklanılacaktır. Buna göre, hukuk tanımına yönelik eleştiriler hukuk eğitime yönelik eleştirileri ve hukuk eğitiminde kullanılacak alternatif metotları da beraberinde getirmiştir. Amerikan Hukuk Realistleri, Eleştirel Hukuk Çalışmaları teorisyenleri ve feminist hukukçular egemen hukuk teorisine ve hukuk tanımına ciddi eleştiriler dile getirmişlerdir. Bu eleştiriler hukukun kendi içine kapalı bir kurallar sistemi olduğu anlayışını sarsmış ve hem hukuk tanımında hem de hukuk eğitiminde farklı disiplinlerle iş birliği kurulmasının önünü açmıştır. Dolayısıyla “hukuk nedir?” sorusuna verdiğimiz yanıt veya hukuku nasıl tanımladığımız neticesinde Hukuk ve Edebiyat akımı veya dersi hukuk fakültesi müfredatlarında kendine yer bulabilmiştir.

Makalenin üçüncü bölümünde de hukuk felsefesi öğretimine alternatif bir yaklaşım olarak edebiyat eserleri kullanmanın ne tür olanaklar sunabileceği sorusu yanıtlanacaktır. Bu makalede edebiyat eserlerinin hukuk felsefesi öğretiminde üç olanak sunduğu iddia edilmektedir¹. Birincisi edebiyat eserleri, *edebiyatta hukuk* yaklaşımı çerçevesinde, adalet, sosyal adalet, önyargılar, hukuka bağlılık, otorite gibi belirli kavramları derste tartışmak için zengin kaynaklardır. İkincisi edebiyat eserleri hukukçunun önemli bir işi olan, kişilerin eylemlerini değerlendirmek ve belirli bir bağlam içinde görmek için olanak sağlar. Üçüncüsü, edebiyat eserleri kişilerin çoğu zaman farkında bile olmadığı önyargılarla yüzleşmek ve önyargıların nasıl adaletsiz sonuçlara yol açtığını göstermek bakımından da hukuk felsefesi eğitimi için alternatif bir öğretim metodudur.

¹ Edebiyat eserleri, öğrencilerin okuma, yazma ve hukuki metinleri yorumlama yetilerini geliştirmek bakımından da hukuk felsefesi öğretiminde kendine yer bulmalıdır. Hukuki metinlere edebi yorum yöntemleriyle yaklaşmak *edebiyat olarak* hukuk yaklaşımı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu makalede *edebiyatta hukuk* yaklaşımı çerçevesinde edebiyat eserlerinin hukuk eğitimine sunabileceği olanaklara odaklanılacağı için edebiyat eserlerinin öğrencilerin okuma ve yazma yetilerini nasıl geliştirebileceği konusu makalenin kapsamına alınmamıştır.

Makalenin son bölümünde de Necip Fazıl Kısakürek tarafından yazılmış olan *Reis Bey* oyunu çerçevesinde önyargıların kişilerin değerlendirmelerini nasıl etkilediği ve adaletsiz durumlara yol açtığı Miranda Fricker'in görüşlerinden hareketle ortaya koyulacaktır.

I. Hukuk Eğitiminde Hukuk Felsefesinin Önemi

Hukuk eğitimi hukukçu yetiştirmekle ilgilidir. Nasıl hukukçular yetiştirileceği ise verilen hukuk eğitimine göre değişiklik gösterecektir. Sadece mevzuatın öğretimine indirgenmiş bir hukuk eğitimi problemlidir. Böylesi bir hukuk eğitimi hukukun insani yönünün görülmesine engel olacaktır. Hukuk sistemi insanların hayatlarını önemli bir şekilde etkilemektedir. Suçlar, cezalar, evlilik, boşanma, nişanlanma, miras, evlat edinme, cinsiyet, borçlu olma, alacaklı olma ve daha pek çok konu hukuk düzeni tarafından şekillenmektedir. Dolayısıyla hukuk eğitiminin hukukun farklı yönlerini içerecek ve adil olmanın anlamını öğrencilerin anlamasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca hukuk eğitimi öğrencileri hukukçu gibi düşünmenin anlamı üzerinde düşündürmeye yönlendirecek nitelikte olmalıdır². Hukuk eğitiminin öğrencilere hukuk nosyonu ve hukukçu gibi düşünmeyi edindirmesi konusunda bir fikir birliği olsa da hukuk nosyonu veya hukukçu gibi düşünmekten neyin kast edildiği üzerinde bir fikir birliği yoktur³. Hukuk eğitiminin hukukun farklı yönlerini ve hukukun adil olmasının ne anlama geldiğini içermesi gerektiği düşüncesinden hareketle, hukuk eğitiminin de hukukçu gibi düşünmenin sadece teknik veya analitik bir düşünme olmadığı aynı zamanda yaratıcı bir faaliyet olduğunun farkına vardırarak bir eğitim olması gerektiği belirtilmelidir⁴. Bu farklı yönleri içeren bir hukuk eğitiminde hukuk felsefesi dersi ve derste kullanılacak alternatif bir metot olarak edebiyat eserleri kullanımı önemli bir yerde durmaktadır. Zira neyi öğrettiğimiz nasıl öğrettiğimizle ilişkilidir⁵.

² Gülriz Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar," içinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 18. Kitap*, ed. Hayrettin Ökçesiz ve Gülriz Uygur (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2008), 166-167.

³ Kıvılcım Turanlı Yücel, "Biraz Nefes Almak!," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (Aralık 2014): 96.

⁴ Maria Aristodemou, "Studies in Law and Literature: Directions and Concerns," *Anglo-American Law Review* 22 (1993): 162-163.

⁵ Deborah W. Post, "Teaching Interdisciplinarily: Law and Literature as Cultural Critique," *Louis University Law Journal* 44, no. 4 (2000): 1247.

Öncelikle hukuk felsefesi alanını tanımlamanın çok kolay olmadığını belirtmek gerekmektedir⁶. Bununla birlikte hukuk felsefesinin çalışma alanı ve alanın temel sorusu hakkında bir şeyler söylenebilir. Hukuk felsefesi, hukukun doğası, hukuk sistemleri ve hukuk, adalet ve ahlâk arasındaki ilişki hakkındaki genel teorik soruların çalışılmasıyla ilgilidir⁷. Hukuk felsefesi alanı hakkındaki sorular üzerine düşünmek hukuk hakkında eleştirel ve yaratıcı bir şekilde düşünmeye yardımcı olmaktadır. Hukuk felsefesi ayrıca hukuki muhakeme ve akıl yürütmeyi de konu edinir. Bu tür konular öğrencileri mantıklı düşünme konusunda eğitir. Öğrencileri başkalarının ve kendi argümanlarının zayıflıkları hakkında düşünmeye yöneltir. Bu tür yetenekler hukuk pratiğinde her zaman önem taşımaktadır. Hukuk felsefesi, ayrıca, mesleklerini icra edenlerin, yaptıkları şey üzerinde düşünmelerine ve toplumdaki yerlerini sorgulamalarına olanak sağlar. Dolayısıyla, hukuk felsefesi alanı ve dersi saatlerini bu mesleği icra etmekle geçirenler için hukukun, hukuk sisteminin ve hukuk mesleğinin doğası ve fonksiyonu hakkında düşünmek için bir ortam sağlar⁸.

Felsefenin kavramların anlamını sorgulamasından hareketle, hukuk felsefesinin temel sorusu da “hukuk nedir?” sorusudur⁹. “Hukuk nedir?” sorusu bizi hukukun anlamı, doğası, özü hakkında sorgulamaya iter. “Hukuk nedir?” sorusuna farklı hukuk kuramlarınca çeşitli cevaplar verilmiştir: hukuk egemenin buyruğudur, hukuk kanun koyucunun yaptığıdır, hukuk mahkemelerin verdiği kararlardır veya hukuk adalete uygun olandır gibi. “Hukuk nedir?” sorusuna farklı cevaplar verildikçe, bu soruyu yanıtlamak daha da zorlaşmaktadır¹⁰. Dolayısıyla hukuk basitçe kanun koyucunun koyduğu kurallar veya mevzuat değildir. “Hukuk nedir?” sorusunun sadece kamu hukukçularını ilgilendiren bir soru olduğu gibi bir kanı da vardır¹¹. Ancak yukarıda belirtildiği gibi özel hukuk veya kamu hukuku ayrımı

⁶ İngilizce literatürde hukuk felsefesine ilişkin farklı adlandırmalar (*legal philosophy, philosophy of law, legal theory* ve *jurisprudence*) olduğunun farkında olmak gerekmektedir. Sercan Gürler, “Hukuk Felsefesi Tartışmalarına Girebilmek,” içinde Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, çev. Engin Arıkan (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2013), vii-xiii.

⁷ M. D. A. Freeman, *Llyod's Introduction to Jurisprudence* (London: Sweet&Maxwell, 1994), 4.

⁸ Brian Bix, *Jurisprudence* (London: Sweet&Maxwell, 1999), viii-ix.

⁹ Gürler, “Hukuk Felsefesi Tartışmalarına Girebilmek,” xi.

¹⁰ Gürler, “Hukuk Felsefesi Tartışmalarına Girebilmek,” xii-xiii.

¹¹ Cemal Bâli Akal, “Bana Edebiyat Parçalama,” içinde *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu Edebiyat ve Hukuk* (İstanbul: Zoe, 2023), 135.

olmaksızın hukuk hayatımızın her alanını etkilemektedir. Bu nedenle hukuk kavramının veya hukuk sistemlerinin doğasına ilişkin tartışmaların hukuku kendine meslek edinecek herkesi ilgilendirdiğini genel olarak hukuk eğitiminin özel olarak ise hukuk felsefesi dersinin içeriğine yerleştirmek gerekmektedir.

Edebiyat eserleri de hukukun basitçe kurallardan ibaret olmadığını fark etmek, hukuk felsefesinin temel sorusu olan “hukuk nedir?” sorusuna verilen yanıtlar üzerine düşünmek, hukuk mesleği ve hukukun doğası üzerine tartışmak için çok zengin kaynaklardır.

II. Hukuk Felsefesindeki Gelişmeler Işığında Hukuk ve Edebiyat Akımı

Hukuk ve edebiyat arasındaki ilişki çok eskiye dayanmakla birlikte¹², hukukçuların edebi eserlerden faydalanması gerektiği düşüncesi 1908 yılında John H. Wigmore’un hukukçuların kullanımı için bir kitap listesi hazırlamasıyla tekrar gündeme gelmiştir. Bu liste daha sonra düzeltilmiş ve 1922 yılında tekrar basılmıştır¹³. Wigmore’a göre hukukçular insan doğasını bilmelidir. Bunu yapabilmek için de “*hayatın portrelerinin galerisi olan kurguya gitmelidir*”¹⁴. Hayatın portrelerinin galerisi olan edebiyat, hukukçulara insanlık durumunun karmaşık doğası konusunda bir fikir verebilecektir¹⁵. Amerikan Hukuki Realistleri’nin önemli isimlerinden olan Benjamin Cardozo da 1925’te içtihatların edebi tarzı üzerine yazmıştır¹⁶. Cardozo’ya göre yargı içtihatlarının edebi bir stili olmalıydı ve iyi bir

¹² Hukuk ve edebiyat arasındaki ilişkinin sosyalliğin tarihiyle yaşıt olduğu düşüncesi için bkz. Cemal Bâli Akal, “Edebiyat ve Hukuk Dersini Kim Uydurdu?,” içinde *Sözün İkiz Çocukları*, ed. Cemal Bâli Akal ve Yalçın Tosun (İstanbul: Zoe Kitap, 2023), 143. Amerika’da özellikle Amerikan İç Savaşı öncesinde hukuk ve edebiyatın hem entelektüel açıdan hem de mesleki açıdan iç içe geçmişliği için bkz. E. Villiers Gemmette, “Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in The Liberal Arts Component of the Law School Curriculum,” *Valparaiso University Law Review* 23, no. 3 (1989): 288; Guyora Binder, “Law and Literature,” içinde *Johns Hopkins Guide To Literary Theory And Criticism*, ed. Michael Groden, Martin Kreiswirth, Imre Szeman (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2005), 588.

¹³ John H. Wigmore, “A List of One Hundred Legal Novels,” *Illinois Law Review* 17 (1922): 26-41; Gemmette, “Law and Literature,” 285; Bakal, “Edebiyat ve Hukuk Dersini Kim Uydurdu?,” 147.

¹⁴ Wigmore, “A List of One Hundred Legal Novels,” 31.

¹⁵ Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 165.

¹⁶ Bix, *Jurisprudence*, 221.

mahkeme kararı yazabilmek için de hukukçuların edebiyatla aşina olmaları esastı¹⁷.

Hukuk ve Edebiyat hareketi Amerika'daki hukuk fakültelerinde 1970 ve 1980'lerde doğmuştur¹⁸. James Boyd White'ın 1973'te basılan *The Legal Imagination* adlı kitabından bu yana da Hukuk ve Edebiyat kendine özgü bir alan olarak kabul edilmiştir¹⁹. J. Allen Smith de 1979 yılında yazmış olduğu bir makalede hukuk ve edebiyat arasındaki ilişkiyi geliştirecek bir "rönesans" olduğunu ileri sürer²⁰.

Hukuk ve edebiyat arasındaki ilişkinin yanında, Hukuk ve Edebiyat akımı ile hukuk felsefesi arasında da iç içe geçmiş bir ilişki bulunmaktadır. Buna göre, Hukuk ve Edebiyat akımının ortaya çıkışı ya da hukuk fakültesi müfredatlarında hukuk ve edebiyat dersinin kabul edilmesi hukuk felsefesi alanındaki tartışmalarla ve "hukuk nedir?" sorusuna verilen cevaplarla ilişkilidir²¹. Daha açık bir ifadeyle, Hukuk ve Edebiyat hareketinin veya dersinin nasıl hukuk fakültesi müfredatının bir parçası haline geldiği, hukuk eğitimindeki dönüşüm talebi ve hukuk felsefesindeki eleştirel yaklaşımlarla bağlantılıdır. Bu bağlamda, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm gibi teorilerden farklı olarak, hukuka ilişkin anlayışımıza ciddi eleştiriler getiren Amerikan Hukuk Realizmi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Feminist Hukuk Teorisi gibi yaklaşımlar hukuk tanımına olduğu kadar hukuk eğitime yönelik eleştiriler de dile getirmişlerdir. Aslında, Hukuk ve Edebiyat akımının çıkışına ilham veren şey de hukuk eğitiminin güncel durumuna ilişkin kaygılar olmuştur. Bu kaygılar arasında yargı kararları ve mevzuatın hukuk eğitiminin merkezinde yer alması, hukuk eğitiminin teknik bir eğitim olarak anlaşılması sayılabilir²². Bu kaygılar neticesinde doğan Hukuk ve Edebiyat akımı da hukuk felsefesinde hâkim akım olan hukuki pozitivizm ve doğal hukuk gibi kuramların aksine, hukuk eğitiminin nasıl olması gerektiğiyle ilgilenmektedir. Bu nedenle, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisi gibi teoriler "hukuk

¹⁷ Barbara Vilez, "Law and Literature: A Conjunction Revisited," *Law and Humanities* 5, no. 1 (2011): 209.

¹⁸ Binder, "Law and Literature," 588.

¹⁹ R. A. Posner, "Law and literature: A relation reargued," *Virginia Law Review* 72, no. 8 (Kasım 1986): 1352; Ian Ward, "The educative ambition of Law and Literature," *Legal Studies* 13, no. 3 (Kasım 1993): 323.

²⁰ J. Allen Smith, "The Coming Renaissance in Law and Literature," *Journal of Legal Education* 30, no. 1/2 (1979): 13.

²¹ E. İrem Akı, "Teaching Philosophy and Ethics through a Law and Literature Course in Today's Turkey," *Law and Method* (Kasım 2018): 2.

²² Aristodemou, "Studies in Law and Literature," 160-163.

nedir?” sorusuna cevap vermeye çalışırken, Hukuk ve Edebiyat akımı hukuk öğretimi ve çalışmasına alternatif yaklaşımlara yönelmiştir²³.

Hukuka eleştirel yaklaşan bu akımların ya da çalışmaların öncesinde ise 19.yy’da sosyal bilimlerde yaşanan gelişmelere paralel bir şekilde hukuku bir bilim olarak kabul etme ve hukukun kendi başına bir disiplin olduğu düşüncesi hâkimdi²⁴. Dolayısıyla, daha önceleri, sosyal bilimler, siyaset, edebiyat ve hukuk entelektüel ve mesleki olarak birbirleriyle bağlantılı alanlar olarak kabul edilirken, hukuk eğitiminde uzmanlaşmanın kabul görmeye başlaması hukuk eğitiminin teknik bir eğitim olduğu düşüncesini de beraberinde getirmiştir²⁵. Bu düşüncenin ortaya çıkışında Jeremy Bentham’ın ve hukuki pozitivistlerin önemli temsilcilerinden John Austin’in, Amerika Birleşik Devletleri’nde ise Christopher Columbus Langdell’in çalışmaları etkili olmuştur. Hukukun bir bilim olduğu ve diğer bilimlerden ve disiplinlerden izole edilmesi gerektiği fikri bu etkilerle gelişmiştir. Hans Kelsen’in teorisi ve hukuki pozitivistlerin hukukun doğasına ilişkin kavrayışı hukukun nasıl öğretildiği üzerinde etkili olmuştur²⁶.

Hukuku kendi içine kapalı bir sistem olarak gören yaklaşımın amacı da hukuku, belirsizlik ve tutarsızlıklardan arındırmak ve uzak tutmaktır. Bu yaklaşıma göre hukuk sistemli, tutarlı ve kendi içinde bütünlük oluşturan bir yapı olarak kabul edilmiştir. Böylesi bir kabul hukukun bağımsız ve özerk bir disiplin olarak görülmesine neden olmuştur²⁷. Hukukun özerk bir disiplin olarak kabul edilmesi hukuk fakültelerinin pozitif hukukun ve içtihatların öğretildiği kurumlar olmasına yol açmıştır²⁸. Hukuku kendi başına özerk bir disiplin olarak görmek ve hukuk eğitimini de mevzuatın öğretimine indirgemek hukukun çok boyutluluğunu ve yönlülüğünü görmezden gelirken, hukukun disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınmasına da engel oluşturmıştır²⁹.

Bununla birlikte, 1920’lerde ve 1930’larda Amerikan Hukuki Realistleri zamanın hâkim hukuk tanımını ciddi bir şekilde eleştirmiştir ve hukuk

²³ Ward, “The educative ambition of Law and Literature,” 323.

²⁴ Turanlı Yücel, “Biraz Nefes Almak!,” 98; Mehmet Yüksel, “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (Aralık 2013): 4.

²⁵ Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 161; Gemmette, “Law and Literature,” 289.

²⁶ Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 161.

²⁷ Yüksel, “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori,” 5.

²⁸ Turanlı Yücel, “Biraz Nefes Almak!,” 98.

²⁹ Yüksel, “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori,” 5.

araştırmasının kurallar veya emsal kararlardan ziyade hukuk uygulamasına odaklanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca hukuk araştırmasında sosyoloji, psikoloji gibi diğer sosyal bilimlerden faydalanılması gerektiği üzerinde durmuşlardır³⁰. Amerikan Hukuki Realistleri'nin dile getirdiği bir diğer önemli itiraz da hukukun belirsizliğidir. 1970'lerde Eleştirel Hukuk Çalışmaları teorisyenleri, Amerikan Hukuki Realistleri'nin iddialarını biraz daha ileriye taşıyarak hukukun politika olduğunu ileri sürmüşler ve liberal hukuk anlayışını radikal bir şekilde eleştirmişlerdir³¹. Eleştirel Hukuk Çalışmaları teorisyenleri hukukun bir bilim olduğu ve kendi içinde tutarlılık ve geçerlilik arz eden bir yapı olduğu iddialarını da sorgulamışlardır³². Eleştirel Hukuk Çalışmaları teorisyenleri ayrıca egemen olan hukuk eğitiminin ideolojik yapısı üzerinde durmuşlardır. Buna göre hukuk fakültelerinde verilen hukuk eğitimi toplumda hâkim olan hiyerarşinin doğal ve adil olduğu anlayışına dayanır. Hukuk eğitiminin kendisi de hiyerarşik bir yapıdadır. Bu hiyerarşik yapı hem müfredat hem de sınıfta yaşanan deneyimlerden kaynaklanmaktadır³³.

Feminist hukuk teorisyenleri ise feminist teori ve hukuk arasında bir ilişki kurarak hukukun nötr ve tarafsız olduğu iddiasının aksine, hukukun ataerkil yapısını açığa çıkarmak üzere çalışmalar yapmışlardır³⁴. Feminist hukuk teorisyenleri hukuku sadece teorik boyutta eleştirmekle kalmayıp, Eleştirel Hukuk Çalışmaları teorisyenleri gibi, hukuk eğitiminin hiyerarşik yapısına yönelik eleştiriler dile getirmişlerdir. Ayrıca, hukuk eğitimi gerçek hayat deneyimlerine yer vermemesi bakımından da eleştirmişlerdir. Bu hayat deneyimleri hukukun ataerkil yapısı tarafından susturulmuş ve bastırılmış olan deneyimlerdir. Feminist hukuk teorisyenleri hukukun ataerkil yapısını eleştirirken, bu eğitim modelinin dönüştürülmesi gerektiğini ileri sürmüş ve

³⁰ Aristodemou, "Studies in Law and Literature," 161; Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi," içinde *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, ed. Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun (İstanbul: İthaki Yayınları, 2015), 75-89.

³¹ Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu* (Ankara: Nota Bene Yayınları, 2015), 1-18. Eleştirel Hukuk Çalışmaları için bkz. Şefik Taylan Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi* (Ankara: İmge Yayınları, 2006); Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları* (İstanbul: Kazancı Kitap, 2006).

³² Aristodemou, "Studies in Law and Literature," 161.

³³ Duncan Kennedy, "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy," *Journal of Legal Education* 32 (1982): 591-615 aktaran: Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, 105-108.

³⁴ Gülriz Uygur ve F. İrem Çağlar, "Hukuk," içinde *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2307, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1304, 2011), 154-177.

hukuk eğitiminde yeni metotlar önermişlerdir³⁵. Bu yöntemlerden birisi de dersin katılımcılarının kendi hayat hikayelerini paylaşmalarınıdır. Katılımcıların kendi hayat hikayelerini paylaşmalarının yanında derse konu edinilen gerçek kişilerin deneyimlerinin dinlenmesi de söz konusu olabilecektir. Böylelikle hukuk eğitimi daha anlamlı hale gelebilecek ve öğrencilerin kişiliklerinde bir dönüşüm gerçekleşebilecektir. Kişisel deneyimler çerçevesinde hukuki konuların veya meselelerin tartışılması hukuk eğitimine ayrıca disiplinler arası bir boyut katacaktır. Örneğin evi içi şiddete ilişkin bir tartışmada sosyoloji, psikoloji, tarih gibi alanlar da devreye girecektir³⁶. Bu noktada edebiyatın da kişisel deneyimleri ve hayatta kalanların deneyimlerini derse katmak açısından önemli bir araç olduğu belirtilebilir.

Egemen hukuk tanımına eleştirel şekilde yaklaşan bu tür perspektifler, hukuka ilişkin analizin hukuki pozitivistler tarafından tüketilmeyeceğini açığa çıkarmış ve hukukun özerk bir disiplin veya bir bilim olduğu düşüncesinin sorgulanmasına yol açmışlardır³⁷. Richard Posner'a göre hem hukuku hem edebiyatı özerk disiplinler olarak kabul etme düşüncesi bir yana bırakıldığında, Hukuk ve Edebiyat akımı doğmuştur³⁸.

Özetle, hukuku sadece kendi içine kapalı bir sistem ve kanun koyucunun koyduğu kurallardan oluşan bir yapı olarak gören yaklaşıma hukuk felsefesi alanından yükseltilebilir eleştiriler neticesinde Hukuk ve Edebiyat akımının geliştiği iddia edilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk diğer bilim dallarından azade bir toplumsal olgu değildir. Hukuk toplumun bir parçasıdır (dil, ekonominin ve kültürün bir parçasıdır)³⁹, toplumsal gelişmelerden de etkilenir ve hukuk düzeni de kişinin hayatını etkiler ve düzenler⁴⁰. Bu nedenle de “*hukukun dünyanın geri kalanıyla içi içe geçmişliğini*”⁴¹ kabul etmek ve disiplinler arası bir yaklaşımla hukuk üzerine düşünmek, çalışmak ve bir

³⁵ F. İrem Çağlar Gürgey, “Feminist Perspektiften Hukuk Eğitimi Eleştirisi,” *Kadın/Woman* 2000 15, no. 1 (2014): 98.

³⁶ Çağlar Gürgey, “Feminist Perspektiften Hukuk Eğitimi Eleştirisi,” 100-101.

³⁷ Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 161-162.

³⁸ Richard A. Posner, *Law and Literature* (Cambridge: Harvard University Press, 2009), 5.

³⁹ C.R.B. Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” *Cardozo Studies in Law and Literature* 3, no. 1 (1991): 68.

⁴⁰ Turanlı Yücel, “Biraz Nefes Almak!,” 98; Güneş Çap, “Hukuk ve Disiplinlerarasılık,” içinde *Astana 2. Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilimler Sempozyumu Bildiriler Tam Metin Kitabı*, ed. Ömer E. Egeligi ve Aigerim Serdaliyeva (İstanbul: Türk-Alman Üniversitesi ve Astana Yayınları, 11-12 Kasım 2023), 1037.

⁴¹ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 68.

hukuk eğitimi tasarlamak gereklidir. Bununla birlikte, hukuk eğitiminde hukuki pozitivizmin etkisi, Türkiye'deki hukuk fakülteleri de dahil olmak üzere, devam etmektedir. Hukuk eğitimi mevzuatı ve yargı kararlarını merkeze almakta ve öğrencilerin sadece analitik yeteneklerini geliştirmesine odaklanan, yaratıcılığı gölgede bırakan bir eğitim anlayışı devam etmektedir. Diğer disiplinlerle çok yüzeysel bir ilişki kurulmakta, bu ilişki de hukuk eğitimine içkin olmaktansa genellikle tamamlayıcı kabul edilmektedir. Böyle bir yaklaşım da detaylara ve kavramlara yoğunlaşan bu nedenle de insanları ve eylemleri değerlendirirken sadece hukuki uygunluğa odaklanan, dolayısıyla daha geniş bir bağlamda değerlendirme yapmaktan uzak “*yetenekli teknisyenlerin*” yetiştirilmesine sebebiyet vermektedir⁴².

İşinin sadece mevzuat ve yargı kararlarını bilmek olduğunu zanneden hukukçular yetiştirmemek için farklı disiplinlerle hukuk eğitimine ve hukuk araştırmasına yaklaşmak gerekmektedir ki edebiyat bu disiplinlerden biridir. Bu çerçevede bir sonraki bölümde edebiyat eserlerinin hukuk felsefesi dersine ve dersin katılımcılarına neler sunabileceği üzerinde durulacaktır.

III. Hukuk Felsefesi Öğretiminde Alternatif Bir Yöntem Olarak Edebiyat

Hukuk ve edebiyat arasındaki ilişki iki şekilde kurulabilir: *edebiyat olarak hukuk* ve *edebiyatta hukuk* olmak üzere⁴³. *Edebiyat olarak hukuk*, hukuki metinlere edebi yorumlama yöntemleriyle yaklaşmakla ilgilidir⁴⁴. Daha açık bir ifadeyle, “[e]debiyat olarak hukuk; hukukî akıl yürütme, hukuk dili, hukukun yapısı ve işleyişi, hukukî argümanın retorikini anlamamıza önemli katkılar yapar”⁴⁵. Bu nedenle, *edebiyat olarak hukuk*, hukuk felsefesinin ilgilendiği temel problemlere, belirsizlik ve yorumlama gibi⁴⁶, odaklanmaktadır. *Edebiyatta hukuk* ise, hukuk sisteminin, hukukçuların

⁴² Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 163.

⁴³ Daha farklı sınıflandırmalar için bkz. Cemal Bâli Akal, “Edebiyat ve Hukuk Dersini Kim Uydurdu?,” 150.

⁴⁴ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 63; Gemmette, “Law and Literature,” 293-294; Sara D. Schotland, “Justice for Undergraduates: Teaching Law and Literature in the Liberal Arts Curriculum,” *Currents in Teaching and Learning* 2, no. 1 (2009): 42; Ward, “The educative ambition of Law and Literature,” 327.

⁴⁵ Gökhan Yavuz Demir, “Edebi Bir Tür Olarak Hukuk,” *Hukuk Kuramı* 2, no. 6 (Kasım-Aralık 2015): 48.

⁴⁶ Hukuki metinlerin yorumu konusunda bkz. Ertuğrul Uzun, “Yorumu Hukuktan Kurtarmak,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (Mart 2016): 229-263.

(avukatlar, hâkimler, savcılar vb.) veya hukuka ilişkin kavramların edebiyat eserlerindeki yansımalarına dayanır⁴⁷. Derslerde bu konuları içeren edebiyat eserleri okunur ve tartışılır. Bununla birlikte edebiyat eserlerinin sadece yargılamayla ilgili konuları tartışmak için veya avukat, hâkim, savcı vb. rolleri tartışmak üzere elverişli araçlar olduğunu düşünmemek gerekmektedir. Edebiyat eserleri, hukuk kurallarının teknik ve sınırlı incelenmesinin ötesine geçerek hukuka ilişkin çok daha zengin bir bakış açısı sunarlar⁴⁸. Bu bağlamda edebi eserler, öğrencilerin hukukun insanla ilişkisini tekrar kurması⁴⁹ ve “*insanı ve insani olanı tüm boyutlarıyla görebileceği bir bakış açısı*”⁵⁰ kazanması bakımından önemlidir.

Edebi eserler ayrıca hukuk felsefesi alanında konu edinilen kavramlar üzerine düşünmek ve tartışmak için faydalı araçlardır⁵¹, zira edebiyat eserleri aracılığıyla bir hukuk sisteminin doğası veya amacının ne olduğu gibi soruların yanında doğal hukuk, adalet, pozitif hukuk, irade özgürlüğü, güç, intikam, hukuka bağlılık, suç ve ceza, sosyal düzen, yargılama, takdir yetkisi, düzen ve hiyerarşi gibi kavramların anlamı tartışılabilir⁵². Edebiyat ayrıca, hukuk öğrencilerini adil olanın ne olduğu ve sosyal adaletsizlik, yargısal adaletsizlik hakkında da düşünmeye sevk eder⁵³. Edebiyat eserleri, hukuku ve hukukun fonksiyonunu daha geniş bağlamlarda düşünme olanağı sunar ve geçmişle hesaplaşma, haksız yasa, ahde vefa, ırkçılık, ayrımcılık, yoksulluk, savaş, olağanüstü hâl, toplumsal cinsiyet, türcülük, insanın doğayla ilişkisi gibi konular da edebiyat eserleri aracılığıyla tartışılabilir⁵⁴.

Edebi eserler ayrıca hukukçulara ve hukuk sistemine eleştirel yaklaşırlar. Hukuka tabi olanların hukuk düzenine olan eleştirilerini ve hukukun içinde faaliyet gösterdiği topluma etkisini görmemizi sağlarlar. Bu da öğrencileri

⁴⁷ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 63.

⁴⁸ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 69.

⁴⁹ Ward, “The educative ambition of Law and Literature,” 325.

⁵⁰ Turanlı Yücel, “Biraz Nefes Almak!,” 104.

⁵¹ Smith, “The Coming Renaissance in Law and Literature,” 20.

⁵² Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 168.

⁵³ Schotland, “Justice for Undergraduates,” 42; Gülriz Uygur, “Adaletsizliği edebiyat eserlerinde görmek...,” *K24* (blog), 7 Mayıs 2015, <https://t24.com.tr/k24/yazi/adaletsizligi-edebiyat-eserlerinde-gormek-bilgisel-epistemik-adaletsizlik-ve-dertlenerek-ilgilenmek>, 175.

⁵⁴ Turanlı Yücel, “Biraz Nefes Almak!,” 103. Ayrıca bkz. Kuvılcım Turanlı Yücel, “Hukuk ve Edebiyat Dersi Deneyim ve Bazı Gözlemler,” *Hukuk Kuramı* 1, no. 3 (Mayıs-Haziran 2014): 41-51.

hukuk sistemleri ve meslekleri üzerinde düşünmeye iter⁵⁵. Hukuka ve hukuk mesleğini icra edenlere eleştirel yaklaşmak, hukuk sistemlerinin ve hukuk eğitiminin toplumdaki bazı grupların seslerini bastırabileceğinin veya bu grupları dışlayabileceğinin farkında olmakla da ilgilidir. Hukuk sisteminden dışlananları görmek, bu miyoplüğün üstesinden gelmek için de edebiyat eserleri öğrencilerde bir farkındalık oluşmasına yardımcı olabilir.⁵⁶

Edebiyat ayrıca, “*mümkün yaşantı ve eylem olanaklarının*” bilgisini sunar⁵⁷. Dahası, edebi eserler farklı avukatları, hâkimleri ve savcılarını da görmemizi sağlar. Yani edebiyat eserleri hem meslek etiğinin gereklerini yerine getiren hem de yolsuz hukukçuların temsillerini sunar⁵⁸ ve onların eylemlerini değerlendirmemize olanak tanır. Başka bir deyişle, *edebiyatta hukuk* çerçevesinde yapılan şeylerden biri, bir hâkim gibi hüküm verilmese bile, bir değerlendirme eylemi ve eylem üzerine öğrencilerle birlikte düşündürmektir. Derste eserler tartışılırken eserlerdeki karakterler ve karakterlerin eylemleri değerlendirilir: Örneğin Harper Lee’nin *Bülbülü Öldürmek*⁵⁹ adlı eserinde Tom Robinson’u yargılayanların eylemleri, avukat Atticus’un eylemleri gibi.

Bununla birlikte, ceza hukuku, medeni hukuk ve borçlar hukuku gibi derslerde öğrenciler kuralların belirli davalara nasıl uygulanacağını öğrenirler, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişinin eylemi hakkında bir yargıya varırlar. Peki edebiyat eserleri, değerlendirme ve yargılama faaliyeti konusunda öğrencilere ve akademisyenlere müfredattaki diğer derslerin katmadığı ne katmaktadır? Örneğin, *Asılacak Kadın*⁶⁰ romanındaki hâkim İrfan Elverir karakteri ve onun zihin yapısının sunulmuş biçimi bize mahkeme karar incelemelerinin veya kur pratik derslerinin veremeyeceği bir şeydir. Zira hukukçular olarak bizim elimizdeki tek malzeme mahkeme kararlarıdır. Karar

⁵⁵ Aristodemou, “Studies in Law and Literature,” 165,167; Cemal Bâli Akal, “Edebiyat ve Hukuk Dersi Ahlâktan Değil Buluttan Yana Olmalıdır,” içinde *Sözün İkiz Çocukları*, ed. Cemal Bâli Akal ve Yalçın Tosun (İstanbul: Zoe Kitap, 2023), 97; Cemal Bâli Akal, “Hukuka Aşağıdan ve Yukarıdan Bakmak,” içinde *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu Edebiyat ve Hukuk* (İstanbul: Zoe, 2023), 151.

⁵⁶ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 70.

⁵⁷ İoanna Kuçuradi, “Değer, Değerler, Yazın,” içinde *Felsefe ve Edebiyat*, ed. M. Günay ve Osman Gündoğan (Konya: Çizgi Yayınevi, 2024), 27.

⁵⁸ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 70.

⁵⁹ Harper Lee, *Bülbülü Öldürmek*, çev. Ülker İnce (İstanbul: Sel Yayıncılık, 2017).

⁶⁰ Pınar Kür, *Asılacak Kadın* (İstanbul: Everest Yayınları, 2003).

verici olan hâkimin iç dünyasında ne olup bittiğini bilemeyiz⁶¹. Ayrıca kur pratik dersleri bir hukuk sistemindeki soyut kuralların somut olaya uygulanmasına veya dava konusu eylemin hukuk normuna uygun olup olmadığının tespitine odaklanır. Çoğu zaman da hâkimin işinin dedüksiyon yoluyla soyut kuralı somut olaya uygulamak olduğu ileri sürülür. Bununla birlikte, hâkimin “*hukuksal bir sonuca ulaşırken ilk olarak elde ettiği bir hukuk normu değil, bir olaydır. Karara ulaşmada asıl olan ise, zaten, uygulanacak hukuk kuralının tespitidir*”⁶². Dolayısıyla hukuk kuralını bulmanın kendisi de hâkimin bir karar vermesini gerektirmektedir. Ayrıca hukuk metinlerinin belirsiz olabileceği, hâkimin yorum yapması gerekeceği dolayısıyla hukukun içinde kalarak ama yaratıcı bir faaliyet gerçekleştirdiğinin farkında olmak gerekmektedir.

Bu anlamda hukuk felsefesi dersinin konularından olan yorum ve argümantasyonun da teknik bir iş olmadığını veya sadece analitik bir muhakeme yeteneğinden ibaret olmadığını öğrenciye aktarmak önemlidir. Hukuk felsefesi dersinde bu tür konular işlenirken de edebiyat eserlerinin kullanımı özellikle hâkimin işinin ne anlama geldiğinin sorgulanması ve anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. Zira hâkim seyirci değildir. Hâkim taraflarla etik bir ilişkiye girer. Hâkim başkalarının ilişkilerini değerlendirirken, bu ilişkilere karışır ve “*yaptığı değerlendirmeye de her iki ‘taraf’ özel türden bir etik ilişkiye*”⁶³ girer. Hâkimin yargıladıklarıyla olan ilişkisini etik bir ilişki yapan “*yargıladıklarının yaşamına doğrudan doğruya etkileridir*”⁶⁴. Dolayısıyla yargıladıklarıyla etik bir ilişki içinde olan hâkim, etiğin gerektirdikleri çerçevesinde yargıladıkları kişilerin eylemlerini değerlendirmeli ve hüküm vermelidir. Bu doğrultuda hâkim eylemi bir bağlam içinde değerlendirmeli ve yargılamanın taraflarını dinlemeli, ilgilenmelidir. Taraflardan birinin kendini ifade edememesi durumunda ihtimam göstermeli, sesi çıkmayanların sesini duymaya çalışmalıdır⁶⁵. Yukarıda belirtildiği gibi yargılama faaliyeti somut olaya kuralı uygulamakla sınırlı değildir. Hâkimin önündeki olayın hangi şartlar altında yapıldığını,

⁶¹ Ertuğrul Uzun, “Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği Üzerine,” içinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 22. Kitap*, ed. Hayrettin Ökçesiz ve Gülriz Uygur (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 2010): 11.

⁶² Uzun, “Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği Üzerine,” 13.

⁶³ İoanna Kuçuradi, *Etik* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2022), 132.

⁶⁴ Kuçuradi, *Etik*, 133.

⁶⁵ Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2013), 145-159.

yargıladığı eylemin nedenlerini-niçinlerini bilmesi yani anlaması gerekmektedir⁶⁶. Bir eylemi anlamak ve doğru değerlendirebilmek, eylemi kimin hangi koşullarda yaptığının bilinmesini⁶⁷ ve eylemin bir bağlam içinde değerlendirilmesini gerektirir⁶⁸.

Edebiyat eserleri de hukukçunun işinin teknik bir iş olmadığını veya sadece analitik bir muhakeme yeteneğinden ibaret olmadığını okuyucuya gösterir. Örneğin etik dilemmaları bize sunar⁶⁹, etik sorunların karmaşıklığını ortaya koyar⁷⁰. Öğrenciler ve dersi verenler de etik sorunu edebiyat eserleri aracılığıyla somut olayı yaşayanların deneyimleyenlerinden ve gözlerinden görebileceklerdir⁷¹. Ayrıca yazın yapıtları “*çeşitli eylem olanaklarını çoğu kez temelleriyle birlikte vererek*”⁷² öğrencilerin, kişilerin eylemlerini bir bağlam içinde görmesine yani kimin hangi koşullarda o eylemi yaptığı üzerine düşünmesine olanak sağlayacaklardır. Edebiyat eserlerinde eylemde bulunan kişiyi derinlemesine tanıma fırsatı vardır. Dolayısıyla kişinin neden bu ya da diğer şekilde davrandığı anlaşılabilir. Kişi önyargılarına, siyasi çıkarlarına veya dini inançlarına göre mi hareket ediyor? Etik ilkelere göre mi hareket ediyor? Yazılı kurallara göre mi eylemde bulunuyor? Ne yazık ki, sadece mevzuat hakkında bilgi sahibi olunması ve hukuk ders kitaplarının ve içtihatların incelenmesi kişilerin eylemlerini bütünlüğü içinde görme konusunda farkındalık sağlamaz⁷³. Bu nedenle edebiyat eserlerinden faydalanan hukuk felsefesi dersi değerlendirme problemi, etik dilemmalar ve hâkimin işi konusunda öğrencilere farklı hâkimlik örnekleri ve yaşantı olanakları sunar ve bu konuda farkındalık oluşturmaya yardım eder.

Daha da önemlisi edebi eserler, değer yargılarına veya önyargılara dayalı değerlendirmelerin adil olmayan sonuçlara yol açtığını göstermesi açısından da önemlidir⁷⁴. Önyargılar ve değer yargıları birbirlerine benzer kavramlardır. Değer yargıları genellikle iyi veya kötü kabul edilen davranışlardır. Örneğin “büyüklerin önünde ayak ayak üstüne atmak kötüdür” gibi. Değer yargılarının bazıları her zaman ve her yerde geçerli kabul edilirken, bazıları ise sadece

⁶⁶ Kuçuradi, *Etik*, 134.

⁶⁷ İoanna Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2013), 66.

⁶⁸ Gülriiz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, 156.

⁶⁹ Ward, “The educative ambition of Law and Literature,” 325.

⁷⁰ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 71.

⁷¹ Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 71.

⁷² Kuçuradi, *Etik*, 4.

⁷³ Akı, “Teaching Philosophy and Ethics,” 4.

⁷⁴ Uygur, “Adaletsizliği edebiyat eserlerinde görmek...”

belirli toplumlarda ve zaman diliminde geçerli kabul edilir⁷⁵. Önyargılar çoğunlukla kimliğe ilişkin negatif yargılardır yani “toplumsal kimlikleriyle ilgili birtakım özellikleri nedeniyle insanlara karşı”⁷⁶ geliştirilmektedirler. Önyargılara dayalı değerlendirmeler ezbere değerlendirmelere yol açabilecektir⁷⁷. Zira “önyargı ya dinleyicinin belirli bir gerçeği düpedüz gözden kaçırmasına neden olarak ya da eleştirel fikirlerin dolaşımında belirli tikanıklar yaratarak gerçeğin önünde bir engel teşkil eder”⁷⁸. Dolayısıyla önyargılara veya değer yargılarına göre yapılan değerlendirmeler pek çok haksızlığa ve çatışmalara yol açmaktadır⁷⁹. Hukuk öğrencisi, değer yargılarının, siyasi yargıların veya dünya görüşlerinin “çok kısa bir sürede geçerliliklerini yitirebileceğini, hatta gülünçleşebileceğini ve onu trajik-komik bir konuma düşürebileceğini, daha önemlisi, başkalarına ne denli zarar verebileceğini sezemeyebilir”⁸⁰. Zira değer yargıları insanların günlük yaşantısında o kadar derine işlemiştir ki başka türlüsünü düşünmek mümkün olmaz çoğu zaman⁸¹. Edebiyat eserleri ise değer yargılarına ve önyargılarına dayanan değerlendirmelerin yol açtıkları haksızlıkları, adaletsiz durumları göstermek bakımından önemli kaynaklardır. Bu çerçevede bir sonraki bölümde Necip Fazıl Kısakürek’in *Reis Bey* oyunu üzerinden önyargıların karar vermede ve kişilerin değerlendirmelerinde nasıl etkili olduğu ve bu tür değerlendirmelerin nasıl adaletsiz sonuçlara yol açtığı üzerinde durulacaktır.

IV. *Reis Bey* Örneği Üzerinden Önyargılar

Yukarıda belirtildiği gibi edebiyat eserlerinin kullanımı hukuk felsefesi alanına dair pek çok kavramı öğrencilerle tartışmak için zengin kaynaklardır. Bu bölümde, yargılamalarda sıklıkla karşımıza çıkan *önyargıların* yargılamanın sonucunu nasıl etkileyebileceği üzerinde durulacaktır. Öğrencilere, önyargıları konusunda bir farkındalık sağlanmalıdır. Zira Jerome Frank’ın belirttiği gibi hâkimler bazen sahip oldukları değer yargılarının

⁷⁵ İoanna Kuçuradi, “Ahlâk ve Kavramları,” içinde *Uludağ Konuşmaları* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2014), 25-26.

⁷⁶ Miranda Fricker, *Epistemik Adaletsizlik İktidar ve Bilmenin Etiği*, çev. Kadir Gülen (Ankara: Fol, 2023), 66.

⁷⁷ Kuçuradi, “Ahlâk ve Kavramları,” 30.

⁷⁸ Fricker, *Epistemik Adaletsizlik*, 89.

⁷⁹ Kuçuradi, “Ahlâk ve Kavramları,” 31.

⁸⁰ Cemal Bâli Akal, “Edebiyat ve Hukuk Dersi Ahlâktan değil Buluttan Yana Olmalıdır,” 96.

⁸¹ Uygur, “Adaletsizliği edebiyat eserlerinde görmek...”

farkında bile olmayabilecektir⁸². Bu nedenle edebiyat eserleri aracılığıyla önyargıların yol açtığı adaletsiz durumları ve yargılamanın önyargılara dayandırılmayacağını göstermek önemlidir.

Bu çerçevede de bu bölümde yargılamanın öznelinin yani hâkimler, savcılar ve avukatların önyargılarının yarattıkları adaletsiz durumların edebiyat eserleri aracılığıyla nasıl ele alınabileceği üzerinde durulacaktır. Örnek olarak kullanılacak edebi eser Necip Fazıl Kısakürek'in 1964 tarihli *Reis Bey*⁸³ oyunudur. Bu oyunda önyargıların veya toplumda kabul gören değer yargılarının yargılamada nasıl bir etki doğurduğu ve nasıl masum bir insanın idamına sebebiyet verdiği ortaya koyulacaktır.

Reis Bey oyunu, annesini öldürdüğü ve elmaslarını çaldığı iddia edilen bir gencin yargılanmasını ve bu yargılamayı yapan hâkimi konu edinmektedir. Oyunda Reis Bey merhametsiz bir ağır ceza hâkimi olarak tasvir edilmektedir. Yargılamada bütün deliller gencin annesini öldürdüğünü gösterir görünmektedir. Gencin annesi Nişantaşı'ndaki evinde ölü bulunmuştur. İlk tanık olan apartman kapıcısının ifadesi şu şekildedir:

“gece yarısı abdest alıyordum. Sokak kapısının gayet yavaş, son derece yumuşak bir sesle kapatıldığını duydum. Ayaklarımı kurulayamadan kapıcı penceresinin önüne geldim. Bir göz attım. Yarı karanlıkta, arkasından, otomatiği yakmadan merdivene doğru kıvrılan bir adam gördüm. Asansöre binmemişti. Merdivenin yol halıları üzerinde yürüyordu. Loşlukta yalnız siyah noktalı ceketini tanıdım. Küçük Bey'in ceketini”⁸⁴.

Dolayısıyla katil, siyah noktalı bir ceket giymektedir. Bu tür bir ceket evin Küçük Bey'inde de bulunmaktadır. Genç ısrarla annesini öldürmediğini söylemektedir. Reis Bey ise gencin sözlerine itimat etmemektedir: *“Evet! Size ait olan bu ceket Londra malıdır. Tahsilinizi yarın bırakıp döndüğünüz yerin malı...Kupon kumaş...İstanbul'da kimsede bulunması ihtimali yok...parçası da, boğuşma sırasında kadın tarafından koparılmış. (Sağ yumruğunu sıkar.) Sımsıkı avucunda kalmıştır. (Sert) Cevap verin!”⁸⁵*

⁸² Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi,” 87-88.

⁸³ Necip Fazıl Kısakürek, *Reis Bey* (İstanbul: Büyük Doğu Yayınları, 2024).

⁸⁴ Kısakürek, *Reis Bey*, 29.

⁸⁵ Kısakürek, *Reis Bey*, 29.

Genç ceketi giyenin kendisi olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, deliller ilk bakışta gencin annesini öldürmüş olduğunu gösterse de gencin avukatının dile getirdiği önemli bir detay bulunmaktadır:

“(Ayakta) Muhterem Reisim! ... Apartman kapısının anahtarı, küçük bir detay gibi görünse de, bizce hayati ehemmiyettedir. Anne kaatili zanlısından bu noktayı öğrenmeye çalıştık. Bir gece, bitirim yerinde, kumar masasında unuttuğunu, ertesi gece de kumarhane garsonundan aldığını söyledi. Bu nokta üzerinde durulmasını dileriz”⁸⁶.

Tanık olarak dinlenen kumarhane garsonu da birkaç hafta evvel, kumar masasının dibinde, yerde bir anahtar bulduğunu ve sahibine verdiğini belirtir. Avukat ısrarla anahtarı birinin bulup, kalıbını aldırdıktan sonra tekrar yerine koymuş olup olamayacağını sorgulamaktadır. Reis Bey’e göre bu sorgulama “düzlüklerin açık manası dururken ille dolambaçlıyı”⁸⁷ aramaktır. Dolayısıyla Reis Bey, kaybedilen anahtarın bir başkası tarafından çoğaltılabileceği ihtimali üzerinde durmaz. Daha da önemlisi, gencin olay saatinde İstanbul’da olup olmadığı ihtimalinin de üzerinde durmaz. Kaybolan anahtarın, bir başkası tarafından yaptırılıp, eve girilmiş olması ihtimalinin yanında, gencin olay saati İstanbul’da olmadığı da kanıtlanabilir niteliktedir. Nitekim genç, olay gecesi dadısını görmek için İzmit’e gitmiştir. Cinayet saati 00.07’dir. Dadısı genci gece saat 01.30’da görmüştür. Reis Bey ise gencin cinayeti işleyip, gece 01.30’da İzmit’te olabileceğini iddia etmektedir. Genç ise İzmit’e akşam 20.00’de vardığını belirtir. Genci trende gören olmamıştır. Duruşmaya gelen dadı ise “Ben onu, gece bir buçukta gördüm ama, eve saat dokuzda girmiş... Komşulardan gören var... Söyledim; aldırın yok!”⁸⁸ Reis Bey davanın seyri için önemli olabilecek bu delilin de üstüne gitmez, *aldırmaz* ve gencin suçlu olduğuna ve idamına karar verir. Kısa bir süre sonra gerçek ortaya çıkar. Tıpkı gencin ve avukatlarının ileri sürdüğü gibi, gencin bitirim yerinde düşürdüğü anahtarını biri çoğaltır, eve girer ve annesini öldürüp, elmasları çalar.

Eserde her ne kadar Reis Bey’in merhametsizliğinin altı çizilse ve merhametsizliği yüzünden gencin idamına karar verdiği ima edilse de Reis Bey’i bu karara götüren yargıladığı genç hakkındaki önyargıları ve bu önyargılardan kaynaklı gence duyduğu hınç olmuştur. Reis Bey aslında

⁸⁶ Kısakürek, *Reis Bey*, 30.

⁸⁷ Kısakürek, *Reis Bey*, 35.

⁸⁸ Kısakürek, *Reis Bey*, 39.

yargılamanın başında gence ilişkin hükmünü vermiştir⁸⁹. Yargılanan genç Londra'daki eğitimini yarım bırakmıştır ve eroin bağımlısıdır. Yargılamanın en başından itibaren, Reis Bey'in gence olan önyargılarını okuyabiliriz. Yargılama sırasında gencin şu sözleri de Reis Bey'in önyargılarını gösterir niteliktedir: “*Beni asacağınızı biliyorum! Böyleyken peşin kararınıza kendinizi inandırmak için habire dayanak aradığınızı biliyorum*”⁹⁰.

Reis Bey gence olan önyargılarından dolayı hem gencin hem avukatlarının hem de gencin dadısının sözlerine itimat etmez. Bu durumda tanıklığa ilişkin adaletsizlikten söz edilebilir. Miranda Fricker'e göre tanıklığa ilişkin adaletsizlik, “*bir dinleyicinin önyargı nedeniyle bir konuşmacının sözüne düşük bir güvenilirlik düzeyi [a defeated level of credibility] atfettiği zaman meydana gelir*”⁹¹. Daha açık bir ifadeyle tanıklığa ilişkin adaletsizlik önyargı nedeniyle kişiye güvensizlik duyulması, konuşmacının ilettiği bilgiye itimat edilmemesi ve “*bir enformasyon kaynağı olarak konuşmacıya haksızlık edilmesi*”dir⁹². Tanıklığa dayalı adaletsizliğin sistematik olması ise ekonomik, cinsel yasal, politik vb. boyutlarda öznenin önyargılara maruz kalmasıdır. Önyargılara sürekli maruz kalış sadece tanıklığa değil adaletsizliğin diğer biçimlerine sistematik olarak maruz kalmayla birlikte gidecektir. Fricker tanıklığa ilişkin adaletsizliğin sadece sistematik olması üzerinde değil aynı zamanda kalıcı olması üzerinde de durur. Bu bağlamda “*[k]alıcılık, tanıklığa dayalı adaletsizliğin taşıdığı ciddiyet ve anlamın artzamanlı boyutunu*”⁹³ nitelendirmektedir. Reis Bey örneğinde ise tanıklığa dayalı adaletin sistematik bir örneği söz konusu değildir.

Bu eserin hukuk felsefesi dersi açısından önemi temsil edilen hâkim karakteridir. Eserdeki hâkim Reis Bey kurallara sıkı sıkıya bağlı olan bir hâkim olarak tasvir edilmektedir. Kurallara sıkı sıkıya bağlı olduğunu düşünen bu hâkim önyargılarının farkında bile değildir. Reis Bey önyargıları yüzünden tanıkları gereği gibi dinlememiş, Friker'in terimleriyle ifade

⁸⁹ Rabia Sağlam, “Yargıç Merhameti Reis Bey'in Merhametsizliği,” içinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 28. Kitap*, ed. Saim Üye, Nadire Özdemir, Zeynep İspir, Funda Kaya, Elif Çağla Yıldız (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınevi, 2019), 301.

⁹⁰ Kısakürek, *Reis Bey*, 39.

⁹¹ Fricker, *Epistemik Adaletsizlik*, 27.

⁹² Fricker, *Epistemik Adaletsizlik*, 33. Bu konuda ayrıca bkz. Miranda Fricker, “Silence and Institutional Prejudice,” içinde *Out from the Shadows: Analytical Feminist Contributions to Traditional Philosophy*, ed. Sharon L. Crasnow ve Andanita M. Superson (Oxford: Oxford University Press, 2012), 292-293.

⁹³ Fricker, *Epistemik Adaletsizlik*, 69.

edersek, onları bir enformasyon kaynağı olarak görmemiş ve ilettikleri bilgiye güvenmemiştir. Sonuç olarak Reis Bey'in eğitimini yarıda bırakan ve uyuşturucu bağımlısı olan gence karşı duyduğu önyargılar sunulan deliller ve tanık ifadeleri karşısında ağır basmış ve suçsuz olduğu halde bir kişinin ceza almasına, cezasının infazına ve adaletsizliğe sebebiyet vermiştir.

SONUÇ

Hukuk düzeni vatandaşların hayatının her alanına müdahale etmektedir. Bu nedenle de hukuk eğitimi ve hukukçunun yetiştirilmesi büyük önem arz etmektedir. Hukuk eğitiminin de sadece yürürlükteki pozitif hukuka odaklanacak bir şekilde değil, hukukun insani yönünü ve adalet değeriyle olan ilişkisini de içerek şekilde inşa edilmesi gerekmektedir. Böyle bir eğitimde hukuk felsefesi alanı büyük bir önem arz etmektedir. Hukuk felsefesi hukuku tanımlamakla, hukuk sistemlerinin doğasına ilişkin teorik sorunların çalışılmasıyla ilgilidir. Hukuk felsefesi, ayrıca, hukuk mesleğini icra edecek olanları yaptıkları işin doğasına üzerine düşünmeye de sevk eder. Edebiyat eserleri de hukuk sistemleri, hukukun doğası ve hukuk mesleği hakkında düşünmek için çok zengin kaynaklardır. Zira sadece hukuk içinde kalan veya içtihat ve mevzuata dayanan bir hukuk eğitimi hukuku sistemleri ve hukuk mesleği hakkında eleştirel bir bakış açısı geliştirilmesine izin vermez. Edebiyat eserlerinin hukuk eğitimindeki yeri bugün kabul edilmiştir. Bununla birlikte edebiyat eserleri hukuk felsefesinin işleyişine nasıl bir katkıda bulunur? Edebiyat eserleri aracılığıyla hukuk felsefesi dersinde veremediğimiz neyi veririz öğrenciye? Bu makalede edebiyat eserlerinin üç şekilde dersin işleyişine katkıda bulunabileceği ileri sürülmüştür.

İlk olarak hukuk felsefesinin ele aldığı konular olan adalet, haksızlık, hukuka itaat, otorite, doğal hukuk-pozitif hukuk çatışması gibi konular edebiyattaki yansımaları aracılığıyla tartışılabilir. Dolayısıyla soyut olan bu kavramların üzerinde belirli bir bağlam içinde edebiyat aracılığıyla düşünülebilir. Hukuka ve hukukçulara eleştirel yaklaşan edebiyat eserleri ise öğrencilerin icra edecekleri meslek üzerinde düşünmelerine yardımcı olur. Hukuk tarafından sesleri bastırılanların sesleri edebiyat eserlerinde duyulabilir ve öğrenciye bu konuda farkındalık sağlanabilir.

Edebiyat eserleri ayrıca kişilerin eylemlerini değerlendirmek için de zengin kaynaklardır. Hukukçunun işinin eylemi değerlendirirken, eylemin yürürlükteki kurala uyup uymadığını tespit etmek gibi teknik bir iş olmadığı

konusunda öğrenciye bir farkındalık sağlamak hukuk eğitiminin bir parçası olmalıdır. Hukuk eğitiminde yargı içtihatlarının analizi veya hukuk felsefesi dersinin konularından olan hukuki muhakeme her ne kadar hukuk öğrencilerini hukuk pratiğine hazırlamayı amaçlasa da uyumsuzluk konusu olayı veya eylemi bir bütün içinde görme, olayın nedenlerini niçinlerini anlamak konusunda bir farkındalık vermez. Hukuk felsefesi dersinde bu tür konuları işlerken edebiyat eserleri özellikle hâkimin işinin ne olduğunun sorgulanması bakımından önemlidir.

Hukuk felsefesi dersinde edebiyat eserleri aracılığıyla ele alınabilecek bir diğer konu ise önyargılardır. Önyargılar üzerinde durmak ve önyargılara karşı mücadele etmek hukuk eğitiminin ve hukuk felsefesi dersinin amaçları arasında olmalıdır. Zira önyargılar, çoğu zaman farkında olmaksızın, kişilerin ve dolayısıyla hukukçuların eylemleri değerlendirmelerini etkilemektedir. Öğrenciler de hâkim veya avukat olarak meslek hayatlarında meslektaşlarının ve müvekkillerinin önyargılarıyla mücadele edeceklerdir. Belki de kendi önyargılarıyla mücadele edeceklerdir. Önyargılar üzerinde teorik bir anlatımdan ziyade, önyargılara dayalı değerlendirmelerin nasıl adaletsiz sonuçlara yol açtığı üzerinde edebiyat eserleri aracılığıyla düşünmek, önyargılarla mücadele etmek için daha farklı düzeyde bir farkındalık oluşturabilir.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bâli. “Bana Edebiyat Parçalama.” İçinde *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu Edebiyat ve Hukuk*, 129-136. İstanbul: Zoe, 2023.
- Akal, Cemal Bâli. “Edebiyat ve Hukuk Dersini Kim Uydurdu?.” İçinde *Sözün İkiz Çocukları*, ed. Cemal Bâli Akal ve Yalçın Tosun, 143-151. İstanbul: Zoe Kitap, 2023.
- Akal, Cemal Bâli. “Edebiyat ve Hukuk Dersi Ahlâktan Değil Buluttan Yana Olmalıdır.” İçinde *Sözün İkiz Çocukları*, Ed. Cemal Bâli Akal ve Yalçın Tosun, 91-97. İstanbul: Zoe Kitap, 2023.
- Akal, Cemal Bâli. “Hukuka Aşağıdan ve Yukarıdan Bakmak.” İçinde *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu Edebiyat ve Hukuk*, 146-158. İstanbul: Zoe, 2023.
- Akbaş, Kasım. *Hukukun Büyübozumu*. Ankara: Nota Bene Yayınları, 2015.
- Akı, E. İrem. “Teaching Philosophy and Ethics through a Law and Literature Course in Today’s Turkey.” *Law and Method* (Kasım 2018):1-13.

- Akman, Şefik Taylan. *Hukuk ve Politika İlişkisi Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*. Ankara: İmge Yayınları, 2006.
- Aktaş, Sururi. *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*. İstanbul: Kazancı Kitap, 2006.
- Aristodemou, Maria. "Studies in Law and Literature: Directions and Concerns." *Anglo-American Law Review* 22 (1993): 157-193.
- Binder, Guyora. "Law and Literature." İçinde *Johns Hopkins Guide to Literary Theory And Criticism*, Ed. Michael Groden, Martin Kreiswirth, Imre Szeman, 587-592. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2005.
- Bix, Brian. *Jurisprudence*. London: Sweet&Maxwell, 1999.
- Çağlar Gürgey, F. İrem. "Feminist Perspektiften Hukuk Eğitimi Eleştirisi." *Kadın/Woman* 2000 15, no. 1 (2014): 97-109.
- Çap, Güneş. "Hukuk ve Disiplinlerarasılık." İçinde *Astana 2. Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilimler Sempozyumu Bildiriler Tam Metin Kitabı*, Ed. Ömer E. Egeligi ve Aigerim Serdaliyeva, 1034-1049. İstanbul: Türk-Alman Üniversitesi ve Astana Yayınları, 11-12 Kasım 2023.
- Demir, Gökhan Yavuz. "Edebi Bir Tür Olarak Hukuk." *Hukuk Kuramı* 2, no. 6 (Kasım-Aralık 2015): 45-51.
- Dunlop, C.R.B. "Literature Studies in Law Schools." *Cardozo Studies in Law and Literature* 3, no.1 (1991): 63-110.
- Freeman, M. D. A. *Llyod's Introduction to Jurisprudence*. London: Sweet&Maxwell, 1994.
- Fricker, Miranda. "Silence and Institutional Prejudice." İçinde *Out from the Shadows: Analytical Feminist Contributions to Traditional Philosophy*, ed. Sharon L. Crasnow ve Andanita M. Superson, 287-306. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fricker, Miranda. *Epistemik Adaletsizlik İktidar ve Bilmenin Etiği*. Çeviren Kadir Gülen. Ankara: Fol, 2023.
- Gemmette, E. Villiers. "Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in The Liberal Arts Component of the Law School Curriculum." *Valparaiso University Law Review* 23, no. 3 (1989): 267-340.
- Gürler, Sercan. "Hukuk Felsefesi Tartışmalarına Girebilmek." İçinde Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*. Çeviren Engin Arıkan, vii-xxiv. İstanbul: Tekin Yayınevi, 2013.
- Kısakürek, Necip Fazıl. *Reis Bey*. İstanbul: Büyük Doğu Yayınları, 2024.
- Kuçuradi, İoanna. *İnsan ve Değerleri*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2013.
- Kuçuradi, İoanna. "Ahlâk ve Kavramları." İçinde *Uludağ Konuşmaları*, 23-42. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2014.
- Kuçuradi, İoanna. *Etik*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2022.

- Kuçuradi, İoanna. “Değer, Değerler, Yazın.” İçinde *Felsefe ve Edebiyat*, Ed. M. Günay ve Osman Gündoğan, 13-27. Konya: Çizgi Yayınevi, 2024.
- Kür, Pınar. *Asılacak Kadın*. İstanbul: Everest Yayınları, 2003.
- Lee, Harper. *Bülbülü Öldürmek*. Çeviren Ülker İnce. İstanbul: Sel Yayıncılık, 2017.
- Posner, Richard A. “Law and literature: A relation reargued.” *Virginia Law Review* 72, no. 8 (Kasım 1986): 1351-1392.
- Posner, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- Post, Deborah W. “Teaching Interdisciplinarily: Law and Literature as Cultural Critique.” *St. Louis University Law Journal* 44, no. 4 (Fall 2000): 1247-1272.
- Sağlam, Rabia. “Yargıç Merhameti Reis Bey’in Merhametsizliği.” İçinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 28. *Kitap*, Ed. Saim Üye, Nadire Özdemir, Zeynep İspir, Funda Kaya, Elif Çağla Yıldız, 297-304. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınevi, 2019.
- Schotland, Sara D. “Justice for Undergraduates: Teaching Law and Literature in the Liberal Arts Curriculum.” *Currents in Teaching and Learning* 2, no. 1 (2009): 42-48.
- Smith, J. Allen. “The Coming Renaissance in Law and Literature.” *Journal of Legal Education* 30, no. 1/2 (1979): 13-26.
- Turanlı Yücel, Kıvılcım. “Hukuk ve Edebiyat Dersi Deneyim ve Bazı Gözlemler.” *Hukuk Kuramı* 1, no. 3 (Mayıs-Haziran 2014): 41-51.
- Turanlı Yücel, Kıvılcım “Biraz Nefes Almak!” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (Aralık 2014): 93-106.
- Uygur, Gülriz. “Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar.” İçinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 18. *Kitap*, Ed. Hayrettin Ökçesiz ve Gülriz Uygur, 166-176. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2008.
- Uygur, Gülriz ve F. İrem Çağlar, “Hukuk.” İçinde *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, Ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner, 154-177. Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2307, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1304, 2011.
- Uygur, Gülriz. *Hukukta Adaletsizliği Görmek*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 2013.
- Uygur, Gülriz. “Adaletsizliği edebiyat eserlerinde görmek...” *K24* (blog). 7 Mayıs 2015. <https://t24.com.tr/k24/yazi/adaletsizligi-edebiyat-eserlerinde-gormek-bilgisel-epistemik-adaletsizlik-ve-dertlenerek-ilgilenmek,175>
- Uzun, Ertuğrul. “Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği Üzerine.” İçinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 22. *Kitap*, Ed. Hayrettin Ökçesiz ve Gülriz Uygur, 11-25. İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 2010.

- Uzun, Ertuğrul. "Amerikan Hukuki Realizmi." İçinde *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, Ed.
- Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun, 75-89. İstanbul: İthaki Yayınları, 2015.
- Uzun, Ertuğrul. "Yorumu Hukuktan Kurtarmak." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (Mart 2016): 229-263.
- Villez, Barbara. "Law and Literature: A Conjunction Revisited." *Law and Humanities* 5, no. 1 (2011): 209-219.
- Ward, Ian. "The educative ambition of law and literature." *Legal Studies* 13, no. 3 (Kasım 1993): 323-331.
- Wigmore, John H. "A List of One Hundred Legal Novels." *Illinois Law Review* 17 (1922): 26-41.
- Yüksel, Mehmet. "Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (Aralık 2013): 1-14.

İNSAN HAKLARININ KÜRESEL YÖNETİŞİMİ: DEĞERSEL VE SİSTEMSEL KRİZ

*Global Governance of Human Rights: Value and Systemic
Crisis*

Muharrem KILIÇ*

ÖZ

Küresel yönetim ilk olarak “küresel” niteleyicisi olmadan 1980’li yılların sonlarından itibaren modern siyasi iktidarların nasıl el değiştirdiğini tanımlamaya ve açıklamaya çalışan kamu politikası olarak ortaya çıkmıştır. Geleneksel hiyerarşiye dayalı yönetim anlayışının ikamesi olarak düşünülen yeni yönetim formları, teşvik edilmeye başlanmıştır. Böylelikle yönetim, demokratik siyasal sistem içerisinde yurttaşların daha aktif politik önelere dönüşmesinin imkanını yaratmıştır. Yönetim ilkesinde otorite ve meşru gücün kaynağı, saltlıkla kamu otoritesinden (devlet) değil sivil toplumdaki neşet etmektedir. Nitekim yerel, bölgesel ve küresel ölçekte yönetimin heryerdeliği ve kuşatıcılığı, yönetme erkinin tek başına devlet aygıtlarına indirgenmesini imkânsızlaştırmaktadır.

Bu noktada kamusal aktörler, uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşları ve ulusal insan hakları kurumları yönetim düzeninde yerini almaktadır. Ulusal insan hakları kurumları, yerel ile uluslararası yönetim arasındaki köprü vazifesinden ötürü insan haklarının yönetiminde önemli bir kurumsal aktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak savaşlar, iç çatışmalar; ağır insani trajediler, yeni sömürge düzenleri; kültürel ve kimliksel parçalanmalar küresel yönetim aktörlerinin kurumsal rollerinin sorgulanmasını da beraberinde getirmektedir. Ulusötesi sermayedarların ve daha çok elitist küresel hegemonların çıkarlarına hizmet etmeyi temel misyon

Makalenin Geliş Tarihi: 08.08.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 07.10.2024.

* Prof. Dr., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, e-posta: muharremkl@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7937-3998.

edinen yeni yönetim aktörlerinin kırılğan doğası, küresel adaletsizliğin giderek derinleşen bir krize dönüşmesine yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, insan hakları, ulusal insan hakları kurumları, küresel yönetim, yönetimsellik ilkesi

ABSTRACT

Prior to qualifying as “global”, global governance first emerged as a public policy that attempts to define and describe how modern political powers had changed hands since the late 1980s. Considered as a substitute for the traditional hierarchical management model, new forms of governance have begun to be promoted. Governance has enabled citizens to become more active political actors within the democratic political system. In the principle of governance, the source of authority and legitimate power arises from not only public authority, but also civil society. The ubiquity and pervasiveness of governance on a local, regional, and global scale make it impossible to confine governance power solely to state structures.

Public actors, international organizations, non-governmental organizations and national human rights institutions (NHRIs) attain their place on the governance system. NHRIs emerge as a key institutional actor in the governance of human rights. Wars, conflicts, massive human tragedies, neocolonial orders and cultural and identity fragmentation bring into question the institutional functions of global governance actors. The fragile nature of new governance actors, whose main mission is to serve the interests of transnational capitalists and mainly elitist global hegemony, has led the global injustice to turn into a gradually worsening crisis.

Keywords: Globalization, human rights, national human rights institutions, global governance, principle of governance

GİRİŞ

Giderek karmaşıklaşan sosyal, kültürel, hukuksal, siyasal ve ekonomik ilişkiler, küresel yönetim sisteminde paradigmatik bir dönüşüme yol açmıştır. Öyle ki global sistemdeki bu paradigmatik dönüşüm; küresel güç merkezlerine, iktidar aygıtlarına ve yönetim aktörlerinin yerleşik konumlarına karşı büyük bir meydan okumaya neden olmuştur. Yönetimsel aklı temsilleyen aktörler üzerine inşa edilen bu global düzen; yönetimsellikten yönetimsellik egemenliğine doğru evrilmiştir. İdeolojik yönetimsellik temelinde yapılandırılmış olan global dünya düzeni, yeni yönetim aktörlerinin politik koşullanmışlıklar çerçevesinde inşasına yol açmıştır. Yönetim aktörlerinin politik inşası; ulusal sınırların ötesinde devletlerin siyasal düzenlerini tanzimden hükümet sistemlerine, yasama politikasından dış politik yönelimlere varıncaya kadar geleneksel yönetimsellik ilkesini etkisi altına almıştır. Temelinde bu politik inşası; sosyo-politik yapıyı geçirimsiz biçimde denetleme amacına hizmet doğrultusunda kurgulanan bir ideolojik araca dönüşmüştür.

Yeni dünya sistemine egemen olan küresel yönetim paradigması, global siyasal düzende sistemsel konsolidasyonla devlet ve devlet dışı aktörlerin sahada yer almasını mümkün kılmıştır. Bu yeni global düzende küresel yönetimsellik; idari ekosistemde tek yönetimsel aktör konumundaki ulus devletlerin otoritesinin sönümlenmesine yol açmıştır. Bunun yerine devlet aktörlerinin yanı sıra sivil toplum kuruluşları (STK), hükümetlerarası ağlar ve uluslararası kuruluşlar temelinde yeni yönetim ve etkileşim alanları inşa edilmiştir.

Ulusötesi şirketlerden hükümetlerarası ağlara, uluslararası kuruluşlardan sivil toplum örgütlerine varıncaya kadar çok paydaşlı ve parçalı bir yönetimsel düzenek öngören yönetim ekosistemi; aktörlerin çok katmanlı bir sistem içerisinde konumlandığı yatay ve dikey etkileşimli bir yapı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak bu yönetim düzeneği, çeşitlenen güç öbeklenmeleri ve hegemonik iktidar aygıtları karşısında sönümlenme ya da işlevsizleşme riskiyle karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu yönetim düzeneği ve aktörlerini tehdit eden 'güç tekelleşmesi', kaçınılmaz biçimde sistemsel krizlerin doğmasına yol açmıştır. Sistem krizine işaret eden Amerikalı ünlü sosyolog ve dünya sistemleri analisti Immanuel Wallerstein "1990'dan 2025/2050'ye kadar olan dönemde çok büyük ihtimalle, barış, istikrar ve meşruiyet kıtlığı çekileceği ve bunun temel nedeninin bir dünya sistemi olarak dünya

sistemdeki kriz” olduğu öngörüsünde bulunmuştur.¹ Wallerstein’in bu kriz kehanetinin, bütünlüklü biçimde küresel yönetişimi de kapsayan bir değersel ve sistemsel krize işaret ettiği ifade edilmelidir. Sistemsel krize ilişkin bu öngörüü doğrular biçimde ‘yönetim çağı’ yerini; global istikrarsızlığın, sosyal adaletsizliğin, toplumsal güvensizliğin, haklar ve özgürlükler temelinde mağduriyetlerin egemen olduğu bir ‘yönetişimsellik çağına’ bırakmıştır.

Savaşlar, savaş suçları, etnik temizlikler, insani trajediler, ağır insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri, yeni sömürge düzenleri, küresel adaletsizlikler ve yoksunluklar, kültürel ve kimliksel parçalanmalar küresel yönetim aktörlerinin kurumsal rollerinin sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir. Siyasal, sosyal ve yasal düzenin sistemsel kurallarını tayin eden yönetim sisteminin varoluşsal konumu; uluslararası sistemin kökeni, yapısı, etkililiği ve meşruiyetine ilişkin sorgulamalara yol açmıştır.

Bu çalışma, bütünlüklü biçimde tarihsel çerçeveden başlamak üzere küresel insan hakları yönetişimine ilişkin çözümleyici bir perspektif ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak küresel yönetim kavramsallaştırmasına yönelik bir çözümleme ve tarihsel izlekte yönetişimin gelişim serüveni konu edilecektir. Yönetimsellikten yönetişimselliğin egemenliğine doğru evrilen global dünya düzeni; kuşatıcılık, etkililik ve sürdürülebilirlik ilkeleri çerçevesinde eleştiri konusu yapılacaktır. Daha sonra hükümetlerarası ağlar ve küresel yönetim aktörleri, ‘kurumsal etkililik’ bağlamında ele alınacaktır. Özellikle yatay ve dikey ağlar çerçevesinde konumlanan yönetim aktörleri, kuramsal bir perspektif üzerinden değerlendirilecektir. Ardından insan haklarının küresel yönetişiminin etkililiğine yönelik bir çözümlemeye yer verilecektir. Son olarak, küresel yönetişimin bağımsız aktörleri olarak ulusal insan hakları kurumlarının ‘kurumsal meşruiyeti, ağları ve etkililiği’ çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaktır.

I. KÜRESEL YÖNETİŞİM: KAVRAMSAL ÇÖZÜMLEME VE TARİHSEL ÇERÇEVE

Ağ bağlantılı küresel pazarların yükselişi, global iletişim teknolojilerindeki devrim, Soğuk Savaş’ın sona ermesi ve devlet dışı aktörlerin küresel meselelere giderek artan ilgisi, “küreselleşme” sürecine

¹ Immanuel Wallerstein, *Liberalizmden Sonra*, çev. Erol Öz (İstanbul: Metis Kitap, 2020), 34.

ivme kazandırmıştır. Modern küresel sorunların giderek derinleşen etkisi, devletlerin söz konusu küresel meselelerle mücadele edebilme kapasitesini zaafa uğratmıştır.² Ulusal egemenliğin zayıfladığı ve ulusal sınırların buharlaştığı böylesi bir dönemde dünya politikasını dönüşüme uğratan sayısız değişken; küresel düzen ve yönetim beklentilerini ‘aşkın’ bir mesele haline getirmiştir.³ Öyle ki modern çağın ‘ortak akli’ olarak tanımlanan küreselleşme ve neoliberalizm, globalleşen sorun alanlarına doğrudan nüfuz etmesi yönüyle söylemsel bir popülerite kazanmıştır. Bu akışkan süreçte küreselleşme, saltlıkla ‘dışarıklı bir olgu’ olarak değil; eş zamanlı biçimde kendi kendini gerçekleştiren bir kehanet olarak karşımıza çıkmıştır.⁴ Bu minvalde küreselleşme, cezbedici bir söylemsellikle inşa edilmiş bir oldubitti *-fait accompli-*⁵ olarak tanımlanmıştır.

Özellikle dönüştürücü nitelikteki etki faktörleri veya dinamikleri açısından çoklu bir tanımsal çerçeve üzerinden değerlendirme konusu yapılabilecek olan küreselleşme olgusu, çeşitlenen sistem tasavvurlarının ya da kehanetlerin niteleyicisi olmuştur.⁶ Sistemsel bir oluşum dinamiği ile tanımlanır biçimde küreselleşme; oluşmakta olan yeni dünya düzeninin habercisi olarak ortaya çıkmıştır.⁷ Söz konusu öngörü doğrultusunda varlık gösteren bu yeni global düzende ise yönetişimin, çok aktörlü/paydaşlı ve çok katmanlı etkileşimsel bir alan olarak işlev görmesi beklenmiştir.

Çok düzeyli bir yönetişimsellik yordamı inşa etme amacına matuf olarak atılan inovatif adımlar, politik sistem ile diğer işlevsel sistemler arasında karşılıklı etkileşim alanları ve formları yaratmıştır.⁸ Tam da bu noktada

² Jinseop Jang, Jason McSparran ve Yuliya Rashchupkina, “Global Governance: Present and Future,” *Palgrave Communications* 2 (2016): 2.

³ James N. Rosenau, “Governance, Order, and Change in World Politics,” içinde *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, eds. James N. Rosenau ve Ernst-Otto Czempiel (UK: Cambridge University Press, 1992), 1.

⁴ Colin Hay ve David Marsh, eds. *Demystifying Globalization* (UK: Macmillan Press, 2000), 148.

⁵ Paul Smith, ed. *Millennial Dreams: Contemporary Culture and Capital in the North* (London: Verso, 1997).

⁶ Philip McMichael, “Rethinking Globalization: The Agrarian Question Revisited,” *Review of International Political Economy* 4 (1997): 645.

⁷ Mark Laffey ve Jutta Weldes, “Policing and Global Governance,” içinde *Power in Global Governance*, eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall (UK: Cambridge University Press, 2005) 64.

⁸ Bob Jessop, “Governance, Governance Failure, and Meta-Governance”, *Policies, Governance and Innovation for Rural Areas International Seminar* (21-23 November 2003): 3.

yönetişim; yönetme erkine sahip olan birincil aktör olarak devlet aygıtından uzaklaşıp, devlet dışı aktörlerin giderek daha etkili ve yaygın yönetim biçimleri sağlamak üzere yalnızca devlete özgülenen yönetim ve dağıtım biçimlerinin açıklarını kapatma anlayışından doğmuştur. Bu organizasyonel formlar, büyük ölçüde yetki devri, çok paydaşlı güç dağıtımı ve piyasalaştırma kavramlarına dayanan yeni bir kamu yönetimi anlayışıyla varlık göstermiştir.⁹

A. Kavramsal Çözümleme

Kullanım sıklığı son yıllarda giderek artma eğilimi gösteren yönetim ilkesi,¹⁰ etimolojik kökeni itibariyle Yunanca ‘*yönlendirmek ya da rehberlik etmek*’ (*to steer a ship*) anlamına gelen *kubernan* (κῦβερνάω) fiilinden türemiştir. Tarihsel izlekte yönetim kavramının etimolojik kökeni, Platon’un *Devlet* adlı yapıtında bir *polis*’in yönetimini geminin pilotluğuna benzeten metaforuna kadar uzanmaktadır.¹¹ Yönetişim kavramı, benzer etimolojik kökenden ötürü kimi zaman ‘hükümet’ ya da ‘kamu erki’ kavramlarını ifade eder biçimde kullanılmaktadır. Ancak yönetim, ‘hükümet’ edici otoriteden daha geniş bir kavramsal içerime sahiptir. Zira yönetim; yalnızca devlete ve onun kurumsal yapılarına değil; aynı zamanda sosyal uygulamalarda norm ve düzenin inşa edilmesine de odaklanmaktadır. Ayrıca yönetim ekosistemi; devlet aktörlerinin yanı sıra devlet yapılarındaki kişi ya da kuruluşların izlenmesini, yönetilen kitlenin ihtiyaçlarının karşılanmasını ve isteklerinin yerine getirilmesini temin edecek araçların oluşturulması vizyonuna sahip sivil toplum mekanizmalarını da bünyesinde barındıran bütünlüklü sistemsel bir yapıya tekabül etmektedir. Bundan ötürü yönetim; ulusal anayasalara ya da toplumsal sözleşmelere olduğu kadar özneler arası ilişkilere de odaklanan bir ‘yönetim sistemi’ olarak kabul edilmektedir.¹² Yönetişim ilkesine dayalı

⁹ Thomas G. Weiss ve Rorden Wilkinson, *Rethinking Global Governance* (Cambridge: Polity Press, 2019), 38.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) yönetişimi, “*kurumların kurumsal kuralları ve rutinleri, resmi yasaları ve kamu politika yapıcılarının teşviklerini birlikte şekillendiren resmi olmayan normları temsil ettiği, bir ülkenin ekonomik, sosyal ve politik kurumları aracılığıyla gücün kullanılması*” olarak tanımlamaktadır. Bkz., Gedeon M. Mudacumura, “Multiple Dimensions of Governance,” içinde *Challenges to Democratic Governance in Developing Countries*, eds. Gedeon Mudacumura ve Göktuğ Morçöl (Switzerland: Springer, 2014), 3.

¹¹ Marc F. Plattner, “Reflections on ‘Governance,’” *Journal of Democracy* 24 (October 2013): 17.

¹² Rosenau, “Governance, Order, and Change in World Politics,” 5.

böylesi bir idari ekosistemde, siyasi iktidarlar yasa uygulayıcıları olarak bir ‘yönetişim gücü’ kullanmaktadır.¹³

Bu anlam çerçevesinde yönetim ilkesi, bir ‘güç ilişkisi’ olarak kabul edilmektedir. Yönetişim ilkesine içkin olan söz konusu ‘güç ilişkisi’, sosyal çekişme bağlamında kazanan ve kaybeden tarafların analiz edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu yönüyle yönetim ilkesi ne apolitik bir kavramsal içerime sahiptir; ne de küresel boyutta doğurduğu sonuçları açısından nesnellik ya da tarafsızlık niteliğini haizdir. İster yerel ister bölgesel düzeyde olsun küresel yönetim; bir nüanslar, ödünleşimler, etkileşimler, dağıtım mekanizmaları ya da mücadeleleri ve neticesinde trajik seçimleri icbar eden bir dünya düzenine tekabül etmektedir.¹⁴

Yerel ya da global düzeyde yönetim ilkesinin; “*yönetim, ortak faydaların teşvik edilmesi ve farklılıkların arabuluculuğu*” olmak üzere üç temel amacı bulunmaktadır.¹⁵ Bazı kuramcılara göre küresel yönetim, salt teknik bir ‘makine’ ya da yönetim aygıtıdır. ‘Makine’ metaforu üzerinden tanımlamayı sürdürecektir olursak söz konusu yönetsel aygıtı (makine) çalıştıran güçlü değer alanlarının olduğu zikredilmelidir. Bu tanımlama çerçevesinde siyasal liberalizm; sözü edilen aygıtı (makine) ruhunu veren bir tinsel unsur olarak kabul edilmektedir.¹⁶

Söylemsel değeri üzerinden tanımlama girişiminde bulunan kimi kuramcılara göre küresel yönetim; uluslararası kuruluşların eylem ve faaliyet alanlarına karşıt biçimde geliştirilen alternatif bir söylem alanıdır. Kimi kuramcılara göre ise küresel yönetim; giderek daha fazla aktörün varlık gösterdiği global arenanın, sözde ‘daha iyi bir dünya’ tasarımı için silahlanma çağrılarının, ekonomik gelişim dinamiğinin ve toplumsal değişimin tahripkar yönlerini kontrol altına alma girişimlerinin tanımlayıcı bir aygıtıdır. Bu anlayışa karşıt biçimde kimi yaklaşımlara göre ‘küresel

¹³ Ernst-Otto Czempiel, “Governance and Democratization,” içinde *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, eds. James N. Rosenau ve Ernst-Otto Czempiel (UK: Cambridge University Press, 1992), 250.

¹⁴ Ian Hurd, “Legitimacy and Contestation in Global Governance: Revisiting the Folk Theory of International Institutions,” *The Review of International Organizations* 14 (2019): 728.

¹⁵ Andrew Hurrell, “Power, Institutions, and the Production of Inequality,” içinde *Power in Global Governance*, eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall (UK: Cambridge University Press, 2005), 35.

¹⁶ Michael Barnett ve Raymond Duvall, “Power in Global Governance,” içinde *Power in Global Governance*, eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall (UK: Cambridge University Press, 2005), 5.

yönetişim’; karanlık bir küresel elitin çıkarlarına hizmet etmeye yönelik hegemonik bir komplo düzenidir.¹⁷

Görüldüğü üzere yönetim kavramının çok boyutlu anlam çerçevesi, net bir tanımlamanın yapılmasını güçleştirmektedir. Zengin kavramsal içerimine koşut biçimde öngördüğü sistemsel dönüşümün etki alanlarının çeşitliliği; tanımsal çerçevelerin çeşitlenmesine yol açmıştır. Nitekim bazı kuramcılar yönetişimi; dar anlamda ekonomik büyümeyi teşvik eden olumlu bir güç olarak tanımlamıştır. Siyasal sistemin niteliğini paranteze alarak tanımlama girişiminde bulunan Francis Fukuyama’ya göre yönetim; ‘bir hükümetin demokratik olup olmadığına bakılmaksızın kurallar koyma, uygulama ve hizmet sunabilme kabiliyetidir’.¹⁸

Küresel yönetim düzeneğinin tanımlayıcı unsurlarından birisi de otoritenin ya da erksel gücün dağıtımı ve çok aktörlü paydaşlığıdır. Otorite merkezli ve çok aktörlü bir ilişkiselliğe tekabül eden küresel yönetişimde ‘otorite ilişkilerinin’ kuşatıcı bir uluslarüstü hiyerarşi inşa ettiği görülmektedir. Söz konusu uluslarüstü hiyerarşi; üye devletlerin üzerinde otoriteye sahip uluslararası kuruluşlardan (uluslarüstücülük); iki veya daha fazla devlette bulunan topluluklar üzerinde otorite uygulayan sivil toplum kuruluşlarından; ve şirketler de dahil olmak üzere ulusal sınırlar çerçevesinde özel bir otoriteye sahip olan öznelere oluşan bir ‘aktörler kümesi’ yaratmaktadır. Küresel yönetişime yönelik kimi tanımlamalar, daraltıcı biçimde yönetişimi otorite ilişkileriyle sınırlandırırken; kimileri oldukça kapsamlı biçimde neredeyse tüm uluslararası politikayla eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Bu noktada Küresel Yönetişim Komisyonu (*Commission on Global Governance*), küresel yönetişimin kapsamını “*bireylerin ve kurumların, kamu ve özel sektördeki ortak işlerini yönetmelerinin çeşitlenen yordamlarının bir toplamı*” olarak ortaya koymaktadır.¹⁹

Kanadalı siyaset bilimci Robert W. Cox, küresel yönetişimin ideolojik boyutuna işaret ederek bulut metaforu üzerinden yönetişimi elitist düşüncenin talepleri çerçevesinde dünya pazarının ihtiyaçlara göre yeniden düzenlenmesi olarak açıklamaktadır. Küresel yönetişimin ideolojik boyutu, globalleşen

¹⁷ Thomas G. Weiss ve Rorden Wilkinson, “Making Sense of Global Governance Futures,” içinde *Global Governance Futures*, eds. Thomas G. Weiss ve Rorden Wilkinson (London: Routledge, 2022), 4.

¹⁸ Mudacumura, “Multiple Dimensions of Governance,” 1.

¹⁹ David A. Lake, “Rightful Rules: Authority, Order, and the Foundations of Global Governance,” *International Studies Quarterly* 54, no. 3 (September 2010): 590.

neoliberalizmin sosyo-ekonomik ve sosyo-politik etkilerinin analizini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda ideolojik boyuta, bu ideolojiyi destekleyen kurumlara ve elitist toplumsal güç odaklarına vurgu yapılmaktadır.²⁰

Toplumsal güç odakları çerçevesinde biçimlenen küresel yönetim; ortak sorun alanlarına ilişkin çözümler üretmeyi amaçlamaktadır.²¹ Bu perspektiften küresel yönetim; global dünyada yaşanan sorun alanlarını serimleyebilmek adına oldukça işlevsel bir analitik aygıt olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle küresel yönetim; Scott Barrett'ın “organize gönüllülük” (*organized volunteerism*) olarak nitelendirdiği kavramsal bir içerime tekabül etmektedir.²² Nitekim yönetim, ister bir aile, kabile, şirket veya bölge üzerinden; ister yasalar, normlar, güç veya söylem aracılığıyla olsun bir hükümet, pazar veya ağ tarafından üstlenilen tüm yönetim süreçlerini ve aktörlerini ifade etmektedir.²³ Tarihsel dinamikleri ve formülasyonları açısından farklılaşan yönetim tanımlamalarının, ‘ortak fayda’ ilkesiyle bütünsellik arz eden bir fikri temel üzerine kurulu olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak; bütüncül bir perspektifle küresel yönetim, ‘toplumsal yapı, sosyo-ekonomik kalkınma, sürdürülebilirlik kamusal güvenlik ve insan hakları’ alanlarında kritik bir söylem olmayı sürdürmektedir. Yönetim, birey ile devlet arasındaki toplumsal sözleşme bağlamındaki karşılıklı etkileşim alanlarını açığa çıkarmaktadır. Aynı zamanda küresel yönetim düzeneği; topluluklar üzerinde yönetsel bir yetkeye sahip olan kamusal otorite ile birey ve uluslararası aktörler arasındaki etkileşim süreçlerini ifade etmektedir. Yönetimsellik; sahip olduğu ‘norm ve güç’ aracılığıyla ulusal ve uluslararası ölçekte dizgesel yapılanmaları ve klasik yönetim tasavvurlarını ve pratiklerini derinden etkilemektedir.

B. Tarihsel Çerçeve

Küresel yönetim ilk olarak ‘küresel’ nitelemesi olmaksızın 1980’li yılların sonlarından itibaren modern siyasi iktidarların el değiştirme usullerini tanımlamaya ve açıklamaya çalışan bir kamu politikası anlayışı olarak ortaya

²⁰ Craig N. Murphy, “Global Governance: Poorly Done and Poorly Understood,” *International Affairs* 76, no.4 (2002): 792.

²¹ Lake, “Rightful Rules: Authority, Order, and the Foundations of Global Governance,” 590.

²² Thomas G. Weiss, “What Happened to the Idea of World Government?,” içinde *Thinking about Global Governance: Why People and Ideas Matter*, ed. Thomas G. Weiss (London: Routledge, 2011), 78.

²³ Mark Bevir, *A Theory of Governance* (Berkeley: GAIA Books, 2013), 1.

çıkıştır. Süreçsel olarak yönetim; Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte 'küreselleşme' evresine geçmiştir.²⁴ Tarihsel izlekte yönetim kavramı, demokratikleşmeye yönelik kurumsalcı yaklaşımın bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır. Yönetim, demokrasiden daha geniş bir yelpazedeki rejim türleriyle yakından ilişkili bir kavramsal içerime sahiptir. Demokratikleşme teorisinde yönetim ilkesi; bir anlamda *meta-politik bir inşadır*. Yönetimin *meta-politik* yönü, norm inşa etmeye yönlendiren kuralların belirlenmesini mümkün kılmaktadır.²⁵ Bu soykütüsel arka plana karşı küresel yönetim, başlangıcından itibaren iki farklı anlam kazanmıştır. Bunlardan ilki; karşılıklı bağımlılığın, küreselleşmenin yarattığı sorun alanlarının ve bunların yol açtığı global maliyetlerin minimize edilmesi için norm temelli bir stratejiye işaret etmektedir. İkincisi ise, dünya siyasetinin dinamiğini betimleyici biçimde inceleyebilmek adına küresel yönetimi analitik bir kavram olarak değerlendirmektedir.²⁶

Küresel yönetim çalışmalarının öncü isimlerinden James N. Rosenau ve Ernst-Otto Czempiel, küresel yönetim düşüncesini Uluslararası İlişkiler disiplinine ve dünya siyaseti çalışmalarına dahil etmiştir. "Hegemonların azalması", "sınırların ortadan kalkması" ve "dünya kentlerinin meydanlarında yurttaşların kamusal otoritelere meydan okuması" gibi gerçek dünyadaki çığır açıcı dönüşümleri analiz eden çok sayıda Uluslararası İlişkiler uzmanı; 1990'lı yılların "*tarihte bir dönüm noktası*" olduğunu vurgulamıştır.²⁷ Bu kapsamda dünya düzeninin yeni görünümüne dönük küresel yönetimin çeşitlenen "düzeyleri" -yerel, ulusal, bölgesel ve evrensel- arasındaki bağıntılar ve geçerli alternatiflerin neler olabileceğine ilişkin çalışmalar ortaya konulmuştur.²⁸

Kamu yöneticileri, yukarıdan aşağıya (*geleneksel hiyerarşik*) yönetim biçimlerinin ikamesi olarak yeni yönetim formlarını aktif biçimde teşvik

²⁴ John Peterson ve Meltem Müftüler Baç, "Global Governance: Promise, Patterns, Prospects," *Transworld*, 30 September 2014, <https://www.iai.it/en/publicazioni/global-governance-promise-patterns-prospects>, 3.

²⁵ B. L. Meena, "Good Governance and Human Rights: A South Asian Perspective," *International Journal of Creative Research Thoughts* 6, no. 1 (January 2018): 1023.

²⁶ Michael Zürn, *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation* (UK: Oxford University Press, 2018), 24.

²⁷ Matthias Hofferberth, "Mapping the Meanings of Global Governance: A Conceptual Reconstruction of a Floating Signifier," *Millennium: Journal of International Studies* 43, no. 2 (2015): 599.

²⁸ Weiss ve Wilkinson, *Rethinking Global Governance*, 23.

etmeye başlamıştır.²⁹ Böylelikle bir paradigma olarak yönetim; yurttaşlık rolünü demokratik siyasal sistem içerisinde pasif katılımcılardan aktif katılımcılara dönüştürmüştür.³⁰ Tam da bu noktada küresel değişimde farklılaşan noktayı deyimleyen “*hükümsüz yönetim*” (*governance without government*) kavramsallaştırmasına işaret edilmelidir. *Hükümsüz yönetim*, artan uluslararasılaşma, ulusötesileşme ve küreselleşmenin yanı sıra bölgeselleşme ve devlet dışı yönetim ağlarının ortaya çıkması gibi dönüştürücü etkenlerin yol açtığı zorluklara bir tepki olarak tarih sayfalarında yerini almıştır.³¹

Hükümsüz yönetimin varlığını kabul etmek, sistemin bunları gerçekleştirmekle yetkilendirdiği örgütler ve kurumlar geliştirip geliştirmediğine bakılmaksızın, insan odaklı sistemde yerine getirilmesi gereken işlevlerin kavranması anlamına gelmektedir. Herhangi bir sistemin dış zorluklarla mücadele stratejileri, üyeleri veya grupları arasındaki çatışmaların geri dönülemez biçimde parçalanmasının önlenmesi, sistemin korunması ve refahı için gerekli kaynakların temin edilmesi ve bunlara ulaşmak için tasarlanmış hedefler ve politikaların üretilmesi devlet aktörlerine özgülenmiştir.³² Nitekim Michael Howlett ve M. Ramesh³³ “yönetimin” devletlere özgülenen bir alan olduğunu ifade etmektedir. Bu anlayış çerçevesinde “yönetişim” ise, yönetim sürecindeki devlet ve devlet dışı aktörler arasında yönetsel ilişkinin kurulması, teşvik edilmesi ve desteklenmesiyle ilgili sürece tekabül etmektedir.³⁴

Tarihsel süreci içerisinde yaşanan politik kırılmalar eşliğinde dinamik biçimde geliştirilen küresel yönetim sistemi, farklılaşan üç normatif ilke temelinde gerekçelendirilmektedir. İlk olarak, küresel yönetim düzenlemeleri, salt kamu otoritelerine değil; aynı zamanda bireyler de dahil olmak üzere global düzenin toplumsal aktörlerine yöneliktir. Küresel yönetim sistemi, koşullu egemenliğe sahip devletler ve uluslararası

²⁹ Jessop, “Governance, Governance Failure, and Meta-Governance,” 3.

³⁰ Mudacumura, “Multiple Dimensions of Governance,” 3.

³¹ Joachim K. Rennstich, “Multilevel Global Governance: Assumptions, Methods, Shortcomings and Future Directions,” içinde *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, ed. William R. Thompson (UK: Oxford University Press, 2017), 5.

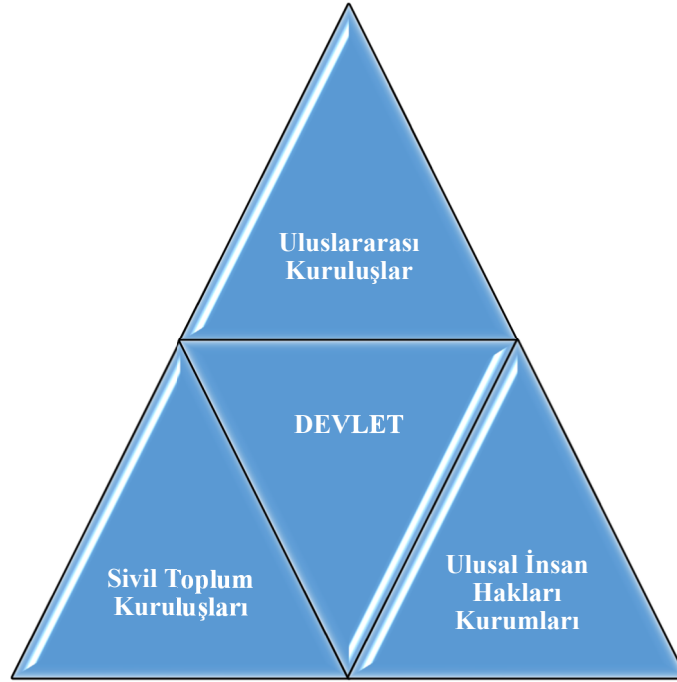
³² Rosenau, “Governance, Order, and Change in World Politics,” 3.

³³ Michael P. Howlett ve M. Ramesh, “The Two Orders of Governance Failure: Design Mismatches and Policy Capacity Issues in Modern Governance,” *Policy and Society Associates* 33 (2014): 318.

³⁴ Francis Fukuyama, “Governance: What Do We Know, and How Do We Know It?,” *Annual Review of Political Science* 19 (2016): 100.

otoritelerle etkileşimde bulunma haklarına sahip toplumsal aktörlerden oluşan *iki dereceli temsili (double constituency)* mümkün kılan yönetim aygıtı olarak varlık göstermektedir. Ayrıca küresel yönetim anlayışına egemen olan ‘global kamu yararı’ ilkesi kabul edilmektedir.³⁵

Küresel yönetim sistemi birbirinden farklı ancak birbiriyle bağlantılı üç “katmandan” oluşmaktadır. Küresel yönetim sisteminin birinci katmanını; kamu otoriteleri ve özel sektörü de regülatif anlamda kapsamına alan normatif ilkeler oluşturmaktadır. İkinci katman; farklı otorite ve meşruiyet türlerini içeren bir dizi siyasi kurum ya da kuruluşlara tekabül etmektedir. Son olarak üçüncü katman ise; sistemsel bünyede yer alan farklı otorite alanları arasındaki çeşitlenen etkileşimleri ifade etmektedir.³⁶ Aşağıdaki grafikte de görüldüğü üzere devlet ya da kamusal aktörler, yönetim kademesinin her bir etkileşim alanının merkezinde yer almaktadır.



Grafik 1: Yönetişim Katmanları

³⁵ Zürn, *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation*, 8.

³⁶ Zürn, *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation*, 8-9.

Bu noktada modern siyasal egemenlik kurgusunda değişen devlet tasavvuruna yönelik ilk anlatı; ulusal bürokratik yapılardan uluslararası pazarlara doğru yayılım gösteren ağlara doğru bir geçişi ifade etmektedir. Bu anlatı; ‘meta-yönetişim’³⁷ anlayışı çerçevesinde kamu otoritelerinin değişen rolüne odaklanmaktadır. Böylelikle yeni dünya düzeni, yönetişimin çeşitlenen özel, gönüllü ve kamusal aktörler arasında dağıtıldığı, güç ve otoritenin merkezi olmadığı ve çok sayıda ağ arasında parçalandığı bir dünya olarak varlık göstermektedir.³⁸

Değişen devlet tasavvuruna ilişkin ikinci anlatı; devletin piyasalar ve ağlar gibi yönetim yapılarının düzenlenmesi ve dolaylı yönetim araçlarının kullanılmasıyla yönetme kapasitesinin yeniden ortaya konulmasına odaklanmaktadır. İkinci anlatıda meta-yönetişim, devletin yönetişimde koordinasyonu sağlama noktasındaki kurumsal rolünü ve özellikle de müzakereci diplomasi biçimlerini giderek daha fazla kullanmasını ifade etmektedir. Böylelikle Eva Sørensen ve Jacob Torfing’in³⁹ işaret ettiği güç-özgürlük ilişkisinin bir uzantısı olarak ağları harekete geçirmek suretiyle etkileşim alanları açılmaktadır.⁴⁰

Devlet tasavvuruna ilişkin böylesi bir paradigmatik değişim; idari ekosistemde yönetme erkinin klasikleşen rollerinin ötesinde yenilikçi bir yönetme düzeneği inşa etmektedir. Öyle ki küresel yönetişim düzeneğine için ‘global değişim’ hem bütünleşme hem de parçalanma bağlamında otoritenin konumunun değişmesini imlemektedir.⁴¹ Her kıtada otoritenin konumu ve kontrol mekanizmalarının yerleşik konumlarında paradigmatik değişimler, siyasal sistemlerde olduğu kadar ekonomik ve sosyal sistemlerde de belirgin biçimde kendisini göstermektedir.⁴²

³⁷ “Meta-yönetişim; ağ temelli evrende devletin rolünü ve devlete özgülünen karakteristik politika yapım aygıtlarını tanımlayan şemsiye bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.” Bkz., Bevir, *A Theory of Governance*, 56.

³⁸ Bevir, *A Theory of Governance*, 56.

³⁹ Eva Sørensen ve Jacop Torfing, “Theoretical Approaches to Metagovernance,” içinde *Theories of Democratic Network Governance*, eds. Eva Sørensen ve Jacop Torfing (UK: Palgrave, 2007), 180.

⁴⁰ Bevir, *A Theory of Governance*, 60.

⁴¹ Martin Hewson ve Timothy J. Sinclair, “The Emergence of Global Governance Theory,” içinde *Approaches To Global Governance Theory*, eds. Martin Hewson ve Timothy J. Sinclair (New York: State University of New York Press, 1999), 6.

⁴² Thomas G. Weiss, “Governance, Good Governance, and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges,” içinde *Thinking About Global Governance: Why People and Ideas Matter*, ed. Thomas G. Weiss (London: Routledge, 2011), 181.

Sonuç olarak, değişime uğrayan devlet tasavvuruna ilişkin anlatıların küresel yönetim formlarını çeşitlenen düzeylerde etkilediği görülmektedir. Güç kullanımı ve özgürlük dengesi açısından etkileşimin yarattığı sınır, küresel yönetimin birincil aktörü olarak devletlerin ağ temelli yeni global düzende yerleşik konumunda paradigmatik bir değişime yol açmaktadır. Her bir yönetim katmanı arasındaki etkileşim, ağ temelli toplum düzeninin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. HÜKÜMETLERARASI AĞLAR VE KÜRESEL YÖNETİŞİM AKTÖRLERİ

Yönetişim, sıklıkla 1970’li yılların sonlarındaki kamu sektörü reformlarının ardından gücün ve devletin değişen doğasına atıfta bulunmaktadır. Bu reformların özellikle kamu hizmetlerinin sunumunda hiyerarşik bir bürokrasiden pazarların ve ağların daha fazla kullanımına doğru kapsamlı bir geçişe ivme kazandırdığı ifade edilmektedir. Ortaya çıkan karmaşıklık ve parçalanma, devlet politikalarının uygulanması ve bir yönetim modeli oluşturulması için giderek daha fazla uluslararası örgütlere bağımlı olunmasına yol açmıştır. Böylelikle yönetim paradigması, merkezin artık etkileşimde olduğu her türden kamusal, gönüllü ve özel kuruluşlardan oluşan, mekansal ve işlevsel olarak farklılaşan ağların arasında devlet gücünün dağıldığı yeni bir politikanın doğuşunu da beraberinde getirmiştir.⁴³

Yönetişim kuramı; pazara karşı planlamaya, kamu sektörüne karşı özel sektöre, kamu otoritesine karşı sivil topluma ve ulus devlete karşı uluslararası topluma doğru yönelim gösteren bir kopuşu ifade etmektedir. Söz konusu değerlendirme doğrultusunda yönetişimin; bir iş birliği fikrine dayandığı vurgulanmaktadır. Meşru gücün yalnızca kamu otoritesinden değil; sivil toplumdan da kaynaklandığı öne sürülmektedir.⁴⁴ Bu anlayışla biçimlenen ve devlete özgülünen ‘yönetme’ erki ve pratiği, kamusal otoriteyi merkezden uzaklaştırmaktadır.

Böylelikle otoritenin merkezden dağılmasıyla yeni yönetim formları, düzenleme süreci boyunca iş dünyası ve sivil toplum kuruluşlarını koordine eden ve bunlarla etkileşim içerisinde olan kamu otoriteleriyle “ağ bağlantılı” hale gelmektedir. Kamu otoriteleri; ‘bir araya gelerek, kolaylaştırarak,

⁴³ Bevir, *A Theory of Governance*, 152.

⁴⁴ Yu Keping, “Governance and Good Governance: A New Framework for Political Analysis,” *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences* 11, (2018): 7.

meşrulaştırarak, müzakere ederek, duyurarak, onaylayarak, denetleyerek, ortaklık kurarak ve düzenleme amaçları doğrultusunda özel aktörlerle etkileşimde bulunarak' bir 'ilişkiler ağının' yaratılmasına ve bu ağ içerisinde hareket edilmesine olanak sağlamaktadır. Böylelikle kamu otoriteleri; şirketleri ve STK'ları salt çıkar grupları ya da düzenleme nesnelere olarak değil, yönetişimin 'paydaşları' olarak kabul etmektedir.⁴⁵

Yönetişime ilişkin yeni literatürde ağlar, sivil toplum ya da piyasa ile devlet arasındaki aktörler, yalnızca kamu otoritelerinin yönetme pratiklerini izlemekle kalmamakta, aynı zamanda daha önce devletlere özgülenen kamusal rollerin gerektirdiği hizmetleri gerçekleştirmek için kamu otoriteleriyle aktif olarak ortaklık kurabilmektedir.⁴⁶ Bu yönüyle küresel yönetim, devlet merkezli olmayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıdaki grafikte de görüldüğü üzere küresel yönetişime dahil olan devlet dışı aktörler arasında STK'lar, araştırma kurumları ve epistemik topluluklar, çok uluslu şirketler ve uluslararası kuruluşlar yer almaktadır.⁴⁷



Grafik 2: Küresel yönetim aktörleri

⁴⁵ Kenneth W. Abbott ve Duncan Snidal, "Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit," *Vanderbilt Law Review* 42, no. 2 (2009): 526.

⁴⁶ Fukuyama, "Governance: What Do We Know, and How Do We Know It?," 100.

⁴⁷ Noha Shawki, "A New Actor in Human Rights Politics? Transgovernmental Networks of National Human Rights Institutions," içinde *Negotiating Sovereignty and Human Rights Actors and Issues in Contemporary Human Rights Politics*, eds. Noha Shawki ve Michaelene Cox (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 45.

Kaynak: Margaret P. Karns, Karen A. Mingst ve Kendall W. Stiles, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance* (Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2016), 16.

Yukarıda da ifade edildiği üzere küresel yönetim kuramları, devlet dışı aktörlerin de sürece dahil edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Ayrıca söz konusu kuramlar dikkatleri; devlet dışı aktörlerin yükselişine, uluslararası örgütlerin genişleyen faaliyet alanlarına, global ölçekte bölgeselcilik dinamiklerine ve yeni güç biçimlerine doğru kaydırmaktadır.⁴⁸ Yönetişime dair her bir anlayış; düşünsel kökeni ve kavramsal içerimi açısından analiz edildiğinde, ‘otorite, değer/norm ve hak/yükümlülük’ boyutlarına içkin olan politik perspektif kendisini açık etmektedir.

A. Hükümetlerarası Ağlar

Anne-Marie Slaughter, modern küresel yönetim sistemini birbirine entegre eden yapıların hem yatay hem de dikey hükümet ağları olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹ Hükümetlerarası ağlar; ‘küresel yönetişimin çeşitli yönlerini yürütmek için düzenleyicileri, yasa koyucuları, devlet aktörlerini, yargıçları ve diğer aktörleri ulusal sınırların ötesinde birbirine bağlayan gayri resmi kurumlar olarak’ tanımlanmaktadır.⁵⁰ Ulusötesi karşılıklı bağımlılığın yarattığı karmaşık yönetim zorluklarına yanıt olarak ortaya çıkan hükümetlerarası ağların tarihsel kökeni, Robert O. Keohane ve Joseph S. Nye’nin “hükümetlerarası” faaliyetlerin önemini vurguladığı 1970’li yıllara kadar uzanmaktadır.⁵¹ Ancak 1990’lı yılların sonlarından itibaren hükümetlerarası ağlar, çağın dinamikleri çerçevesinde dramatik biçimde artış eğilimi göstermiştir.⁵²

Ulusal kamu otoriteleri ile sivil toplum aktörlerini sınırlar ötesinde ve uluslararası kuruluşlar aracılığıyla birbirine bağlayan yatay ağlar; global düzenlemelerin kapsamını genişletmenin bir yolu olarak karşımıza

⁴⁸ William H. Meyer, *Human Rights and Global Governance: Power Politics Meets International Justice* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2020), 7.

⁴⁹ Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004).

⁵⁰ Anne-Marie Slaughter ve Thomas Hale, “Transgovernmental Networks and Emerging Powers,” içinde *Rising States, Rising Institutions: Challenges for Global Governance*, eds. Alan S. Alexandroff ve Andrew F. Cooper (Washington DC: Brookings Institution Press, 2010), 48.

⁵¹ Slaughter ve Hale, “Transgovernmental Networks and Emerging Powers,” 49.

⁵² Slaughter ve Hale, “Transgovernmental Networks and Emerging Powers,” 49.

çıkılmaktadır. Dikey ağlar ise; ulusal kamu otoriteleri ile Avrupa Adalet Divanı gibi devletlerin yetki devrettikleri uluslararası bir kuruluş arasındaki ilişkileri ifade etmektedir. Bu noktada bazı kuramcılar küresel bir zorba veya *Leviathan* olarak merkezileştirilmiş ve güç temerküzüne sahip bir dünya hükümeti fikrini eleştirmektedir. Bu kuramsal yaklaşım, mevcut ağların güçlendirilmesinin ve merkezi küresel kurumlar olmaksızın global ölçekte gerçek anlamda bir 'hukukun üstünlüğü' ilkesini hayata geçirebilecek yeni ağların geliştirilmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır. "Ağ gücüne" ilişkin bir başka yaklaşımı da David Singh Grewal⁵³ ortaya koymaktadır. Grewal'a göre söz konusu "ağ", paydaşlar arasında iş birliğini olanaklı kılacak biçimde öbeklenen bir kişiler topluluğunu ifade etmektedir. Ayrıca ilgili "ağ" ile kurulacak olan paydaşlık bağının oluşumunu da tanımlamaktadır. Bir diğer ifadeyle kurulan "ağ" yordamı; paydaşlar arasında karşılıklı erişime izin veren ve etkin iş birliğini kolaylaştırıcı paylaşıma açık hale getirilen norm veya uygulama olarak izah edilmektedir.⁵⁴

Hükümetlerarası ağların en alt kademeden en üst kademeye varıncaya kadar yaratmış olduğu etkileşim alanı, global iş birliği ilkesi çerçevesinde düzenlemelerin hayata geçirilmesine olanak sunmaktadır. Bu noktada hükümetlerarası ağlar; yükselen güç merkezlerine küresel ölçekte daha fazla nüfuz edebilme imkanını bünyesinde barındırmaktadır. Aynı zamanda bu ağlar, insan hakları başta olmak üzere uluslararası ilişkiler ve diplomasi alanlarında daha yoğun ve geçirimsiz bir etki alanı yaratabilme; ve farklı ülkelerde çeşitlenen grupların ortak sorunlar etrafında örgütlenmesi için gerekli esnekliği sağlama potansiyelini haizdir.⁵⁵ Hükümetlerarası ağları niteleyen temel özellikler, 'birey' ile 'devlet' ve uluslararası kuruluşlar arasındaki dinamiği olumlu yönde etkilemektedir.

B. Küresel Yönetişim Aktörleri

Kamu otoriteleri, uluslararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları, çok uluslu şirketler, bilim uzmanları, hükümetlerarası ağlar ve ortaklıklar; dünya siyasetine çok aktörlü bir yaşam alanı (*habitat*) sunmaktadır. Küresel

⁵³ David Singh Grewal, *Network Power: The Social Dynamics of Globalization* (New Haven, CT: Yale University Press, 2008).

⁵⁴ Thomas G. Weiss, *Global Governance: Why?, What?, Whither?* (Cambridge: Polity Press, 2013), 60-61.

⁵⁵ Andrew F. Cooper ve Alan S. Alexandroff, "Introduction," içinde *Rising States, Rising Institutions: Challenges for Global Governance*, eds. Alan S. Alexandroff ve Andrew F. Cooper (Washington DC: Brookings Institution Press, 2010), 10.

yönetişim aktörleri, dahil oldukları faaliyetlerin kapsamını genişletirken aynı zamanda global ölçekte güncel sorunların çözümünde etkileşim ve iş birliği anlayışını da değiştirmektedir.⁵⁶ Küresel yönetim aktörleri, erksel anlamda uluslararası alanda konumlanırken; ‘şiddet tekeli’ temelinde yönetme erkine özgülünen alana müdahalede bulunmamaktadır. Küresel yönetim aktörlerinin meşruiyeti, esas olarak kendilerine yetki devreden devletlerin rızasına dayanmaktadır. Kozmopolit işlevselci bir perspektiften uluslararası kuruluşlar, ortak fayda ilkesi; gücün kötüye kullanılmasını önleme ve küresel adalet ilkeleri temelinde gerekçelendirilmektedir.⁵⁷

Ulus-devletin ötesinde bu türden yönetim aktörleri; kimi zaman kendilerine izafe edilen kurumsal rolleri yerine getirme noktasındaki ‘yetersizliği’, proaktif rol üstlenme konusundaki ‘etkisizliği’, anti-demokratik niteliği ve küresel adaletsizlikleri sürdürdüğü ve hatta derinleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Hatta öyle ki siyasal popülizmin ve ırkçılığın egemen olduğu bu içe kapanma döneminde, çok taraflılığa ve liberal dünya düzenine yönelik eleştiriler yoğunlaşmaktadır.⁵⁸

Küresel yönetişimin başat aktörlerinden birisi olan uluslararası kuruluşlar, küresel yönetişime ilişkin çoğu teorik ve tarihsel tartışmanın merkezinde yer almaktadır.⁵⁹ Nitekim uluslararası kuruluşlar gerek uluslararası diplomatik krizlerin çözümünde gerekse de sivil çatışmaların yönetilmesi noktasında kritik yönetim aktörleri olarak kabul edilmektedir. Devletlerin kendi tekelindeki birtakım yönetsel güçleri, uluslararası kuruluşlara devretmesinin nedenleri literatürde sıklıkla tartışılmaktadır. Kimileri devletlerin meta-yönetsel gücü haiz uluslararası kuruluşların teşkil ettirilmesinde aktif rol üstlenmesi ve birtakım yetkilerini bu kuruluşlara devretmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu görüşe göre uluslararası kuruluşlar kamu yararı sağlamakta, bilgi toplamakta, güvenilir taahhütler

⁵⁶ Jang, McSparren ve Rashchupkina, “Global Governance: Present and Future,” 2.

⁵⁷ Johan Karlsson Schaffer, “Legitimacy, Global Governance and Human Rights Institutions: Inverting the Puzzle,” içinde *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives*, eds. Andreas Føllesdal, Johan Karlsson Schaffer ve Geir Ulfstein (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 216.

⁵⁸ Magdalena Bexell, Kristina Jönsson ve Anders Uhlin, “The Comparative Study of (De)legitimation Processes in Global Governance,” içinde *Legitimation and Delegitimation in Global Governance: Practices, Justifications, and Audiences*, eds. Magdalena Bexell, Kristina Jönsson ve Anders Uhlin (UK: Oxford University Press, 2022), 3.

⁵⁹ Gregory Shaffer, “Power, Governance, and the WTO: A Comparative Institutional Approach,” içinde *Power in Global Governance*, eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall (Cambridge: Cambridge University Press 2005), 160.

oluşturmakta, anlaşmaları izlemekte ve genel olarak devletlerin kolektif eylemle ilişkili sorunların üstesinden gelmesine ve bireysel ve kolektif refahı artırmasına yardımcı olmaktadır.⁶⁰

Söz konusu kurumsal amaçlar doğrultusunda uluslararası kuruluşların ulusötesi yönetiminde giderek daha aktif rol oynadığı görülmektedir. Öyle ki uluslararası kuruluşlar; uluslararası anlaşmalar, insan hakları anlaşmaları ve ikili yatırım anlaşmaları gibi çok çeşitli bağlamlarda hak ve yükümlülüklerin özneleri olarak tanınmaktadır. Bu aktörler, teknik uzmanlık⁶¹ sağlamakta, gündemleri belirlemekte;⁶² uyumu izlemekte;⁶³ lobi karar vericileri olarak kabul edilmekte; düzenleyici kararlar almakta ve hatta ‘adlandır ve utandır’ (*name&shame*) stratejisi uygulamak suretiyle “uygulamada” aktif biçimde yer almaktadır.⁶⁴ Hükümetlerarası kuruluşlar, genellikle yönetsel hiyerarşinin teorik ideali olan “sert” ve “doğrudan” yönetime yaklaşılması, uluslararası hukukun oluşturulması, izlenmesi ve uygulanması yoluyla global koordinasyonu sağlamaktadır. Ancak bu geleneksel yönetim tarzı, kendi özgül kavramsal çerçevesi dolayımında salt hiyerarşik bir yapı inşa etmemektedir. Nitekim devlet aktörleri, kamusal hedeflerin yönetimi noktasında birtakım idealleri gerçekleştirmek amacıyla hükümetlerarası kuruluşların aracılara yetki izafe etmektedir.⁶⁵

Sonuç olarak, küresel yönetim aktörleri global adalet arayışında veya kozmopolit bir demokratik siyasal düzen geliştirme noktasında önemli bir rol oynama potansiyeline sahiptir. Öyle ki ekonomik kalkınma, insan hakları ve

⁶⁰ Michael Barnett ve Martha Finnemore, “The Power of Liberal International Organizations,” içinde *Power in Global Governance*, eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall (Cambridge: Cambridge University Press 2005), 161.

⁶¹ Bkz., Ernst B. Haas, *When Knowledge is Power: Three Models of Change in International Organizations*, (Berkeley: University of California Press, 1991).

⁶² Bkz., Michele M. Betsill ve Elisabeth Corell, “Introduction to NGO Diplomacy,” içinde *NGO Diplomacy: The Influence of Nongovernmental Organizations in International Environmental Negotiations*, eds. Michele M. Betsill ve Elisabeth Corell (Cambridge: The MIT Press, 2008), 13.

⁶³ Margaret E. Keck ve Kathryn Sikkink, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, (USA: Cornell University Press, 1998).

⁶⁴ Thomas Hale ve David Held, “Editors’ Introduction: Mapping Changes in Transnational Governance,” içinde *Handbook of Transnational Governance: Institutions and Innovations*, eds. Thomas Hale ve David Held (Cambridge: Polity Press, 2011), 8.

⁶⁵ Xinyuan Dai, “Orchestrating Monitoring: The Optimal Adaptation of International Organizations,” içinde *International Organizations as Orchestrators*, eds. Kenneth W. Abbott, Philipp Genschel, Duncan Snidal ve Bernhard Zangl (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 139.

hukukun üstünlüğü gibi alanlarda ülke endekslerini yükseltme konusunda isteksiz olan devletlerin kozmopolit amaç ve ilkelere uymasını sağlama noktasında itici güç olabilirler. Bu durum, uzun vadede uluslararası düzenin niteliksel olarak bir tür kozmopolit dünya düzenine dönüşmesine yol açabilecektir.⁶⁶ Ancak günümüzde küresel yönetim aktörü olarak uluslararası kuruluşların etkililiğine yönelik birtakım sorunlara dikkat çekilmelidir. İnsani krizin derinleştiği ve küresel güvenliğin aşındığı bir dönemde proaktif bir rol üstlenmesi beklenen yönetim aktörlerinin etkisizliği, küresel yönetim sisteminin bir açığı olarak okunabilir.

Örneğin; bölgesel ve küresel insan hakları ihlallerine son vermek adına uluslararası hukukun öngördüğü yaptırımların uygulanarak insani krizlerin sonlandırılması öncelikle BM'nin kurumsal sorumluluğu altındadır. Trajik insani krizlerin çözümü noktasında BM'nin kuruluş misyonuna ve normatif değerlerine uygun düşecek biçimde hareket etmesi gerekmektedir. Uluslararası kuruluşları ideolojik etkisi altına alan kimi devletlerin bu kurumlar dolayısıyla uluslararası sistemde kolonyalist bir hegemonya kurma çabası ve küresel yönetim aktörlerinin hipokratik tutumu, mevcut sorunların çözümü noktasında global dengesizlikler ve adaletsizlikler yaratmaktadır.

III. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI REJİMİNİN KÜRESEL YÖNETİŞİMİ

Uluslararası insan hakları rejimi, devlet aktörlerinin ötesinde uluslararası kuruluşlar ve ağlar temelinde yapılandırılmış çok aktörlü ve çok katmanlı bir yönetim modeline sahiptir. Bu çok katmanlı global düzende insan hakları, devletlerarası ve ulusötesi küresel ilişkilerin temel bileşeni olarak kabul görmeye başlamıştır.⁶⁷ Böylelikle insan hakları; küresel yönetişimin başka bir özgün alanı olarak yönetim literatüründe yerini almıştır. 'İnsan hakları' ve küresel yönetim hem uluslararası adalet hem de güç politikalarıyla ayrılmaz biçimde bağlantılı iki alan olarak global düzende konumlandırılmıştır. Küresel yönetim düzeninde 'insan hakları' ekseninde giderek çeşitlenen ve daha rafine hale getirilen normatif alanlar ve ulusötesi kuruluşlar üretilmiştir. Yönetişimselliğe içkin güç politikaları ile insan hakları, yirmi birinci yüzyılda

⁶⁶ Schaffer, "Legitimacy, Global Governance and Human Rights Institutions: Inverting the Puzzle," 217.

⁶⁷ Thomas Pegram, "Governing Relationships: The New Architecture in Global Human Rights Governance," *Millennium* 43, no. 2 (2015): 620.

uluslararası ilişkilerin temel dinamiklerini ve görünümünü tayin eden katalizör güçler olarak varlık bulmuştur.⁶⁸

Bu kapsamda insan hakları alanında iki tür küresel yönetim biçimi öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki; global düzende çeşitlenen aktörler arasında cereyan eden bir tür ‘sinerji’ olarak tanımlanmaktadır. Birinci küresel yönetim türü ya da ‘sinerji olarak küresel yönetim’; devletleri, sivil toplum kuruluşlarını, ulusötesi toplumsal hareketleri, uluslararası kuruluşları ve hatta politik özne olarak bireyleri kapsamaktadır. ‘Sinerji olarak küresel yönetim’, global kamu vicdanını tayin edecek ‘ulusötesi adalet’ düşüncesi üzerine kurulmuştur. İnsan haklarına yönelik ikinci küresel yönetim tipolojisi ise; insan hakları alanında etkili, tarafsız ve bağımsız kurumsal mekanizmalar inşa etmeyi amaçlamaktadır. Bu yönetimin arketipine örnek olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (UCM) kurumsal yapısına kavuşturulması zikredilebilir.⁶⁹

Küresel insan hakları yönetim sistemi; köklü normlara, norm oluşturma ve değiştirme kurumlarına, dünyadaki insan hakları ihlallerini tespit etme kurumlarına, hesap verme mekanizmalarına ve insan hakları normlarına saygıyı teşvik etme araçlarına sahip bir rejim olarak işlev görmektedir.⁷⁰ Burada kamu otoriteleri, insan hakları yönetiminde öne çıkan yönetim aktörü olma rolünü sürdürmektedir. Ancak, kamu otoritelerinin yönetsel gücünün insan hakları alandaki kullanımı ve etkileri, yeni ortaya çıkan özel ve hibrit otorite biçimlerinin etkisiyle önemli bir paradigmatik değişime uğramaktadır. Bu paradigmatik değişim, uluslararası insan hakları rejiminin kökenlerine ve taraf devletlerin yetkilerinin hem yerel hem de global düzeyde bağımsız yapılara ve aktörlere kademeli olarak devredildiği bir bağlamda gerçekleşmektedir.⁷¹

İnsan hakları yönetiminin her kademesinde sistemik bir yetki dağılımına tanıklık edilmektedir. Bu yetki dağılımında insan hakları; bir “güç arabulucusu” olarak işlev görmektedir. Böylelikle küresel insan hakları yönetimi ideolojisiyle, ulusal ve bölgesel sınırların ötesinde asimetrik güç

⁶⁸ Meyer, *Human Rights and Global Governance: Power Politics Meets International Justice*, 3.

⁶⁹ Meyer, *Human Rights and Global Governance: Power Politics Meets International Justice*, 194.

⁷⁰ James W. Nickel, “Is Today’s International Human Rights System: A Global Governance Regime?,” *The Journal of Ethics* 6, no. 4 (2002): 371.

⁷¹ Pegram, “Governing Relationships: The New Architecture in Global Human Rights Governance,” 622.

ilişkilerinde zayıf aktörlerin global arenada söz sahipliğinin ve kurumsal rollerinin tahkim edilmesi amaçlanmaktadır.⁷² Yönetişim ideolojisinde politik çerçevesi bu şekilde inşa edilmiş olan ‘insan hakları’, ‘güçlü yönetim’ ilkesinin yürürlüğe konulması açısından esaslı bir fikri zemin yaratmaktadır.

Bu noktada güçlü insan hakları yönetişiminin ayırt edici özelliğini, BM’nin insan hakları alanında ortaya koymuş olduğu kurumsal çerçevesinin, özellikle de onaylanan uluslararası sözleşmelerin ve üstlenilen yükümlülüklerin iyi anlaşılması ve BM mekanizmalarıyla etkileşimde bulunulması oluşturmaktadır. İnsan hakları yönetişiminin kırılğan doğasından ötürü, bir devletin uluslararası hukuk yükümlülüklerini sözde yerine getirdiğini göstermek amacıyla uluslararası sözleşmeleri onaylama eğiliminde olduğu görülmektedir. Ancak bu durum, ilgili sözleşmesel taahhütlere içkin olan değer alanlarının ve uygulamaların sahici biçimde yerine getirilmesi iradesinden yoksundur. Nitekim uluslararası sözleşmelerin dizgeleştirdiği hak alanlarının uygulanmasının net biçimde anlaşılmadığı görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, herhangi bir uluslararası sözleşmenin taraf devletlerce onaylanmasının insan haklarının gelişim endeksi ile doğrusal bir ilişkiye sahip olmadığı görülmektedir.⁷³ Devlet aktörleri, bu türden sahici olmayan kamusal iradeleriyle yönetişimde tayin edici gücünün belirginleşmesini amaçlamaktadır.

İnsan haklarının küresel yönetişiminde kamusal otoritenin (devletin) tayin edici gücü belirginleştikçe, hukuki karakterini ya da meşruiyetini kaybetme riskine maruz kalan bir yönetimselliğin egemenliği söz konusu olabilmektedir. Bu durum, insan hakları hukukunun hak ve özgürlüklerin bir güvence ve koruma mekanizması olma potansiyelini ortadan kaldırmaktadır. Böylelikle insan haklarının kurumsal koruyucu şemsiyesi işlevsizleşmektedir.⁷⁴ Kamusal otoritenin tayin edici gücünün belirginleşmesi, bir denetim mekanizmasının işlerlik kazanmasını mümkün kılmaktadır.

Nitekim aktörlerin performanslarını hem kendilerine hem de dış gözlemcilere açıklama zorunluluğu olarak tanımlanan denetim teknolojisi,

⁷² Pegram, “Governing Relationships: The New Architecture in Global Human Rights Governance,” 624.

⁷³ Helen P. Greatrex, “Robust Human Rights Governance: Developing International Criteria,” *International Journal of Humanities and Social Sciences* 6, no. 5 (2012): 775.

⁷⁴ David McGrogan, “The Population and the Individual: The Human Rights Audit as the Governmentalization of Global Human Rights Governance,” *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 4 (2018): 1075.

insan hakları yönetişiminin merkezinde yer almaktadır. Denetim teknolojisi, “küresel insan hakları yönetişiminin klasik anlamda yönetselleştirilmesine” yol açmaktadır. İnsan hakları düşüncesi, *homo economicus*’u benimseyen (özgür, kendi kendini yöneten ve kendi çıkarlarını düşünen) neoliberal devletler için gerekli özne anlayışını inşa eden bir *homo juridicus*’un⁷⁵ yaratılmasını mümkün kılmaktadır. Bu vizyona göre insan hakları, kendi çıkarları adına piyasada kendi davranışlarını özerk biçimde yöneten özgürleşmiş özneler vasıtasıyla ‘özgürlük teknolojisi’ olarak araçsallaştırılmaktadır. Başka bir ifadeyle, insan haklarının bizatihi kendisi neoliberal yönetimin ruhuna tekabül eden bir “hükümet teknolojisi” olarak kabul edilmektedir. Denetim teknolojilerindeki artış, insan hakları hukukunun meşruiyet kaynağında bir kaymaya neden olarak insan haklarını “pasifleştirici bir ideolojiye” dönüştürmektedir.⁷⁶

Pasifleşen insan hakları ideolojisi, yönetim çarkında kurumsal zaafiyetleri de beraberinde getirmektedir. Devletler arası savaşlar, iç savaşlar veya çatışmalar sırasında yurttaşların hak ve özgürlüklerine yönelik ihlaller, dünyanın farklı yerlerinde kamu güvenliğini aşındırmaktadır. Bu noktada barışın, güvenliğin, adaletin ve insan haklarının korunması misyonuna sahip yönetim aktörleri, insani müdahalenin karmaşık onay prosedürleri veya barışı koruma operasyonlarına izin verilmesi nedeniyle durumları iyileştirme konusunda sınırlı kapasiteye sahiptir. BM Güvenlik Konseyindeki politik-hegemonik bölünmeler ve partizan çıkarlar (özellikle çıkarlar doğrultusunda bazı daimi üyelerin veto yetkisini kullanması), ağır insan hakları ihlalleri ve insani trajediler karşısında sistematik bir duyarsızlık yaratmış ve böylece global cezasızlık algısının güçlenmesine ve savaş suçlarının yaygınlaşmasına yol açmıştır.⁷⁷ Böylelikle BM Güvenlik Konseyinin beşli hegemonik yapısı, seçkin küresel iktidar ağının dışında kalan ulusların egemenlik haklarını ihlal etmekte ve seslerini yükseltmelerine mani olmaktadır.

Yaklaşık 76 yıldır İsrail’in Filistin topraklarında uyguladığı *apartheid* rejimiyle yaşanmaktadır. Bugün tüm dünyanın gözleri önünde 7 Ekim 2023 tarihinden bu yana İsrail’in Gazze’de yürüttüğü asimetrik terör şiddeti (savaş), ağır bir insani trajedinin yaşanmasına yol açmaktadır. Hegemonik küresel

⁷⁵ Alain Supiot, *Homo Juridicus: Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, çev. Bilge Açımız Ünal (Ankara: Dost Kitapevi, 2008).

⁷⁶ McGrogan, “The Population and the Individual: The Human Rights Audit as the Governmentalization of Global Human Rights Governance,” 1075.

⁷⁷ Bkz., Jang, McSparren ve Rashchupkina, “Global Governance: Present and Future,” 3.

İktidarın güç savaşlarının yürütüldüğü Filistin toprakları, kitlesel bir savaş ve şiddet sarmalıyla çevrilmektedir. İsrail'in Filistin'i işgal politikası, dünyadaki 'en uzun ve ölümcül' askeri işgallerden (56 yıl) biri olarak kabul edilmektedir. Neokolonialist bir işgal politikası sürdüren İsrail'in Filistin halkını hedef alan sistematik insan hakları ihlalleri,⁷⁸ sivillere yönelik büyük bir katliama dönüşmektedir. Küresel adaletin tesis edileceğine yönelik inanç, terör devleti İsrail'in emperyal destekçilerinin hipokratik tutumlarından ötürü sönümlenmektedir. 'Sınırsız' bir 'istisna devleti' olarak İsrail'in hukuk tanımazlığı, sistematikleşen politik tavır ve tutumu, evrensel insan hakları normlarının işlevsizleşmesine yol açmaktadır.⁷⁹ 'Küresel istisna haline' karar veren seçkin egemen hegemoni; insan haklarının tüm değersel dizgesinin yadsınması ve kurumsal yapısının işlevsizleştirilmesi karşısında sessiz kalmayı tercih etmektedir.

Bugün tanıklık etmiş olduğumuz üzere savaşlar, iç çatışmalar, iklim değişikliği, pandemiler, yoksulluk, ayrımcılık, sosyal adaletsizlikler ve toplumsal eşitsizlikler küresel yönetim sistemine içkin sorun alanlarını gün yüzüne çıkarmaktadır. Küresel yönetim sisteminin zaafiyetleri, insan hakları alanında kronikleşen sorun alanlarını çözmeyi güçleştirmektedir. Söylemsel açıdan küresel yönetimin 'kuşatıcılığı' ve 'heryerdeliği' öne sürülse de uygulamada bunun gerçekliğinden söz etmek pek mümkün görünmemektedir. Yönetişim ekosistemine içkin olan sistemsiz kırılmalıklar, küresel sorunlar karşısında etkin bir politika çerçevesinin belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Kuşkusuz bu politika çerçevesinin insan onuru temelinde biçimlenen "insan hakları yönetim stratejisi" olması gerekmektedir. İnsan hakları yönetim stratejileri; çevresel tahribata, çatışmalara, salgınlara, eşitsizliklere ve insan hakları ihlallerine karşı önleyici düzenlemelerin veya mekanizmaların global düzenin her bir yönetim kademesine yerleştirilmesini gerektirmektedir. İnsan hakları yönetim stratejilerinin uygulanması, İnsan Hakları Evrensel

⁷⁸ 7 Ağustos 2024 tarihi itibarıyla İsrail'in 7 Ekim'den bu yana Gazze Şeridi'ne düzenlediği saldırılarda yaşamını yitirenlerin sayısı 39 bin 677, yaralı sayısı da 91 bin 645 olarak kaydedilmiştir. Bkz., Anadolu Ajansı, 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilin-306-gundur-saldirilarini-surdurdugu-gazgede-can-kaybi-39-bin-677ye-cikti/3297377>

⁷⁹ Muharrem Kılıç, "İsrail'in Hukuk Tanımazlığı Karşısında Uluslararası Yargı Düzeninin ve BM Yapısının İşlevsizliği," *Kriter*, 2024, <https://kriterdergi.com/dis-politika/israilin-hukuk-tanimazligi-karsisinda-uluslararasi-yargi-duzeninin-ve-bm-yapisinin-islevsizligi>

Bildirgesi'nin 'tüm insanların özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğduğu' ilkesine küresel bir yeniden bağlılığı gerekli kılmaktadır.⁸⁰

Sonuç olarak, küresel insan hakları yönetişimine ilişkin yapısal sorunlar sistemik bir krize dönüşmektedir. Yapısal bir sorun olarak BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarının beşli imtiyazlı veto edici gücü, diğer dünya uluslarının hak ve özgürlük temelli taleplerini yok saymaktadır. BM Güvenlik Konseyi'nin hegemonik yapısı, insan haklarının küresel yönetişiminin yatay etkisini mutlak iktidarıyla yok etmektedir. Bundan ötürü BM'nin ve diğer uluslararası kuruluşların günümüzün küresel zorluklarına uygun biçimde reformasyonunun gerektiğine yönelik çağrı, küresel insan hakları gündeminin merkezinde yer almaktadır. Nitekim bugün, kurulu dünya düzeninin küresel aktörlerinin (BM, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi vd.) gözleri önünde yaşanmakta olan ağır insan hakları ihlalleri ve insani trajediler karşısında sistemsel ve değersel bir çöküşe tanıklık edilmektedir. Modern uygarlığın var etmiş olduğu hak ve özgürlük normları ile sistemik yapısı, global ölçekte devam etmekte olan insan hakları ihlalleriyle aşınmış bulunmaktadır. Uluslararası hukuk ve insancıl hukukun ihlalleri karşısında sistematik bir duyarsızlık sergileyen elitist hegemonların hipokratik yaklaşımları, bu krizi derinleştirmektedir. Bu krizin etkilerinin bertaraf edilmesi noktasında etkin ve içermeci bir mekanizmanın üretilmesi için yapısal reformun gerekliliği ortadadır.

IV. KÜRESEL YÖNETİŞİMİN BAĞIMSIZ AKTÖRLERİ OLARAK ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARI

İnsan hakları rejimi, ikili, çok taraflı, bölgesel ve hükümetlerarası düzeyde giderek karmaşıklaşan ilişkiler vasıtasıyla faaliyet gösteren yoğun bir devlet ve devlet dışı aktörler ağını barındıracak biçimde paradigmatik bir değişime uğramıştır.⁸¹ Yukarıda da ortaya konulduğu üzere bu global insan hakları rejiminin merkezinde hükümetlerarası kuruluş (*Intergovernmental Organizations, IGOs*) olan BM ile devlet ve devlet dışı yönetim aktörlerinden oluşan geniş bir ağ yer almaktadır. Bu türden ağlar, uluslararası

⁸⁰ Bertrand G. Ramcharan, "Human Rights Strategies of Governance," *Universal Rights Group*, 2020, <https://www.universal-rights.org/human-rights-strategies-of-governance/>

⁸¹ Tom Pegram, "Global Human Rights Governance and Orchestration: National Human Rights Institutions As Intermediaries," *European Journal of International Relations* 21, no. 3 (2015): 602.

insan haklarına daha fazla uyum sağlamak için ikili, çok taraflı, bölgesel ve hükümetlerarası düzeylerde faaliyetlerde bulunmaktadır.⁸²

Ulusal ve uluslararası düzeyde insan haklarının kurumsallaşması, kalkınma ve yönetime yönelik hak temelli yaklaşımların çerçevesinde önem kazanmıştır. Ulusal düzeyde insan haklarına saygı gösterilmesi, korunması ve geliştirilmesini temin edebilmek adına etkili bir uygulama aygıtı olarak insan haklarının kurumsallaşması, yerel ölçekte gerçekleşen ihlallerin izlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.⁸³ Linda C. Reif'in de deyimlediği üzere "uluslararası insan hakları hukukunun uygulanmasına yönelik yerel yargı dışı kurum/lar"⁸⁴ olarak tanımlanan ulusal insan hakları kurumları, uluslararası normların yerel yapılara entegre edilmesi noktasında 'düzenleyici araçlar' olarak kabul görmektedir.⁸⁵ Bu kurumsal yapılanmanın arkasındaki temel düşünce, insan haklarına yönelik uluslararası normatif alanın yerel düzeyde etkin biçimde uygulanmasını temin etmektir.⁸⁶

Nitekim sürdürülebilir insan hakları reformunun gerçekleştirilmesinde uluslararası hukuk yükümlülüklerine yerel ölçekte uyumun sağlanmasını temin edecek 'yerel yapılanmanın' kritik önemi haizdir. İnsan haklarını korumaya yönelik kurumsal çabaların ulusal sistemlerin dâhil edilmeden gerçekleştirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Bundan ötürü uluslararası insan hakları normlarının yerel-ulusal ölçekte yapılandırılan koruyucu mekanizmalar üzerinden kurumsal güvenceye kavuşturulması düşüncesi, global ölçekte yaygınlaşma eğilimi göstermektedir. Ulusal insan hakları kurumları, taraf olunan kurucu insan hakları sözleşmelerinin yerel ölçekte uygulanmasını izleme ve denetleme misyonu çerçevesinde ulusal pratik ile uluslararası dinamik arasında bir 'köprü' görevi ifa etmektedir.⁸⁷ Bu kurumsal yapıların oluşturulmasının bir diğer amacı ise; uluslararası insan hakları

⁸² Pegram, "Global Human Rights Governance and Orchestration: National Human Rights Institutions As Intermediaries," 596.

⁸³ Corina Lacatus ve Valentina Carraro, "National Human Rights Institutions: Independent Actors in Global Human Rights Governance?," *International Affairs* 99, no. 3 (2023): 1167.

⁸⁴ Linda C. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System* (Leiden: Springer 2004).

⁸⁵ Lacatus ve Carraro, "National Human Rights Institutions: Independent Actors in Global Human Rights Governance?," 1167.

⁸⁶ C. Raj Kumar, "National Human Rights Institutions (NHRIs) and Economic, Social and Cultural Rights: Toward the Institutionalization and Developmentalization of Human Rights," *Human Rights Quarterly* 28, no. 3 (2006): 773.

⁸⁷ Muharrem Kılıç, "İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları," *TİHEK Akademik Dergisi* 5, no. 8 (2022): 18-19.

standartlarının ulusal ölçekte yerel yasalara, idari uygulamalara ve hatta eğitim sistemlerine entegre etmek suretiyle söz konusu standartları ulusal hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmektedir.⁸⁸

Ulusal insan hakları kurumları; 1990'lı yıllarda kurumsal yapılarına kavuşmaya başladıklarından bu yana küresel insan hakları yönetiminde giderek daha önemli ve etkin bir aktör haline gelmiştir.⁸⁹ Küresel yönetim sisteminde, ulusal insan hakları kurumları yerel düzeyde insan haklarını geliştiren, güvence altına alan ve uygulayan bir *demokratik adem-i merkezîyetçilik* yöntemini benimsemektedir.⁹⁰ Avrupa insan hakları yönetimi bağlamında ulusal insan hakları kurumları ve emsal ağlar; düzenleyici aktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada yönetim, araçların birbirleriyle oluşturduğu karmaşık ilişkiler ağını düzenleyici aktörler ve hedeflerle kolaylaştırmaktadır.⁹¹ Bu türden kurumsal yapılanmaların uluslararası arenadaki yerleşik konumu, ulusal kurumların daha etkili yönetim uygulamalarına ivme kazandırmasını mümkün kılmaktadır.⁹²

Ulusal insan hakları kurumları, devletlerin uluslararası hukukun öngördüğü taahhütleri yerine getirme ve uyum açığının kapatılması noktasında önemli bir kurumsal aktör olarak varlık göstermektedir. Aşağıdaki tabloda da görüldüğü üzere düzenleyici aktörler olarak ulusal insan hakları kurumları, insan hakları hedefleriyle mevcut eşitsiz uygulamalar arasındaki uçurumun kapatılmasına yardımcı olan araçlar olarak hareket etmektedir. Hem devlet uyumunu denetleyebilecek hem de ulusal hükümetlere insan hakları hukukunun uygulanması noktasında destek sunabilecek kurumsal yapılar olarak uluslararası arenada yer almaktadır.⁹³

⁸⁸ Sonia Cardenas, *Chains of Justice: The Global Rise of State Institutions for Human Rights* (Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2014), 3.

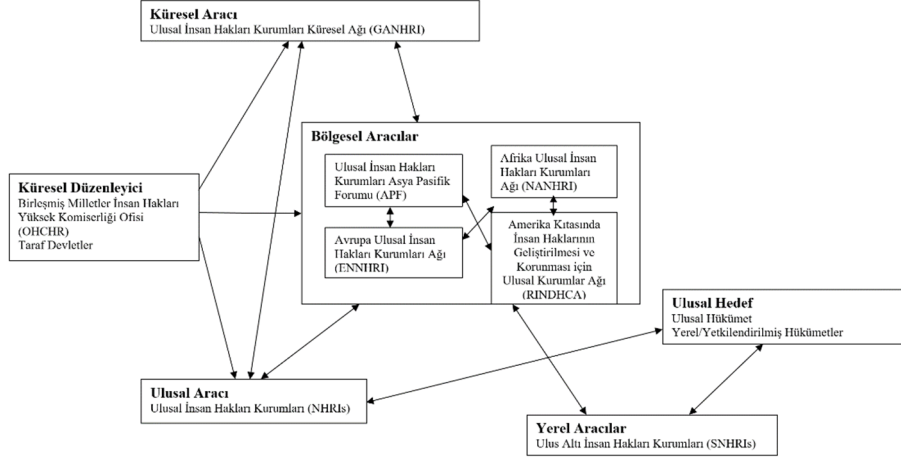
⁸⁹ Lacatus ve Carraro, "National Human Rights Institutions: Independent Actors in Global Human Rights Governance?," 1167.

⁹⁰ C. Raj Kumar, "National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights," *American University International Law Review* 19, no. 2 (2003): 285.

⁹¹ Corina Lacatus, "Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions," *International Relations* 36, no. 2 (2022): 195.

⁹² Sonia Cardenas, "Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions," *Global Governance* 9, no. 1 (2003): 34.

⁹³ Lacatus, "Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions," 194.



Tablo: Küresel yönetim aktörleri ve ağlar arasındaki etkileşim

Kaynak: Lacatus, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions,” 197 kaynağından alınmıştır.

Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere ulusal insan hakları kurumları ve emsal ağları, genellikle uluslararası ve bölgesel kuruluşların uluslararası insan hakları hukukunun temel uluslararası düzenleyicileri olduğu bir sistemde aracı görevini üstlenmektedir. Bu global düzende ulusal hükümetler uluslararası hukuka farklı düzeyde uyum gösteren birincil hedefler olarak varlık göstermektedir.⁹⁴ Paris Prensipleri⁹⁵ ulusal insan hakları kurumlarının “BM ve BM sistemindeki diğer kuruluşlarla, bölgesel kuruluşlarla ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi alanlarında yetkili diğer ülkelerin ulusal kuruluşlarıyla iş birliği yapmasını” öngörmektedir.⁹⁶

Paris Prensiplerinin öngördüğü iş birliği ilkesi çerçevesinde ulusal insan hakları kurumları ağları, yerel politik aktörler ile uluslararası sözleşmeler ve standartlar arasında bağlantı kuran küresel yönetişimin yenilikçi

⁹⁴ Lacatus, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions,” 193.

⁹⁵ Principles Relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), *OHCHR*, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris>

⁹⁶ “Responsibilities of NHRIs: Engaging with the International Human Rights System,” *GANHRI*, <https://ganhri.org/engaging-with-the-international-human-rights-system/>

düzenlemeleri olarak kabul edilmektedir.⁹⁷ Bu noktada Küresel Ulusal İnsan Hakları Kurumları Ağı (*The Global Alliance of National Human Rights Institutions, GANHRI*); bölgesel ulusötesi ağlar ve ulusal düzenleyici kurumlardan oluşan ‘ağ tabanlı’ düzenleyici yapılar iyi uygulama örneği teşkil etmektedir.⁹⁸ Ağların, ulusal insan hakları kurumlarının kurumsal yapısına kavuşturulması ve geliştirilmesi noktasında kritik rolleri bulunmaktadır.⁹⁹ Bu ağ temelli yönetim düzeneğinde BM; standart belirleme, kapasite geliştirme, ağ kolaylaştırma ve üyelik verme gibi çok yönlü bir süreç aracılığıyla, ulusal insan hakları kurumlarının kurumsal yapısına kavuşturulması ve güçlendirilmesinin kilit aktörü rolünü üstlenmektedir.¹⁰⁰ Uluslararası düzenleyici, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR*) ve ulusal hükümetler arasında bir köprü görevi gören GANHRI; ‘bilgi alışverişine, üye kurumlara desteğe ve ülkelerin insan hakları performansının izlenmesine’ dayalı küresel çok katmanlı bir ağ yönetişimi modeli ortaya koymaktadır.¹⁰¹

Bölgesel düzeyde, kurumsal ağlar olarak “Asya Pasifik Ulusal İnsan Hakları Kurumları Forumu (*Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, APF*), Avrupa Ulusal İnsan Hakları Kurumları Ağı (*European Network of National Human Rights Institutions, ENNHRI*), Afrika Ulusal İnsan Hakları Kurumları Ağı (*Network of African National Human Rights Institutions, NANHRI*) ve Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Ulusal Kurumlar Ağı (*Network of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights in the American Continent, RINDHCA*)” küresel ve bölgesel insan hakları düzenleyicilerini global ölçekte ulusal hükümetlere bağlayan en etkili araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurumsal ağlar arasında APF, resmi bir bölgesel ağ biçiminde konsolide edilen ilk ağ olarak yönetim ekosisteminde yerini almaktadır. APF, bölgesel insan hakları yönetiminde güçlü bir aktör olarak ENNHRI açısından erken bir model teşkil etmektedir. Bu ağlar, insan hakları konularında ulusal kamu

⁹⁷ Shawki, “A New Actor in Human Rights Politics? Transgovernmental Networks of National Human Rights Institutions,” 53.

⁹⁸ Lacatus, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions,” 193.

⁹⁹ Lacatus, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions,” 193.

¹⁰⁰ Cardenas, “Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions,” 34.

¹⁰¹ Lacatus, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions,” 193.

ve sivil toplum aktörleri arasında bilgi alışverişini ve koordinasyonu kolaylaştırmakta, yeni ulusal mekanizmaların gelişimini teşvik etmekte ve desteklemektedir. Aynı zamanda ulusal insan hakları kurumlarının akreditasyon sürecine aktif olarak destek olmakta ve BM faaliyetlerine aktif biçimde katılmaktadır.¹⁰²

Sonuç olarak; ulusal insan hakları kurumları temel insan hakları düzenleyicisi olarak BM ve ilgili kamu otoriteleri arasında faaliyet gösteren küresel insan hakları yönetiminde düzenleyici araçlar olarak kabul edilmektedir. Bu türden kurumsal yapılar ulusal hükümetler tarafından uluslararası aktörlerin desteğiyle kurulan araçlar olarak hareket etmektedir.¹⁰³ Ulusal insan hakları kurumları, ‘insan haklarının yerelleşmesi’ ilkesi çerçevesinde küresel yönetiminde etkin bir aktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern insan hakları düşüncesinin ‘koruma, saygı duyma ve yerine getirme’ ilkelerine hizmet eden ulusal insan hakları kurumlarının yerleşik konumu, yönetim ekosisteminin öngördüğü ‘kuşatıcı ve/ya içermeci’ politikaların hayata geçirilmesi noktasında önem arz etmektedir. Öyle ki bu türden kurumsal yapıların yönetim sistemindeki ‘aracılık’ rolü, kamu otoriteleri ile sivil toplum kuruluşları arasında etkileşim alanlarının açılmasını mümkün kılmaktadır.

SONUÇ

Yönetişim; hangi türden araçsallaştırım formu üzerinden varlık gösterirse göstereceği meşruiyetini hiyerarşi temelli bir otorite olarak kuran geleneksel yönetimsellik paradigmasını ikame çabasıdır. Yönetişim, kamu sektörüne karşı özel sektöre; siyasi otoriteye karşı sivil topluma ve ulus devlete karşı uluslararası toplum anlayışına doğru bir yöneliş olarak tarih sahnesinde yerini almaktadır. Yirmi birinci yüzyıl dünyası bu yöneliş doğrultusunda yeni yönetim dinamikleri; çok katmanlı yönetsel aktörler ve yönetim anlayışını temellendiren söylem düzenekleri ve mekanizmalarla karşımızda durmaktadır.

Yönetişim ilkesinde meşru güç ya da otorite, salt devlet erkinin kullanımından değil, sivil toplumun yatay kamusallaşan etkisinden de

¹⁰² Lacatus, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions,” 193.

¹⁰³ Lacatus ve Carraro, “National Human Rights Institutions: Independent Actors in Global Human Rights Governance?,” 1175.

kaynaklanmaktadır. Nitekim yerel, bölgesel ve uluslararası düzeyde 'yönetişimin heryerdeliği ve kuşatıcılığı', yönetme erkinin tek başına devlet aygıtlarına indirgenmesini imkânsızlaştırmaktadır. Tam da bu noktada devlet aktörleri, uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşları ve ulusal insan hakları kurumları yönetim düzeneğinde yerini almaktadır.

Küresel yönetim sistemi, global ölçekte ekonomik kalkınmaya, sosyal refaha, siyasal dinamiklere, uluslararası ilişkilere ve insan haklarına dair sorun alanlarına ilişkin çözümleyici ve çözüm üretici bir perspektif ve kurumsal pratik ortaya koymayı amaçlamaktadır. Ancak savaşlar, iç çatışmalar, iklim değişikliği, pandemiler, ayrımcılık ve toplumsal eşitsizlikler, küresel yönetim sisteminin üretmiş olduğu yapısal sorunları açığa çıkarmaktadır. Yönetişim ilkesinin egemen olduğu küresel dünya düzeninde, giderek karmaşıklaşan siyasi, ekonomik, ve kültürel ilişkiler ağı, dönüşen paradigmlar ve değişen güç dengelerinin çatışmacı gerilimlerine tanıklık edilmektedir.

Modern ulus devlet iktidarının yönetsel otoritesini aşındıran yönetsimsellik bir güç ya da görev dağıtımını işlevi görmektedir. Bu doğrultuda ulus devletleri niteleyen egemenlik hakları ve ulusal bağımsızlık gibi otorite unsurları aşınmakta ve hatta buharlaşmaktadır. Yönetişimsellik ilkesi, klasik yönetim paradigmasının kurucu unsurlarını yapı sökümüne uğratmaktadır. Bu çözülme neticesinde ortaya çıkan iktidar boşluğunu dolduran yönetsimselliğin çok parçalı ve çok özneli doğası, özellikle küresel adalet ilkesi temelinde belirsizlik, hesap verilmezlik ve sorumsuzluk alanları doğurmaktadır. Ulusötesi sermayedarların ve daha çok elitist küresel hegemonların çıkarlarına hizmet etmeyi temel misyon edinen yeni yönetim aktörlerinin kırılğan doğası, küresel adaletsizliğin giderek derinleşen bir krize dönüşmesine yol açmaktadır.

Bu yönetim ekosisteminde kendilerini küresel sistemin biricik söz sahipleri olarak gören kimi yönetim aktörleri, bütün gayrimeşru araçları meşrulaştırmak suretiyle uluslararası arenadaki konumlarını tahkim etmektedir. Bu global çaba, farklı açmazlar, paradokslar ve kimi zaman krizlere yol açmaktadır. Küresel insan hakları yönetişimine içkin ikircikli politikayla örüntülenen pragmatik tutum; dünya yurttaşlarının ulusal egemenlik, kendi kaderlerini tayin etme hakkı, güvenlik ve barış hakkı başta olmak üzere çok sayıda temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir.

Nitekim bugün Filistin topraklarında yaşanan soykırım, ikircikli politikayla biçimlenen küresel insan hakları yönetim sisteminin etkisizliğinin ve başarısızlığının bir göstergesidir. İnsanlığın ortak müktesabatını oluşturan değerler dizgesi ve güvence mekanizmaları karşısında İsrail'in sınır tanımazlığı, dünya ulusları nezdinde derinleşen bir inançsızlık ve umutsuzluk dalgası yaratmaktadır. Hegemonların mutlak otoritesini tahkim eden BM yapısı, paradoksal biçimde tüm insan hakları değerlerinin yadsınmasına yol açmaktadır.

Bir 'istisna devleti'¹⁰⁴ olarak İsrail, insan haklarının kurucu normlarını (*bildirge, sözleşme ve sözleşme organları*) ve temel insan hakları kanonunu yadsımak suretiyle meydan okumaktadır. Küresel yönetim sisteminin yapısal açmazları da 'global bir istisna halinin' yarattığı kaosun hüküm sürmesine imkan sağlamaktadır. Küresel insan hakları yönetim aktörleri, ne yazık ki hak ve özgürlük temelinde bir mukavemet gösterme iktidarından yoksundur. İstisna halinin yaratılmasına olanak tanıyan seçkin emperyal hegemoni karşısında BM organlarının yetersizliği açığa çıkmaktadır.

Sonuç olarak, global dünya düzeni yönetim aktörleri üzerinden ağ temelli politik bir sistem inşa etmektedir. Bu çok katmanlı küresel politik düzenin her bir kademesindeki yönetim aktörünün yetkinliği, insan hakları temelli koruma mekanizmalarının etkililiği açısından büyük önemi haizdir. Bunun yanı sıra hak temelli sistemsel güvencenin etkililiği noktasında belirlenecek olan strateji ve politikalar, tüm ulusları kuşatıcı ve içermeci biçimde tanzim edilmelidir. Küresel insan hakları yönetiminin temel misyonuna aykırılık teşkil eder biçimde varlık gösteren hegemon otoritenin imtiyazlı iradesi, dünya uluslarının hak ve özgürlük temelli taleplerinin yadsınmasına yol açmaktadır. Bu yapısal sorun, ulusların egemenlik hakları başta olmak üzere sosyal kalkınma ve sosyal refah haklarına riayet eden uluslararası bir barış düzeninin kurulmasının önünde engel teşkil etmektedir. Bütün bu yapısal sorunlarla birlikte ortaya çıkan değersel ve sistemsel krizler, insanlığın ortak hafızasında telafisi imkansız bir yıkıma ve travmaya yol açmaktadır. Tüm bu gerçekliği dikkate alarak küresel insan hakları yönetiminin, global adalet ve hakkaniyet fikri temelinde yeniden yapılandırılması gerektiği yönündeki reform çağrılarına kulak verilmelidir.

¹⁰⁴ Giorgio Agamben, *İstisna Hali*, çev. Kemal Atakay (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2020).

KAYNAKÇA

- “Responsibilities of NHRIs: Engaging with the International Human Rights System”, *GANHRI*, <https://ganhri.org/engaging-with-the-international-human-rights-system/>
- Abbott, Kenneth W. ve Snidal, Duncan. “Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit.” *Vanderbilt Law Review* 42, no. 2 (2009): 501-578.
- Agamben, Giorgio. *İstisna Hali*, Çeviren Kemal Atakay. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2020.
- Anadolu Ajansı, 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilin-306-gundur-saldirilarini-surdurdugu-gazdede-can-kaybi-39-bin-677ye-cikti/3297377>
- Barnett, Michael ve Duvall, Raymond. “Power in Global Governance.” içinde *Power in Global Governance*, Eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall, 1-32. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Barnett, Michael ve Finnemore, Martha. “The Power of Liberal International Organizations.” içinde *Power in Global Governance*, Eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall, 161-184. Cambridge: Cambridge University Press 2005.
- Betsill, Michele M. ve Corell, Elisabeth. “Introduction to NGO Diplomacy.” içinde *NGO Diplomacy: The Influence of Nongovernmental Organizations in International Environmental Negotiations*, Eds. Michele M. Betsill ve Elisabeth Corell, 1-18. Cambridge: The MIT Press, 2008.
- Bevir, Mark. *A Theory of Governance*. Berkeley: GAIA Books, 2013.
- Bexell, Magdalena, Jönsson, Kristina ve Uhlin, Anders. “The Comparative Study of (De)legitimation Processes in Global Governance.” içinde *Legitimation and Delegitimation in Global Governance: Practices, Justifications, and Audiences*, Eds. Magdalena Bexell, Kristina Jönsson ve Anders Uhlin, 3-24. UK: Oxford University Press, 2022.
- Cardenas, Sonia. “Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions.” *Global Governance* 9, no. 1 (2003): 23-42.
- Cardenas, Sonia. *Chains of Justice: The Global Rise of State Institutions for Human Rights*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2014.
- Cooper, Andrew F. ve Alexandroff, Alan S. “Introduction.” içinde *Rising States, Rising Institutions: Challenges for Global Governance*, Eds. Alan S. Alexandroff ve Andrew F. Cooper, 1-16. Washington DC: Brookings Institution Press, 2010.
- Czempiel, Ernst-Otto. “Governance and Democratization.” içinde *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Eds. James N.

- Rosenau ve Ernst-Otto Czempiel, 250-71. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- Dai, Xinyuan. "Orchestrating Monitoring: The Optimal Adaptation of International Organizations." içinde *International Organizations as Orchestrators*, Eds. Kenneth W. Abbott, Philipp Genschel, Duncan Snidal ve Bernhard Zangl, 139-165. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Fukuyama, Francis. "Governance: What Do We Know, and How Do We Know It?." *Annual Review of Political Science* 19 (2016): 89-105.
- G. Weiss, Thomas. "What Happened to the Idea of World Government?." içinde *Thinking about Global Governance: Why People and Ideas Matter*. Ed. Thomas G. Weiss, 66-86. London: Routledge, 2011.
- Greatrex, Helen P. "Robust Human Rights Governance: Developing International Criteria." *International Journal of Humanities and Social Sciences* 6, no. 5 (2012): 775.
- Grewal, David Singh. *Network Power: The Social Dynamics of Globalization*. New Haven, CT: Yale University Press, 2008.
- Haas, Ernst B. *When Knowledge is Power: Three Models of Change in International Organizations*. Berkeley: University of California Press, 1991.
- Hale, Thomas ve Held, David. "Editors' Introduction: Mapping Changes in Transnational Governance." içinde *Handbook of Transnational Governance: Institutions and Innovations*, Eds. Thomas Hale ve David Held, 1-36. Cambridge: Polity Press, 2011.
- Hay, Colin ve Marsh, David, eds. *Demystifying Globalization*. UK: Macmillan Press, 2000.
- Hewson, Martin ve Sinclair, Timothy J. "The Emergence of Global Governance Theory." içinde *Approaches to Global Governance Theory*, Eds. Martin Hewson ve Timothy J. Sinclair, 3-22. New York: State University of New York Press, 1999.
- Hofferberth, Matthias. "Mapping the Meanings of Global Governance: A Conceptual Reconstruction of a Floating Signifier." *Millennium: Journal of International Studies* 43, no. 2 (2015): 598-617.
- Howlett, Michael P. ve Ramesh, M. "The Two Orders of Governance Failure: Design Mismatches and Policy Capacity Issues in Modern Governance." *Policy and Society Associates* 33 (2014): 317-327.
- Hurd, Ian. "Legitimacy and Contestation in Global Governance: Revisiting the Folk Theory of International Institutions." *The Review of International Organizations* 14 (2019): 717-729.

- Hurrell, Andrew. "Power, Institutions, and the Production of Inequality." içinde *Power in Global Governance*, Eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall, 33-58. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Jang, Jinseop, McSparren, Jason ve Rashchupkina, Yuliya. "Global Governance: Present and Future." *Palgrave Communications* 2 (2016): 1-5.
- Jessop, Bob. "Governance, Governance Failure, and Meta-Governance." *Policies, Governance and Innovation for Rural Areas International Seminar*. 21-23 November 2003.
- Karns, Margaret P., Mingst, Karen A. ve Stiles, Kendall W. *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2016.
- Keck, Margaret E. ve Sikkink, Kathryn. *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. USA: Cornell University Press, 1998.
- Keping, Yu. "Governance and Good Governance: A New Framework for Political Analysis." *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences* 11, (2018): 1-8.
- Kılıç, Muharrem "İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları." *TIHEK Akademik Dergisi* 5, no. 8 (2022): 15-60.
- Kılıç, Muharrem. "İsrail'in Hukuk Tanımazlığı Karşısında Uluslararası Yargı Düzeninin ve BM Yapısının İşlevsizliği." *Kriter*, 2024, <https://kriterdergi.com/dis-politika/israilin-hukuk-tanimazligi-karsisinda-uluslararasi-yargi-duzeninin-ve-bm-yapisinin-islevsizligi>
- Kumar, C. Raj. "National Human Rights Institutions (NHRIs) and Economic, Social and Cultural Rights: Toward the Institutionalization and Developmentalization of Human Rights." *Human Rights Quarterly* 28, no. 3 (2006): 755-779.
- Kumar, C. Raj. "National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights." *American University International Law Review* 19, no. 2 (2003): 259-300.
- Lacatus, Corina ve Carraro, Valentina. "National Human Rights Institutions: Independent Actors in Global Human Rights Governance?." *International Affairs* 99, no. 3 (2023): 1167-1189.
- Lacatus, Corina. "Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions." *International Relations* 36, no. 2 (2022): 192-213.
- Laffey, Mark ve Weldes, Jutta. "Policing and Global Governance." içinde *Power in Global Governance*, Eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall, 59-79. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Lafont, Cristina. *Global Governance and Human Rights*. Assen: Van Gorcum, 2012.

- Lake, David A. "Rightful Rules: Authority, Order, and the Foundations of Global Governance." *International Studies Quarterly* 54, no. 3 (September 2010): 587–613.
- McGrogan, David. "The Population and the Individual: The Human Rights Audit as the Governmentalization of Global Human Rights Governance." *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 4 (2018): 1073-1100.
- McMichael, Philip. "Rethinking Globalization: The Agrarian Question Revisited." *Review of International Political Economy* 4 (1997): 630–662.
- Meena, B. L. "Good Governance and Human Rights: A South Asian Perspective." *International Journal of Creative Research Thoughts* 6, no. 1 (January 2018): 1020-1030.
- Meyer, William H. *Human Rights and Global Governance: Power Politics Meets International Justice*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2020.
- Mudacumura, Gedeon M. "Multiple Dimensions of Governance." içinde *Challenges to Democratic Governance in Developing Countries*, Eds. Gedeon Mudacumura ve Göktuğ Morçöl. Switzerland: Springer, 2014.
- Murphy, Craig N. "Global Governance: Poorly Done and Poorly Understood." *International Affairs* 76, no.4 (2002): 789-803.
- Nickel, James W. "Is Today's International Human Rights System: A Global Governance Regime?." *The Journal of Ethics* 6, no. 4 (2002): 353-371.
- Principles Relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles). *OHCHR*, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris>
- Pegram, Thomas. "Governing Relationships: The New Architecture in Global Human Rights Governance." *Millennium* 43, no. 2 (2015): 620-646.
- Pegram, Tom. "Global Human Rights Governance and Orchestration: National Human Rights Institutions As Intermediaries." *European Journal of International Relations* 21, no. 3 (2015): 595–620.
- Peterson, John ve Baç, Meltem Müftüler. "Global Governance: Promise, Patterns, Prospects." *Transworld*, 30 September 2014, <https://www.iai.it/en/pubblicazioni/global-governance-promise-patterns-prospects>.
- Plattner, Marc F. "Reflections on "Governance." *Journal of Democracy* 24 (October 2013): 17-28.
- Ramcharan, Bertrand G. "Human Rights Strategies of Governance." *Universal Rights Group*, 2020, <https://www.universal-rights.org/human-rights-strategies-of-governance/>
- Reif, Linda C. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*. Leiden: Springer 2004.

- Rennstich, Joachim K. "Multilevel Global Governance: Assumptions, Methods, Shortcomings and Future Directions." içinde *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Ed. William R. Thompson, UK: Oxford University Press, 2017.
- Rosenau, James N. "Governance, Order, and Change in World Politics." içinde *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Eds. James N. Rosenau ve Ernst-Otto Czempiel, 1-29. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- Schaffer, Johan Karlsson. "Legitimacy, Global Governance and Human Rights Institutions: Inverting the Puzzle." içinde *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Eds. Andreas Føllesdal, Johan Karlsson Schaffer ve Geir Ulfstein, 212-242. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Shaffer, Gregory. "Power, Governance, and the WTO: A Comparative Institutional Approach." içinde *Power in Global Governance*, Eds. Michael Barnett ve Raymond Duvall, 130-160. Cambridge: Cambridge University Press 2005.
- Shawki, Noha, "A New Actor in Human Rights Politics? Transgovernmental Networks of National Human Rights Institutions." içinde *Negotiating Sovereignty and Human Rights Actors and Issues in Contemporary Human Rights Politics*, Eds. Noha Shawki ve Michaelene Cox, 41-48. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Slaughter, Anne-Marie ve Hale, Thomas. "Transgovernmental Networks and Emerging Powers." içinde *Rising States, Rising Institutions: Challenges for Global Governance*, Eds. Alan S. Alexandroff ve Andrew F. Cooper, 48-62. Washington DC: Brookings Institution Press, 2010.
- Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.
- Smith, Paul. ed. *Millennial Dreams: Contemporary Culture and Capital in the North*. London: Verso, 1997.
- Sørensen, Eva ve Torfing, Jacop. "Theoretical Approaches to Metagovernance." içinde *Theories of Democratic Network Governance*, Eds. Eva Sørensen ve Jacop Torfing, 169-182. UK: Palgrave, 2007.
- Supiot, Alain. *Homo Juridicus: Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, Çeviren Bilge Açımız Ünal. Ankara: Dost Kitapevi, 2008.
- Wallerstein, Immanuel. *Liberalizmden Sonra*, Çeviren Erol Öz. İstanbul: Metis Kitap, 2020.
- Weiss, Thomas G. "Governance, Good Governance, and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges." içinde *Thinking About Global Governance: Why People and Ideas Matter*, Ed. Thomas G. Weiss, 168-189. London: Routledge, 2011.

Weiss, Thomas G. *Global Governance: Why?, What?, Whither?*. Cambridge: Polity Press, 2013.

Weiss, Thomas G. ve Wilkinson, Rorden. "Making Sense of Global Governance Futures." içinde *Global Governance Futures*, Eds. Thomas G. Weiss ve Rorden Wilkinson, 1-20. London: Routledge, 2022.

Weiss, Thomas G. ve Wilkinson, Rorden. *Rethinking Global Governance*. Cambridge: Polity Press, 2019.

Zürn, Michael. *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation*. UK: Oxford University Press, 2018.

DEVLET ALANINDA ZAMANI ANLAMLANDIRMA YETKİSİNİN HUKUKİ BOYUTU

*The Legal Dimension of the Power to Make Sense of Time in the
State Sphere*

Özgür AYDIN*

ÖZ

Bu makalede, devlet alanında zamanı yorumlama ve anlamlandırma yetkisinin hukuki sınırları üzerinde durulmaktadır. Zaman, insanlık tarihi boyunca bilimin her alanında anlaşılmaya çalışılan kavramlardan birisidir. Araştırma sürecinde zaman ve insan ilişkisi, gündelik hayatta zamanın insan yaşamındaki önemi sorgulanmaktadır. Sosyal gruplar içinde insanın zamana ilişkin yorum yapabilme ve anlamlandırma özgürlüğünü kısıtlayan iktidar öbekleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

Devlet alanı dikkate alındığında, insanın zamanı anlamlandırmasında etkisi görülen en kapsamlı ve üstün gücün siyasi iktidar olduğu görülmektedir. Siyasi iktidarların tarihsel süreçte zamanı yorumlama faaliyetleri ve bu faaliyetleri gerçekleştirirken amaçlarının ne olduğu irdelenmektedir. Siyasi iktidarların takvimleri belirleme faaliyetleri ile insanın ihtiyaçları arasındaki ilişkiye dikkat çekilmektedir. Siyasi iktidarların zamanı keyfiyetle yorumlama faaliyetlerini sınırlayan hukuk düzeni anlaşılmaya çalışılmaktadır. İnsan hakları, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleri bakımından zamanı anlamlandırmanın önemi tespit edilmektedir.

Makalenin Geliş Tarihi: 09.09.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.10.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: xozaydin@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9827-5015.

Ulaşılan veriler ekseninde, siyasi iktidarın zamanı yorumlama faaliyetlerinde uyması gereken modern hukuk düzenindeki ilkeleri ortaya konmaktadır. Teknolojik gelişmelerin sosyal hayattaki etkisi dikkate alınarak, zamanı yeniden yorumlamayı gerektirecek sebepler gösterilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Biyolojik Saat, Zaman, Siyasi İktidar, Devlet Alanı, Hukuk Devleti

ABSTRACT

This article focuses on the legal limits of the state's authority to interpret time. Time is one of the concepts that has been tried to be understood in every field of science throughout history. In the research, the relationship between time and human and the importance of time in human life in daily life are questioned. It is tried to identify the power groups within social groups that restrict the freedom of people to make sense of time.

In the field of the state, it is seen that the most superior power that has an impact on people's interpretation of time is political power. The purpose of political powers in interpreting time is analysed. Attention is drawn to the relationship between the interpretation of calendars by political powers and human needs. The importance of making sense of time in terms of human rights, separation of powers and rule of law principles is determined.

The principles in the modern legal order that the political power must comply with in its activities of interpreting time are revealed. Considering the impact of technology on social life, the reasons that require reinterpretation of time are shown.

Keywords: Biological Clock, Time, Political Power, State Space, Rule of Law

I. GİRİŞ

İnsan için yaşam, başlangıcı ve bitişi olan zamana ayarlı bir süreçtir. Dolayısıyla kendisinin farkına vardığı andan itibaren tüm planlamaları ve hesaplamaları, tükenmekte olan bir sürecin olabildiğince etkili şekilde kullanılması üzerine kuruludur. Bununla birlikte yaşamın etkili kullanılması üzerine yapılacak planlamalar, herkes için benzer şekilde olmayabilir. Bazı insanlar için yaşamın etkili şekilde sürdürülmesi kendisini ait hissettiği bir inancın vecibelerini eksiksiz olarak yerine getirebilmek olarak anlaşılabilirken, bazıları için bireysel varlığına keyif verebilecek tüm olanakların tüketilebilmesi olarak yorumlanabilir. Fizikçilerin zamana dair görelilik teorisi, insanın eldeki zamanı nasıl değerlendireceğine ilişkin keyfiyetinde de vardır. Bir nevi özgürlükler içinde imkânların dilediğince kullanılabilmesine yüklenen anlam, insanın tükenmekte olan zamanını etkili olarak kullanabilmesi ile doğrudan ilişkilidir.

İnsanın zamanını dilediği gibi kullanabilme planlamasına engel olan kendisinin dışında etkenler de vardır. Bu etkenler, insanın hem yapmak istediği hem de yapmak istemediği şeyleri planlamasını etkileyebilmektedir. Örneğin, insanın yapmak ya da yapmamak istediği şeyleri planlarken dikkate almak zorunda kaldığı koşullardan birisi doğa olaylarıdır. Seyahat etmek ya da bir yerde durmak veya durmamak konusunda dilediği gibi tasarrufta bulunmak isteyen insanın özgürlüğü doğa olaylarından yoğun olarak etkilenmektedir. İnsanın zamanı planlarken etkilendiği doğa olayları ile gök cisimlerinin hareketleri arasında doğrudan ilişki vardır. Gök cisimlerinin hareketleri ile doğa olayları meydana gelmekte ve insan bu olaylar üzerinden zamanı hesaplamaktadır. Yalnız başına doğada dolaşan insanın zamanı anlamlandırmak için kullanabileceği şeyler, gök cisimlerinin hareketleri ve yine bir gök cismi olmakla beraber insanın da üzerinde yaşadığı dünyanın gök cisimlerini nazara alarak sergilemiş olduğu hareketlerin ardı sıra gelişmesi sonucu vuku bulan vakalarla mümkün olabilmektedir. Gece, gündüz ve mevsimler bu çıkarsamaların sonucunda meydana gelen vakalardır. Karanlıkta uyumak, aydınlıkta ve biyolojik tehdit oluşturmayan iklimlerde yola çıkmak, meyvelerin ya da sebzelerin yeterince olgunlaşmasını bekleyerek beslenmek gibi planlamalar; gök cisimlerinin bazı hareketlerini tamamlaması üzerine yapılabilen hesaplanmaktadır. Hayatın akışını anlamak ve planlamalarını yapabilmek için insanın zaman ile ilişkisinin temelini doğa olayları oluşturmuştur.

İnsanın zaman anlamlandırmasını etkileyen gök cisimlerinin hareketlerinin dışında, hayat akışında planlamalar yapmasını etkileyen başka bir gerçek, doğada tek başına olmadığıdır. İnsanın kendisinin dışında insanların bulunması, onlarla birlikte planlama yaparken salt gök cisimlerinin hareketlerini keyfiyetle yorumlamasını engellemektedir. Bu gerçek, insana planlamalar yaparken diğer insanların planlamalarını dikkate almayı icbar eder. İnsanın diğer insanlarla birlikte planlamalar yapması, onlara karşı ileri sürebileceği hakları ve yerine getirmesi gereken yükümlükleri ortaya çıkarmaktadır.

Küçük ölçekte bir araya gelebilecek belirli sayıda insanın, birbirlerinin planlamalarını nazara alarak programlamalar yapması mümkünken, bir araya gelmesi nispeten mümkün olmayan büyük ölçekte insan kalabalıkları bakımından diğerlerinin planlarını dikkate alarak zamanı anlamlandırmak pek mümkün değildir. Bu noktada, bir ölçek olarak nüfusun ortaya çıkardığı devlet alanında yükümlülüklerin ne kadar sürede yerine getirilerek tamamlanabileceğini ya da hakların ne kadar süre içinde kullanılabilceğini tayin eden güç ya da güçler belirlemektedir. Başka bir deyişle, “ne zaman”, “ne kadar sürede”, “ne zamana kadar” gibi soruların cevabına ilişkin belirlemeler yapmak üzere kullandığımız ölçekleri tespit etmesi gereken güç ya da güçler ortaya çıkmaktadır.

Örgütlenmiş insan topluluğunun oluşturduğu devlet alanında planlamaları yapmak için uyulan ölçekleri belirleyen, özü itibari ile zamanı anlamlandıran ve toplumun otoritesine boyun eğilebileceği güç ya da güçlerin en üstünü egemenliği kullanan siyasi iktidardır. Siyasi iktidar; üzerlerinde otorite kurdukları toplumlarda insanların planlamalarını yapmak, haklarını kullanmak, yükümlülüklerini yerine getirmek üzere uymak durumunda oldukları ölçekleri, yani zamana anlam yüklemeyi sağlayan astronomik faaliyetlerden hangisine herkesçe uyulacağını tespit edebilecek güçlerin en kapsamlısıdır. Öte yandan hukuk düzeni, siyasi iktidarın keyfiyetle tasarrufta bulunmasına olanak vermemektedir. Bu makalede; yukarıdaki şüphelerden hareketle, devlet alanından insanın zamanla ilişkisi üzerine iktidarların tutumu, siyasi iktidarların zamanı yorumlama hevesleri, hukuk düzeni bakımından zamanı anlamlandırmanın önemi ve zamanı yorumlarken iktidarların sınırları araştırılacaktır.

II. DEVLET ALANINDA İNSAN VE ZAMANI ANLAMLANDIRMA İKTİDARI

Heidegger'in var oluşu açıklamak için uzun uzadıya üzerinde durduğu *Dasein* kavramından hareketle,¹ insan için varlığını açıklamaya yarayacak şey; içinde bulunduğu andan bakarak, ölüme yönelik zamanı yorumlamasıdır. Öte yandan; yukarıda da belirtildiği üzere, varlığını anlamaya çalışan insanın zamanı yorumlama özgürlüğü kendisine bırakılmamakta, kendisinin dışında birçok etkileyene maruz kalmaktadır.

Devlet alanına doğan insan; doğumundan önce belirlenmiş kurallarla karşılaşır, ölümünden sonra devam edecek kurallarla uğurlanmaktadır. Bu kurallar; hem insanın kendi yaşamını idame ettirebilmesi için korunan haklar hem de diğer insanların yaşamlarına zarar vermemesi için yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri içermektedir. Biricik insanın yaşamından hareketle tüm insanları ilgilendiren konulara sirayet eder hale gelen kurallar kümesi, düzenli bir ortamı oluşturmanın anahtarıdır. Bir başka deyişle, insanın yaşamının sürekliliğini sağlayan kurallar, toplumsal düzeni meydana getirmektedir. Yaşamın sürekliliği ile toplumsal düzen arasında köprü oluşturan kurallar, belirli başlıklar altında toplanarak açıklanmaya çalışılmış ve bir çalışmaya göre şu şekilde kümelendirilmiştir:²

- Yaşama şartlarını oluşturan beslenme, barınma, güvenlik gibi alanların kuralları.
- Aile içindeki fertlerin birbirine karşı sorumluluklarından doğan evlilik yükümlülüklerini ve haklarını, kardeşlik ilişkilerini ilgilendiren kurallar.
- Kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini belirleyen kurallar.
- Asker gücünü kullananların istekleri ve buyrukları olan kurallar.
- İnsanın evrendeki konumunu ve Tanrı ile ilişkisini belirleyen kurallar.

İnsanın içinde bulunduğu gruba göre uymakla yükümlü olduğu kurallara karar veren kümelerin sayısı daha özele indirgenerek arttırılabilir ya da daha genel kümelere dönüştürülerek azaltılabilir. Ancak büyüklü küçüklü birçok grubun resen doğuracağı iktidar öbekleri, o grup içinde sahip olduğu gücü nispetinde kuralları belirlemekte ve zamanın nasıl yorumlanması gerektiğine

¹ Martin Heidegger, *Varlık ve Zaman*, çev. Kaan H. Ökten (İstanbul: Agora Kitaplığı, 2011), 250.

² Ayhan Bıçak, *Devlet Felsefesi Öngörüler ve Eleştiriler* (İstanbul: Dergah Yayınları, 2016), 28.

dair yetkiyi elinde bulundurmaktadır. İnsan topluluklarından oluşan grupların içinde bazılarının sahip olduğu araçlar, statüler, yetenekler; onlara diğerlerini etkileme, yönlendirme ve kontrol altına alabilme olanağı sağlayabilmektedir. Zamanı yorumlama ve planlama yetkisi de dâhil her türlü kontrol ilişkisini elde tutmayı sağlayan nitelikler, her düşünür tarafından farklı şeylerle temellendirilmiştir. Örneğin J.J. Rousseau'ya göre kontrolü sağlayan iktidar yeteneği güce dayanmaktadır ve güç özünde maddesel bir şeydir.³ H.B. Acton ise iktidarı yetenekle açıklamaya çalışmış, gruplar içinde insanın iktidarını yeteneği ile doğru orantılı görmüştür.⁴ Her ne sebeple olursa olsun, farklılıklardan herhangi birine dayanarak diğerini yönlendirebilen ve davranışlarını kendi isteklerine göre etkileyebilen iktidarlar, zamanı yorumlama ve planlama yetkisini elinde tutmak istemektedir.⁵ Örneğin iş yerinde çalışma koşullarını ve sürelerini belirleme yetkisi, sahip olduğu ekonomik güç sebebiyle işverene; aile yemeğinde yemeğin yerine ve saatine karar verme yetkisi, ailenin en kıdemli otoritesine; bir arkadaş toplantısında buluşma saati ve toplantı akışı, arkadaşlar arasında en değer görene ait olabilir. Bu örnekler, içinde yaşanan toplumun değer yargılarına ve yaşam biçimlerine göre değişmektedir. Burada ortaya çıkan iktidar, başkalarını kontrol edebilme yeteneğine, etkileyebilme bilgisine ve becerisine dayanan sosyal iktidar türüne işaret etmektedir.⁶

İçinde bulunulan sosyal gruplara göre iktidarın yorumladığı zamana uymaya ilişkin en belirgin örneklerden birisi, inanç ekseninde yorumlanan zamandır. İnsanın var oluşuna ilişkin sorgulamasında en çok esas aldığı görülen zaman ölçeklerinden birisi, dini inancının buyurduğu ölçektir. Her inancın Tanrı ile olan iletişimi ile bağlantılı olarak sergilediği ritüeller, o dinin yorumu ile anlamlandırılan zamanlarda yapılabilmektedir. Dinlerin zamanı yorumlama konusunda temel aldığı toplumsal olaylar ve doğa olayları farklılık gösterebilmektedir. Örneğin; Yahudiler, 354 günlük ay ve güneşi aynı anda dikkate alan yıl hesaplamasını esas alırken, Müslümanlar ay takvimini esas almaktadır.⁷ Her inancın güne başlama tarihi, hangi ritüelin ne

³ J.J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006), 7.

⁴ Esad Çam, *Siyaset Bilimine Giriş* (İstanbul: Der Yayınları, 2005), 91.

⁵ Davut Dursun, *Siyaset Bilimi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), 91.

⁶ Bülent Daver, *Siyaset Bilimine Giriş* (Ankara: Doğan Yayınevi, 1969), 100.

⁷ Alexander Philip, *Takvimlerin Tarihi Antikiteden Günümüze Gelişimi*, çev. Ezgi Karaca (İstanbul: İndie Yayınevi, 2021), 25-26.

zaman gerçekleştirilmesi gerektiği gibi kuralları belirleyen iktidarları bulunmaktadır.

Dini inanç örneğinde görüldüğü gibi zamani ve akışı planlama yetkisi, içinde bulunulan sosyal grubun genel iktidarına göre değişen kurallar içermektedir. Öte yandan, insan yaşamsal ihtiyaçlarını sürdürebileceği birden fazla gruba aynı anda dâhil olabilir. Çünkü hiçbir grup tek başına bir kişinin bütün ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelikte değildir.⁸ İnsanın ihtiyaçlarının da zorlamasıyla dâhil olduğu farklı gruplar, kendi içinde meydana getirdiği iktidarlar tarafından yorumlanan kurallara uymak durumundadır. Aynı konuda farklı yorumlamalar yapan iktidarların tamamına uymak zorunda olan insan için bu durum sürdürülebilir olmaktan çıkar. İhtiyaçlar ekseninde örgütlenen devletsiz toplumda varoluşsal sürecin ortaya çıkardığı bu kurallar kümesi, tüm kuralları yorumlama yetkisini eline almak isteyen iktidarlara olanak sağlayacak devletleşme ile siyasal düzeni meydana getirmektedir.⁹ Siyasal düzen, birden fazla iktidarın belirlediği kurallarla işlerliğini sürdüremez. Belirlilik ve öngörülebilirliğin teminatı olan en güçlü iktidar etrafında toplanan insanlar, siyasal düzen içinde uyacağı kuralların siyasal iktidar tarafından belirlenmesine rıza göstermektedir. Bu doğrultuda kuralların meşruiyetini ve geçerliliğini sağlama yetkisini eline alan siyasal iktidar, bu yetkisini zamani anlamlandırma konusunda da kullanmak ister.

III. SİYASİ İKTİDARLARIN ZAMANI ANLAMLANDIRMA ARZUSU

Devlet alanından insana dair her şeyi yorumlama ve kuralları koyma arzusu, siyasal iktidara özgürdür. Küçük gruplar arasındaki yorum farklılıkları insan için bir belirlilik sağlayamamakta, birden fazla iktidarın arasındaki çekişme yerine siyasi iktidarın otoritesi meşru gelmektedir. Siyasal iktidar da özünde kontrol ve etki özelliklerini taşır ancak, toplumun tümü üzerinde geçerli olan kontrol ve etki gücü siyasi iktidardadır.¹⁰ Her toplum içinde bulundurduğu grupların yapısı ve insan sayısına göre değişiklik gösterse bile, devlet alanında ortaya çıkan global toplumlarda kuralları

⁸ Leslie Lipson, *Politika Biliminin Temel Sorunları Siyasal Bilime Giriş*, çev. Tuncer Karamustafaoğlu (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 58.

⁹ Ayhan Bıçak, *Devlet Felsefesi Öngörüler ve Eleştiriler*, 28.

¹⁰ Münici Kapani, *Politika Bilimine Giriş* (Ankara: Bilgi Yayınevi, 2013), 48.

yorumlama yetkisini elinde bulunduranların en üstünü siyasal iktidardır.¹¹ Siyasal düzen içinde ortaya çıkan kabile şefleri, site devleti yöneticileri, imparatorlar, feodal beyler, modern devletin hükümetleri; sendika, dernek gibi küçük gruptaki yöneticilerden ayrılarak toplumun tümü üzerinde kuralları yorumlama yetkisine sahip siyasi iktidarı oluştururlar.¹²

Siyasi iktidarlar toplumun kendi içindeki irili ufaklı, ayrı veya iç içe girişik üyeleri olan grupların üzerinde yer alan ve tepeden tabana doğru yetkiler, mertebeler, rütbeler dizisi taşıyan¹³ iktidarların en üstündeki güç olarak tanımlanabildiği gibi; devlet alanında kendi iktidarının üstünde bir güç olmaması ile de açıklanabilmektedir.¹⁴ İnsanların hayatlarını idame ettirmek için uymak durumunda olduğu gruplardaki sosyal iktidarlardan siyasi iktidarı ayıran özellikler şu şekilde sayılmıştır:¹⁵

- Siyasi iktidarlar kapsam bakımından diğer bütün iktidarlardan ayrılan ve tüm devlet alanını kapsayan iktidar olarak nitelendirilmektedir.
- Siyasi iktidarlar devlet alanındaki diğer iktidarların hepsinin üstünde yer alan ve son sözü söyleme yetkisini elinde bulunduran iktidar olarak nitelendirilmektedir. Siyasi iktidarların bu üstünlüğü, demokratik rejimlerde mutlak değil nispi bir üstünlük olarak kabul edilmektedir.
- Siyasi iktidar, kurallarına ve iradesine karşı gelinmesi durumunda maddi güç kullanma tekeline elinde bulunduran iktidar olarak nitelendirilmektedir.
- Siyasi iktidar, kuralları yorumlama ve maddi güç kullanma yetkisine rıza gösterilerek itaat edilen iktidar olarak nitelenmektedir. Bu haliyle, toplumların zamanı yorumlama yetkisini siyasi iktidarlar ellerinde tutmak isterler.

Devlet alanında toplumun tümünü kapsayan, diğer iktidarların tamamının üstünde yer alan, kendisinden daha üstün iktidar olmayan ve iradesine karşı gelindiğinde güç kullanma tekeline rıza gösterilen siyasi iktidar; insanın Tanrı ile ilişkisinde ve yaşamak için ihtiyaçlarını gidermesinde olduğu gibi, var oluşunu açıklamakta unsur olan zamanı anlamlandırma

¹¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009) 91.

¹² Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, 328.

¹³ Daver, *Siyaset Bilimine Giriş*, 99.

¹⁴ Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, 329.

¹⁵ Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 51 vd.

tekeline de eline almak ister. Bu isteklerini yerine getirirken, meşruiyetini sağlamak üzere üzerinde iktidarını iddia ettiği toplumun rızasını gözetmek durumundadır. Meşruiyetini oluşturan en önemli araçlarından birisi olan tanımlama ve geçerlilik sağlama yetkisi, insanın siyasi iktidara rıza göstermesinde etkili olmaktadır.

Siyasi iktidarın zamanı anlamlandırma konusundaki yetkileri, zaman üzerine hesaplamaların yapıldığını gösteren ilk verilere kadar götürülebilir. Bu konuda en eski veriler, zamanın krallarının egemenlik dönemlerini gösteren çivi yazılarında bulunmaktadır. Ön Asya'da bulunan 20,5 cm. çapında dört köşe bir blok üzerindeki yazılarda, dünyanın yaratılışı ile tufan arasında geçen dönem, siyasi iktidarı elinde bulunduran eski kralların adları ile nitelendirilmiştir. Bilim çevrelerinde "Eski Babil Kral Listesi WB 444" adıyla tanınan bu listeye göre yaşanan zaman şu şekilde açıklanmıştır:¹⁶

**Krallık gökten aşağı inince, Eridu'da krallık başladı. *Eridu'da Alulim kral oldu, 28800 yıl sürdü egemenliği, *Alagar 36000 yıl krallık yaptı. *Arkasından iki kral daha geldi, Bunlar da 64800 yıl egemen oldular. *Eridu yıkıldı, Krallık Bad-tibira'ya geçti. *Bad-tibira'da En-men-lu-anna 43200 yıl krallık yaptı. *En-men-gal-anna ise 28800 yıl. *Tanrı Dumzi' çoban kralın egemenliği de 36000 yıl sürdü. *Kral Surnu-Abi 15 yıl *Surnu-la-il 35 yıl *Onun oğlu Sabu 14 yıl *Onun oğlu Apil-Sin 18 yıl *Onun oğlu Sin-muballit 30 yıl *Onun oğlu Hamurabi *Onun oğlu Samsu-iluna*

Yaşanılan dönemleri gösteren takvimler uzun süre siyasi iktidarı elinde bulunduran kralın adıyla açıklanmıştır. Babil'de yeni başlayan her saltanat dönemi, yeni bir takvimin başlangıç yılını göstermektedir.¹⁷ Mısır'da ay ve güneş senesinin yanında bir de hükümdar senesi bulunmaktadır. Hükümdar senesi, her kralın tahta çıkışının ilk gününden itibaren hesaplanır, hükümdar seneleri resmi yıl olarak kabul görür ve metinlerde genellikle hem hükümdar senesi hem de güneş senesi aynı zamanda kayıtlıdır.¹⁸

Devlet alanında zamanı anlamlandırma ve yorumlama konusunda siyasi iktidarın meşruiyetini göstermek için diğer iktidarlar ile çekişmesine örnek

¹⁶ C. W. Ceram, *Tanrıların Vatanı Anadolu*, çev. Esat Nermi Erendor (İstanbul: Remzi Kitapevi, 2008), 93.

¹⁷ Belgin Tezcan Aksu, "Sekizinci Yüzyıldan Günümüze Takvimlerimiz," *Uluslararası Türk Lehçe Araştırmaları Dergisi* 2, no. 1, (Haziran 2018): 383.

¹⁸ Rahim Kızılgut, *Eskiçağ Uygarlıklarında Tarih Düşme Yöntemleri* (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2008), 43.

gösterilebilecek en önemli dönemlerden birisi de Ortaçağdır. Ortaçağ, ne zaman veya ne kadar sürede gibi soruların yanıtlanmasında yetkinin yaygın olarak dini otoritelerde olduğu bir dönemdir. Ancak, dini otorite aynı zamanda siyasi iktidarı da elinde bulundurmaktadır. Roma İmparatorluğu'nda yaygın olarak görülen siyasi iktidarı ele geçirmiş din adamları, dini ritüelleri ve bayramları da nazara alan takvimleri yorumlama yetkisini uzun süre ellerinde bulundurmışlardır. Roma'da MÖ 4. yüzyılın başlarına kadar dinsel görevlerle birlikte siyasi yönetimde belirgin ayrıcalık sahibi olan patricii sınıfı takvimi düzenleme yetkisini elinde bulundurmuş, toplumunun diğer unsuru olan plebs sınıfını bu yetkiden uzak tutmuştur.¹⁹ Roma'da takvimin Cumhuriyet öncesi, Cumhuriyet Dönemi ve Iulius (Caesar) sonrası olmak üzere üç ana gelişim evresi olduğu kabul edilmektedir.²⁰ Bu evrelerin genel seyri; din adamlarının hâkimiyetinde olan zamanı yorumlama (dogmatik değerlendirme) yetkisinden, sosyal hayata daha fazla etkisi olduğu gözlemlenen doğa olaylarına doğru (bilimsel değerlendirme) zamanı anlamlandırılmadaki ilerleyiştir. Roma'nın ilerleyen evrelerinde, ay döngüsünde takip edilen takvimin güneş döngüsü ile mukayese edildiğinde beklentileri karşılamadığı gözlemlenmiştir. Başlangıçta ay döngüsünün dikkate alındığı hesaplama yönteminde; insanların belirlilik aradığı hasat mevsimi gibi gerekliliklerinin tespit edilemediği gözlemlenmiş, bu eksiklik siyasi düzen içinde iktidarlarının meşruiyetini sağlamak isteyenlerin rıza unsurunu oluşturamamalarına sebebiyet vermiştir. Başta dini törenler olmak üzere çeşitli kültürel olgulara göre biçimlenen kamusal yıl (annus civilis) ile güneş yılı (annus vertens) arasındaki uyumsuzluğu giderme ihtiyacı, din adamları tarafından dikkate alınmamış ve artık ay ve yıl uygulaması yapılmamıştır.²¹ Siyasi manevralarla takvimi değiştirme yetkisini elinde bulunduran iktidar, bazen bu yetkisini toplumun hasat beklentisinden ziyade vergi toplama gereğiyle, bazen de bir yargıcın ya da kamu görevlisinin görev süresini kısaltmak veya uzatmak için kullanmış ve karışıklığa sebebiyet vermiştir.²² Bu eksikliklerin oluşturduğu karışıklık, dini grupların zamanı yorumlama yetkisinin bilimsel veriler etrafında dönüşümünü icbar etmiştir.

¹⁹ Ekin Öyken, "Fasti'nin Açtığı Pencereden Roma Takvimine Bakış," *İstanbul University Journal of Sociology* 3, no. 26, (Temmuz 2013): 193.

²⁰ Öyken, "Fasti'nin Açtığı Pencereden Roma Takvimine Bakış," 195.

²¹ Öyken, "Fasti'nin Açtığı Pencereden Roma Takvimine Bakış," 195.

²² Early Roman Calendar, (<https://www.webexhibits.org/calendars/calendar-roman.html>), E.T. 3 Eylül 2024.

Roma'nın ikinci kralı Numa Pompilius, dinsel reformlar kapsamında takvimi de yeniden düzenleyerek takvime ilişkin yorumda, siyasi iktidarının meşruiyetini gözetmiştir.²³ Aynı doğrultuda, toplumun beğenisini ve meşruiyetini gözeterek karışıklığı gidermek için hazırlanan takvimlerden birisi Jülyen Takvimi'dir. Jülyen Takvimi; Juilus Caesar'ın isteğiyle Roma toplumunun tropikal ihtiyaçlarını takip eden festivaller dikkate alınarak, M.Ö. 238 yılında yürürlüğe giren Yunan Gök bilimci Eudoxus tarafından tasarlanan Mısır Takvim reformu taklit edilerek hazırlanmıştır.²⁴ Juilus Caesar, Roma döneminde imparatorluğun kuruluşuna aracılık eden asker ve devlet adamıdır. Din adamlığı ile başladığı kariyer, onun takvimi yeniden yorumlamasında kolaylaştırıcı bir etki yaratmıştır. Jülyen Takvimi'nin 7. ayı, kurucu imparator Juilus Caesar'ın onuruna "Quintilis" iken "July" olarak değiştirilmiştir. Yine Juilus Caesar'ın evlatlığı ve kendisinden sonra imparatorluğu ele geçiren Augustus, 8. ayı "Sexlist" iken "August" yapmıştır. Benzer girişimler, Roma döneminde başka imparatorlar tarafından da gerçekleştirilmiş ancak etkili olmamıştır.²⁵ Roma döneminde, takvimler ile siyasi iktidarlar sürekli olarak ilgilenmiş ve güçlerini takvimler üzerinden göstermek istemişlerdir. Roma döneminde takvimlerin seyrini ve siyasi iktidarın zamanı anlamlandırma hevesini gösteren Ovidius'un şiirinin bir kısmı şu şekildedir:²⁶

*Şehrimizin kurucusu bölerken zamanı aylara,
on ay olsun dedi bir yılda.
Ey Romulus, malum, daha iyi bilirdin silahları yıldızlardan,
dize getirmektir komşuları asıl derdin.
Elbette bir hesabı vardı bunu yaparken,
İmparator [Germanicus], hatasının hoş görülmesini sağlayacak.
Anne karnından çıkması ne kadar sürüyorsa bebeğin,
o kadar sürmesi gerektiğini düşündü bir yılın.*

Siyasi iktidarın zamanı yorumlama yetkisi ile sosyal hayatın gereksinimleri arasındaki ilişki Türklerin kullanmış olduğu takvimler üzerinden de gözlemlenebilmektedir. Tarihte Türklerin kullanmış oldukları takvimler arasında en eski takvim güneş yılı esasına dayanan 12 Hayvanlı

²³ Öyken, "Fasti'nin Açtığı Pencereden Roma Takvimine Bakış," 196.

²⁴ Philip, *Takvimlerin Tarihi Antikiteden Günümüze Gelişimi*, 35.

²⁵ Philip, *Takvimlerin Tarihi Antikiteden Günümüze Gelişimi*, 37.

²⁶ Akt. Öyken, "Fasti'nin Açtığı Pencereden Roma Takvimine Bakış," 201.

Türk takvimidir.²⁷ Türkler on iki değişik hayvanın adını yıllara vermek suretiyle on iki yıllık bir takvim yaratmıştır ve çocuklarının yaşları, savaş tarihleri gibi daha birçok şeyi birbirini izleyen bu yıllar aracılığıyla hesaplamaktadırlar. Kaşgarlı Mahmud'un Divan-ı Lügati't-Türk eserinde, siyasi iktidar ve zamanı anlamlandırma ilişkisine de açıklık getiren geleneğin kökeni şu şekildedir:²⁸

Türk hakanlarından biri, kendi saltanatından önce gerçekleşmiş bir savaşla ilgili bilgi ister, ancak [vezirleri] savaşın yapıldığı tarih konusunda yanılırlar. Bunun üzerine tebaasına danışır. Kurultayda "biz bu tarihte nasıl yanıldysak, bizden sonra gelenler de yanılacaklar. Öyleyse biz şimdi ayların ve göğün on iki burcunun sayısına tekabül eden on iki yıllık bir döngü yaratalım ve her yıla birer ad koyalım; böylece [yıllar] hesaplama bundan böyle onların birbirlerini izleyişi takip edilerek yapılsın ve bu hepimiz için olumsuz bir anıt olsun" der. Tebaası "Siz nasıl isterseniz" der ve onu onaylar. Bunun üzerine hakan ava çıkar. Vahşi hayvanların ila vadisine, buradaki büyük nehre doğru sürülmesini emreder. Bu vahşi hayvanları avlar, nehre doğru sıkıştırır ve suya düşmelerini sağlarlar. Yalnızca on iki değişik hayvan nehri geçmeyi başarır ve her birinin adı bir yıla verilir. Bu hayvanlardan birincisi sıçgân: fare'dir. Nehri ilk geçen hayvan olduğu için adı ilk yıla verilir ve yıl döngüsünün başlangıcı olur. Sıçgân yılından başlayarak nehirden çıkış sırasıyla hayvan yılları sıralanır: üd yılı: Öküz yılı; bars yılı: Pars yılı; tawışgân yılı: Tavşan yılı; nâg yılı: Timsah yılı; yılan yılı: Yılan yılı; yond yılı: At yılı; qöy yılı: Koyun yılı; beçin yılı: Maymun yılı; ıaqâgu yılı: Tavuk yılı; it yılı: Köpek yılı; toriğuz yılı: Domuz yılı. Bu dizi tonguz'a vannca yine sıçgân'dan başlayarak hesaplama yapılır.

Türklerde siyasi iktidar tarafından belirlenen on iki hayvanlı takvimden sonra bilinen önemli takvimlerden birisi; Büyük Selçuklu Sultanı Celâleddin Melikşah'ın isteğiyle Nizamülmülk tarafından şair ve matematikçi olan Ömer Hayyam'ın başkanlığında birçok astronomi ve kozmografya bilgininden oluşan bir kurula hazırlanmış Celali Takvimi'dir. Güneş yılını esas alarak düzenlenmiş olan ve siyasi iktidarı elinde bulunduran Celaleddin Melikşah zamanında düzenlenmiş olduğu için "Celâli Takvimi" adını alan takvim, günümüzde kullanılan hesaplamalara en yakın zaman ölçeği olarak kabul

²⁷ Özen Tok, "Osmanlılarda Kıptî Takviminin İdarî Ve Malî Alanda Kullanımı," *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, no. 21 (Aralık 2006): 365.

²⁸ Kaşgarlı Mahmûd, *Divânı Lügati-t Türk* (İstanbul: Kalcı Yayinevi 2005), 172-173.

edilmektedir.²⁹Türklerin İslamiyet ile tanışmasından sonra uzun süre kullandığı takvim, ay yılını esas alan ve Hz. Muhammed'in Mekke'den Medine'ye göç günü olan 16 Temmuz 622'yi başlangıç kabul eden Hicri Takvim'dir. Bu takvime göre; bir yıl 354 veya 355 gündür ve güneş yılı ile arasında 10 gün 20 saatlik bir fark vardır.³⁰ Halen İslamiyet'in düzenlediği dini vecibeleri yerine getirmek üzere bayramların ve kandillerin hesaplanmasında Türkiye'de Hicri Takvim esas alınmaktadır. Osmanlı Devleti'nde güneş yılını esas alan ve resmî işlerde kullanılan Rumî takvim ile birlikte Hicri Takvim de kullanılmıştır. Türkler 1926'dan itibaren ticari işlerin, resmi işlerin ve gündelik programın işleyişinde birçok modern devlette uygulanmakta olan güneş yılına göre hazırlanmış Miladî Takvim'i kullanmaya başlamıştır.³¹

Siyasi iktidarların zamanı yorumlamaya olan ilgisi kadim zamanlardaki çivi yazılarında, Julius Caesar'ın Julian takviminde ve Papa Gregor XIII'ün Gregoryen takviminde olduğu gibi modern devletlerin hükümetlerinde de görülmektedir. Ancak modern devletlerin hükümetleri tarafından icra edilen zamanı yorumlama eylemi, artık günleri ve ayları işaret etmenin ötesine geçerek, bireylerin ve kurumların zamanı yönetme şeklini kökünden değiştirir hale gelmiştir.³² Gündelik hayatta mesai saatlerinin belirlenmesi, izin ve tatil günlerinin planlanması, vergi yükümlülüklerinin ifa zamanı, hak aramak üzere açılacak davaların süreleri, yaz saati, kış saati uygulamaları gibi birçok faaliyet; zamanı anlamlandırmanın farklı boyutlarını oluşturmaktadır. Zamanın etkisini tek bir havuzda toplayarak belirleyebilmek mümkün değildir. Zamana yüklenen anlam, bireyin hayatında karmaşık şekilde birçok hakkı etkileyebilmektedir. Her yıl bireyin önüne uyması gereken takvimde resmi tatilleri belirlenmiş olarak gelir. Bireyin kendisine bırakılmış gibi görünen zaman; resmi olarak tanımlanmış yıllara, aylara, haftalara hatta saatlere uyarak değerlendirilebilmektedir. Her birey, devlet alanında siyasi iktidarı ele geçirenlerin tayin ettiği yaz saatine göre ölçeklerini ayarlamak durumunda kalmaktadır.³³ Öte yandan modern devletlerin siyasi iktidarları,

²⁹ Aksu, "Sekizinci Yüzyıldan Günümüze Takvimlerimiz," 391-392.

³⁰ Aksu, "Sekizinci Yüzyıldan Günümüze Takvimlerimiz," 390.

³¹ Tok, "Osmanlılarda Kıptî Takviminin İdarî Ve Malî Alanda Kullanımı," 365-366.

³² Erkan Yeşilyayla, "Modern takvimin evrimi: Tarihçeden teknolojiye entegrasyonun hikayesi," (<https://www.hakimiyet.com/modern-takvimin-evrimi-tarihceden-teknolojiye-entegrasyonun-hikayesi/73915/>), E.T. 1 Eylül 2024.

³³ Pierre Bourdieu, *Devlet Üzerine Collège de France Dersleri*, çev. Aslı Sümer (İstanbul: İletişim Yayınları 2016), 23.

devlet alanındaki egemenliği Ortaçağdaki siyasi iktidarlara nazaran keyfiyetle kullanamamaktadır. Siyasi iktidarın klasik egemenlik teorisi ile kesiştirilen üstünlük ilkesi; hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, insan hakları ve uluslararası sözleşmeler gibi teorilerin varlığı ile sınırlı hale gelmiştir.³⁴ Elbette devletsiz toplumun kuralları üzerine örgütlenen siyasal toplumun oluşturduğu devlet modeli, ilk örgütlendiği andan itibaren toplumsal meşruiyeti sağlamakla yükümlüdür fakat bu yükümlülük günümüzün toplumlarında benimsenen hukuk düzenini karşılamamaktadır. Siyasi iktidarlar, üzerinde otoritelerini sürdürmek istedikleri toplumun ve hatta uluslararası ilişkilerdeki işleyişin hukuk ölçeğine uygun hareket etmek durumundadır. Zamana yeni anlamlar yüklemek isteyen siyasi iktidarlar, demokratik toplumun bireylerine sağladığı insan haklarını gözetmeli ve hukuk devletinin başta gelen ilkelerinden belirliliğe zarar vermemelidir.

IV. HUKUK DEVLETİNDE ZAMANI ANLAMLANDIRMA YETKİSİNİN SINIRLARI

Günümüzde insan açısından hayatı sürdürmek için zorunlu olan beslenme, barınma, güvenlik ve sosyal hayatta karşılaşılan aile içindeki fertlerin birbirleri ile olan ilişkiler, Tanrı ile olan ilişkiler, asker gücünü kullananların buyrukları hukuk düzeni açısından modern devlet öncesine nazaran farklı anlamlar taşır hale gelmiştir. Artık modern hukuk düzeninde insan hayatını sürdürmek için gerekli olan ihtiyaçlar yaşam hakkı, gıda hakkı, konut hakkı, mülkiyet hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği; sosyal ve siyasal hayatın gereksinimleri vatandaşlık hakkı, ifade ve düşünce özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, özel hayatın gizliliği gibi kavramlarla açıklanmaktadır. Öte yandan bu hak ve yükümlülükler, insanın zamana dilediği gibi yorumlayabileceği ve belirlediği zamana göre keyfiyetle hareket edebileceği serbestiyeti anlamına gelmemektedir. Hukuk düzeni, devlet alanına doğan birey için belirlenmiş kurallar ölçeğinde yerine getirmesi gereken sorumlulukları ve kullanılacak hakları barındırmaktadır. Modern hukuk düzeni; siyasi iktidarların üzerinde kuruldukları toplumlarda meşru şiddet tekeline insan hak ve yükümlülüklerini korumak, hukuk devleti ilkelerine bağlı kalmak sınırlarıyla yetkilendirildiği bir düzendir. Dolayısıyla, siyasi iktidarlar halen zamani yorumlama yetkisini kullanmak isteyebilirler fakat bu yetkiyi kullanırken sınırlarını gözetmek durumundadır. Bir nevi devlet

³⁴ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (İstanbul: XII Levha Yayınları 2014), 266 vd.

alanında siyasi iktidarların egemenlikten doğan üstünlüğü düşüncesi, yerini hukukun üstünlüğü ilkesine bırakmıştır. Hukukun üstünlüğüne bağlı devlet alanında, hiçbir iktidar herhangi bir durumu yorumlarken keyfiyetle hareket edemez.³⁵ Devlet alanında görülen tüm iktidarlar, hukuk devletinin ilkelerine bağlı kaldığı ölçüde meşru kabul edilmektedir.

Hukuk devleti,³⁶ devletin tüm organlarının ve yurttaşlarının hukuka bağlılığı prensibinden başlamak üzere çeşitli parametrelerle irdelenebilecek, hukuk biliminin birçok düşünürü tarafından değerlendirilmeye ve tartışmaya konu edilmiş bir kavramdır.³⁷ Ancak hukuk devletinin ne olduğu konusunda yürütülen bu tartışmaların hemen hemen tamamı tarafından ortak kanaate varılmış birtakım ilkeler, hukuk devletinin gerekliliğini ispatlamak ve hukuk devleti kabulünün geçerliliğini ölçmek adına öne çıkmaktadır. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti de Anayasa'nın 2. maddesinde kabul edildiği üzere bir hukuk devletidir.³⁸ Türk hukuk düzeninde, hukuk devletinin gerekliliğini

³⁵ Albert V. Dicey, "Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal Derlemesi," çev. Ali Rıza Çoban, İçinde *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük (Ankara: Adres Yayınları 2008), 26.

³⁶ Hukuk devleti Alman hukuk deyiimi olan "der Rechtsstaat" kelimesi ile hukuk literatürüne giriş yaptığı ifade edilir. İngilizce "rule of law" kelimesinin hukukun egemenliği ifadesine karşılık gelmesine rağmen hukuk devletini kastetmek için kullanıldığı, Fransızca état constitutionel kelimesinin anayasal devlet olarak kullanılmasına rağmen bazen hukuk devletini kastetmek için kullanıldığı ama son zamanlarda état droit kelimesinin doğrudan hukuk devleti ifadesi ile de hukuk literatüründe karşılık bulduğu belirtilebilir. Hukuk devleti kavramının ayrıntılı incelemesi hakkında bkz. Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Ahmet Mumcu (İstanbul: İnkılap Yayınları 2002), 208 vd.

³⁷ Hukuk devleti kavramı, doktrinde yürütülen hukuk çalışmalarının en çok kullandığı kavramlardan birisi olarak dikkati çekmektedir. Neredeyse her hukukçunun akademik hayatında en az bir kez kullanmak zorunda olduğu hukuk devleti kavramı hem nitelleyen hukuk kelimesi hem de nitelenen devlet kelimesinin soyut olmasından mütevellit derinlemesine analizlere gebedir. Ancak genellikle kısa tanım olarak kullanılan ve bu çalışmanın muhtevası itibari ile hukuk devleti kavramından kastedilen, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve yurttaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir. İlgili tanım için bkz. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım 2013), 59.

³⁸ Türkiye Cumhuriyeti, Anayasası'nın 2. maddesine göre; toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir. Anayasa mahkemesi bu maddeyi dayanak alan birçok kararında, hukuk devleti ilkesinin yorumuna yer vermiştir. Örneğin 14.05.2015 tarihli ve 2014/177 Esas, 2015/49 Karar sayılı hükmünde "Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk

gösteren ilkeler arasında üzerinde en çok durulanlardan birisi hukuki güvenlik ilkesi olarak kabul edilmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti kavramının yorumlanmasında diğer ilkelere nispeten kendi içinde doğurgan bir ilke olarak değerlendirilebilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, birçok kararında hukuki güvenlik ilkesini, Anayasa'nın ikinci maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesine ilişkin vermiş olduğu 02.11.2016 tarih ve 2015/61 Esas, 2016/172 Karar sayılı bir hükmünde şu şekilde açıklamalarda bulunmuştur:³⁹

“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukukî güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

Yine hukuki güvenlik ilkesine ilişkin daha kapsamlı değerlendirmede bulunduğu 07.04.2016 tarih ve 2015/94 Esas, 2016/27 Karar sayılı incelemesinde şu açıklamaya yer vermiştir:⁴⁰

“Hukuk devletinin unsurları, doktorinde de belirlenmiş olup, bunlardan iki tanesi “hukuki güvenlik” ve “belirlilik” ilkelere aittir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvelliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel ve hürriyetlerin kullanılmasında ve insan haklarının insan hayatına egemen kılması için

devleti yasaların adaletli, hakkaniyetli ve kamu yararına olmasını gerektirir.” açıklamasını yapmıştır. Bkz. AYM, E.2014/177, K.2017/49, 14.5.2019, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-49-nrm.pdf>), E.T. 7 Eylül 2014; Yine daha güncel olan 28.12.2016 tarihli ve 2016/130 Esas, 2016/197 Karar sayılı bir hükmünde “Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.” açıklamasına yer vermiştir. Bkz. AYM, E.2016/130, K.2016/197, 28.12.2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-197-nrm.pdf>), E.T. 7 Eylül 2024.

³⁹ AYM, E.2015/61, K.2016/172, 02/11/2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/172?EsasNo=2015%2F61%20&KararNo=2016%2F172>), E.T. 3 Eylül 2024.

⁴⁰ AYM, E.2015/94, K.2016/27, 07/04/2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/27?EsasNo=2015%2F94%20&KararNo=2016%2F27%20>), E.T. 3 Eylül 2024.

Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür. Doktrinde hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri de şu şekilde sıralanmıştır. 1- Devlet faaliyetleri, önceden öngörülebilir, tahmin edilebilir olmalıdır. 2- Devlet faaliyeti, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir. 3- Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrar sağlanmalıdır. 4- İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvence niteliğindeki kurullarla (bireylere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak) birey ile idare arasında denge sağlanmalıdır. 5- İdare, bireyin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır. 6- Yasal düzenlemelerde hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalıdır. 7- Devlet kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti yaratmalıdır.”

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, hukukun üstünlüğüne dayanan devlet alanında zamana yorumlarken hukuki güvenliği ve belirliliği ihlal etmemek esastır. Hukuki güvenliğin nasıl anlaşılması gerektiğine de açıklık getiren yukarıdaki mahkeme içtihadına göre zamana ilişkin yorumlama faaliyeti şu ilkelere uygun olmalıdır:

- Zamana ilişkin yorumlama faaliyeti, önceden düzenlenmiş hukuk kurallarına uygun olmalıdır.
- Zamana ilişkin yorumlama faaliyeti, toplumun tüm fertleri tarafından önceden öngörülebilir ve tahmin edilebilir olmalıdır.
- Zamana ilişkin yorumlama faaliyeti, mümkün olduğunca istikrara dayanmalıdır.
- Zamana ilişkin yorumlama faaliyetinde bireylerin katılımı sağlanmalı, idare ile birey arasında denge gözetilmelidir.
- Zamana ilişkin yorumlama faaliyetinde, bireyin haklı beklentileri karşılanmalıdır.
- Zamana ilişkin yorumlama faaliyetinde, devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalıdır.
- Zamana ilişkin yorumlama faaliyetinde, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü dikkate alınmalıdır.

Hukuk devletinde, zamana ilişkisin bir yorumlama yapılırken yukarıda sayılan temel ilkelere bağlı kalmak esastır. Bu ilkeler, modern hukuk devleti açısından kuvvetler ayrılığı ve insan haklarının korunması temelini üzerine kurulmuştur. İlkelerin ilki, zamana ilişkin yorumlamanın geçerli bir hukuk normuna dayanmasına işaret etmektedir. Bilindiği üzere, hukuk devletinde siyasi iktidarlar kanunilik şartına karşılık gelen hukuk normlarını istisnaları

olmakla birlikte tek başlarına düzenleyememektedir. Demokratik hukuk devletlerinde, temel haklara etkili düzenlemelerin kanun ile yapılması zorunludur. Zamanı yorumlamak ve yeni anlam yüklemek; yukarıda belirtildiği üzere salt takvimleri nitelendirmek dışında çalışma saatlerini düzenlemek, izin süresini düzenlemek, mesaiye başlama ve bitiş saatlerini düzenlemek, hak aramak için yargı yoluna başvuru sürelerini belirlemek gibi birçok insan hakkıyla doğrudan ilişkilidir. İnsan hakları ve zaman anlamlandırmanın ilişkisini gösteren örneklerden birisi şu araştırmadır: Gün ışığından yararlanma gerekçesi ile saatlerin yaz döneminde bir saat ileri alınması ve kış döneminde geri alınması işlemi üzerinde Amerika'da yapılan bir araştırma, seyahat planlamalarında yapılan değişikliklerle trafik kazalarının ve kazaya bağlı ölümlerin azaldığını ortaya koymuştur. İlgili araştırmaya göre; ışık seviyeleri aydınlıktan alacakaranlığa değiştiğinde kazalar artmakta ve alacakaranlık aydınlık hale geldiğinde kazalar azalmaktadır. Özellikle yayaları etkileyen bu değişimde, ölümcül kazaların oranında ciddi azalma gözlemlenmiştir.⁴¹ Örnekten anlaşılacağı üzere, zamanı tayin eden iktidarın keyfiyet yerine insanın yaşam hakkı gibi haklarını gözetmesi beklenir.

Hukuk devletinde siyasi iktidarın zamanı yorumlama ve anlamlandırma faaliyetine ilişkin bir örnek de Türkiye'de gerçekleşmiştir. Türkiye'de Enerji Bakanlığı yaz saati uygulamasının kaldırılmasına ve tüm yıl aynı saatin uygulanmasına ilişkin bir çalışma yapmıştır. İlgili çalışma; hukuk devletinde zamanı yorumlaya ilişkin faaliyetlerde beklenen toplumun tüm fertleri tarafından önceden öngörülebilir ve tahmin edilebilir olma, bireylerin katılımını sağlanma, idare ile birey arasında denge gözetme, devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılma ve bireyin haklı beklentilerini karşılama kriterlerini gözeterek hazırlanmıştır. Yaz saati uygulamasının kaldırılmasına dair öneride, bilimsel çalışmalar yapılmış toplumsal katılımın sağlanması için anket uygulanmıştır.⁴² Enerji Bakanlığı yaz saatinin

⁴¹ Susan A. Ferguson, David F. Preusser, Adnan K Lund, Paul L. Zador, Robert G. Ulmer, "Daylight Saving Time and Motor Vehicle Crashes: The Reduction in Pedestrian and Vehicle Occupant Fatalities," *American Journal of Public Health* 85, no. 1 (January 1995), 93.

⁴² İlgili anket için bkz. Enerji Bakanlığı WEB Arşiv, (<https://web.archive.org/web/20141013182544/http://www.enerji.gov.tr/index.php?id=7704&sf=anketler>), E.T. 4 Eylül 2024.

kaldırılması ve tüm yıl tek saatin uygulanması önerisindeki gerekçelerini şu şekilde açıklamıştır:⁴³

Dünyadaki ülkeler devamlı olarak bir arayış içerisindeyler. Birçok ülke kendisine uygun gördüğü meridyeni referans alarak değişiklikler yapmakla birlikte, yıl içerisinde yapmış olduğu yaz saati uygulamasının süresinde de düzenlemeler yapmaktadır. Yaz saati uygulamasından vazgeçerek saat sistemini sabitlemiş birçok ülke görülmektedir.

Dünya nüfusunun yaklaşık 4,5 milyarı (%77'si) yaz saati uygulaması yapmamakta olup yıl boyunca aynı saatte kalmaktadırlar. Bunun yanında ABD, Kanada, Avustralya ve Brezilya gibi yaz saati uygulayan ülkelerde ise bazı eyalet ve bölgelerinde yaz saati uygulaması yapılmamaktadır.

Yaz saati uygulayan ve uygulamayan ülkelerin aydınlanma grafiklerine bakıldığında bir birlerinden bariz şekilde farklı oldukları görülür. Ekvatora yakın olan ülkelerin güneşlenme süreleri yıl boyunca aynı olduğu; Kutuplara gidildikçe ülkelerin aydınlanma grafiklerinin elips şeklinde olduğu görülür.

Türkiye yaz saati uygulayan AB ülkeleri arasında ekvatora en yakın ülke konumundadır. Her ülke kendisine uygun olan meridyeni Referans Meridyen olarak alır. Dünya üzerindeki ülkelere bakıldığında, mümkün olduğunca ülkenin doğusundan geçen meridyenleri Referans Meridyen olarak almaktadırlar. (Örneğin; İspanya ve Fransa çok uzak oldukları halde 150 doğu boylamını referans almaktadır. Hatta yaz saati uygulaması yaparken İzmit'ten geçen 300 doğu boylamını kullanmaktadırlar.)

Ülkemiz, AB ülkeleri arasında saat farkı en fazla olan ülke durumundadır. Türkiye'nin doğusu ile batısı arasında 19 meridyen vardır ve 1 saat 16 dakikalık zaman farkı bulunmaktadır. Referans meridyenin batıda olması; özellikle doğu bölgemizde, kışın güneşin erken saatlerde (15:50'den itibaren) batmasına neden olmakta, güneş ışığından yeterince faydalanılamamasından dolayı sosyal, psikolojik ve ekonomik olarak olumsuz etkilenmelerle birlikte aydınlatma gereksiniminden dolayı da elektrik tüketiminde artışa sebep olmaktadır.

Ayrıca, uzmanlara göre yaz saati uygulaması, insanın vücut saatindeki ani değişikten dolayı; uykusuzluk, yorgunluk, esneme, konsantrasyon eksikliği, stres, karamsarlık ve adaptasyon gibi problemlere sebep olmaktadır.

⁴³ İlgili çalışma ve önerinin gerekçesi hakkında bkz. Enerji Bakanlığı WEB Arşiv, (https://web.archive.org/web/20141013182732/http://www.enerji.gov.tr/tr/anket_dokuman/Ileri_Saat_Uygulaması.pdf), E.T. 4 Eylül 2024.

Bu araştırmalar neticesinde Enerji Bakanlığı'nın talebi dikkate alınarak, 8 Eylül 2016'da Resmi Gazete'de yayımlanan bir Bakanlar Kurulu kararıyla Türkiye'de sürekli yaz saatine geçilmesine hükmedilmiştir. 2016-9154 sayılı Gün Işığında Daha Fazla Yararlanmak Amacıyla Bütün Yurtta Yaz Saati Uygulaması Hakkında Kararın 1. Maddesinde; "Gün ışığında daha fazla yararlanmak amacıyla; bütün yurttan 27 Mart 2016 Pazar günü saat 03:00'ten itibaren bir saat ileri alınmak suretiyle başlatılan yaz saati uygulamasını, her yıl, yıl boyu sürdürülmesi kararlaştırılmıştır." açıklaması yer almaktadır. Hükümet bu kararı, 697 sayılı Günün Yirmi Dört Saate Taksiminde Dair Kanununun 2. Maddesinde geçen; "Griniç'e göre otuzunca derecede bulunan boylam dairesi bütün Türkiye Cumhuriyeti saatleri için esas alınır. Ayrıca başlangıç ve bitiş tarihleri belirtilmek ve bir saati aşmamak şartıyla yaz saati uygulamaya Bakanlar Kurulu yetkilidir" hükmüne dayandırmıştır.⁴⁴ Ancak ilgili Bakanlar Kurulu kararı, Danıştay tarafından kanunilik ilkesinin yansımaları olarak Bakanlar Kurulu Kararı'nın kanunda verilen yetkiyi aştığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁴⁵ řu halde; hukuk devletinde siyasi iktidarlar, yaşam hakkı başta olmak üzere birçok temel hakka etkili olan zamanı yorumlamak ve anlamlandırmak için faaliyette bulunduğunda, kanunilik de dâhil olmak üzere tüm ilkeleri bir arada gözetmelidir.

Zamanı yorumlamaya ve anlamlandırmaya ilişkin faaliyetlerde hukuk devletinin aradığı bir diğer ilke, toplumun her ferdi tarafından öngörülebilir ve tahmin edilebilir nitelikte olmasıdır. Devlet alanında yetki sahibi olan tüm otoritelerin zamana dair yorumlamaları, toplumun makul karşılayabileceği ve hayatın olağan akışına uygun nitelikte olmalıdır. Öngörülebilirlik ve tahmin edilebilirlik ilkesi, hukuk düzeninde zamanaşımı anlayışının temellendirilmesinde kullanılan ilkelerdir. Bilindiği üzere, modern hukuk düzenlerinin neredeyse tamamında kabul edilen zamanaşımı uygulaması; bir hakkın veya yükümlülüğün pozitif düzenleme ile belirlenmiş süreler içinde kullanılabilmesi, aksi takdirde yerine getirilen yükümlülük veya hakkın devlet alanında icra edilebilir meşruiyetinin kalkacağı anlamını taşımaktadır. Örneğin; Türk hukuk düzeninde pozitif düzenlemelerin başında gelen 4721

⁴⁴ RG, 8.7.2016, S. 29825, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/09/20160908-2.pdf>), E.T. 4 Eylül 2024.

⁴⁵ Nihai karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2020/3139, K.2021/2081, 27.10.2021 (<https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=726635400&arananKelime=20/02/2020%20tarih%20ve%20E:2018/4936,%20K:2020/742%20say%C4%B1%C4%B1%20karar%C4%B1n%C4%B1n>), E.T. 4 Eylül 2024.

sayılı Türk Medeni Kanunu,⁴⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu,⁴⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴⁸, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu,⁴⁹ zamanaşımına ilişkin birçok madde içermektedir. Bu düzenlemelerde, hukuk devletinde toplumsal düzen için korunan haklar ve bu düzeni bozanlara uygulanacak yaptırımlar belirli bir zamana bağlanmıştır. İlgili düzenlemelere göre; belirlenen sürenin geçirilmesi hâlinde dava ve takip hakkı kaybedilmektedir. Kanunlarda

⁴⁶ Türk Medeni Kanunu'nda zaman aşımı başlığı ile düzenlenmiş bazı örnekler şu şekildedir: *Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.* (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 178); *Vasiyet alacaklısının dava hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinin veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olacaksa muaccel olma tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.* (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 602); *Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde miras bırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. İyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır.* (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 639); *Geçerli bir hukukî sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyi niyetle sürdürürse, onun bu yolla kazanmış olduğu mülkiyet hakkına iürüz edilemez.* (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 712); *Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.* (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 713); 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>), E.T. 3 Eylül 2024.

⁴⁷ Türk Borçlar Kanunu'nda zaman aşımına ilişkin bazı örnekler şu şekildedir: *Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez.* (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 78); *Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tâbidir.* (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 146); *Bu ayırımında belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.* 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf>), E.T. 3 Eylül 2024.

⁴⁸ Türk Ceza Kanunundaki zaman aşımına ilişkin düzenlemelerin bazıları şu maddelerde ele alınmıştır: 66. maddesi dava zamanaşımını, 67. maddesi dava zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesini, 68. maddesi ceza zamanaşımını düzenlemektedir. Bu maddelerde, devletin şiddet tekelinden kaynaklanan cezalandırma yetkisini belirli süreler içerisinde kullanması ve hukuki öngörülebilirliği sağlaması amaçlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>), E.T. 3 Eylül 2024.

⁴⁹ Vergi Usul Kanunu'na göre zamanaşımının mahiyeti, süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkmasıdır. Zamanaşımı, mükellefin bu hususta bir müracaatı olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade eder. (213 Sayılı Vergi Usul Kanunu m. 113); Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar. (213 Sayılı Vergi Usul Kanunu m. 114); 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf>), E.T. 3 Eylül 2024.

belirtilen süre içinde hakkını talep etmeyen alacaklı, dava açmak suretiyle alacağını elde etme imkânını yitirir. Anayasa Mahkemesine göre; zamanaşımı hukuki güvenliği sağlamak amacıyla öngörülen genel düzenlemelerden biridir.⁵⁰ Öte yandan zamanaşımı uygulaması, devletin haksızlığa uğrayan bireyin mağduriyetini giderememesine sebep olduğu eleştirilerine maruz kalmaktadır. Bu iddianın temelinde toplumsal hukuk düzeni ile bireysel menfaat arasındaki denge üzerinde durulmaktadır. Toplumsal hukuk düzeni ve hukuki güvenlik açısından zamanaşımı sürelerinin kısa tutulması, bireysel mağduriyetin giderilebilmesi bakımından zamanaşımı sürelerinin uzun tutulması ya da hiç olmaması gerektiği iddia edilmektedir.⁵¹ Birden fazla mevzuatta farklı sürelerle açıklanan zamanaşımına belirlilik kazandırılması beklentisi görülmektedir. Bu eleştiriler doğrultusunda modern hukuk düzeni bakımından zamanaşımına ilişkin süreler, teknolojinin gelişimi de dikkate alındığında sürekli yorumlanmaya ve anlamlandırmaya açık görünmektedir. Elbette yorumlamaların tüm hukuk devleti faaliyetlerinde gözetilen ilkeleri karşılayarak, mümkün olduğunca istikrara dayanması gerekmektedir.

Zamanı yorumlamaya ilişkin hukuk devletinde gözetilen bir diğer ilke beklentilerin karşılanmasıdır. Devlet alanında iktidarı ele geçirenlerin meşruiyeti ile de bağlantılı olan bu ilkeye göre, zamanı yorumlama faaliyeti toplumun ve bireyin beklentisine uygun olmalıdır. Bu ilke üzerinden değerlendirilebilecek en güzel örneklerden birisi, ceza hukuku bağlamında bir suça karşılık özgürlüğünden mahrum bırakılacak kişinin suçuna karşılık gelen zamanın yorumlanmasıdır. Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması gereken süreyi yorumlarken, suça karşılık gelen cezayı yapılandırmada zamanın az veya çok olup olmadığını belirlerken, toplumsal ve bireysel beklentiyi tatmin edici nitelikte olmak gerekir. Cezalandırıcı teoride, cezanın miktarı önemli bir konudur. Ceza, yanlış derecesine orantılı olarak verilmelidir. Orantı, zamanın ölçüsü konusunda yorum yapmayı gerektirir. Bu bağlamda kişinin devlet tarafından elinden alınan zaman, yanlışına orantılı olmalıdır. Bir kişi zamanı istediği gibi değerlendirme özgürlüğünden mahrum bırakıldığında, suçu ile orantılı yaptırım beklerken; toplum, ilgili kişinin

⁵⁰ AYM, E.2020/90, K.2023/88, 04/05/2023, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/88?KelimeAra%5B%5D=zaman%20a%C5%9F%C4%B1m%C4%B1>), E.T. 3 Eylül 2024.

⁵¹ Charles C. Callahan, "Statutes Of Limitation Background," *Ohio State Law Journal* 16, no.2, (1955), 139.

suçuna karşılık olarak tatmin edici şekilde cezalandırılmasını beklemektedir.⁵² Bu nedenle; cezalandırmada zamanın yorumlanması ve anlamlandırılması faaliyeti, toplumsal ve bireysel beklentileri karşılamalıdır.

Zamana ilişkin yorumlama faaliyetinde, gözetilen ilkelerden birisi de kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün dikkate alınmasıdır. Bu ilke; çalışma saatlerinin, eğitim ve öğretim sürelerinin belirlenmesi gibi birçok faaliyette önem arz etmektedir. Bilindiği üzere kişinin maddi ve manevi bütünlüğü modern devletlerin anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde korunmaktadır. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan haklarındandır. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı üzere yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemektedir.⁵³ Kişinin vücudu, ihtiyaçları cereyan ettiğinde alarm veren bir saat gibi zamanı ölçebilmektedir. İnsan vücudundaki hücreler, biyolojik ihtiyaçlarının belirli zaman dilimlerinde giderilmesi durumunda sağlıklı bir şekilde işlev görebilmektedir. Bu durum, insanın biyolojik saati olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴ Dolayısıyla; biyolojik saat, gündelik hayattaki mesai saati ve eğitim saati gibi programlardan etkilenebilmektedir. Bu illiyet dikkate alındığında, devlet alanında eğitim öğretim süreci, mesai saati gibi zamanı yorumlamayı gerektiren programlar yapılırken, insanın maddi ve manevi varlığının korunması ilkesine uygun hareket edilmesi beklenmektedir.

V. SONUÇ

Stephen Hawking, Zamanın Kısa Tarihi adlı eserine, Bertrand Russell'in halka açık olarak işlediği astronomi dersini anlatarak başlamaktadır. Anlatıya göre öğretici, derste dünyanın güneş etrafında döndüğünden ve güneşin galaksinin merkezindeki durumundan bahsederken; derse katılan yaşlı bir kadın, bu teoriyi saçma bularak aslında dünyanın dev bir kaplumbağanın sırtında olduğunu iddia etmektedir. Anlatıyı aktardıktan sonra Hawking, eldeki bilgiler doğrultusunda kadının iddiasından daha iyisinin iddia edilemeyeceğini belirterek; halen zamanın doğasının ne olduğunu

⁵² Nicola Carr, Gwen Robinson, *Time and Punishment New Contexts and Perspectives*, (Switzerland: Palgrave Macmillan, Switzerland 2022), 4.

⁵³ AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4.5.2017, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/98?Keli%20meAra%5B0%5D=madd%C3%AE%20ve%20manev%C3%AE&page=9>), E.T. 4 Eylül 2024.

⁵⁴ Till Roenneberg, *Internal Time*, (Cambridge: Harvard University Press 2012), 8.

açıklayamayacaklarını itiraf eder.⁵⁵ İnsanlık tarihi, zamanın ne olduğunu herkesi ikna edecek şekilde tanımlayacak bilgiden yoksundur.

Bu gibi açıklanamayan ve bilinmeyen şeyler üzerine yorum yapma yetkisi, genellikle insanların üzerinde güç sahibi olanlardır. İnsanlar bilemedikleri şeyleri, güçlü bir varlığa atfederek anlamaya çalışmaktadır. Bu hem insanlar için gücün doğasından kaynaklı olarak meşru hale gelmekte hem de bilinemezlik üzerine herkesin konuştuğu kargaşa ortamının düzene girmesini sağlamaktadır.

Önceleri zamanı yorumlama ve anlamlandırma yetkisi, devlet alanında toplumun en üstünü olarak kabul edilen siyasi iktidarın tekelinde başlamıştır. Ancak; siyasi iktidarın keyfiyetine bırakılmış zamanı yorumlama yetkisi, insanların olağan hayatındaki zamanı anlama ihtiyacını tek başına karşılayamaz olmuştur. Hatta ihtiyacı karşılamaktan ziyade, bilinemezliğin gücüyle beslenen siyasi iktidarlar, zamana ilişkin yorum yetkisi ile toplumun korku ve kaygısını artırır hale getirebilmişlerdir.

Kaos ve kargaşa ortamından düzenli bir hayata geçmek isteyen topluluk, kaosu yorulama tekelini eline almış siyasi iktidarı sınırlandırmak durumunda kalmıştır. Siyasi iktidarın sınırlarını belirleyen kuvvetler ayrılığı, insan hakları, hukuk devleti ve uluslararası sözleşmeler; zamanın yorumlanması ve anlamlandırılması faaliyetinde de kendisini göstermiştir. Devlet alanında egemenliğin verdiği yetkiyi kullanan tüm iktidarlar; fonksiyonel olarak konuşulduğu görevlerde zamana dair yorumlama yaparken, modern hukuk düzeninin ilkelerine uymakla yükümlü hale gelmiştir.

Özellikle teknolojik gelişmelerle haz ve hız çağı olarak görülen yeni yaşam sürecinde, zamanı yorumlamayı gerektirecek yeni gelişmelerin olacağı aşikârdır. Ulaşımın haberleşmeye, eğitimden çalışmaya kadar birçok alanda zamanın yeniden yorumlanması ihtiyacı; başta insan hak ve özgürlükleri olmak üzere, modern hukuk düzeninin temel ilkelerine zarar vermeden icra edilmelidir. İnsanın sosyal bir varlık olarak zamana ayarlı olduğunu gösteren veriler, zaman üzerine yapılacak yorumların insanın varlığı üzerine yapılan anlamlandırmalar olduğunu dikkate almayı ve insanın haklarını gözetmeyi gerektirmektedir.

⁵⁵ Stephen Hawking, *Zamanın Kısa Tarihi*, çev. Mehmet Ata Arslan (İstanbul: Alfa Yayınları 2021), 11.

KAYNAKÇA

- Aksu, Belgin Tezcan. "Sekizinci Yüzyıldan Günümüze Takvimlerimiz." *Uluslararası Türk Lehçe Araştırmaları Dergisi* 2, no. 1, (Haziran 2018): 382-413.
- AYM, E.2014/177, K.2017/49, 14.5.2019, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-49-nrm.pdf>), E.T. 7 Eylül 2014Anayasa Mahkemesi, 2016/130 E, 2016/197 K, 28.12.2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-197-nrm.pdf>), E.T. 7 Eylül 2024.
- AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4.5.2017, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/98?KelimeAra%5B0%5D=madd%C3%AE%20ve%20manev%C3%AE&page=9>), E.T. 4 Eylül 2024.
- AYM, E.2015/61, K.2016/172, 02/11/2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/172?EsasNo=2015%2F61%20&KararNo=2016%2F172>), E.T. 3 Eylül 2024.
- AYM, E.2015/94, K.2016/27, 07/04/2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/27?EsasNo=2015%2F94%20&KararNo=2016%2F27%20>), E.T. 3 Eylül 2024.
- AYM, E.2016/130, K.2016/197, 28.12.2016, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-197-nrm.pdf>), E.T. 7 Eylül 2024.
- AYM, E.2020/90, K.2023/88, 04/05/2023, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/N D/2023/88?KelimeAra%5B%5D=zaman%20a%C5%9F%C4%B1m%C4%B1>), E.T. 3 Eylül 2024.
- Bıçak, Ayhan. *Devlet Felsefesi Öngörüler ve Eleştiriler*, İstanbul: Dergah Yayınları, 2016.
- Bourdieu, Pierre. *Devlet Üzerine Collège de France Dersleri*. Çeviren Sümer, Aslı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2016.
- Carr, Nicola ve Robinson, Gwen. *Time and Punishment New Contexts and Perspectives*. Swizerland: Palgrave Macmillan, 2022.
- Ceram, C. W. *Tanrıların Vatanı Anadolu*, Çeviren Erendor, Esat Mermi. İstanbul: Remzi Kitapevi, 2008.
- Charles C. Callahan. "Statutes Of Limitation Background." *Ohio State Law Journal* 16, no. 2, (1955), 130-139.
- Çam, Esad. *Siyaset Bilimine Giriş*. İstanbul: Der Yayınları, 2005.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2020/3139, K.2021/2081, 27.10.2021 (<https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=726635400&arananKelime=20/02/2020%20tarih%20ve%20E:2018/4936,%20K:2020/742%20say%C4%B1%C4%B1%20karar%C4%B1n%C4%B1n>), E.T. 4 Eylül 2024.

- Daver, Bülent. *Siyaset Bilimine Giriş*, Ankara: Doğan Yayınevi 1969.
- Dacey, Albert V. “Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal Derlemesi.” Çeviren Ali Rıza Çoban, İçinde *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamaları*, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları, 2008.
- Doehring, Karl. *Genel Devlet Kuramı*. Çeviren MUMCU, Ahmet. İstanbul: İnkılap Yayınları, 2002.
- Dursun, Davut. *Siyaset Bilimi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.
- Early Roman Calendar, (<https://www.webexhibits.org/calendars/calendar-roman.html>), E.T. 3 Eylül 2024.
- Enerji Bakanlığı WEB Arşiv, (https://web.archive.org/web/20141013182732/http://www.enerji.gov.tr/tr/anket_dokuman/Ileri_Saat_Uygulamasi.pdf), E.T. 4 Eylül 2024.
- Enerji Bakanlığı WEB Arşiv, (<https://web.archive.org/web/20141013182544/http://www.enerji.gov.tr/index.php?id=7704&sf=anketler>), E.T. 4 Eylül 2024.
- Ferguson, Susan A., Presuser, David F., Lund, Adnan K., Zador, Paul L. ve Ulmer, Robert G. “Daylight Saving Time and Motor Vehicle Crashes: The Reduction in Pedestrian and Vehicle Occupant Fatalities.” *American Journal of Public Health* 85, no. 1, (January 1995): 92-95.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2013.
- Heidegger, Martin. *Varlık ve Zaman*. Çeviren Ökten, Kaan H. İstanbul: Agora Kitaplığı, 2011.
- Kapani, Münci. *Politika Bilimine Giriş*. Ankara: Bilgi Yayınevi, 2013.
- Kaşgarlı Mahmûd. *Divânî Ligâti-t Türk*, İstanbul: Kabalcı Yayınevi, 2005.
- Kızgut, Rahim. *Eskiçağ Uygarlıklarında Tarih Düşme Yöntemleri*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Lipson, Leslie. *Politika Biliminin Temel Sorunları Siyasal Bilime Giriş*. Çeviren Karamustafaoglu, Tuncer. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Öyken, Ekin. “Fasti’nin Açtığı Pencereden Roma Takvimine Bakış.” *İstanbul University Journal of Sociology* 3, no. 26, (Temmuz 2013), 191-212.
- Philip, Alexander. *Takvimlerin Tarihi Antikiteden Günümüze Gelişimi*. Çeviren Karaca, Ezgi. İstanbul: İndie Yayınevi, 2021.
- RG, 8.7.2016, S. 29825, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/09/20160908-2.pdf>), E.T. 4 Eylül 2024.

- Rousseau, J.J. *Toplum Sözleşmesi*, Çeviren Günyol, Vedat, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Tok, Özen. “Osmanlılarda Kıptî Takviminin İdarî Ve Malî Alanda Kullanımı.” *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 21, no. 2, (Aralık 2006): 365-379.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: XII Levha Yayınları 2014.
- Yeşilyayla, Erkan. “Modern takvimin evrimi: Tarihçeden teknolojiye entegrasyonun hikâyesi.” (<https://www.hakimiyet.com/modern-takvimin-evrimi-tarihceden-teknolojiye-entegrasyonun-hikayesi/73915/>), E.T. 1 Eylül 2024.
- 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf>), E.T. 3 Eylül 2024.
- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>), E.T. 3 Eylül 2024.
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>), E.T. 3 Eylül 2024.
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf>), E.T. 3 Eylül 2024.

SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDA HUKUKA AYKIRI SÜRGÜN VEYA NAKLETME FİİLLERİ ve RUSYA- UKRAYNA ÖRNEĞİ

*The Crime of Unlawful Deportation or Transfer within the Scope of
War Crimes and the Russia-Ukraine Example*

Önder TOZMAN*
Hamdi Kaan BAŞBUĞ*

ÖZ

Uluslararası ceza hukuku, savaş (silahlı çatışmalar) sırasında meydana gelebilecek olası yıkım veyahut mağduriyetleri önlemek adına savaş sırasında gerçekleştirilen eylemlere karşı bir dizi kurallar getirmiştir. Bu kurallardan birisi de savaş sırasında “hukuka aykırı sürgün veya nakletme” eyleminin kural olarak yasaklanmasıdır. Söz konusu eylem, Cenevre Sözleşmeleri kapsamında korunan bireylerin hukuksuz bir şekilde buldukları yerden zorla göç ettirilme hareketidir. Bu hareket, savaş hukukunun bir ihlali olarak savaş suçunun bir parçasıdır. Bu gibi eylemlerin cezalandırılması adına kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, Rusya-Ukrayna savaşı sırasında meydana gelen olayların akabinde Rusya Federasyonu yetkililerinden Devlet Başkanı Vladimir Putin ve Çocuk Hakları Başkanlık Komiseri Maria Lvova-Belova hakkında tutuklama kararı vermiştir. Bu kararın Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne taraf olmayan bir devletin görevlileri hakkında verilmesi, hukuka uygunluk nezdinde tartışma konusu yapılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, bazı yönlerden hukuki sakıncaları barındırmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin vermiş olduğu

Makalenin Geliş Tarihi: 12.09.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 17.11.2024.

- * Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; e-posta: onder.tozman@hacettepe.edu.tr, ORCID:0000-0001-6896-2196.
- * Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Öğrencisi; e-posta: kaanbasbug99@gmail.com, ORCID:0009-0004-7506-5957.

bu karar, gelecekte Uluslararası Ceza Mahkemesinin etkinliği yönünden de oldukça önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Hukuku, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Hukuka Aykırı Sürgün veya Nakletme, Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Yetkisi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Soruşturmasında Tutuklama Kararı

ABSTRACT

In order to prevent possible destruction or victimization that may occur during war (armed conflicts), international criminal law has introduced a series of rules against acts committed during war. One of these rules is the prohibition of “unlawful deportation or transfer” during wartime. The act is the unlawful displacement of individuals protected under the Geneva Conventions. As a violation of the law of war, this act is part of a war crime. The International Criminal Court, established to punish such acts, issued arrest warrants against Russian Federation officials, President Vladimir Putin, and Presidential Commissioner for the Rights of the Child Maria Lvova-Belova, following events that took place during the Russian-Ukrainian war. The applicability of the decision to officials of a state that is not a party to the Statute of the International Criminal Court has been discussed in terms of legality. This decision of the International Criminal Court has some legal drawbacks. This decision of the International Criminal Court is also crucial for its effectiveness in the future.

Keywords: International Criminal Law, International Criminal Court, Unlawful Deportation or Transfer, International Criminal Court Jurisdiction, Arrest Warrant in International Criminal Court Investigation

GİRİŞ

Savaşlar ve savaş esnasında meydana gelen yıkımlar, tarihsel süreçte pek çok acıyı beraberinde getirmiştir. Bu acıların yaşanmaması adına geliştirilen kurallar, zaman zaman ihlallerle uygulanamaz hale getirilmiş ve insancıl hukukun ağır ihlalleriyle uluslararası toplum karşı karşıya gelmiştir.

Bu gibi ağır ihlallerin tekrar yaşanmaması adına tarihsel süreçte pek çok mahkeme kurulmasına karşın, bu mahkemeler özel (ad hoc) nitelikte ve eylemlerden (işlenen suçlardan) sonra kurulduğu için etkin ve caydırıcı bir mekanizmanın sürekliliği sağlanamamıştır. Birleşmiş Milletler ve uluslararası toplum öğelerinin bu yöndeki uzun süren çabaları sonucunda 2000 yılında imzalanan Roma Statüsü (Statü)¹ ile genel ve sürekli nitelikte kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), “savaş suçu”, “soykırım”, “insanlığa karşı suçlar” ve “saldırı suçu” yönünden yargılama yetkisine sahip kılınmıştır.

Ancak Statü’yle UCM’ ye verilen bu yargılama yetkisi, sınırsız değildir. Uluslararası hukukun temel prensiplerinden olan devletlerin egemenliği ve sözleşmesel yükümlülükler, söz konusu Statü yönünden de geçerli olmakta ve kural olarak, Statü’ye taraf olmayan devletlere karşı bir yargılama yetkisinin kullanılmasını engellemektedir. Bununla birlikte UCM, bazı istisnai hallerde Statü’ye taraf olmayan devletler yönünden yargılama yetkisine sahip olabilmektedir.

Makale konusuna giren bu istisnai hallerden birisi de UCM’ nin, Statüye taraf olmayan Ukrayna’da meydana gelen olayların akabinde bazı Rusya Federasyonu devlet yetkilileri hakkında başlattığı soruşturmadır. Açılan soruşturma kapsamında UCM Savcısı Rusya Federasyonu devlet başkanı Vladimir Putin ve Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı Çocuk Hakları Komiseri Maria Alekseyevna Lvova-Belova hakkında Statü’deki sayılı suçlardan olan “savaş suçu” nun içerisinde düzenlenen “hukuka aykırı sürgün veya nakletme” eylemlerini işlediklerine dair iddialar nedeniyle 17 Mart 2023’te tutuklama emri çıkarmıştır.

Söz konusu işlem, o tarihte Statüye taraf olmayan bir devletin bireylerine karşı gerçekleştirilmesi nedeniyle uluslararası hukuk ve uluslararası ceza hukukunda tartışılmıştır. Bu kapsamda, bu makalede öncelikle savaş suçunu oluşturan hareketlerden olan “sürgün veya nakletme” ile ilgili temel kavramlar açıklanmaya ve bu eylemin uluslararası ceza hukukunda ve UCM Statüsü’

¹ Statü için bkz. “Rome Statute of the International Criminal Court,” son erişim tarihi: 01.06.2024, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

ndeki yeri ifade edilmeye çalışılacaktır. Sonrasında ise suçun unsurları ele alınarak tarihsel ve yargısal yaklaşımlar eşliğinde incelenecektir. Son bölümde ise Rusya- Ukrayna arasındaki savaşın tarihçesi hakkında kısa bilgi verildikten sonra makale konusu özelinde verilen tutuklama kararı ve tutuklama kararının uygulanabilirliği tartışılacaktır.

I. SÜRGÜN VEYA NAKLETME SUÇUYLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR VE BU SUÇUN ULUSLARARASI CEZA HUKUKU İÇİNDEKİ KONUMU

A. Zorunlu Göç, Hukuka Aykırı Sürgün veya Nakletme Kavramları

Kelime anlamı olarak göç, “ekonomik, toplumsal, siyasi sebeplerle bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine gitme işi; taşınma, hicret, muhaceret” olarak tanımlanır². Uluslararası Göç Örgütü (IOM) tanımında göç, “bir kişinin, bir grup insanın uluslararası bir sınırı geçerek veya bir devlet içinde yer değiştirmesi. Süresi, yapısı ve nedeni ne olursa olsun insanların yer değiştirdiği nüfus hareketleri” olarak tanımlanmıştır³. “Buna mültecilerin, yerinden edilmiş kişilerin, ekonomik göçmenlerin, aile birleşimi gibi farklı amaçlarla hareket eden kişilerin göçü de dâhildir.” denilerek kapsam genişletilmiştir⁴.

Zorunlu göç veya yerinden edilme ise bireylerin zulüm, insan hakları ihlalleri, baskı, çatışma, doğal ve insan kaynaklı felaketler gibi nedenlerle buldukları yerlerden başka yerlere bireysel ya da kitlesel olarak gösterdiği hareketlilikler olarak nitelendirilebilir⁵. Bu hareketlilik, savaş (veya silahlı çatışmaların varlığı halinde) ya da barış zamanlarında başka ülkelere yapılabileceği gibi aynı ülke sınırları içinde başka bir yere gönderilmek şeklinde de olabilir⁶.

² “Türk Dil Kurumu Sözlüğü,” son erişim tarihi: 01.06.2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

³ IOM (International Organization for Migration/Uluslararası Göç Örgütü), “Göç Terimleri Sözlüğü,” (ed. Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross) B.2, s.35. son erişim tarihi: 01.06.2024, http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf.

⁴ “Göç Terimleri Sözlüğü,” 36.

⁵ Susan F. Martin, “Forced Migration and Professionalism,” *The International Migration Review, Special Issue: UNHCR at 50: Past, Present and Future of Refugee Assistance*. 35.sayı (2001), 226.

⁶ Başka bir ifadeyle bu göçler, kişi veya kişilerin iradelerine dayalı olabileceği gibi yönetimlerin belirli saikler (bölgedeki etnik, dini nüfusu azaltmak vb. durumlar) altında zorla bireyleri sürmesi şeklinde de olabilir. Martin, “Forced Migration and Professionalism,” 227.

Söz konusu göç hareketleri uluslararası hukukta 1949 Cenevre Sözleşmeleriyle⁷ korunarak Sözleşme'ye taraf devletlerin yerel hukuklarındaki düzenlemelerle bu türden eylemlerin önüne geçmesine yönelik yükümlülük getirilmiştir⁸. Dolayısıyla zorunlu göç, uluslararası hukuka aykırı bir eylem olarak görülmekte ve hukuka aykırı sürgün veya nakletme, uluslararası hukukun ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim hukuka aykırı sürgün veya nakletme, UCM' nin de yargı yetkisine girerek, uluslararası hukuk nezdinde yasaklanan bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Roma Statüsünde bu türden eylemlerin suç olduğu (Madde 7/1(d) ve Madde 8/2 (a) vii) ifade edilmektedir. Ancak Cenevre Sözleşmelerine atıf yapan Statü, bu eylemlerin UCM' nin yargılama yetkisine dahil edilebilmesi için uluslararası ceza hukukunu ağır şekilde ihlal edecek nitelikte olmasını aramıştır⁹.

B. Genel Olarak Sürgün veya Nakletme Fiillerinin Uluslararası Ceza Hukukundaki Yeri

Roma Statüsü, sürgün ve nakil eylemlerine iki suçun içerisinde yer vermiştir. İnsanlığa karşı suçların ve savaş suçlarının içerisinde ifade edilen söz konusu eylemler, tarihsel süreçte belirli aşamalardan geçmiştir¹⁰.

⁷ 1949 Cenevre Sözleşmeleri 12 Ağustos 1949'da imzalanan, 21 Ekim 1950 tarihinde yürürlüğe giren dört Sözleşme, 1977 tarihli Ek Protokoller ve 2005 tarihli 3. Protokol ve bunları izleyen bir terminoloji rehberinden oluşmaktadır. Türkiye, Sözleşmeleri 10 Şubat 1954 tarihinde onaylamıştır. Cenevre Sözleşmeleri birbiriyle bağlantılı dört ayrı sözleşmeden oluşmaktadır: I sayılı Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Durumlarının İyileştirilmesi Sözleşmesi, II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının Islahı Sözleşmesi, III sayılı Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme, IV sayılı Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. Bkz. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), 130-131. Sözleşmelerin ve Ek Protokollerin Türkçe tercümesi için bkz. Melike Batur Yamaner/A. Emre Öktem/Bleda Kurtarcan/Mehmet C. Uzun: *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, tarihsiz).

⁸ Cenevre Sözleşmeleri ve ona Ek Protokoller savaş suçu kapsamındaki bu ihlallerin taraf devletler tarafından etkin olarak kovuşturulması ya da failin ilgili devlete iade edilmesi yükümlülüğü getirmektedir. Hatta evrensellik ilkesine göre de bizzat yargılama yetkisi de tanınmaktadır. Örneğin 2005 tarihli Uluslararası Örfi İnsancıl Hukuk Raporu m.157'ye göre devletlerin savaş suçları bakımından ulusal mahkemeleri nezdinde evrensel yargı yetkisi kullanma hakları vardır. Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 535.

⁹ Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 535.

¹⁰ İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçları kapsamında sürgün veya nakletme eylemlerinin yasaklanmasının kökeni, 1863 tarihli Lieber Kodu md. 23' de ifade edilen "bireyler artık... uzak yerlere taşınmayacaklar" hükmüne kadar uzanır. Dolayısıyla uluslararası insancıl

İnsanlığa karşı suçlar özelinde eylem, II. Dünya Savaşı sonrası kurulan Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü' nün¹¹ md. 6/c bendinde¹² ifade edilmiştir (“*deportation*”). Bu düzenlemeyi takip eden süreçlerde diğer bazı geçici uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde de yer almıştır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) Statüsü' nün¹³ 5. maddesinde¹⁴ insanlığa karşı suçların içinde “sürgün” eylemi de sayılmıştır. Benzer düzenleme Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Statüsü¹⁵ md. 3'te¹⁶ de bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu eylem, EYUCM' de ancak silahlı çatışmaların varlığı halinde değerlendirilebilecekken RUCM' de böyle bir şart aranmamıştır¹⁷. Roma Statüsü de RUCM Statüsü ile aynı şekilde hüküm koymuştur. Dolayısıyla Roma Statüsü barış zamanlarında da (silahlı çatışmanın bulunmadığı zamanlarda da) sürgün veya nakletme eyleminin insanlığa karşı suçu oluşturabileceğini kabul ederek daha kapsamlı bir yaklaşım getirmiştir.

teamül hukuku kapsamında kural, “uluslararası bir silahlı çatışmanın taraflarının, ilgili sivillerin güvenliğinin veya zorunlu askeri sebeplerin gerekli kalması hali dışında, işgal altındaki topraklardaki sivil nüfusu kısmen veya tamamen, sınır dışı veya nakil” edememesidir. Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules* (ICRC) (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 457.

- ¹¹ Statü için bkz. “Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1 Charter of the International Military Tribunal,” son erişim tarihi: 08.06.2024, <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>.
- ¹² Madde 6 (c) İnsanlığa karşı suçlar: “İşlendiği ülkenin ulusal yasalarına aykırı olsun ya da olmasın Mahkemenin yargı yetkisine giren herhangi bir suçun yerine getirilmesinde veya onunla bağlantı içinde savaştan önce veya savaş sırasında herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş olan kasten öldürme, kitlesel imha, köleleştirme, sürgün ve sivil halka yapılan diğer insanlık dışı fiiller ile siyasi, etnik ya da dini nedenlerle zulmetme”.
- ¹³ Statü için bkz. “International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Statute of the Tribunal,” son erişim tarihi: 08.06.2024, <https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal>.
- ¹⁴ Madde 5: “İster uluslararası nitelikte olsun isterse uluslararası nitelikte olmasın silahlı çatışmalar sırasında işlenen ve herhangi bir nüfusa karşı yöneltilmiş olan aşağıdaki fiiller insanlığa karşı suçlardır: ... (c) Sürgün”.
- ¹⁵ Statü için bkz. “United Nations | International Residual Mechanism for Criminal Tribunals,” son erişim tarihi: 08.06.2024, <https://unictr.irmct.org/en/documents>.
- ¹⁶ Madde 3: insanlığa karşı suçlar: “Ulusal, siyasi, etnik, ırksal veya dinsel temellere dayalı olarak herhangi sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik saldırının bir parçası olarak işlene aşağıdaki fiiller: ... (c) Sürgün”.
- ¹⁷ Canan Ateş Ekşi, *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), 95.

Roma Statüsünün 7. maddesinde insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir¹⁸. Maddenin 1. fıkrasının d bendinde suçun alt eylemlerinden “nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakledilmesi” sayılmış, 2. fıkrasının d bendinde ise bir tanımlama yapılarak eylemin “uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, belli bir yerde hukuka uygun olarak ikamet eden insanların sürülmesi ya da başka zorlayıcı fiillerle zorla yer değiştirilmeleri anlamında” geldiği ifade edilmiştir. Bu eylemlerin sistematik bir şekilde gerçekleştirilen bir saldırının parçası olması gerektiği de maddede belirtilmiştir.

İnsanlığa karşı suçların dışında savaş suçunda¹⁹ da “sürgün veya nakletme” bu suçun içinde yer alan fiillerden sayılmıştır. Nürnberg Statüsü md. 6/b hükmünde “işgal altındaki topraklardaki sivil nüfusa yönelik kötü muamele veya köle işçiliği veya başka herhangi bir amaçla sınır dışı edilme” eylemi savaş suçu olarak ifade edilmiştir. Eylemlerin türünün benzetmesine karşın farklı suç tipleri içerisinde yer almasının nedeni suçun nitelendirmesiyle ilgilidir. İnsanlığa karşı suçlar içerisinde ifade edilen fiilin, zaman bakımından daha geniş bir kapsamı ele aldığı söylemek mümkündür. Başka bir ifadeyle savaş suçunda silahlı çatışmanın mevcut olması gerekirken insanlığa karşı suçlar barış zamanı da meydana gelebilir²⁰. Ayrıca silahlı çatışma sırasında gerçekleştirilen sürgün veya nakletme eylemleri doğrudan

¹⁸ Md. 7/1'e göre: “Bu Statüye mahsus olarak insanlığa karşı suç, saldırının bilincinde olarak herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri anlamına gelmektedir: ... (c) nüfusun sürgünü veya zorla nakli”.

¹⁹ Savaş suçu, uluslararası silahlı çatışmaların yürütülmesini düzenleyen uluslararası yasaları ihlal eden davranışlardır. Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary* (St. Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2009), 1720. Uluslararası nitelikte olan ve uluslararası hukukun ihlallerini, yani uluslararası silahlı çatışmaları kapsayan geleneksel anlamda savaş suçu, *Tadic* kararından bu yana uluslararası nitelikte olmayan, iç (uluslararası nitelikte olmayan) silahlı çatışmaları (“internal armed conflicts”) da (koşulların varlığı halinde) içine almaktadır. Nitekim Statü md. 8 bunu gösterir niteliktedir. Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 437. Geniş anlamda savaş suçu barışa karşı, insanlığa karşı ve dar anlamda savaş suçu olmak üzere başlıca üç tür suç kavramıyla ele alınır. Dar anlamda savaş suçu, savaştan devlet görevlilerinin düşman devlete, işgal edilmiş ulusun veya ülkenin mal ve yurttaşlarına karşı giriştiği savaş hukukunun ağır ihlallerinin bütünüdür. Ezeli Azarkan, *Nuremberg' ten La Haye' ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2003), 52.

²⁰ John Trent ve Laura Schnurr, “Promoting and Protecting Human Rights,” *A United Nations Renaissance, What the UN is, and what it could be*, Verlag Barbara Budrich, 2018, 15.

bir ırkı yok etme amacının bulunmaması nedeniyle soykırım olarak görülemez ancak savaş suçunun içinde değerlendirilir²¹.

Gelişen hukuk anlayışı doğrultusunda savaş hukuku prensipleri, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar yönünden de uygulanabilmektedir²². Roma Statüsü md. 8’de düzenlenen savaş suçlarında uluslararası olan ve olmayan (ulusal) silahlı çatışma ayrımlarına gidilmiş, md. 8/2 (a) ve (b) bentlerinde uluslararası silahlı çatışmalardaki savaş suçları düzenlenmiştir. Konuyu genişletmemek adına burada uluslararası silahlı çatışmalarda söz konusu olabilecek savaş suçundaki düzenlemelerden bahsedilecektir.

Statü’nün 8. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde İnsancıl Hukuk üzerinden 1949 Cenevre Sözleşmelerine atıf yapılmış ve Sözleşmelerde belirlenen silahlı çatışma kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen ve ciddi ihlale neden olacak fiillerin savaş suçunu oluşturduğu, bu eylemlerden birisinin de “*hukuka aykırı sürgün, nakletme ya da hapsetme*” olduğu ifade edilmiştir. Yine (b) bendinde uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanacak hukuk kurallarına yönelik aykırılıklar ve teamül kurallarının ihlallerinin savaş suçu olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Bu kapsama giren eylemler arasında “*işgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının devlet sınırları içinde veya dışında sürülmesi veya nakli*” de sayılmıştır. Görüldüğü üzere bentler arasındaki farklılıklar konu başlıkları üzerinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla (a) bendinde savaş suçu için Cenevre Sözleşmelerine aykırılık halleri olarak

²¹ Trent ve Schnurr, “Promoting and Protecting Human Rights,” 15. Savaş suçları, doğası gereği soykırım suçundan daha az ciddi ve genellikle planlanmamış suçlar olarak nitelendirilir. Savaşın doğası sonucunda kaçınılmaz bir sonuç olarak görülebilen bu suçlar, teknik ve hukuki anlamda sınırlı ve karmaşık bir yapıda görülmektedir. Timuçin Köprülü, *Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 340.

²² İnsancıl hukuk kurallarının yalnızca uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda uygulanması, söz konusu kurallar ile varılmak istenilen faydaya ulaşılmasını engellemiştir. Dolayısıyla, 1949 Cenevre Sözleşmelerine kadar sahip olunan anlayış terk edilerek Sözleşmelerin ortak 3. maddesi ile uluslararası olmayan (ulusal nitelikteki) silahlı çatışmalar açısından da bazı asgari savaş hukuku kuralları uygulanabilir hale getirilmiş, Ek II Protokolde söz konusu kurallar daha da belirginleştirilmiştir. İnsancıl hukuk kurallarının ulusal silahlı çatışmalarda da uygulanması kabul edilerek insancıl hukuk kurallarının amaçlarına ulaşılması hedeflenmiştir. Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 588.

niteleme yapılırken (b) bendinde uluslararası teamül kurallarına aykırılık halinin savaş suçunun konusunu oluşturacağı belirtilmiştir.

C. UCM' den Önceki Mahkemelerin Statülerindeki Durum ve Yargılama Örnekleri

Geçici nitelikteki uluslararası ceza mahkemelerinin ceza yargılamalarında doğrudan bu suçun unsurlarına dair bir tanımlamada bulunulmadığı görülmektedir. Bununla birlikte eylem tanımında söz konusu mahkemelerin bazı kararlarda nitelendirmelerde bulunduğunu söylemek mümkündür.

İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi yargılamalarında bir hukuki nitelendirmede bulunulmamakla birlikte, bu mahkeme öncesinde Amerika Birleşik Devletleri (ABD)' nin aynı yerde yaptığı askeri yargılamalarda yargıçlar, savaş zamanında sivillerin belirli amaçlar doğrultusunda hukuka aykırı bir şekilde bir yerlere nakledilmesini genel kabul gören insanlık kurallarına aykırı olarak değerlendirmiş ve bu eylemleri savaş suçu olarak nitelemiştir²³.

EYUCM yargılamalarında amir veya onun astı konumunda olan faillerin, hukuken korunan mağdurları yasal olarak bulunmaya hakları olan yerlerden başka bir yere hukuka aykırı şekilde sınır dışı etme veya zorla yerleştirmeleri eylemlerinin savaş suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir²⁴.

II. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNA AYKIRI SÜRGÜN VEYA NAKLETME SUÇU

A. Genel Olarak

Roma Statüsünün md. 8/2-a (vii) hükmü yukarıda ifade edilmişti. Söz konusu düzenleme, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ve ciddi ihlallerini oluşturan eylemlerden birisi olan “hukuka aykırı sürgün, nakletme veya hapsedme” yi savaş suçu kapsamında saymıştır. Bu kısımda “hukuka aykırı sürgün veya nakletme” den bahsedilecek olunup konunun genişletilmemesi

²³ Can Akdoğan, *Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları*, (Yayımlanmamış Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009), 233-234.

²⁴ EYUCM yargılamalarında Cenevre Sözleşmelerine dayandırılarak atıflarda bulunulmuştur. Mahkeme, bu türden eylemleri insanlığa karşı suçlar içerisinde de değerlendirmektedir. Akdoğan, *Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları*, 231, 233.

adına aynı hükümde ifade edilen ve diğer seçimlik hareket olan “hukuka aykırı hapsedme” fiili açıklanmayacaktır.

Söz konusu fiiller savaş suçlarının içerisinde yer almaktadır. Fiiller her ne kadar bağımsız bir suç olmayıp, diğer birçok fiillerle birlikte savaş suçunu oluşturan fiiller olarak sayılsa da savaş suçunu oluşturması için tipe uygunluğun tespitini ortaya koymak açısından bağımsız bir suç gibi unsurlarının ortaya konulmasına gerek vardır. Bu bakımdan bu kısımda suçun unsurları üzerinde durularak savaş suçunun içinde yer alan bir fiil olarak hukuka aykırı sürgün veya nakletme suçunun unsurları açıklanacaktır.

Savaş suçuna ilişkin olarak EYUCM’ nin *Tadic Kararı*’ nin 94. paragrafında, uluslararası insancıl hukuka ilişkin antlaşma ya da teamül kurallarına aykırı ciddi ve bireysel sorumluluğu gerektiren bir ihlalin varlığının gerekliliği belirtilmiştir.²⁵ Dolayısıyla “hukuka aykırı sürgün veya nakletme” fiilinin de ciddi ve ağır ihlali meydana getirmesi gereklidir.

Roma Statüsünde savaş suçu, 8. maddede hüküm altına alınmıştır. Maddede sayılı fiillerden herhangi birini işleyen kimsenin savaş suçlusu olacağı ve UCM’ nin yargılamasına konu edilebileceği ifade edilmiştir. İlgili fiiller, “*bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların büyük çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi*” şeklinde ortaya çıkar ve savaş hukukunun geçerli olduğu (çatışmaların başlamasından tarafların barış anlaşması imzalamasına kadar) zamanı kapsar²⁶. UCM ise *Al Bashir* davasında suçun fiili çatışmanın mevcudiyeti sırasında işlenmesinin zorunlu unsur olmadığını ifade ederek zaman bakımından yetkiyi geniş tutmuştur²⁷.

Belirtildiği gibi, “hukuka aykırı sürgün veya nakletme” fiilleri, Statünün md. 8/2-a (vii) hükmüyle belirtilerek savaş suçunun içerisinde sayılmıştır. Bu hükümde 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin çok ciddi şekilde

²⁵ “Prosecutor V. Dusko Tadic a/k/a "Dule" Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction,” son erişim tarihi: 10.06.2024, <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

²⁶ Barış Antlaşması olmamakla birlikte askeri operasyonların da sona ermesi, eylemin değerlendirilecek süresi kapsamında değerlendirilebilir. Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 594.

²⁷ “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir,” son erişim tarihi: 10.06.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF. 71.paragrafa göre, silahlı çatışmanın bu davranışın nihai nedeni olarak görülmesine gerek yoktur ve davranışın savaşın ortasında gerçekleşmiş olması gerekmez. Bununla birlikte, silahlı çatışma, failin kararında veya eyleminde önemli bir rol oynamalıdır.

ihlal edilerek Sözleşme hükümleri uyarınca korunan kişi ve mallardan herhangi birine karşı işlenen fiillerin savaş suçu sayılacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle kısaca Cenevre Sözleşmeleri ile ortaya konan silahlı çatışma kuralları ve insancıl hukukun ağır ihlalinden bahsetmek gerekir.

Tarihsel süreçte savaşların meydana getirdiği yıkımlar savaş hukukuna dair düzenlemeleri de zorunlu kılmıştır. Bu nedenle savaşın bir tarafı olmayan veya silahlı bir unsur olarak görülmeyen bireylerin korunması adına uluslararası hukukta bazı adımlar atılmıştır. II. Dünya Savaşına kadar daha çok askeri personele ilişkin kurallar getiren devletler, daha sonra korunması gereken kişilerin kapsamını genişleterek silahlı çatışmalar esnasında uygulanacak hukuka dair hükümleri içeren Cenevre Sözleşmelerini oluşturmuş ve bu Sözleşmelerle uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri ortaya konulmuştur²⁸.

Cenevre Sözleşmelerinde hukuki aykırılıklar suç ifadesiyle değil ağır ihlal kavramıyla ifade edilmiştir. Bunun en önemli sebebi, savaş ve savaş suçunun kavramlarına yönelik olarak genel kabul gören bir tanımlamanın bulunmamasıdır²⁹. Roma Statüsü sayesinde nispeten savaş suçlarında daha belirgin bir çerçeve bulunsada savaşın tanımlanmasına yönelik sorunların halen devam ettiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle “ağır ihlal” ifadesini savaş suçuyla birlikte değerlendirmek uygun olacaktır.

Cenevre Sözleşmesinin (IV. Sözleşme) 49.maddesi, bu kapsamda önemli bir düzenleme olarak ifade edilmelidir. Söz konusu maddeye göre zorunlu göç kuralı olarak yasaklanmıştır. Bunun istisnası ise aynı maddede ifade edilen askeri zorunluluk veya sivillerin korunması halidir. Bu nedenle askeri zorunluluk veya sivillerin can güvenliğinin sağlanması halleri hariç olmak üzere, bireylerin silahlı çatışmalar sırasında zorunlu göç ettirilmesi insancıl

²⁸ Azarkan, *Nuremberg’ ten La Haye’ ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, 73.

²⁹ “Ağır ihlal” ifadesinin kullanılmasının bir nedeni de devletlerin yerel hukuklarında farklı anlama gelebilecek düzenlemeler yapması nedeniyle “suç” ifadesinin tercih edilmediğidir. Ancak bunun, istenilen sonucu her zaman vermediği ifade edilmektedir. Azarkan, *Nuremberg’ ten La Haye’ ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, 74. Öte yandan savaş hukukunun dinamik yapısı silahlı çatışmalardaki kurallar açısından değişkenlik arz edebileceğinden ve ceza normunu ikincil bir konuma getireceğinden savaş suçunun temeli, “insancıl hukukun ağır ihlali” olarak nitelendirilmelidir. Köprülü, *Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu*, 340.

hukukun ağır ihlali sayılabilir ve bunun sonucu olarak savaş suçunu oluşturabilir³⁰.

Cenevre Sözleşmesindeki bu madde, birey-kitle ayrımı yapmadan zorunlu göçleri konu alan, göçlerin nereye yapıldığı fark etmeksizin bütün sürgün veya nakil işlemlerini yasaklayan, aynı zamanda işgalci devletin kendi vatandaşlarını işgal bölgesine getirerek nüfus değişim hareketlerini engelleyen ve ancak zorunluluk halinde (askeri gereklilik veya sivillerin güvenliği) hareketliliğe izin veren bir düzenlemedir³¹. Bu nedenle savaş suçu içerisinde düşünüldüğünde, sadece askeri gereklilik veya sivil güvenliği halinde nakil işlemi hukuka uygun hale gelebilir.

Burada bir ihtimal, rızanın varlığı düşünülebilir. Rıza, ilgili devletin iddiaları veya etkilenenlerin varsayılan rızasına dayanılarak değil, açık bir şekilde gösterilerek bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından doğrulanmalı ve onaylanmalıdır³².

B. Suçla Korunan Hukuki Yarar

Fiiller savaş suçları içerisinde düzenlendiğinden korunan hukuki yararın ilk olarak uluslararası barış ve düzen olduğu söylenebilir. Buna ek olarak ilgili konu kapsamında, “sürgün ve nakletme” suçuna karşı korunmak istenen hukuksal yararın tespiti için Cenevre Sözleşmesi’ nin 147. maddesine de değinmek gerekmektedir. Söz konusu 147. maddede kanuna aykırı sürgün veya nakil fiillerinin insancıl hukukun ağır ihlali olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı sürgün veya nakil fiillerine karşı korunan hukuki yarar en geniş anlamda sivillerin yaşam haklarıdır³³.

³⁰ Cenevre Sözleşmesi uyarınca askeri zorunluluğun mevcut olduğu hallerde çok uzak olmayan mesafelere naklin yapılması ve mümkün olduğu kadar az sivilin yerinden edilmesi gerekmektedir. Bu durumlarda gerekli barınma, beslenme ve sağlık desteği sağlanmış ve gerekli güvenlik önlemleri alınmış olmalıdır. Cengiz Başak, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 191. Dolayısıyla bu kapsamın dışındaki eylemler, savaş suçunun içerisinde değerlendirilebilecektir.

³¹ Jean Marie Henckaerts, “Deportation and Transfer of Civilians in Time of War,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26. Sayı, (Ekim 1993): 471-473.

³² Varsayılan rızanın geçersizliği, Cenevre Sözleşmeleri’ nde korunan kimselerin Sözleşme kapsamındaki haklardan feragatinin geçerli olmamasına dair hükümlere dayanmaktadır. Bu kapsamda örneğin, bir azınlık grubunun meşru yerleştirilme talepleri, tarafsız bir merci tarafından doğrulanmalı ve onaylanmalıdır. Dieter Fleck, ed., *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 282.

³³ Özetle bu suçun hukuki konusu, “sivillerin maddi ve manevi varlıkları ve yaşam haklarıdır.” Cansu Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı*

C. Suçun Faili

Suçun failinin belirlenmesi savaş suçu üzerinden yapılabilmektedir. Eylem özelinde fail için özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçun faili herkes olabilmekte ve faillik için özel bir şart aranmamaktadır. Nitekim Roma Statüsünden de anlaşıldığı üzere, failin “savaşan” sıfatına sahip olmasına veya bir devletle organik bağı olmasına gerek yoktur³⁴. Özetle suçun faili herkes olabilir.

D. Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru, 1949 IV. Cenevre Sözleşmesi kapsamında belirtilen sivillerdir. Başka bir ifadeyle mağdur olarak nitelenen siviller, silahlı çatışmalara katılmayan kimselerdir. Esasında sivillerin tanımı genişletilebilir olsa da söz konusu eylemin mağdurları, savaşa (silahlı çatışmalara) katılmayan siviller olarak düşünülmelidir.

E. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu 1949 Cenevre Sözleşmesi kapsamında korunan ve hukuka aykırı olarak sürgün veya nakledilen sivillerdir. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen sürgün veya nakletme suçları, aynı ülke sınırları içerisinde olabileceği gibi başka bir ülkeye de zorunlu göndermek şeklinde olabilir³⁵.

UCM Statüsü Suçun Unsurları Belgesi (*Elements of Crimes*)’nde fiillere ilişkin olarak açıklamalar bulunmaktadır. Buna göre, uluslararası silahlı çatışma (veya uluslararası nitelikte kabul edilebilecek nitelikteki bir çatışma) sırasında başka bir ülkeye veya aynı ülke içinde başka bir yere nakledilen ya da sınır dışı edilen ve 1949 Cenevre Sözleşmesinde korunan sivillerden birisi veya birden fazlası suçun konusunu oluşturmaktadır³⁶.

F. Suçun Unsurları

Roma Statüsünde suçun unsurlarının ne olduğu konusunda manevi unsur bakımından md. 30’da düzenleme yapılmakla birlikte maddi unsur ifade

Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 95.

³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 593.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 598.

³⁶ International Criminal Court, “Elements of Crimes,” son erişim tarihi: 10.06.2024, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>, 17.

edilmemiştir. Bunun sonucunda ortaya çıkan boşluğa karşın UCM Hazırlık Komisyonu tarafından Suçun Unsurları Belgesi'nde Statüde tanımlanan suçlara ilişkin açıklamalar içerisinde suçlara yönelik maddi ve manevi unsurlar ifade edilmiştir. Nitekim uluslararası ceza hukuku öğretisinde de suçun unsurları maddi ve manevi unsur olmak üzere iki başlığa ayrılmış, maddi unsurların içinde fiil, netice ve suçun tanımında yer alan şartlar ifade edilmiştir³⁷.

1. Maddi Unsur: Fiil

Söz konusu belgeye göre savaş suçlarında maddi unsur için ulusal veya uluslararası silahlı çatışmanın ve gerçekleştirilen fiillerin silahlı çatışma sırasında olmasının gerekliliği ifade edilmiştir. Savaş suçuna ilişkin bu genel unsur tanımlamasından sonra özel olarak hukuka aykırı sürgün ve nakletme suçu bakımından Suçun Unsurları Belgesi maddi unsuru, bir veya birden fazla kişiyi başka bir bölgeye veya ülkeye sürgün ya da nakletme işlemi olarak tanımlamaktadır³⁸. Sürgün veya nakledilen kişiler, 1949 Cenevre Sözleşmeleri kapsamında korunan kişilerden olup uluslararası silahlı bir çatışma sırasında veya bununla bağlantılı olarak gerçekleşen bir zaman diliminde ilgili eyleme maruz kalmış olmalıdır³⁹.

Roma Statüsü md. 8/2-a (vii)' da yasaklanan hukuka aykırı sürgün veya nakletme fiilleri, gerek Statü' de gerekse atfı yapılan IV. Cenevre Sözleşmesi md. 147' de açıkça tanımlanmamıştır. Sürgün kelimesi, Statü' de "deportation" olarak ifade edilerek sınır dışı anlamında, nakletme ifadesi ise "transfer" sözcüğü ile ifade edilmiştir. Öyleyse madde kapsamındaki sürgün fiilini, bir ülkede yaşayan kimselerin yaşadıkları ülke dışındaki bir başka yere zorla göç ettirilmesi; nakletme ifadesini ise, aynı coğrafi sınırlar içerisinde farklı bölgelere gerçekleştirilen göç hareketleri olarak tanımlamak mümkündür⁴⁰. Nitekim EYUCM yargılamalarında *Gotovina Kararı*' nda sürgün ve nakletme arasındaki farka değinilerek kişilerin yasal olarak yaşadıkları devletin fiili veya hukuki sınırlarının dışına gönderilmesi eylemi

³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 454.

³⁸ Hukuka aykırı ve sürgün kavramları için bkz. Yukarıda: Zorunlu Göç, Hukuka Aykırı Sürgün veya Nakletme Kavramları.

³⁹ Bkz. Statü: "Elements of Crimes," 23.

⁴⁰ Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 115.

sürgün; fiili veya hukuki sınırlar içerisinde zorla gerçekleştiren göç hareketleri de nakletme olarak tanımlanmıştır⁴¹.

2. Manevi Unsur

Savaş suçunun kasten işlenmesi gerekmektedir. Soykırım suçundan farklı olarak savaş suçunda failin özel kastının bulunması gerekli değildir; önemli olan failin silahlı bir çatışma sırasında suç oluşturan fiilleri bilmesi ve istemesidir⁴².

Roma Statüsünün 30. maddesinde manevi unsur⁴³ düzenlenerek suçun maddi unsurlarının bilerek ve istenerek⁴⁴ işlenmesi halinde cezai sorumluluğun bulunacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda failin hareket içinde olmayı amaçlaması ve neticeye sebep olmak istemesi ya da neticenin, hareketinin doğal sonucu olduğunun farkında olması hallerinde failin kasten hareket ettiği kabul edilmiştir. “*Bilme*” kavramı üzerine de bir tanımda bulunan Statü, “*bilmek*” ve “*bilerek*” kavramlarını bilgi ifadesi içinde yorumlayarak “*bir durumun mevcut olduğunun veya hareketin olağan sonucu olarak bir sonuç doğuracağının farkında olunması*” anlamına geldiğini belirtmiştir⁴⁵.

Özetle hukuka aykırı sürgün veya nakletme fiilleri özel bir saik aramayan ve taksirle işlenmesi mümkün olmayan, sadece kasten işlenebilen bir fiillerdir⁴⁶. Bununla birlikte öğretide Statü’nün 28. maddesinde⁴⁷ yer verilen

⁴¹ Esasında söz konusu Karar’ daki tanımdan önce başkaca kararlarda da hukuka aykırı sürgün veya nakletme eylemlerine ilişkin tanımlamalar bulunmaktaydı. Ancak kavramların tam anlamıyla açıklanarak diğer kararlara da atıf yapılabilecek düzeydeki tanım, bu yargılamada yapılmıştır. Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 115.

⁴² Köprülü, *Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu*, 347.

⁴³ Bkz. Statü: Article 30 Mental Element.

⁴⁴ İng. “knowledge and intent”.

⁴⁵ Statute, Article 30/3: “*For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exist or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly*”.

⁴⁶ Nitekim Statü md. 8/2-a (vii) hükmünün atıfta bulunduğu Cenevre Sözleşmesi (IV) md. 49, failerin saiklerinin önemli olmadığını (“*regardless of their motive*”) ifade etmiştir.

⁴⁷ “Komutanların veya diğer üst rütbelilerin sorumluluğu” başlığını taşıyan 28. maddede komutanların ya da bir komutan gibi etkin bir şekilde faaliyette bulunan bir kişinin astları üzerindeki kontrolü gereği gibi sağlayamaması sonucunda Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların işlenmesi durumunda bu komutan ve diğer üstlerin de bu fiillerden sorumlu olacağını düzenlemektedir. Bkz. Roma Statüsü madde 28. “Komuta Sorumluluğu” da denilen bu ilke, uluslararası ceza hukukundaki örf adet kuralları ve sözleşmeler ile geliştirilerek amirlerin ihmallerinin sorumluluğunu düzenlemiştir. Amir (üst)- ast ilişkisinin

üstlerin sorumluluğu hükmünün taksirli sorumluluğu düzenlendiği ifade edilmektedir⁴⁸. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu maddedeki durumlar manevi unsurla değil maddi unsurla ilgilidir ve madde komutan ve diğer üstlerin ihmali davranışla suçların işlenmesine katkıda bulunmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla bu ihmali davranışlar bakımından da kast aranacaktır.

Roma Statüsünün 32. maddesinde⁴⁹ “hata” düzenlenmiş olup maddenin birinci fıkrasında fiili hatanın⁵⁰ suçun manevi unsurunu ortadan kaldırdığı durumlarda cezai sorumluluğun da bulunmadığı ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “hukuki hata”⁵¹ya yer verilerek kural olarak kişinin bir fiilin Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suça vücut vermediği konusundaki hatasının cezai sorumluluğu ortadan kaldırmadığı ancak bu hatanın suçun manevi unsurunu ortadan kaldırması durumunda veya Statü’nün 33. maddesindeki⁵² durumlarda cezai sorumluluğun da ortadan kalkabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddede, madde

varlığında bir suçun işlendiği ya da işlenmek üzere olduğu konusunda amirin gerçek ya da farazi bilgiye sahip olarak söz konusu eylemi cezalandırmak veya suçları önlemek adına makul ve gerekli tedbirleri almakta gösterilen ihmali davranışları komuta sorumluluğu olarak tanımlanmıştır. Söz konusu unsurlar, öğretici ve yargısal içtihatlarla sürekli olarak değerlendirilmiştir. Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi,” *Ceza Hukuku Dergisi*, (Aralık 2008), 60.

⁴⁸ “Kişinin askerî düzende rütbesinden bağımsız olarak, altlarının faaliyetlerini denetleme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan bir suçun işlenmesi söz konusudur. Bu sebeplerle taksir kapsamında değerlendirilmektedir.” Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 152. Benzer bir görüşe göre, 28. maddedeki “üstün sorumluluğu” bakımından taksire dayalı sorumluluk kapsamının belirlenmesi içtihatlar yoluyla yapılacaktır. Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 457. Savaş suçlarında “culpa gravis” yani bilinçli taksirin kabul edilmesinin gerekli olduğu ve bunun uluslararası insancıl hukukun genel hedefi ve amacı ile uyumlu olacağı da savunulmaktadır. Cassese, *International Law*, 439. Amirin astları tarafından işlenen suçları “bilmesi için gerekli nedenlere sahip olması” gerekmektedir. Bu kıstasa göre amir, (örfî hukukun doğal sonucu olarak) astın eylemlerinden haberdar olma görevi altındadır. Bu görevin ihmali halinde amir, kişisel olarak sorumlu tutulacaktır. Söz konusu ihmal ölçütünde amirin cezai sorumluluğuna gidilebilmesi için, amirin gerekli dikkati gösterseydi astlarının suçu planladığını veya işlediğini öğrenebileceğinin ispatını içeren mevcut delillerinin bulunduğu ispatlanması gerekmektedir. Değirmenci “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi,” 88-89.

⁴⁹ Article 32: Mistake of fact or mistake of law.

⁵⁰ İng. “mistake of fact”.

⁵¹ İng. “mistake of law”.

⁵² Statü’nün 33. maddesi amirin emri ve kanuni düzenleme gereği gerçekleştirilen fiillerde kural olarak kişinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağını ancak bazı hallerde buna istisnaların olabileceğini düzenlemektedir.

başlığında da ifade edildiği üzere maddi (fiili) hata ve hukuki hata halleri düzenlenmiştir. Yine bu fıkrada Statü'nün amirin emri ve kanuni düzenleme gereği gerçekleştirilen fiillerde kural olarak kişinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağını ancak bazı hallerde buna istisnaların olabileceğini düzenleyen 33. maddesine atıf yapılarak bu maddede düzenlenen hallerde hata yapılması durumunda da sorumluluğun bulunmayacağı belirtilmiştir. Bu genel hükümlere dayanarak hukuka aykırı sürgün veya nakletme eyleminde de kural olarak hatadan faydalanmanın mümkün olduğunu belirtmek gerekir; ancak elbette bu hata esaslı bir nedene dayanmalıdır yani manevi unsuru ortadan kaldırma niteliğine sahip olmalıdır.

3. Hukuka Aykırılık

Roma Statüsünde cezai sorumluluğunu ortadan kaldıran ve yargılamaya ya da cezalandırmaya engel olan sebepler bir arada düzenlenmiştir. Bu nedenle Roma Statüsüne uygun düşmesi adına Kıta Avrupası sistemindeki suçun unsurlarında ayrı başlık olarak incelenen hukuka aykırılık nedenleri ve kusurluluk konuları burada birlikte açıklanacaktır.

Hukuka aykırı sürgün ve nakletme eylemlerinin savaş suçu kapsamında oluşabilmesi için, Cenevre Sözleşmeleri kapsamında koruma altında bulunan kimselere karşı bir eylem gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda koruma altına alınan kimseler, daha önce de ifade edildiği üzere IV. Sözleşme kapsamında koruma altına alınan sivillerdir. Sivillerin kimler olabileceğine ilişkin açıklamalar da mağdur sıfatına yönelik kısımda yapılmıştır. Burada hukuka aykırılık bahsinde söz edilebilecek konu, silahlı çatışmanın niteliği üzerinden koruma altına alınan kimseler üzerinedir. Başka bir ifadeyle Cenevre Sözleşmeleri kapsamında koruma altına alınan kimseler dışında kalan veya Sözleşmedeki tanımın kapsamında yer almamakla birlikte istisnai korumadan da faydalanamayan kimselere karşı yapılan eylemler hukuka aykırılık unsurunu oluşturmayacaktır.

Hukuka uygunluk nedenleri farklı ülke ve öğretilerce farklı konumlarda değerlendirilmiştir. Bu farklı görüşlerin ortasında Roma Statüsü, Genel İlkeler başlıklı 3. Bölümünün "*Cezai Sorumluluktan Kurtulma*" başlıklı 31. maddesinde bazı halleri hukuka uygunluk nedeni içerisinde görürken bazı halleri de cezai sorumluluğa ilişkin olarak değerlendirmiştir⁵³.

⁵³ 31. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) betlerinde zihinsel bir hastalık ya da kusur hali ve sarhoşluk ve uyuşturucu madde etkisinde olma halleri, (c) ve (d) bentlerinde ise meşru savunma ve zorunluluk halleri düzenlenmiştir. Öğretide cezai sorumluluğu kaldıran objektif

Statü'nün 31. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde meşru savunmaya yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre eylemi gerçekleştiren kimsenin, “kendisine ve başka bir şahsa veya eşyaya karşı yönelmiş bir tehlike ile orantılı bir şekilde; yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını ya da savaş suçlarında hayati öneme haiz eşyayı veya askeri bir görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul hareket etmesi halinde” cezai sorumluluk taşımayacağı ifade edilmiştir⁵⁴.

Meşru savunma hakkının kullanımı sınırsız değildir. Bu hak, silahlı çatışma halinde uygulanması gereken insancıl hukuk kuralları kapsamında sınırlandırılır. Bir diğer ifadeyle meşru savunma hakkının sınırı, evrensel hukuk kuralları ve insancıl hukuk çerçevesinde sınırlandırılmaktadır. Söz konusu kuralların uygulanmaması halinde Cenevre Sözleşmeleri’nde korunan insancıl hukukun ağır ihlalleri doğar. Bir devletin meşru savunma hakkını gözetmediğini ileri sürerek bölgedeki silahlı çatışmanın tarafı olmayan sivilleri askeri zorunluluk vb. nedenler olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde sürmesi veya nakletmesi, kural olarak mümkün değildir. Zira, silahlı çatışma esnasında insancıl hukukun korunması da bir hak olarak karşımıza çıkmakta ve bu hakkın ihlali, savaş suçunun oluşturmaktadır. Öyleyse, insancıl hukukun ağır ihlali sayılabilecek olan sürgün veya nakletme fiillerinin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi pratik olarak zor görülmektedir.

Bununla birlikte Statü md. 8/2 (a)’nın Cenevre Sözleşmesi’ne atfının⁵⁵ sonucu olarak Cenevre Sözleşmesi md. 49’daki istisnai düzenlemeye bakıldığında⁵⁶ sivillerin güvenliği veya askeri yönden bir zorunluluk olması durumu zorunluluk hali kapsamında düşünülebilir. EYUCM’ un *Karadzic*

ve subjektif nedenlerin ayrılmadan tek bir başlık altında düzenleme yapılmasının nedeninin, Statü’nün hazırlanması sırasında birden fazla devletin farklı ceza hukuku sistemlerine sahip olması ve farklı sistemleri tek bir sistem haline getirebilmenin zorluğu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 130.

⁵⁴ Bu madde çerçevesinde uluslararası suçlarda meşru savunma kurumunun uygulanmasının koşulları hakkında bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 481-484.

⁵⁵ Bkz. Roma Statüsü Madde 8/2-a.

⁵⁶ Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesi’nin “Tehcir, Kitle Halinde Zorla Nakil ya da Tahliye” başlıklı 49. maddesi kural olarak Sözleşmeye göre himaye gören kişilerin zorla tehcir ve nakillerini yasaklamakla beraber sivil halkın güvenliği veya askeri zorunluluklar olduğunda buna istisna yapılabileceğini belirtmektedir.

Kararı'nın 492. paragrafında suçun nitelendirilmesi içinde sivillerin güvenliği adına yapılan nakletme fiillerinin meşru sayılabileceği ifade edilmiştir⁵⁷.

Statü'nün 33.maddesinde düzenlenen amirin emrinin ifası hükmüne göre, “*Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet veya askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması*” kural olarak bireyi cezalandırmaktan kurtaramaz. Buna karşın aynı maddede istisnai hallere yer verilerek şahsın cezai sorumluluktan kurtulma olasılıkları ifade edilmiştir. Söz konusu istisnai haller, “*şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uymasının kanuni bir zorunluluk olması*” veya “*şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi*” ya da “*emrin açıkça kanunsuz olmaması*” dır. Amirin emrinin ifası, mutlak ve sınırlı sorumluluk ilkesinin harmanlanmış biçimi olarak cezai anlamda sorumluluğu ortadan kaldıran bir savunma varsayımını reddetmiş ve yalnızca belirli koşullar halinde bireyin cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği ifade edilmiştir⁵⁸.

Söz konusu 33. maddenin ikinci fıkrasında ise soykırım veya insanlığa karşı suçlar yönünden verilen emirlerin kanunsuzluğunun açıkça bilindiğinin kabul edildiği ifade edilmekle birlikte savaş suçuna ilişkin böyle bir açıklama yoktur⁵⁹. Dolayısıyla söz konusu madde yalnızca savaş suçları bakımından uygulanabilir. Ancak amirin emrinin ifa edilmesi uygulamada cezai sorumluluğu kaldırmak açısından oldukça zor görünmektedir⁶⁰.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

⁵⁷ “ICTY, The Prosecutor v. Radovan Karadzic, IT-95-5/18-T, 24 March 2016,” son erişim tarihi: 20.06.2024, http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf. Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 136.

⁵⁸ Bu maddede fiili amirlerin değil, resmi görevli olan kimselerin verdiği emrin sorumluluğu gündeme gelecektir. Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu,” *Legal Hukuk Dergisi*, (2012), 80-81; 82.

⁵⁹ Roma Statüsü, aksinin öngörülmesi olanağı bulunmayan soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlarda suç işlemeye yönelik emirlerin, açıkça hukuka aykırı sayıldığını kabul ederek mutlak sorumluluk halini gözetmiştir. Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu,” 84.

⁶⁰ “*Ancak uç bir örnek olmakla beraber, işgal kuvvetlerinden bir asker işgal edilen bir yerdeki halkın sürgün edilmesine ilişkin üstünden gelen emri uyguluyorsa ve askere bu emrin amacının bölgedeki sivillerin güvenliğini sağlamak olduğu tebliğ ediliyorsa, yargılamada amirin emri savunmasından faydalanabilir.*” Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 145.

Statü'deki bütün suçlara teşebbüs, iştirak ve içtima hükümleri uygulanabilmektedir. Statü'nün md. 25/3 hükmünde iştirak kuruma yer verilmiştir. Ayrıntılı bir şekilde yer verilen bu kurumda suçu tek başına veya başkalarıyla birlikte işleyen, işlenmesine yardım eden, işlenmesini emreden, teşvik eden, ikna eden ve Anglo-Saxon hukukuna ait bir iştirak türü olarak da "ortak suç girişimi" ne (*joint criminal enterprise*) katılan kimselerin cezai sorumlulukların bulunduğu ve cezalandırılabilir oldukları ifade edilmiştir⁶¹. Dolayısıyla savaş suçunun bir parçası olan hukuka aykırı sürgün ve nakletme suçunda iştirakin her çeşidi mümkündür.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasının (f) bendinde ise, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumlarına yer verilmektedir. Buna göre Statü'de, "Önemli adımlar atıp, suçun icrasını başlatacak eylemi yaparak"⁶², bir suçu işlemeye teşebbüse etme ancak suçun şahsın niyetinden bağımsız sebepler nedeniyle gerçekleşmemesi halinde" cezalandırmaya gidileceği belirtilerek suça teşebbüs; "Ancak suçun işlenmesinden vazgeçen veya suçun tamamlanmasını önleyen bir şahsın, suçun amacından tamamen ve kendi isteğiyle vazgeçmesi halinde, bu tüzüğe göre suçun işlenmesine teşebbüsten dolayı cezai açıdan sorumluluğu bulunmaz." denilerek de gönüllü vazgeçme açıklanmıştır.

Suçların içtimasına ilişkin olarak Statü'nün md. 78/3 hükmüne bakmak gerekmektedir. İlgili hüküm uyarınca cezaların toplanması yoluna gidilmiştir; ancak toplam ceza 30 yılı geçemez. Gerçek içtima olarak nitelendirilebilecek bu durumun dışında failin, birden fazla suçu tek hareketiyle gerçekleştirmesi halinde yani fikri içtima durumunda failin nasıl cezalandırılacağına dair bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla konu UCM' nin takdirine bırakılmıştır. Ancak hukuka aykırı sürgün ve nakletme fiilleri hem savaş suçunun hem de soykırım suçu veya insanlığa karşı suçları oluşturabilecek noktadadır. Bu nedenle evrensel bir hukuk normunun ihdasının da zorluğu düşünüldüğünde, tarihsel süreçteki yaklaşımlara göre içtima kuralını yorumlamak gerekir. EYUCM yargılamalarında ölçüt olarak kullanılan *Celebci Testi*'ne göre failin tek bir fiille birden fazla suç işlemesi halinde ilgili fiilin suçun unsurlarına göre

⁶¹ Statü'nün 25/3 maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde yer alan iştirak şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 452 vd.

⁶² "Burada Fransız hukukundaki "icranın başlaması" ile Amerikan hukukundaki "suçun tamamlanmasına yönelik önemli bir adım" kriterleri mezcedilmiştir. Bize göre "önemli hareket" ten söz edildiğine göre icra hareketlerinin varlığını kabul bakımından esas olarak objektif görüş benimsenmiştir. Zira icra başlangıcını belirlemede failin iradesi değil de fail tarafından yapılan hareketin objektif niteliği dikkate alınmıştır." Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 535.

değerlendirilmesi gerektiği, yapılan değerlendirme sonucunda normlar yönünden unsur farklıysa iki ayrı suçtan ceza verilmesi gerektiği ifade edilirken eğer ihlal edilen değerler unsur yönünden aynıysa normlar arasında özel-genel ilişkisi tespiti yapılarak cezalandırma cihetine gidileceği ifade edilmiştir⁶³.

Bunun dışında Statü md. 8/2-a (vii) hükmü, md. 8/2-b (viii)'de ifade edilen “işgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının devlet sınırları içinde veya dışında sürülmesi veya nakli” suçuyla içtimaya konu edilebilir. Her iki eylem de uluslararası silahlı çatışmayı içeren zamanlarda meydana gelebilmesine karşın aralarındaki fark, korunan normatif yapıda olduğundan (8. maddenin 2. fıkrasının [a] bendinde Cenevre Sözleşmesi kapsamında bir koruma yapılmaktayken [b] bendinde uluslararası teamül kuralları üzerinden korunmada bulunulduğundan) içtima konusu gündeme gelebilir.

Bu bağlamda bu iki suç arasındaki temel fark nüfus hareketliliği yönünde olmakla birlikte bazen iç içe geçebilmektedir. EYUCM, bu konuya ilişkin olarak verdiği *Kupreskic* ve *Delalic* kararlarında daha fazla unsuru barındıran suç tipinin üstün olduğu görüşüne dayanarak failin, Statü md.8/2-b (viii)'de ifade edilen suça göre cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir⁶⁴.

H. Muhakeme, Yaptırım ve Zamanaşımı

Bilindiği üzere, Uluslararası ceza hukukunda bireysel sorumluluk bulunmaktadır. Burada da failin yalnızca kendi işlediği suçlardan sorumlu tutulacağı genel kuraldır. Statü'nün 25. maddesin 1 ve 2. fıkralarında bireysel cezai sorumluluk kuralı ifade edilmiş olup mahkemenin gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisine sahip olduğu ve yargı yetkisine giren bir suçu işleyen kimsenin bireysel olarak sorumlu olacağı ve Statü'deki ilgili hükümler uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

Cezai yaptırım ise, Statü'nün 77 ve 78. maddelerindeki düzenlemeler gereğince 30 yıldan fazla olmamak üzere (çok ağır bir suç olması halinde ömür boyu hapis cezası verilebilir) suçun ağırlığı ve failin kişisel sebepleri

⁶³ Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 171.

⁶⁴ Gülergün, *Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu*, 172.

dikkate alınarak Usul ve Delil Kurallarına uygun olarak karar verilir. Birden fazla suç hakkında ceza verilmişse bu süre her halükârda 30 yılı geçemez. Hukuka aykırı sürgün veya nakletme suçlarında da bu genel kurallar aynen geçerlidir.

Roma Statüsünde zamanaşımına ilişkin doğrudan bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Buna karşın Statü md.29'da "*Mahkemenin yargı yetkisi içine giren suçlar; herhangi bir yasa sınırlamasına tabi değildir.*" denildiğinden bu suçlarda zamanaşımının uygulanamayacağı sonucuna varılabilir⁶⁵. Ek olarak, yerel hukukta Statü'deki suçlara dair bir zamanaşımı öngörülmüşse, UCM taraf devletın yetersizliğini veya isteksizliğini dikkate alarak cezai bir soruşturma başlatabilir⁶⁶.

İ. Rusya-Ukrayna Savaşı ve UCM'nin Yargılama Yetkisi

1. Rusya-Ukrayna Savaşının Kısa Tarihsel Süreci

Rusya-Ukrayna arasındaki ilişki çok eskilere dayanmakla birlikte günümüzdeki savaşın modern anlamda temelleri II. Katerina'nın Kırım, Ukrayna gibi bölgeleri Rusya Çarlığı'nın hükümrânlığı altına almasıyla başlar⁶⁷. Bu süreçten sonra bölgede devamlı savaşlar olmuştur. Bölgedeki farklı inanç, etnisite gibi unsurlar, ortaya çıkan savaşların sebepleri olarak görülmüştür. Nitekim 19. yüzyılda Kırım'da büyük bir savaş patlak vermiş ve savaş, Rusya'nın mağlubiyetiyle sonuçlanmasına karşın Kırım ve Ukrayna, yapılan anlaşma sonucunda Çarlık Rusya'sında kalmıştır.⁶⁸

Ukrayna ve Kırım I. Dünya Savaşı esnasında kurulan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin içinde yer alarak Rus Devletinin bir parçası olmaya devam etmiştir. 1991'de yıkılan SSCB'den ayrılan Ukrayna, Kırım'ı da (özerk bölge olarak) kendi içine alarak bağımsız bir devlet olmuştur.

⁶⁵ Uğurcan Öztürk, *Statutory Limitations in International Criminal Law: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 52.

⁶⁶ Bu durum özellikle zamanaşımı yoluyla yargılamaların önüne geçilmesine yönelik kötüye kullanımlarda mümkün olabilir. Bu tip sorunlardan kaçınmak adına taraf devletler yerel hukuklarında zamanaşımını bu tipteki suçlar yönünden uygulamamaktadırlar. Öztürk, "Statutory Limitations in International Criminal Law: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes," 52-53.

⁶⁷ Gül Akyılmaz, *Siyasi Tarih* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 54.

⁶⁸ Akyılmaz, *Siyasi Tarih*, 204-208.

SSCB sonrası dönemde Ukrayna’da çeşitli halk hareketleri meydana gelmiştir. Bunların içerisinde konuyla ilgili olarak 2014 yılında Rusya’nın Kırım’ı Kırım’daki referandumu gerekçe göstererek ilhak etmesi, en önemlisidir⁶⁹. Bu ilhakla paralel bir şekilde Donetsk ve Lugansk bölgelerinde de yaşanan iç karışıklara müdahale eden Rusya, gelişen olayların takibinde Ukrayna’ya girerek Ukrayna’nın 4 “oblast” ını⁷⁰ daha (Donetsk, Lugansk, Zaporojiye ve Herson) ilhak etmiş ve günümüze dek uzanan fiili silahlı çatışmayı başlatmıştır.

Konuyu genişletmemek adına burada sadece Kırım ve diğer “oblast” ların ilhakları konusuna değinilerek bugüne kadar gelişen olaylar, öz bir şekilde anlatılmıştır. Bu bölümün 5. kısmında Kırım ve Ukrayna temelinde UCM’ nin yaptığı soruşturmalara ve özel olarak UCM’ nin vermiş olduğu tutuklama kararına değinilecektir.

2. UCM’ nin Statüye Taraf Olmayan Devletlerle İlgili Yetkisi

Statü’nün 12. maddesinde UCM’ nin yargı yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre, Statü’ye taraf olan devlet Statü’de düzenlenmiş suçlarla ilgili olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş sayılır⁷¹. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında taraf olmayan devletin UCM nezdinde yargılama yetkisini kabul etme şartından bahsedilmiştir. Bu düzenlemelere göre UCM’ nin yargılama yapabilmesi için, ilgili eylemi gerçekleştiren kimsenin Statü’nün tarafı olan devletin vatandaşı olması veya Statü md. 12/3 uyarınca taraf

⁶⁹ Buna ek olarak belirtilmelidir ki Sivastopol, Kırım Yarımadasında bulunan ancak Kırım Özerk Bölgesi içerisindeki “Özel Statülü Bir Şehir” dir. Rusya Kırım’la birlikte Sivastopol’ü de ilhak etmiştir. Bu ilhak, self-determinasyon hakkına dayandırılarak gerçekleştirilmiştir. Bu ilhaka ilişkin olarak bkz. Anton Bebler, “Crimea and the Ukrainian-Russian Conflict,” *“Frozen Conflicts” in Europe* Ed: Anton Bebler (Opladen, Berlin, Toronto, Verlag Barbara Budrich Publishers, 2015), 189-207; Thomas D. Grant, “Annexation of Crimea,” *The American Journal of International Law*, 109. sayı (Ocak 2015), 68-95.

⁷⁰ Slavca bir kelime olup bölge, eyalet, özerk bölge anlamlarına anlamına gelmektedir. Bkz. “Türk Lehçeleri Sözlüğü,” son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://turklehceleri.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/hepsi/anlam/oblast>.

⁷¹ Madde 12/2 kapsamında UCM’ nin yargılama yetkisi, “uyrukluk” (antlaşmaya taraf ülkenin vatandaşlarına karşı suçun işlenmesi halinde yargılama yetkisi) ve “ülkesellik” (antlaşmaya taraf ülkenin topraklarında işlenen suçlarda failin konumu ve bağışıklığı önemli olmaksızın yargılama yetkisi) kriterlerine dayanmaktadır. Selcen Erdal, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 137.

olmayan devletçe kişi hakkında yargılama yetkisine onay verilmesi gerekmektedir⁷².

Dolayısıyla Statüye taraf olmayan devletler üzerinde UCM' nin yargılama yetkisi hallerinden ilki, yargılama yetkisinin taraf olmayan devletçe kabul edilebilmesidir. Buna göre taraf olmayan devlet, vatandaşının gerçekleştirmiş olduğu eyleme ilişkin olarak veya toprakları üzerindeki eylemler yönünden yargılama yetkisine onay verirse, UCM yargılama yapabilecektir. Böyle bir yetki izninde UCM yargı yetkisini, taraf devletin bildirim veya resen soruşturma başlatmak şeklinde kullanabilir.

Bu istisnanın dışında UCM' nin yargılama yetkisini kullanabilmesi, Statünün 13. maddesinde hüküm altına alınan düzenleme doğrultusunda Birleşmiş Milletler (BM) Şartı 7. Bölümdeki şartlar uyarınca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK)'nin bildirimde bulunması halinde mümkün olabilir⁷³.

Zaman bakımından UCM' nin yetkili kılınabilmesi ise 11. madde uyarınca Statü'nün yürürlüğe girmesinden itibaren veya sonradan dahil olan taraf devletin Statü'yü kabul etmesinden sonra mümkün olabilmektedir. Bu kuralın istisnası md. 12/3'te ifade edilen taraf olmayan devletin UCM' nin yargılama yetkisini kabulüdür. Bu taktirde Mahkemenin yargı etkisi taraf olmayan devletin yargılama izni verdiği tarihten itibaren başlayacaktır. Bu hükümlerin sonucu olarak Statü'de kanunların geçmişe yürümezliği kuralına ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun bir düzenleme yapıldığı görülmektedir⁷⁴.

Statü uyarınca sadece 18 yaşını doldurmuş (md. 26) gerçek kişiler (md. 25), Statüdeki ilgili suçlardan (md. 5) sorumlu oldukları iddiasıyla

⁷² Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 374-375.

⁷³ Roma Statüsü md. 13 düzenlemesi, Birleşmiş Milletler Antlaşması VII. Bölüm çerçevesinde hareket eden Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK)' ne yargılama yetkisine giren konuları UCM savcılığına gönderme yetkisini tanımaktadır. Buna göre BMGK' nin Ruanda ve Yugoslavya'daki gibi özel (ad hoc) bir mahkeme kurmasına gerek kalmadan ve devletlerin rızasının önemi olmaksızın yargılama yetkilendirmesinde bulunması mümkündür. Yusuf Aksar, *Evensel Yargı Kuruluşları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2007), 206.

⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 377.

yargılanabilir; failin üst düzey bir devlet yetkilisi (resmi görevli, devlet başkanı gibi) olması yargılanmasına engel değildir (md. 27)⁷⁵.

3. Rusya ve Ukrayna'nın UCM Statüsü Karşısındaki Durumu

Rusya 13 Eylül 2000 yılında Roma Statüsü' ne imza atmış ancak henüz yürürlüğe koymamıştı. Bununla birlikte 30 Kasım 2016'da resmi bildirimde bulunarak Statü'den çekildiğini açıkladı.⁷⁶ Dolayısıyla 17 Mart 2023 tarihinde verilen tutuklama kararında Rusya Federasyonu sözleşmeye taraf olmadığından kararı yerine getirmeye doğrudan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷⁷

Ukrayna ise Roma Statüsü' nü imzalamış ancak onay sürecini tamamlamadığı için Statüye ilişkin kurallar yürürlüğe girmemiştir. Bununla birlikte Ukrayna UCM' ye 2 defa soruşturma yetkisi vermiştir. 21 Kasım 2013 ile 22 Şubat 2014 arasındaki eylemlerle 20 Şubat 2014' den beri meydana gelen eylemler hakkında UCM, soruşturma yetkisi kazanmıştır⁷⁸.

a. UCM' nin Rusya ve Ukrayna'yla İlgili Yargı Yetkisi

Görüldüğü üzere ilgili devletler Roma Statüsü' nün şu anda bir parçası değildir; dolayısıyla UCM' nin yargı yetkisi kapsamındaki uluslararası suçlara

⁷⁵ Statü md. 27 uyarınca UCM yargı yetkisindeki bir yargılamada kişilerin dokunulmazlıklarının geçerli olmadığı ifade edilmektedir. Statü md. 98' de ise, md. 27' ye istisna oluşturabilecek şekilde, Statü'ye taraf olmayan devletlere yönelik işlemlerin taraf devletin başkaca yükümlülüklerine aykırılık doğurması halinde devam ettirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenleme, öğretide md. 27' deki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ersan Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), 115-118. Statü md. 98, taraf olmayan devletlere karşı UCM' nin yargısal işlemlerinin işletilemeyeceğini düzenleyen bir hükümdür. Bu maddenin tek amacı, Statü'ye taraf olmayan ve dolayısıyla Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmemiş bir ülkenin, örneğin devlet başkanının Statü' ye taraf olan bir devlete ziyareti sırasında tutuklanıp teslim edilmeyeceğini garanti altına almaktır. Brigitte Stern, "Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?," *Justice for Crimes Against Humanity* içinde, ed. Mark Lattimer ve Philippe Sands (Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006), 87.

⁷⁶ Statüden çekilme metni için bkz. "C.N.886.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification)," son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.886.2016-Eng.pdf>.

⁷⁷ Rusya Federasyonu, Roma Statüsü' nün bir tarafı olmadığından kural olarak Statü' nün düzenlediği yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu (doğrudan bir yükümlülüğü) bulunmamaktadır. Buna karşılık, makalenin devamında değinileceği üzere, Statü' deki belirli koşullar altında taraf olmayan ülkelerin de sorumlulukları oluşabilir.

⁷⁸ Bu soruşturma yetkisi, Roma Statüsü md. 12/3 uyarınca taraf olmayan devletin soruşturma yetkisi vermesine dayanmaktadır. International Criminal Court, "Ukraine," son erişim tarihi: 25.07.2024, <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

ilişkin olarak UCM' nin doğrudan bir yargılamada bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Peki UCM hangi halde bu devletler bakımından yargılama yetkisini kullanabilir?

Bu konudaki ilk yorum, Statünün md. 12/3 uyarınca yapılacak olan kabul gereği suçlanan kişinin vatandaşı olduğu devletin, işlemiş olduğu iddia edilen suçlara yönelik yargılama yetkisini UCM' ye bırakması olabilir. Ancak Rusya' nın konuya ilişkin olarak tutumu oldukça nettir. Söz konusu yargılama yetkisi ve tutuklama kararı yok sayılmaktadır. Hatta öyle ki hakkında tutuklama kararı çıkarılan Putin, karardan iki gün sonra ilhak edilen Donetsk Oblast' nın Mariupol şehrine bir ziyaret gerçekleştirerek kararı tanımadığını göstermiştir⁷⁹. Bu nedenle Rusya' nın md. 12/3 uyarınca bir kabulde bulunarak UCM' nin yargılama yetkisine onay vermesi olası gözükmemektedir.

UCM' nin yargılama yetkisini kullanabilmesine ilişkin olarak ikinci ihtimal BMGK' nın bildirimde bulunarak yargılama yetkisine yönelik çabası söylenebilir. Fakat bu da pratik olarak düşünüldüğünde mümkün olmayacaktır. Zira BMGK' nın veto yetkisine sahip ve 5 daimî üyesinden biri olan Rusya' nın kendisine yönelik olarak böyle bir karar vermesi olası gözükmemektedir.

Nitekim geçmişte ABD, Irak ve Afganistan' da ceza yargılamasına konu olabilecek eylemleri nedeniyle açılacak soruşturmaların önüne geçmiştir⁸⁰. ABD, Roma Statüsü' nün hazırlık aşamasında şartlı destekler sunmuş, UCM' nin politik kaygılarla dizayn edilebileceğini ifade ederek UCM yargı yetkisine giren suçlara ilişkin olarak vatandaşlarının yargılanmaması adına diğer devletlerle ikili dokunulmazlık anlaşmaları yapmış ve kendisini

⁷⁹ The Guardian, "Vladimir Putin pays surprise visit to occupied Mariupol in Ukraine," son erişim tarihi: 25.07.2024, <https://www.theguardian.com/world/2023/mar/19/vladimir-putin-makes-surprise-visit-to-occupied-mariupol-in-ukraine>.

⁸⁰ ABD yönetimi, 31 Aralık 2000 tarihinde Roma Statüsünü imzalamasına karşın antlaşmayı (antlaşmanın hukuki geçerlilik kazanması adına) Senato' ya hiçbir zaman sunmamıştır. Nitekim 06 Mayıs 2002' de ABD yönetimi, antlaşmadan çekildiğini açıklamıştır. ABD, kendi iç hukukundaki onaylama usullerini yerine getirmemesi ve antlaşmadan geri çekilmesi nedeniyle Roma Statüsü' ndeki hükümlerine dair bir yükümlülük altına girmemiştir. Ali Rıza Töngür, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku* (İstanbul: Kazancı Kitap, 2005), 16. Irak' da savaş suçlarıyla ilgili suçlamalara karşın ABD, Roma Statüsüne katılmayarak (imzasını çekerek) ve BMGK daimî üyesi olmasının gücünü (BMGK bildiriyle UCM' nin soruşturma yetkisini) de kullanarak eylemlerden dolayı etkin bir şekilde soruşturulamamıştır. Trent ve Schnurr, "Promoting and Protecting Human Rights," 17.

adeta üstün bir konumda tutmaya çalışmıştır⁸¹. Bu durum da egemen devletlerin, uluslararası bir ceza mahkemesine karşı güç çekişmesini yansıtmaktadır. Dolayısıyla UCM' nin işlemleri, politik ekseninde kalabilmekte ve BMGK' nin “evrensel barış” hedefi sözde kalabilmektedir.

Son ihtimal ise, Statüye taraf olmamakla birlikte toprakları üzerinde meydana gelen olaylar üzerine egemen devletin ilgili eylemler yönünden yargılama yetkisini UCM' ye devretmesidir. Bu yetki devrinin akabinde UCM resen soruşturmada bulunabilir veya Statü'ye taraf olan devletlerin bildirimde bulunmasıyla soruşturma yoluna gidebilir. Nitekim UCM, Ukrayna' daki olaylara bu şekilde dahil olmuştur⁸². Böylelikle Ukrayna'nın 20 Şubat 2014'ten itibaren UCM' nin yargı yetkisine giren konulara ilişkin olarak yetki imtiyazı vermesiyle Statü'nün 14. maddesi uyarınca açılacak soruşturmalara izin verilmiştir. Bu olayların akabinde UCM soruşturma adına gerekli adımları atmıştır.

Aslında bu soruşturmalardan önce Ukrayna hakkında Rusya' ya ilişkin olarak bir ön inceleme raporu UCM tarafından hazırlanmıştı. UCM bir ön inceleme raporu hazırlayarak Kırım ve Doğu Ukrayna'da meydana gelen olaylara ilişkin olarak “savaş suçu” ve “insanlığa karşı suçlar” yönünden bir incelemede bulunmuş ve araştırma sürecinin devam edeceğini belirtmiştir⁸³. 2022 yılı Şubat' ında başlayan savaşın akabinde taraf devletlerin de bildirimde bulunmasıyla UCM, taraf olmayan ancak eylemler yönünden izni bulunan Ukrayna' nın da onayıyla soruşturma için yetkilendirilmiştir.

b. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rusya'nın Yöneticileri Hakkında Verdiği Tutuklama Kararları

Burada öncelikle kısaca Statü uyarınca tutuklama yetkisinden bahsedilmelidir. Statü md. 58 uyarınca tutuklama emri çıkarma yetkisi, Ön

⁸¹ ABD yönetimi, kimi ülkelerin ABD' ye karşı önyargılı davranabileceklerini ve adil bir yargılamanın yapılamayacağını ileri sürerek BM' den bazı istisnalar talep etmiştir. ABD' nin UCM' ye yönelik tutumu ve geliştirdiği yollar için bkz. Gökmen Avcı, *Uluslararası Ceza Mahkemesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), 141-147; Töngür, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı*, 15-18.

⁸² Gelişen soruşturma sürecine ve toplamda 43 taraf devlet tarafından yapılan bildirimde dair tarihsel akış için bkz. <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

⁸³ Rapora ilişkin olarak bkz. International Criminal Court, “Report on Preliminary Examination Activities (2016),” 33-42, son erişim tarihi: 15.07.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf.

Yargılama Dairesi (*Pre-Trial Chamber*)' ne verilmiştir. Buna göre 58. maddedeki hallerde kişi hakkında tutuklama kararı çıkarılabilir:

“(a) Şahsın Mahkemenin görev atanına giren bir suçu işlediğine inanılması için makul nedenler olması,

(b) Şahsın tutuklanmasının,

i) Mahkeme huzuruna gelmesini sağlamak için,

ii) Şahsın soruşturmayı veya mahkemenin gidişatını engellememesi veya tehlikeye düşürmemesini sağlamak için,

iii) Duruma göre, şahsın suçu işlemeye devam etmesinin engellenmesi veya aynı şartlardan doğan ve Mahkemenin yetkisindeki bir suçla ilgili diğer bir suçu işlemekten alıkonulmasını sağlamak için gerekli görülmesi.”

Görüldüğü üzere tutuklama ilgili hallerin varlığında uygulanan bir tedbirdir. Ancak dikkat edilmelidir ki bu tedbir, taraf devletin veya UCM' nin yargılama yetkisine onay vermiş devletin taraf olduğu bir olay üzerinde mümkün olabilir.

17 Mart 2023 tarihinde UCM, makul sebeplerin olduğunu dikkate alarak, Statü'nün 8. maddesinde düzenlenmiş bulunan savaş suçlarından olan “hukuka aykırı sürgün veya nakletme” suçu (md. 8/2-a (vii) ve “işgalci devletin işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamını veya bir kısmının devlet sınırları içinde veya dışında sürülmesi veya nakli” suçunun (md. 8/2b-viii) işlendiği sonucuna varmış ve Roma Statüsü md. 25/3 kapsamında sorumluluklarının bulunduğunu tespit ettiği Vladimir Putin (Rusya Devlet Başkanı) ve Maria Alekseyevna Lvova-Belova (Devlet Başkanlığı Çocuk Hakları Komiseri) hakkında tutuklama kararı vermiştir⁸⁴.

Söz konusu kararda, en azından 24 Şubat 2022' den beri hukuka aykırı bir şekilde Ukrayna vatandaşı çocukların sürgün edilmesi (*unlawful deportation of population [children]*) ve Rusya' ya transferi (*unlawful transfer of population [children] from occupied areas of Ukraine to the Russian Federation*) ifade edilmiş ve bu kapsamda kişilerin cezai sorumlulukları üzerinde durulmuş; eylemlerin devam ettiğine dair iddialar da dikkate alınarak

⁸⁴ Putin hakkında ayrıca Statü md. 28/b hükmü de gerekçe gösterilerek tutuklama kararı verilmiştir. Karar için bkz. “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova,” son erişim tarihi: 15.07.2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.

UCM Savcılığı tarafından 22 Şubat 2023 tarihinde yapılan başvurular sonucunda tutuklama kararı verildiği ifade edilmiştir.

c. Tutuklama Kararlarının Değerlendirilmesi

Söz konusu tutuklama kararlarının değerlendirmeden önce UCM' nin daha önce vermiş olduğu tutuklama kararlarındaki sıkıntılara ve taraf olmayan devletlerle ilgili yargılamaya yönelik durumlarına bakmak gerekmektedir. Bu kısımda konunun öz bir şekilde anlatılması amacıyla UCM dönemindeki olaylardan bahsedilecek olduğundan Belçika'nın evrensel yargılama yetkisini kullanmasına ilişkin olaylar veya önceki özel mahkemelerdeki durumlardan bahsedilmeyecektir.

UCM tarihine bakıldığında benzer konuda "Ömer El Beşir" hakkında verilen tutuklama kararı örnek olarak gösterilebilir. 31/03/2005 tarih ve 1593 s. BMGK kararıyla UCM' ye yapılan bildirim akabinde 04/03/2009⁸⁵ (bildirim sonrası yapılan inceleme neticesinde) ve 12/07/2012⁸⁶ (yapılan incelemeler sonucunda başkaca hususların da bulunduğu tespit edildiğinden) tarihlerinde Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Bu karar bir devlet başkanına karşı verilen ilk tutuklama kararıdır. Hakkında tutuklama kararı verilen El-Beşir bu kararın "mürekkep kadar değerinin olmadığını" ifade etmiştir⁸⁷. Gelişmelerin devamında BMGK, Sudan Hükümetine El-Beşir'in teslim edilmesi konusunda yükümlülüklerini bildirerek El-Beşir'in tutuklanmasına ilişkin kararı tatbik etmek istemiş, fakat Sudan Hükümeti bunu reddetmiştir⁸⁸. 2021 yılında ise Sudan'daki yönetim değişikliği sonrasında Sudan ve UCM arasında bir anlaşmaya varılarak El-Beşir'in yargılanmasına izin verileceği ifade edilmiştir⁸⁹.

⁸⁵ Birinci tutuklama kararı için bkz. "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir," son erişim tarihi: 20.07.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF.

⁸⁶ İkinci tutuklama kararı için bkz. "Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir," son erişim tarihi: 20.07.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_04826.PDF.

⁸⁷ Ali Cengiz, *Uluslararası Ceza Yargısında Ceza Sorumluluğu ve Tutuklama Tedbiri*, (Yayımlanmamış Doktora tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), 144-145.

⁸⁸ Nitekim öğretilerde bu yükümlülüğün Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 34'e aykırı olduğu ifade edilmektedir. Cengiz, *Uluslararası Ceza Yargısında Ceza Sorumluluğu ve Tutuklama Tedbiri*, 158.

⁸⁹ Haber metni için bkz. Euronews, "Sudan hükümeti, eski Cumhurbaşkanı Ömer el Beşir'i UCM'ye teslim edecek," son erişim tarihi: 20.07.2024, <https://tr.euronews.com/2021/08/11/sudan-hukumeti-eski-cumhurbaskan-omer-el-besir-i-ucm-ye-teslim-edecek>.

Öğretide bu konuda bir görüş, teamül kurallarınca korunan devlet başkanlarının yargı bağımsızlığının bir hukuk normuyla ortadan kaldırılmasının hukuki normlar arasında bir çatışma doğuracağı ve teamül kurallarına aykırılık oluşturacağını belirterek, verilmiş olan tutuklama kararının hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁹⁰

Bu görüş Roma Statüsü md. 27 dikkate alındığında mümkün gözükmemektedir. Söz konusu hükümde açıkça devlet başkanının bile cezai sorumluluktan muaf olmayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir devlet başkanı ya da hükümet içerisinde sorumlu bir yetkilinin UCM nezdindeki bir suçtan yargılanmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Zira Statüye imza atıp hükümlerini yürürlüğe koyan bir devlet ahde vefa gereği bu sorumlulukları yerine getirmeli ve devlet başkanını dahi UCM yetkisindeki bir suç yönünden bağışık tutmamalıdır.

Bununla birlikte Statü'de böyle bir düzenleme bulunmasa dahi, evrensel hakların yoğun ihlali olarak değerlendirilen ve evrensel bir ceza yargılamasını gerekli kılan olaylarda kişinin unvanının önemli olmaması gerekir. Zira burada suçun mağdurları bireylerken, suçtan zarar gören evrensel anlamda bütün insanlıktır. Dolayısıyla bu gibi eylemlerde hukuki yargılamanın yapılmasının kişinin unvanıyla bir ilişki içerisinde bulunmaması gerekmektedir.

Yine, uluslararası suçların daha çok devletin gücünü arkasına alan üst düzey sivil ve askeri bürokratlar tarafından işlendiği göz önüne alındığında bu kişileri diploması ve askeri bağımsızlıklar bahane ederek yargılanmaktan kurtarmak, bu suçlarla mücadeleyi zayıflatacağı gibi UCM' nin de yetkisini anlamsız hale getirecektir.

Nitekim II. Dünya Savaşı sonrası oluşturulan ve bugünkü Uluslararası Ceza Hukuku açısından da önemli bir katkısı olan Nürnberg Askeri Ceza Mahkemeleri Statüsü md. 7 uyarınca yargılanacak olan sanıkların Devlet Başkanı veya Sorumlu Hükümet yetkilisi olmasının cezai bağımsızlığı meydana getirmeyeceği ve cezalandırılmalarında bir indirim nedeni olamayacağı açıkça

⁹⁰ Bu görüşe göre, Uluslararası bir suça karışmış olsa dahi bir devletin başkanı ancak yargı bağımsızlığının ortadan kalkması sonucunda yargılanabilir. Yine devlet başkanları hakkında görevleri başındayken verilmiş tutuklama emirleri uluslararası yargı bağımsızlığına dair itirazlara konu olabileceğinden, devlet başkanının görevinin sona ermesinden sonra yeni bir dosya üzerinden ceza yargılaması yapılmalıdır. Cengiz, *Uluslararası Ceza Yargısında Ceza Sorumluluğu ve Tutuklama Tedbiri*, 160.

ifade edilmiştir⁹¹. Keza tarihsel sürece bakıldığında Şili Devlet Başkanı Pinochet' in yargılanması gibi olayların da bulunduğu dikkate alındığında bireyin devlet başkanı olması, onun yargısal bağışıklığını her zaman oluşturmayabilir⁹².

Rusya özelinde konuya bakıldığında Rusya'nın Statüye taraf devlet olmadığı görüldüğünden Statü'nün 27. maddesi, temelde uygulanamaz görünmektedir. Buna karşın sonradan Rusya'nın ikili bir anlaşmayla UCM' ye yargılama yetkisini vermesi halinde veya politik baskıların neticesinde Putin' in başka bir ülke (Statüye taraf olan devletin veya Statü md. 87 uyarınca iş birliği yapılan taraf olmayan devletin) sınırları içerisinde tutuklanması (Statü md. 89, 92; md. 59) ihtimalinde süreç işleyebilir.

Tartışma konusu yapılabilecek diğer nokta, UCM' nin yargılama yetkisi bulunmadan soruşturma yetkisinin ve tutuklama kararının uygulanabilirliğidir. Yukarıda UCM' nin yargı yetkisinin kullanımının kural olarak üç şekilde kullanılabileceği bahsedilmiştir. Bunlar: taraf devletlerin bildirim, savcılığın resen harekete geçmesi ve BMGK' nın bildirim. Sonucu halde UCM, Statüye taraf olmayan devletlerdeki bireylere ilişkin olarak da yargı yetkisine sahip olabilir⁹³. Rusya Statü'nün tarafı olmadığından ve hakkında henüz bir BMGK kararı bulunmadığından Statü'deki 27. madde (devlet başkanının bağışıklığının yokluğu) ve diğer hükümler uygulanamaz.

⁹¹ Statü metni için bkz. <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>.

⁹² Yargılama, belirli konularda dönüm noktası olma özelliğini taşıyarak uluslararası ceza hukukunu ilgilendiren konularda üst düzey devlet yetkililerinin cezai bağışıklıktan yararlanamayacağını gösterir niteliktedir. Philippe Sands, "After Pinochet: The Role of National Courts," in *From Nuremberg to The Hague*, ed. Philippe Sands (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 69. Uluslararası hukukta devlet başkanlarının bağışıklığına dair çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Ancak günümüzde geçmiş olayların da dikkate alındığı görülerek devlet başkanlarının zaman zaman yargısal bağışıklıktan faydalanmadığı görülmektedir. Bugünün şartlarında, devlet başkanlarının görevleri devam ederken dahi görevi sırasında işlediği suçlardan dolayı yargılanabileceği fikri ağır basmaktadır. Anıl Çamyamaç ve Zekiye Özen İnci. *Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 70.

⁹³ Bu, BM Şartı'nın (BMGK kararlarının bağlayıcı nitelikte olduğunu düzenleyen 25.maddenin) bir sonucudur. Bununla birlikte ABD, buna karşı çıkarak özel düzenlemelerle kendi vatandaşlarına karşı yetkilendirmeyi önlemeyi amaçlamıştır. Mine Ezgi Çırak, *Uluslararası Ceza Mahkemesi Perspektifinden Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 77-78.

Bununla birlikte UCM, geçmiş kararlarında Statü'ye taraf olmayan devletler üzerindeki yargı yetkisinin bulunmamasının yalnızca taraf devletler üzerinde bir yargı yetkisi bulunduğu anlamına gelmeyeceğini ifade etmiş ve ilgili hususların varlığı halinde UCM' nin yargılama yetkisine sahip olabileceği belirterek Libya ve Sudan kararlarında kısaca şu şartları belirtmiştir: Tüzüğün temel amacı olarak uluslararası toplumda endişe verici en ciddi suçların faillerin cezasız bırakılmaması, Statü'nün 27. maddesinin geniş yorumlanması, Statü'deki 21. madde uyarınca kuralların uygulanabilirliği ve BMGK bildirim sonucunda yapılan muhakemenin Roma Statüsü içinde değerlendirilmesi⁹⁴.

Görüldüğü üzere, UCM her ne kadar yargılama yetkisini genişletse de bunu nispeten BMGK aracılığıyla yapabilmektedir. Bu nedenle Rus devlet personelleri hakkında verilen tutuklama kararları, şu aşamada hukuki temelle örtüşmemektedir. Ayrıca El-Beşir olayında da görüldüğü gibi bir devlet başkanının yargı yetkisinin önu açık olsa dahi yargılanabilmesi, pratik olarak mümkün gözükmemektedir. BMGK kararıyla bir zorlama yapılması düşüncesi ise, Rusya'nın veto yetkisine sahip olması dikkate alındığında mümkün görünmemektedir.

Buna karşın verilen tutuklama kararlarının taraf olmayan devletlerin yöneticilerine karşı işletilebilmesine dair olası yansımaları, UCM tarihi açısından önem arz etmektedir. Putin' in BRICS toplantısının düzenlendiği Güney Afrika Cumhuriyeti' ne tutuklama olasılığına karşı gitmediği ve toplantıya online katıldığı görülmektedir. Bu da her ne kadar kararın hukuki uygulanabilirliğini sorgulatsa da kişiler üzerinde bir baskı oluşturmaktadır⁹⁵.

⁹⁴ UCM, kendisinde gördüğü bu yetkiyi BMGK bildirim sonrası başlattığı Libya ve Sudan soruşturmasında değerlendirmiştir. Bu gerekçeler, hukuki nitelikleri yönünden bazı sakıncaları barındırmaktadır. Tartışmalar için bkz. Çırak, *Uluslararası Ceza Mahkemesi Perspektifinden Devlet Başkanlarının Yargı Bağımsızlığı*, 85-86.

⁹⁵ Güney Afrika Cumhuriyeti, Roma Statüsüne taraf devletlerden birisidir. Ancak El-Beşir davasında, ülkesinde bulunan El-Beşiri tutuklamamıştı. Bu olay sonrası yoğun tartışmalar yaşanmış, hatta Güney Afrika Cumhuriyeti Statü'den çekilmeye karar vermiş, daha sonra Statü'de kalmaya devam etmişti. Trent ve Schnurr, "Promoting and Protecting Human Rights," 17. Bununla birlikte geçmişte yapılan tartışmalı uygulama ve başkaca ülkelerin oluşturduğu baskı neticesinde Güney Afrika Cumhuriyeti, yükümlülüklerinin farkında olduğunu ifade etti. Bu olayların ışığında Putin, toplantıya video konferans yoluyla katılacağını açıkladı. Sürecin kısa akışı ve taraf olmayan devletlerin başkanlarına yönelik baskıların yorumu için bkz. Ori Beer, "Putin and The Hague: The Precedent, and the Significance for Israel," *Institute for National Security Studies*, (Nisan, 2023), 1-6.

SONUÇ

Uluslararası ceza hukukunun önemli bir yerinde bulunan savaş suçları, Roma Statüsüyle cezalandırma konusuna dahil edilerek savaş sırasında gerçekleştirilen eylemlere karşın bir cezalandırma mekanizması oluşturulmuştur. Bu mekanizma, silahlı çatışmalar sırasında meydana gelebilecek insancıl hukukun ağır ihlallerine karşın etkin bir düzenlemedir.

Bununla birlikte Statü kural olarak yalnızca Statüye taraf olan devletler yönünden uygulama alanı bulabilir. Bunun istisnası, Statü hükümleri uyarınca taraf olmayan devletin soruşturma yetkisini UCM' ye vermesi, BMGK' nin bildiri ve UCM savcılığının resen soruşturma başlatması halleridir.

Rusya-Ukrayna arasındaki süregelen silahlı çatışmaların devamı sırasında UCM, Statüye taraf olan devletlerin ve Ukrayna'nın da soruşturma yetkisine onay vermesi sonucunda Rusya Federasyonu yöneticileri hakkında verdiği tutuklama kararı son derece önemli hukuki tartışmalara zemin hazırlamıştır.

Statüye taraf olmayan bir devletin bireyi hakkında tutuklama kararı verilmesi kural olarak mümkün gözükmemektedir. Bunun istisnası ise, yukarıda ifade edilen hallerde mümkün olabilmektedir. Günümüzde bu istisnai hallere ilişkin olarak herhangi bir uygulama bulunmadığı görüldüğünden, verilen kararın hukuki yönü eksik kalmaktadır. Buna ek olarak Rusya'nın da söz konusu karara ciddi bir değer atfetmediği görülmektedir. Nitekim görünüş itibarıyla hukuki yönden eksikleri olan bu kararın uygulanması salt hukuksal temellerle de mümkün olamayacaktır.

Uluslararası hukuktaki temel algının egemen devlet teorisi ve siyasal güç dengeleri olması nedeniyle devletler arasındaki uyuşmazlıkların hakkaniyet yoluyla çözümlenmesi ve adil bir yargılama sistemi adına evrensel bir ceza yargılamasının yapılması, zor gözükmemektedir.

Bütün bunlar düşünüldüğünde ise söz konusu olayla ilgili somut ve müspet bir delil saptanması şu aşamada mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar taraflar, ikili yaklaşımlarla UCM yargılamasına yönelik belirli tutum ve davranışlara girmiş olsa da farklılıkların giderilmesi adına kurulacak bağımsız bir soruşturma komitesi şu aşamada mümkün gözükmemektedir.

UCM' nin vermiş olduğu tutuklama kararı UCM' nin değer etiketi yönünden de oldukça önemli görünmektedir. Zira UCM yargılama yetkisini Statüye taraf olmayan bir devlet (ki bu devlet BMGK daimî üyesidir) görevlisi

üzerinde tutuklama kararı vererek kullanmıştır. Bu yetki, hukuki anlamda bazı sakıncaları yukarıda açıklanan nedenlerle barındırmaktadır. Buna ek olarak olası bir hukuki uygulanamamazlık halinde de Mahkeme'nin caydırıcı gücü oldukça sarsılabilecektir.

Sonuç olarak özetle belirtilebilir ki UCM' nin vermiş olduğu tutuklama kararı, hukuki yönden bazı sakıncaları barındırmakta ve UCM' nin gelecekteki etkin rolünü ilerletebilmesi ve sürdürebilmesi yönünden önemli bir sınav olarak uluslararası ceza hukukunda yer edinmektedir.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Can. "Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları." Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.
- Aksar, Yusuf. *Evrinsel Yargı Kuruluşları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- Akyılmaz, Gül. *Siyasi Tarih*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Ateş Ekşi, Canan. *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- Avcı, Gökmen. "Uluslararası Ceza Mahkemesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2012.
- Azarkan, Ezeli. *Nuremberg'ten La Haye' ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2003.
- Başak, Cengiz. *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar* Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Bebler, Anton. "Crimea and the Ukrainian-Russian conflict." *"Frozen conflicts" in Europe*. Ed: Anton Bebler, s.189-207.
- Beer Ori, "Putin and The Hague: The Precedent, and the Significance for Israel." *Institute for National Security Studies*, (Nisan 2023): s. 1-6.
- Cassese, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Cengiz, Ali. "Uluslararası Ceza Yargısında Ceza Sorumluluğu ve Tutuklama Tedbiri." Yayınlanmamış Doktora tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2023.
- Çamyamaç, Anıl ve Zekiye Özen İnci. *Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet* Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Çırak, Mine Ezgi. "Uluslararası Ceza Mahkemesi Perspektifinden Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı." Yayınlanmamış yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2020.

- Değirmenci, Olgun. “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu.” *Legal Hukuk Dergisi* (2012): 57-96.
- Değirmenci, Olgun. “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi.” *Ceza Hukuku Dergisi* (Aralık 2008): 57-103.
- Erdal, Selcen. *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Fleck, Dieter. ed., *The Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Garner, Bryan A. ed., *Black’s Law Dictionary*. St. Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2009.
- Gülergün, Cansu. “Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu.” Yayımlanmamış yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2019.
- Grant, Thomas D. “Annexation of Crimea.” *The American Journal of International Law*, 109.sayı. (Ocak 2015), s. 68-95.
- Henckaerts, Jean Marie. “Deportation and Transfer of Civilians in Time of War.” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26.Sayı, (Ekim 1993): s.469-519.
- Henckaerts, Jean-Marie ve Louise Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules* (ICRC) Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Köprülü, Timuçin. “Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu.” Yayımlanmamış Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Martin Susan F. “Forced Migration and Professionalism.” *The International Migration Review, Special Issue: UNHCR at 50: Past, Present and Future of Refugee Assistance*. 35.sayı (2001): s.226- 243.
- Öztürk, Uğurcan. “Statutory Limitations in International Criminal Law: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes.” Yüksek Lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2017.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Sands, Philippe. “After Pinochet: the role of national courts.” in *From Nuremberg to The Hague*, edited by, 68-109. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Stern, Brigitte. “Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?.” *Justice for Crimes Against Humanity* içinde, ed. Mark Lattimer ve Philippe Sands, 73-106. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.
- ŞEN, Ersan. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.

Töngür, Ali Rıza. *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku*. İstanbul: Kazancı Kitap, 2005.

Trent, John ve Laura Schnurr. "Promoting and Protecting Human Rights." *A United Nations Renaissance, What the UN is, and what it could be*, Verlag Barbara Budrich, 2018, s. 98-123.

Yamaner, Melike Batur, A. Emre Öktem, Bleda Kurtarcan ve Mehmet C. Uzun. *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, tarihsiz.

Web Kaynakları:

"C.N.886.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification)." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.886.2016-Eng.pdf>.

"Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir." Son erişim tarihi: 20.06.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF.

Euronews, "Sudan hükümeti, eski Cumhurbaşkanı Ömer el Beşir'i UCM'ye teslim edecek." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://tr.euronews.com/2021/08/11/sudan-hukumeti-eski-cumhurbaskan-omer-el-besir-i-ucm-ye-teslim-edecek>.

"ICTY, The Prosecutor v. Radovan Karadzic, IT-95-5/18-T, 24 March 2016." Son erişim tarihi: 20.06.2024, http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf.

International Criminal Court. "Elements of Crimes." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>.

"International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Statute of the Tribunal." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal>.

"Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1 Charter of the International Military Tribunal." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>.

"Prosecutor V. Dusko Tadic a/k/a "Dule" Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

"Report on Preliminary Examination Activities (2016)." Son erişim tarihi: 20.06.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf.

"Rome Statute of the International Criminal Court." Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

- “Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_04825.PDF.
- “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.
- “Türk Dil Kurumu Sözlüğü.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://sozluk.gov.tr/>.
- “Türk Lehçeleri Sözlüğü.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://turklehceleri.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/hepsi/anlam/oblast>.
- “United Nations | International Residual Mechanism for Criminal Tribunals.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://unictr.irmct.org/en/documents>.
- International Criminal Court, “Ukraine.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.
- IOM (Uluslararası Göç Örgütü), “Göç Terimleri Sözlüğü” (ed. Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross). Son erişim tarihi: 20.06.2024, http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf.
- The Guardian, “Vladimir Putin pays surprise visit to occupied Mariupol in Ukraine.” Son erişim tarihi: 20.06.2024, <https://www.theguardian.com/world/2023/mar/19/vladimir-putin-makes-surprise-visit-to-occupied-mariupol-in-ukraine>.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 25.07.2023 TARİHLİ BİREYSEL BAŞVURU KARARI BAĞLAMINDA EVLAT EDİNMEDE EVLAT EDİNEN VE EVLAT EDİNİLEN ARASINDAKİ YAŞ FARKI MESELESİ

*The Issue of the Age Difference Between the Adopter and the
Adopted in Adoption in the Context of the Individual Application
Decision of the Constitutional Court Dated 25.07.2023*

S. Hülya İMAMOĞLU*

ÖZ

Anayasa Mahkemesi, 25.07.2023 tarihli bireysel başvuru kararında, başvuru ve başvurucudan onaltı yaş büyük üvey babası arasında mahkeme kararıyla kurulan evlatlık ilişkisinin kaldırılması dolayısıyla başvuru aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre hak ihlali, evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olmasını öngören TMK m. 308/I hükmünden kaynaklanmıştır. Burada ihlalin sebebi, anılan hükmün somut olay bağlamında uygulanabilecek haklı ve kabul edilebilir istisnalara yer vermemesi, zorunlu durumlar karşısında uygulayıcılara takdir alanı bırakmamasıdır. Asgari yaş farkı şartı, evlat edinmeyle birlikte evlat edinen ve evlat edinilen arasında kurulan soybağı ilişkisini, doğal bir ana baba ve çocuk ilişkisine benzetmeyi ve böylelikle dengeli bir aile yapısını oluşturmayı hedeflemesi bakımından gerekli bir düzenlemedir. Ancak TMK m. 308/I hükmündeki düzenleme, esnek değildir. Bireysel başvuruya konu olayda olduğu gibi münferit halin şartlarına göre ve özellikle çocuğun yararına gerekli görüldüğü takdirde asgari yaş farkı şartından ayrılmak mümkün olmalıdır. Bize göre bu konuda yasal bir değişiklik yapılmalıdır. Ancak yasal bir değişikliğe gidilmediği takdirde

Makalenin Geliş Tarihi: 14.09.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 01.10.2024.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: imamoglu@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6065-6795.

somut olay bağlamında adaletsiz bir sonucu önlemek için TMK m. 2/II hükmüne dayanılarak normun düzeltilmesi yönüne gidilebilir veya TMK m. 308/I hükmünün katı bir hüküm olarak değerlendirilmemesi halinde teleolojik redüksiyon yöntemiyle anılan hükmün çocuğun yararına somut olaya uygulanmaması sağlanabilir.

Anahtar Kelimeler: Evlat edinme, çocuğun yararı, aile hayatına saygı hakkı, normun düzeltilmesi, teleolojik redüksiyon

ABSTRACT

In its individual application decision dated 25.07.2023, the Constitutional Court concluded that the applicant's right to respect for family life was violated with the abolition of the adoption relationship established by court decision between the applicant and his stepfather, who is sixteen years older. According to the High Court, the violation resulted from Turkish Civil Code (TCC) Art. 308/I, which stipulates that the adopted person must be at least eighteen years younger than the adopter. TCC Art. 308/I, is not flexible. As in the case of the subject individual application, it should be possible to diverge from the minimum age difference requirement according to the circumstances of the individual case and if deemed necessary for the interest of the child. In our opinion, a change in legislation should be made on this issue. Unless a legal change is made, in order to prevent an unfair outcome in the context of specific cases, the norm can be corrected as per TCC Art. 2/II, or if TCC Art. 308/I is not considered a strict provision, it can be ensured that the said provision is not applied to the specific case for the interest of the child by using the teleological reduction method.

Key words: Adoption, interest of the child, right to respect for family life, correction of the norm, teleological reduction

I. GİRİŞ

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin 25.07.2023 tarihli bireysel başvuru kararı bağlamında evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkı meselesi ele alınmıştır. Evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkı, TMK m. 308/I hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şarttır. Burada söz konusu olan, asgari bir yaş farkıdır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu olan olayda uygulanan TMK m. 308/I hükmünün kesin bir hüküm olması ve haklı ve kabul edilebilir istisnaları içermemesi sebebiyle başvurucunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Çalışmada önce Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararına yer verilmiş, daha sonra evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkına ilişkin düzenlemeyi öngören TMK m. 308/I hükmü üzerinde durulmuştur. Bu noktada özellikle kanun koyucunun evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasında asgari bir yaş farkının bulunması şartını neden öngördüğü ve bu yaş farkının neden onsekiz yaş olduğu hususu irdelenmiştir. Ancak bu inceleme yapılırken yol gösterici olabileceği düşüncesiyle, İsviçre Medeni Kanunu'nun TMK m. 308/I hükmüne kaynak oluşturan bu konudaki düzenlemesi de ilgili öğretiyi ve içtihatla birlikte dikkate alınmıştır.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN 25.07.2023 TARİHLİ BİREYSEL BAŞVURU KARARI¹

Bireysel başvurunun konusu, başvuru ve başvurucudan onaltı yaş büyük üvey babası arasında mahkeme kararıyla kurulan evlatlık ilişkisinin ilgili nüfus müdürlüğünün ihbarı üzerine Cumhuriyet başsavcılığınca açılan dava sonucunda kaldırılması sebebiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıdır.

Bireysel başvuru kararında ifade edildiği üzere Cumhuriyet başsavcılığı, TMK m. 308 hükmüne² dayanarak evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep ederken, karşı taraf anılan hükmün Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Yargılamayı yapan mahkeme, evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şartını getiren TMK m. 308 hükmünün evlatlık kurumunun

¹ Y. C. V. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2020/10490 (RG, 17.10.2023, S. 32342).

² TMK m. 308/I hükmüne göre: "Evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şarttır."

ciddiyetini ve gerçek amacını koruduğu, evrensel ve toplumsal gerçekler ile fiziksel gelişim, evlenme yaşı gibi hususlar dikkate alınarak belirlenen yaş farkının ülke gerçekleri ile uyumlu ve gerçek evlatlık bağı açısından önemli olduğu gerekçeleriyle Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmemiş ve yaş farkına ilişkin yasal şartın bulunmadığı gerekçesiyle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde başvuru ve üvey babası arasındaki yaş farkı şartının değiştirilmesinin mümkün olmadığı, bu eksikliğin sonradan tamamlanamayacağı, söz konusu eksikliğin esaslı unsurlardan olduğu, bu sebeple evlat edinilenin menfaatlerinin ağır derecede ihlal edilip edilmediği hususunda tartışma yapılamayacağı belirtilmiştir. Karar kesinleşmiş ve bireysel başvuruya sebebiyet vermiştir.

Bireysel başvuruyu incelemeyen önce evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkıyla ilgili olarak ulusal hukuk³ ve uluslararası antlaşma hükümlerini⁴ ve kıta Avrupası'na dâhil başlıca ülkelerin bu konudaki düzenlemelerini⁵ göz önünde bulunduran Anayasa Mahkemesi, başvuruyu, somut olayda başvuru ve üvey babası arasında aile hayatı anlamında bir bağın olduğundan hareketle, aile hayatına saygı hakkı kapsamında uygulanabilir ve başvurucunun herhangi bir istisnaya yer vermeyen yaş farkıyla ilgili düzenleme ve evlatlık ilişkisinin kurulmasına imkân

³ TMK m. 305, m. 308/I.

⁴ Anayasa Mahkemesi, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine yer vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin çocuğu ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararını temel düşünce olarak vurgulayan ve taraf devletlerin çocuğun yararı için uygun yasal ve idari önlemleri alması gerektiğini hükme bağlayan 3. maddesini ve çocuğa ihtiyaç duyduğu bakımın sağlanmasında bir seçenek olarak evlat edinmeyi öngören 20. maddesini dikkate almıştır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuştur (RG, 27.01.1995, S. 22184). Anayasa Mahkemesi, bu konuda son olarak Türkiye tarafından imzalanmayan 27.11.2008 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Gözden Geçirilmiş Avrupa (Konseyi) Sözleşmesinin 9. maddesine yer vermiştir. Anılan maddeye göre evlat edinen ve evlat edinilen arasında çocuğun yararı bakımından uygun bir yaş farkı (tercihan en az onaltı yaş) olmalıdır. Ancak evlat edinilenin, evlat edinilenin ana veya babasının eşi (veya kayıtlı partneri) olması durumunda veya istisnai haller mevcutsa yaş farkı şartından çocuğun yararına olacak şekilde ayrılma imkânı öngörülebilir. Ayrıca bkz. Y. C. V. Başvurusu, § 18- § 21.

⁵ Anayasa Mahkemesi, karşılaştırmalı hukuk kapsamında İsviçre, Fransa, İspanya ve Almanya Medeni Kanunlarının konuyla ilgili hükümlerine yer vermiştir. Bkz. Y. C. V. Başvurusu, § 24- § 28.

sağlayamayan mevcut uygulama sebebiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasını kabul edilebilir bulmuştur⁶.

Anayasa Mahkemesi, başvuruyu esas yönünden değerlendirirken Anayasanın 20. maddesinde güvenceye bağlanan aile hayatına saygı hakkı⁷ kapsamında uygulanması gereken genel ilkelere işaret etmiştir. Buna göre devlet, aile hayatına keyfi surette müdahaleden kaçınmalıdır. Bu yönde kişi, aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmelidir. Diğer taraftan devlet, aile hayatına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirleri de almalıdır. Burada devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri söz konusu olur. Bu yönde Anayasanın bu konudaki 41. maddesi de göz önünde tutulur⁸. Bu bağlamda çocuğun yararı da dikkate alınarak aile hayatını koruyucu hukuki düzenlemeler yapılmalıdır. Keza düzenleyici çerçeve, aile ilişkilerinin hukuken kurulmasını sağlamaya elverişli, yeterli düzeyde açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olmalıdır. Bu yönde ailenin hukuken ve kimi zaman da fiilen kurulabilmesi için gerekli kurumlardan biri olarak evlat edinmeyle ilgili kurallar da sözü edilen yükümlülükler uygun şekilde oluşturulmalı ve uygulanmalıdır. Kararda bu noktada belirtildiği üzere çocukların ruh ve beden sağlığının korunması ve sağlıklı bireyler olmaları, çocukların duygusal, sosyal ve ahlaki gelişimleriyle ilgili önlemlerin alınmasını sağlayan, çocukların aile ve toplum içindeki yerini düzenleyen hukuk kurallarının varlığıyla doğrudan

⁶ Anayasa Mahkemesi, konu bağlamında evlat edinmede TMK m. 308/1 hükmündeki evlat edinen ve evlat edinilen arasında en az onsekiz yaş farkı bulunması şartını arayan ve derece mahkemelerinin aksi yöndeki kararlarını kanuna aykırı olarak değerlendiren Yargıtay kararlarına ve yine evlat edinme konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına da yer vermiştir. Bkz. Y. C. V. Başvurusu, § 16- § 17 ve § 22- § 23. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına göre evlat edinme hususunda Sözleşmeye taraf olan devletlerin geniş takdir yetkileri bulunmaktadır ve çocukların evlat edinilmesi konusu düzenlenirken en uygun yöntemin belirlenmesinde ulusal makamlar yetkindir. Bkz. Y. C. V. Başvurusu, § 23.

⁷ Aile hayatına saygı hakkı, Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Buna göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır (Y. C. V. Başvurusu, § 32, § 39).

⁸ Anayasanın 41. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: “Aile, Türk toplumunun temelidir... (f. 1). Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle... çocukların korunması... nı sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar (f. 2). Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir (f. 3). Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır (f. 4).” Ayrıca bkz. Y. C. V. Başvurusu, § 33.

ilişkilidir. Bu bakımdan devlet, sahip olduğu geniş takdir alanı içinde çocukla aile bağı bulunan kişiler arasındaki ilişkinin geliştirilmesini ve mümkün olan en kısa sürede çocuğun ailesiyle gerek hukuken gerek fiilen bütünleşmesini sağlayacak, yasal güvenceleri içeren ve herkesi kapsayacak düzenlemeleri hayata geçirmelidir.

Somut olaya konu olan hususun, evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkını düzenleyen TMK m. 308 hükmünün uygulanmasına ilişkin olduğunu ifade eden Anayasa Mahkemesine göre evlatlık ilişkisi, çocuğun yararının korunması amacı doğrultusunda devletin geniş takdir alanı içinde belirlenen şartlara bağlı olarak kurulabilir. Tüm modern hukuk sistemlerinin yürürlükte olduğu ülkelerde, taraflar ve toplum için taşıdığı önem ve yarattığı etki dolayısıyla evlat edinme işlemi, birçok şarta bağlanmıştır. Bu yönde evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasında belirli bir yaş farkının aranması da birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da evlat edinmenin bir şartı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre evlat edinme kararıyla birlikte evlat edinen ve evlat edinilen arasında kan bağına dayalı soybağı ilişkisine benzer bir aile ilişkisinin oluşturulması amacı doğrultusunda belirlenen gerçekliğe uygun bir yaş farkı şartının temelinde Roma hukukundan gelen ve günümüz hukuk sistemlerine yansıyan “*adoptio naturam imitatur (evlat edinme doğayı/ doğal olanı izler/ taklit eder)*” ilkesi bulunur. Bu bakımdan biyolojik ana baba ve çocuk arasındaki yaş farkı dikkate alınarak ve doğal olan izlenerek evlat edinen ve evlat edinilen arasında da belirli bir yaş farkının öngörülmesi, makul ve kabul edilebilir bir durumdur. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesine göre Türk hukukunda evliliğin kural olarak onyedinci yaşın doldurulmasıyla gerçekleşebileceği göz önünde tutulduğunda, TMK m. 308 hükmü uyarınca evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şartının, biyolojik ana baba yaşının dikkate alınarak belirlendiği söylenebilir.

Yüksek Mahkemeye göre evlat edinen ve evlat edinilen arasında en az onsekiz yaş farkı bulunmasına ilişkin şart, genel ve kesin nitelikte bir kural olarak düzenlenmiştir. Sözü edilen şartın genel bir kural olarak düzenlenmesinin – düzenleme amacı gözetildiğinde – ilgililere katlanılması güç veya imkânsız bir külfet yüklediği söylenemez. Bundan başka derece mahkemelerince ifade edilen söz konusu yaş farkının evlat edinme kurumunu koruduğu, bu kurumun kötüye kullanılmasını engellediği, çocuğun fiziksel gelişimi, evlenme yaşı gibi hususlar dikkate alındığında evrensel gerçekliğe ve çocuğun yararına uygun olduğu yönündeki gerekçelerin genel kuralın

gerekliliğinin ortaya konulması bakımından ilgisiz olmadığı açıktır. Bununla birlikte somut başvurunun değerlendirilmesi bakımından en önemli husus, evlat edinmede aranan yaş farkıyla ilgili kuralın kesin olmasının ve istisnai hallere yer verilmemesinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletin yasal düzenlemeler yapma konusundaki pozitif yükümlülüğüne aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bu noktada evlat edinen ve evlat edinilen arasında makul bir yaş farkı olmasına rağmen Kanun'da aranan onsekiz yaş farkının bulunması şartının sağlanamadığı, fakat evlat edinmeye karar verilmesinin özellikle çocuğun yararının korunması bakımından gereklilik içerdiği hallerde uygulanabilecek istisnai bir hükmün olmaması, devletin çocukların aile ve toplum içindeki yerini düzenleyen hukuk kurallarını oluşturma konusundaki pozitif yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilir.

Bu tespit ve değerlendirmeleri somut başvuruya özgü şartlar bağlamında ele alan Anayasa Mahkemesi, kesin ve istisna içermeyen kuralın başvurucağın aile hayatına saygı hakkına olan etkisini belirlemiştir. Şöyle ki somut olayda başvurucağın, başvurucağın onaltı yaş büyük üvey babasını, çok küçük yaşından itibaren babası olarak bildiği, üvey babanın da başvurucağın bakım ve gözetimini baba sıfatıyla yıllar boyu sürdürdüğü, hatta başvurucağın sonradan soyadı değişikliği yaparak üvey babasının soyadını edindiği hususları dikkate alındığında başvurucağın ve üvey babası arasında doğal ve gerçek düzeyde baba çocuk ilişkisinin fiilen oluştuğu açıktır. Ayrıca başvurucağın, süregelen hukuki süreç içinde üvey babası ile evlatlık ilişkisinin kurulmasının yararına olacağını birçok kez ileri sürmüş, bu durum kamusal makamlarca da tespit edilmiştir. Tüm bu süreç göz önünde tutulduğunda aralarında makul kabul edilebilecek bir yaş farkı bulunan tarafların fiilen var olan aile bağlarının hukuken de tam bir koruma altına alınması gerekir. Ancak bu türden bir koruma mevcut yasal düzenlemelerle sağlanamayacağı için tam da bu noktada devletin aile beraberliğinin tanınması konusunda yasal düzenlemeler yapılmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü bağlamında genel kurala istisna getiren hükümlerin hayata geçirilmesi gerekir. Oysa sözü edilen gerekliliğe rağmen genel ve kesin kuralın hiçbir istisna içermediği görülmektedir. Bu durum da somut olayda olduğu gibi çocuğun yararının korunması ilkesine ve aile hayatı ilişkilerine zarar vermektedir. Burada başvurucağın istisnai durumunu ve haklı taleplerini kapsam dışında bırakan eksik bir düzenleme bulunmakta, diğer bir ifadeyle asgari yaş farkına ilişkin TMK m. 308 hükmü, haklı ve kabul edilebilir istisnalara yer vermemektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesince yürürlükteki düzenlemenin kesin olması, hiçbir hal yönünden istisna içermemesi ve

zorunlu durumlar karşısında uygulayıcılara takdir alanı bırakmaması sebebiyle devletin yasal düzenlemeler oluşturma konusundaki pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır. Bu yönde söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği ve ihlalin de doğrudan TMK m. 308 hükmünün gerekli istisnalara yer vermemesinden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, mevcut başvuru yönünden aile hayatına saygı hakkının ihlalinin ve sonuçlarının giderimi için ihlalin doğrudan kanundan kaynaklanması sebebiyle bireysel başvurunun amacına ve işlevine uygun şekilde benzeri ihlallerin de önüne geçmek üzere ihlale ilişkin kararın yasama organına bildirilmesi ve yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan da söz konusu kararın bir örneğinin ilgili derece mahkemesine gönderilmesi gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Anayasa Mahkemesine göre kanundan kaynaklanan ihlal durumunda yasal düzenleme yapılması hususundaki keyfiyet parlamentoya bildirilmelidir. Yeniden yapılacak yargılamada ise, Anayasanın 152. maddesi uyarınca ilgili kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurmak mümkündür veya Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uygulanabilir. Buna göre yeniden yapılacak yargılamada uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda uyumsuzluk, uluslararası antlaşma hükümleri esas alınarak çözülebilir.

III. TÜRK / İSVİÇRE HUKUKLARINDA EVLAT EDİNMEDE EVLAT EDİLEN VE EVLAT EDİNİLEN ARASINDAKİ YAŞ FARKINA İLİŞKİN DÜZENLEME

Türk hukukunda evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkına ilişkin düzenleme, yukarıda da birçok kere değinildiği üzere, TMK m. 308/I hükmünde yer almaktadır. Anılan düzenlemeye göre “evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şarttır.”

TMK m. 308/I hükmüne ilişkin gerekçede maddenin İsviçre Medeni Kanunu’nun 265 inci maddesinden, bu hükmün birinci fıkrasında değişiklik yapılmak suretiyle alındığı ifade edilmiştir. Söz konusu değişiklik, kaynak maddedeki onaltı yaş farkı sınırının birinci fıkrada onsekize çıkarılmış

olmasıdır⁹. Gerekçede TMK m. 308/I hükmüne ilişkin başka bir açıklama olmayıp, kanun koyucunun 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde de yer alan onsekiz yaş farkı şartını devam ettirmeyi tercih ettiği görülmektedir¹⁰.

Türk hukukunda evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken yaş farkı, asgari bir yaş farkı olarak düzenlenmiş olup, bunun dışında yaş farkı yönünden bir üst sınır öngörülmemiştir¹¹. Diğer taraftan asgari yaş farkı şartını getiren TMK m. 308/I hükmü, evlat edinmede asgari yaş farkı şartından ayrılmayı mümkün kılan bir istisnaya yer vermemiştir¹².

Kanun koyucunun evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasında asgari bir yaş farkının bulunması şartını neden öngördüğü ve bu yaş farkının neden onsekiz yaş olduğu hususunda kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun bu konudaki düzenlemesinin tarihi gelişimine göz atmak yararlı olacaktır. Bu noktada evlat edinme kurumunun federal düzeyde İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alması sürecine de değinmek gerekir.

İsviçre Medeni Kanunu'na ilişkin açıklamaları içeren materyalde evlat edinmenin hukukten kabul edilmesiyle kan bağına dayalı soybağı olmaksızın ana baba ve çocuk ilişkisinin yapay olarak kurulmasına izin verildiği ifade edilmektedir¹³. Yine bu açıklamalarda o zaman için halkın geniş kesimine yabancı olsa da evlat edinme kurumunun İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alması gerektiği belirtilmiştir¹⁴. Bir kere böyle bir kurumun hukuk sistemine

⁹ Gerekçe için bkz. TBMM, Dönem 21, Yasama Yılı 3, S. Sayısı: 723, 119 (<https://www.tbmm.gov.tr>).

¹⁰ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde anılan düzenlemenin yer aldığı 253. maddenin ikinci cümlesine göre "evlat edinen kimsenin evlatlıktan en az onsekiz yaş büyük olması şarttır."

¹¹ Kaynak İsviçre hukukunda durum farklıdır. İsviçre Medeni Kanunu'nun evlat edinmeyle ilgili hükümlerinde 2016 yılında yapılan değişikliklerle evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken asgari yaş farkının yanında azami bir yaş farkı da yasal düzeyde öngörülmüştür. İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmüne göre çocuk ve evlat edinmek isteyen kişi arasındaki yaş farkı, onaltı yaştan az, kırkbeş yaştan çok olamaz (Art. 264d Abs. 1 ZGB).

¹² Nitekim yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararında da evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki asgari yaş farkına ilişkin TMK m. 308/I hükmünün istisnaya yer vermediği hususu vurgulanmıştır.

¹³ Markus Reber ve Christoph Hurni, *Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2007), 238.

¹⁴ Ayrıca bkz. BBl 1904 IV 1 (35). Evlat edinme kurumunun İsviçre Medeni Kanunu'na alınması, tartışmalı olmuştur. Bu konuda evlat edinme kurumunun kabul edilmesinin kantonlara bırakılması talep edilmiştir. Belirtmek gerekir ki İsviçre Medeni Kanunu'ndan

dâhil edilmesi, herhangi bir menfaati ihlal etmez. Aile hukukuyla ilgili görüşlerine uygun olduğunu düşünen herkes, bu kurumdan yararlanabilir. Diğer taraftan kabul edilebilir çare veya çözüm yollarının yasaklanmaması, hukuk sisteminin özgürlüğünün bir parçasıdır¹⁵. Evlat edinme kurumu ile çocuksuz erişkinlerin çocuk sahibi olması, ana babasız çocukların da ana baba sahibi olması hedeflenmiştir¹⁶. Ancak bunun – esas itibarıyla ahlakî sebeplerle de – ana baba ve çocuk ilişkisi oluşturulması suretiyle gerçekleştirilmesi düşünülmüştür. Bu temel düşünce, 1900'lerdeki evlat edinme ile ilgili yasal düzenlemeye yön vermiştir. Yine özellikle ana baba tarafından bakım ve eğitimden yoksun çocuklara bir aile evi sağlama ve böylece gelişimlerini tehdit eden çeşitli tehlikelerden çocukları koruma düşüncesi de çocuğun yararının dikkate alınmasıyla birlikte evlat edinmeyle ilgili hükümlerin şekillendirilmesinde etkili olmuştur¹⁷.

Yukarıda anılan materyalde ifade edildiği üzere evlat edinmeyle birlikte doğal soybağı ilişkisi bulunmayan bir kişiyle soybağı ilişkisi kurulur. Ancak burada da doğal ilişki düşüncesi tamamen göz ardı edilemez. Bu bakımdan evlat edinmede yaşla ilgili şartların veya taraflar arasında daha yakın kişisel bağlantı gibi harici şartların bir dereceye kadar doğal ilişkiye göre şekillenmiş olması, en azından böyle bir ilişkiye doğrudan aykırı düşmemesi gerekir¹⁸. Bu yönde evlat edinen ve evlat edinilen arasında aranan yaş farkı da evlat edinmenin sadece doğal soybağı ilişkisinin ikamesi ve benzeri olduğunu ortaya koymalıdır¹⁹.

İsviçre kanun koyucusu, evlat edinmeyle ilgili düzenlemenin ilk halinde evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken yaş farkı olarak

önce evlat edinme kurumu, sadece sekiz kanton tarafından tanınmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'ndaki evlat edinmeyle ilgili düzenleme, eski Zürih kanton hukukuna dayanmaktadır. Bu konuda bkz. Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Das Eheleiche Kindesverhältnis, Art. 252- 301 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag, 1964), Vorbemerkungen zu den Art. 264- 269, N. 3.

¹⁵ Reber ve Hurmi, *Materialien zum Zivilgesetzbuch*, 238.

¹⁶ A. Egger, *Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Art. 252- 359*, 2. Auflage (Zürich: Schulthess Verlag, 1943), Art. 264 N. 1.

¹⁷ Krş. Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 1; Hegnauer, *Berner Kommentar*, Vorbemerkungen zu den Art. 264- 269, N. 5; BBl 1971 I 1200 (1213).

¹⁸ Reber ve Hurmi, *Materialien zum Zivilgesetzbuch*, 238.

¹⁹ Alfred Silbernagel ve P. Wäber, *Berner Kommentar, Familienrecht, Die Verwandtschaft*, 2. Auflage (Bern: Stämpfli Verlag, 1927), Art. 264 N. 2; ayrıca bkz. Hegnauer, *Berner Kommentar*, Art. 264 N. 17.

onsekiz yaş farkını kabul etmiştir²⁰. Öğretide bu yaş farkının açıkça – o zaman için söz konusu olan – kadının evlenme yaşına dayanılarak konulmuş olduğu belirtilmiştir^{21 22}.

1972 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nun evlat edinmeyle ilgili hükümlerinde önemli bir revizyon yapılmıştır²³. Bu revizyon sırasında evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkı, onaltı yaşa indirilmiştir (Art. 265 Abs. 1 ZGB)²⁴. İsviçre kanun koyucusu, değişikliğe ilişkin gerekçede

²⁰ Art. a264 Abs. 2 ZGB. İsviçre Medeni Kanunu'ndaki evlat edinmeyle ilgili düzenlemenin dayandığı eski Zürih kanton hukukunda evlat edinen ve evlat edinilen arasında sadece onaltı yaş farkı aranmıştır (Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8).

²¹ Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8.

²² İsviçre Medeni Kanunu'nun evlenme yaşı bakımından evlenme ehliyetine ilişkin düzenlemesinin ilk haline göre erkeğin evlenebilmesi için yirmi yaşını, kadının evlenebilmesi için de onsekiz yaşını doldurmuş olması gerekiyordu (Art. a96 Abs. 1 ZGB). Buna karşılık olağanüstü hallerde, çok önemli hususlar haklı gösterirse, erkek onsekiz yaşını, kadın ise onyediyi yaşını doldurduğu takdirde, ana babanın veya vasinin rızasıyla birlikte, ilgili yönetimce evlenmeye ehil sayılabiliyordu (Art. a96 Abs. 2 ZGB). Normal erginlik yaşı da yirmi yaş olarak belirlenmişti (Art. a14 ZGB). İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle normal erginlik yaşı, onsekiz yaş olarak kabul edilirken evlenmeyle kazanılan erginlik ve mahkeme kararıyla kazanılan erginlik kaldırılmıştır. Evlenme yaşı, erginlik yaşı ile uyumlu hale getirilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'na göre evlenme yaşı bakımından kişinin evlenmeye ehil olması için onsekiz yaşını doldurması gerekir (Art. 94 ZGB). İsviçre hukukunda olağanüstü evlenme yaşı da kaldırılmıştır. Bkz. BBl 1993 I 1169, BBl 1996 I 1. Son değişiklikler için bkz. BBl 2019 8595; 2020 1273.

²³ BBl 1971 I 1200. İsviçre Medeni Kanunu'nun evlat edinmeyle ilgili hükümlerinde esaslı değişiklik yapan 1972 revizyonu, çocuğun yararı ilkesinden hareketle, çocuğun eğitimini ön planda tutan, bu yönde ana babasız çocuklara veya tam bir aile yaşantısından mahrum çocuklara evlat edinenlerin ailelerinde güvenli bir yuva sağlamayı işlev edinen eğitime (yetiştirme) amacıyla evlat edinmenin ihtiyaçlarına daha güçlü bir şekilde karşılık vermeyi hedeflemiştir. Özellikle evlat edinilen çocuğun evlat edinenin ailesine tamamiyle entegrasyonunun gerçekleştirilebilmesi için tam evlat edinme kurumunu benimsemiştir. Buna göre evlat edinme ile evlat edinilen, evlat edinenin çocuğu statüsünü alırken, evlat edinilenin o ana kadarki (kendi ailesiyle olan) soybağı ilişkisi ortadan kalkar. Sadece üvey çocuğun evlat edinilmesinde evlat edinilen üvey çocuğun kendisini evlat edinenle evli bulunan ana veya babasıyla mevcut soybağı ilişkisi ortadan kalkmaz. Diğer taraftan hısımlıktan doğan evlenme engeli, evlat edinilen ve altsoyu ile evlat edinilenin doğal ailesi arasında devam eder. 24 Nisan 1967 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi, 1972 revizyonu için önemli bir kılavuz oluşturmuştur. Bkz. BBl 1971 I 1200 (1211- 1215, 1229- 1232).

²⁴ Evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken asgari yaş farkının onsekizden onaltı yaşa indirilmesi, revizyon yapılırken tartışılmıştır. Eyaletler Konseyi, asgari yaş farkının kural olarak onsekiz yaşta bırakılmasını, sadece önemli sebeplerle, özellikle üvey çocuğun evlat edinilmesi halinde onsekiz yaş farkının onaltı yaşa indirilmesine izin verilmesini istemiştir. Bu konuda bkz. Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Artikel 252-*

özellikle birlikte evlat edinmede eşlerden birinin daha genç olması durumunda evlat edinmenin gerçekleşmemesi ihtimalini azaltmak düşüncesiyle onaltı yaşın belirlendiğini ifade etmiştir²⁵. TMK m. 308/I hükmü, anılan düzenlemeye göre şekillendirilmiştir. Ancak Türk kanun koyucusu, yukarıda da belirtildiği gibi, evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki onaltı yaş farkını, onsekize çıkarmıştır. Diğer bir ifadeyle kaynak Kanun'un ilk halinde yer alan ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde de kabul edilen onsekiz yaş farkı şartını korumuştur.

Evlad edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasında asgari bir yaş farkının aranmasında İsviçre kanun koyucusuna yön veren düşüncelerin Türk kanun koyucusu bakımından da geçerli olduğu kabul edilebilir. Buna göre evlat edinme ile evlat edinen ve evlat edinilen arasında kurulan soybağı ilişkisinin ana baba ve çocuk arasındaki doğal soybağı ilişkisine benzetilmesi gerektiği düşüncesinin bir sonucu olarak evlat edinen ve evlat edinilen arasında belirli bir yaş farkının arandığı ifade edilebilir²⁶. Yine bu yaş farkının onsekiz yaş farkı olarak belirlenmesinde Türk kanun koyucusunun da kadının

269c ZGB, 4. Auflage (Bern: Stämpfli Verlag, 1984), Art. 265 N. 2c; Peter Breitschmid, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB*, 5. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014), Art. 265 N. 3.

²⁵ BBl 1971 I 1200 (1224); Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 5. Ayrıca gerekçeye göre 1972 revizyonuyla İsviçre Medeni Kanunu'nda evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken asgari yaş farkı olarak belirlenen onaltı yaş farkı, eski Zürih kanton hukukundaki düzenlemeye karşılık gelmektedir.

²⁶ Bu konuda bkz. Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt*, 6. bası (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 367; Aytekin M. Ataay, "Medeni Hukukta Evlat Edinme," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası XXI*, no. 1-4 (1957): 303- 304, 290; ayrıca bkz. Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (İzmir: Günaydın Hukuk Yayınları, 2006), 375; Muhsen Abdulkader Saleh, *Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (Ankara: Adalet Yayınları, 2013), 60; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), 32; Şule Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi ve Koruyucu Aile Kavramı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 66; Oğuz Sadık Aydos, "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi IV*, no. 1-2 (2000): 119; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt III, Aile Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 492; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 19. bası (İstanbul: Filiz Yayınları, 2024), 345; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları: 2022), 381- 382; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. bası (Ankara: Turhan Yayınları, 2015), 954- 955; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010), 157; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. bası (İstanbul: Vedat Yayınları, 2005), 228; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 3. bası (Ankara: Pegem Akademi Yayınları, 2013), 159.

evlenme yaşını dikkate almış olabileceği söylenebilir²⁷. Nitekim Türk Kanunu Medenîsi'nin evlenme yaşını düzenleyen 88. maddesinin 1938 yılında gerçekleştirilen değişiklikten önceki ilk haline göre evlenebilmek için erkeğin onsekiz, kadının ise onyediyi yaşını doldurmuş olması şartı aranmıştır. Gerçi 1938 yılında yapılan değişiklikle²⁸ erkeğin evlenme yaşı onyediyeye, kadının evlenme yaşı onbeşe indirilirken evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkı değiştirilmemiştir²⁹. Bununla birlikte bu durum, başlangıçta Türk kanun koyucusunun da kadının evlenme yaşını göz önünde bulundurmuş olabileceği ihtimalini bertaraf etmez. Diğer taraftan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu da evlenme yaşını yeniden düzenlemiş, erkek ve kadın için onyediyi yaş olarak kabul etmiştir³⁰.

Bu başlık altında belirtmek gerekir ki kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun evlat edinmeyle ilgili hükümlerinde önemli bir diğer revizyon da 2016 tarihinde yapılmıştır³¹. Bu revizyonla evlat edinmeyle ilgili

²⁷ Yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararında da bu hususa işaret edilmiştir. Öğretide bu konuda bkz. Yusuf Z. Binatlı, "Evlat Edinmede Yaş Meselesi," *Adalet Dergisi*, no. 11-12 (1961): 1042; ayrıca bkz. Cengiz Kaya, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 37; Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)* (İstanbul: Beta Yayınları, 2005), 16; Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 376-377; Cem Baygın, "Evlat Edinmenin Koşulları," *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VII, no. 3-4 (2003): 606; Mehmet Demir, "Bazı Ülke Yasaları İle Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): 264.

²⁸ Bkz. 15.06.1938 tarihli ve 3453 sayılı Kanun.

²⁹ Nitekim – o dönem için – kadının evlenmeye ehliyet kazandığı yaşa uygun olarak evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkının onbeş yaş olması gerektiği yönünde Binatlı, "Evlat Edinmede," 1042; aynı şekilde evlenme ehliyeti dolayısıyla yaş farkının azaltılması gerektiği yönünde Şakir Berki, *Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962), 13.

³⁰ Burada Türk medeni hukukundaki olağanüstü evlenme yaşına da işaret etmek gerekir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin ilk halinde olağanüstü evlenme yaşı, erkek ve kadın için onbeş yaş olarak düzenlenmiştir. 1938 değişikliğinden sonra olağanüstü evlenme yaşı erkek için onbeş, kadın için ondört yaş olarak belirlenmiştir (m. 88/II). 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre olağanüstü evlenme yaşı, erkek ve kadın için onaltı yaştır (m. 124/II).

³¹ BBl 2015 877. Bu revizyonla yapılan değişiklikler 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. Harun Demirbaş ve Davut Armağan, "İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2019): 46 vd.; Canan Yılmaz, "Evlat Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler," içinde *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, ed. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 129 vd.; Gözde Çağlayan Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk*

düzenlemenin esnek olmadığı, somut olayın şartlarına ve özellikle çocuğun yararına uygun bir çözüme yönelik takdir yetkisinin her konuda bulunmadığı hususundan söz edilerek çocuğun yararına gerekli görüldüğü takdirde evlat edinmeyle ilgili belirli şartlardan ayrılma imkânı getirilmiştir. Böylece çocuğun yararını evlat edinmeyle ilgili kararların merkezine yerleştirme hedefi daha da güçlendirilmiştir. Bu yönde münferit halde evlat edinme talebinin, tüm şartlar göz önüne alındığında, evlat edinilecek kişinin yararına gerçekten uygun olup olmadığı eskisinden daha çok açıklığa kavuşturulmalı, özellikle evlat edinmenin şartları söz konusu olduğunda şematizmden olabildiğince kaçınılmalıdır^{32 33}. 2016 revizyonuyla getirilmek istenen yasal düzenlemeye temel oluşturan anlayışa göre kanun, evlat edinmeyle ilgili (evlat edinme yaşı, evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken yaş farkı gibi) harici şartları içermelidir. Ancak bununla sadece ilgili şartların karşılanmaması halinde evlat edinmenin prensipte çocuğun yararına olmayacağına dair bir karine konulur. Bu bakımdan münferit halin incelenmesi sonucunda ve çocuğun yararının korunması amacıyla bazı durumlarda kanunun öngördüğü şartlardan ayrılmak ve yine de evlat edinmeye izin vermek mümkün olmalıdır. Burada evlat edinmek isteyen kişiler, kendileri için bir istisna yapılması gerektiğini iddia ettikleri takdirde, yasal şarttan ayrılmanın münferit halde çocuğun yararına olduğunu gerekçelendirmek zorundadır³⁴.

Bu bakış açısıyla İsviçre kanun koyucusu, 2016 revizyonuyla, evlat edinen ve edinilen arasında asgari onaltı yaş farkı bulunmasını öngören ve hiçbir istisnaya izin vermeyen Art. 265 Abs. 1 ZGB hükmünü, bu defa Art. 264d hükmü olarak iki fıkra halinde yeni bir içerikle düzenlemiştir³⁵. Yeni

Bakımdan Evlat Edinme ve Sonuçları, 2. bası (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 289 vd., 291 vd..

³² BBl 2015 877 (899/900). Böylece BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 21. maddesinin gereği de tam olarak dikkate alınır. Anılan maddeye göre Sözleşmeye taraf devletler, evlat edinmede çocuğun yararına büyük önem vermek zorundadır.

³³ 2016 revizyonunun bir diğer amacı da belirli kişi veya kişi gruplarının kural olarak evlat edinme imkânının dışında bırakılmamasını sağlamaktır. Bkz. BBl 2015 877 (900).

³⁴ Krş. BBl 2015 877 (900- 901).

³⁵ Art. 264d ZGB hakkında bkz. Peter Breitschmid, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2022), Art. 264d N. 1 vd.; Roland Fankhauser ve Melissa Buser, *OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), Art. 264d N. 1 vd.; Yvo Biderbost, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1- 456 ZGB- Partnerschaftsgesetz*, 4. Auflage (Zürich- Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2023), Art. 264d N. 1 vd..

düzenlemede de asgari yaş farkı, onaltı yaş olarak prensipte korunmuştur; ancak çocuğun yararının korunması için gerekli olması halinde onaltı yaş farkı şartından ayrılmak mümkündür³⁶. Bununla birlikte evlat edinmek isteyen kişiler, onaltı yaş farkı şartından ayrılmanın çocuğun yararına olduğunu gerekçelendirmelidir³⁷. Diğer taraftan Art. 264d ZGB hükmü, evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken azami bir yaş farkını da içermektedir³⁸. Burada kanun koyucu, daha önce yönetmelik düzeyinde öngörülmüş bulunan evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki azami yaş farkına ilişkin düzenlemeyi yasal düzeye taşımıştır³⁹. Buna göre evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkı, kırkbeş yaştan çok olamaz. Somut olayda çocuğun yararının korunması için gerekli ise azami yaş farkı şartından da ayrılmak mümkündür. Keza bu durumun da çocuğun yararına olduğu evlat edinmek isteyen kişiler tarafından gerekçelendirilmelidir (Art. 264d Abs. 1 ve Abs. 2 ZGB).

³⁶ Bu noktada İsviçre kanun koyucusu, asgari onaltı yaş farkı kuralından ayrılmayı mümkün kılacak bir örnek olarak birden çok üvey çocuğun evlat edinilmesine işaret etmiştir. Birden çok kardeşin üvey ana veya baba tarafından evlat edinilmek istenmesi halinde, kardeşlerden biri ile üvey ana veya baba arasında kanunun aradığı asgari yaş farkı bulunmadığı takdirde sözü edilen kardeşin evlat edinilmesi muhtemelen sonuçsuz kalır. Bu durum, aile içinde üvey çocuklara eşit davranılmamasına yol açar ve çocuğun yararına aykırı olabilir. Kanun koyucuya göre BM Çocuk Hakları Sözleşmesi dikkate alındığında böyle bir durumdan kaçınmak gerekir. Zira Çocuk Hakları Sözleşmesine göre kardeşlere kural olarak eşit davranılmalıdır (m. 2/ m. 3). Bkz. ve krş. BBl 2015 877 (905).

³⁷ Breitschmid'e göre evlat edinmek isteyenlerin yetkili makamlara olayları genel olarak açıklamaları ve ayrıca somut halde yasal çerçeveden ayrılmanın neden çocuğun yararına hizmet ettiğini ortaya koymaları konusunda ne ölçüde gerçek bir gerekçelendirme yükünün olduğu veya burada daha ziyade tabii bir külfetin olup olmadığı hususu tartışılmalıdır (Bkz. ve krş. Breitschmid, *Basler Kommentar 2022*, Art. 264d N. 5).

³⁸ Eğitime (yetiştirme) amacıyla evlat edinmenin niteliği, evlat edinen ana babanın yaşının yaklaşık olarak doğal ana babanın yaşına uygun olmasını gerektirir. Evlat edinen ana baba, evlat edinme için gerekli yeteneklere sadece evlat edinme anında değil, bilakis, öngörülebilir olduğu ölçüde, evlat edinilen çocuğun erginliğine kadar geçen tüm süre boyunca sahip olmalıdır. Bkz. BBl 2015 877 (905). Bu yönde azami yaş farkıyla amaçlanan, küçüklerin evlat edinilmesinde, tüm gelişim aşaması boyunca ruhsal olarak çocuğun sorunlarının anlaşılmasının sağlanmış olmasını ve ihtiyaç duyduğu sürece bedensel olarak ana baba bakımının sağlanabilmesini temin etmektir (Krş. Breitschmid, *Basler Kommentar*, Art. 265 N. 4).

³⁹ Bkz. Verordnung vom 29. Juni 2011 über die Adoption, Art. 5 Abs. 4.

IV. EVLAT EDİNEN VE EVLAT EDİNİLEN ARASINDAKİ YAŞ FARKINA İLİŞKİN DÜZENLEME HAKKINDA ÖĞRETİ VE İÇTİHADIN YAKLAŞIMI

Evlat edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken asgari yaş farkı şartı, öğretide de “*adoptio naturam imitatur / evlat edinme doğal olanı izler*” ilkesinin bir görünümü olarak değerlendirilmiştir⁴⁰. Asgari yaş farkı şartı, evlat edinmeyle birlikte evlat edinen ve evlat edinilen arasında kurulan soybağı ilişkisini, biyolojik ana baba ve çocuk ilişkisine benzetmeyi ve böylelikle dengeli bir aile yapısını hedefler^{41 42}. Bu, çocuğun yararına da uygundur⁴³. Ayrıca öğretide Hegnauer’e göre bu şart, hukukun uygulanmasında kolaylığı, yeknesaklığı ve öngörülebilirliği de destekler⁴⁴.

Evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şartını öngören TMK m. 308/I hükmüne kaynak oluşturan ve 1 Ocak 2018 tarihine kadar yürürlükte kalan Art. 265 Abs. 1 ZGB hükmüyle⁴⁵ ilgili olarak İsviçre öğretisinde genellikle anılan hükmün emredici nitelikte olduğu kabul edilmiştir^{46 47}. Hegnauer’e göre asgari yaş farkı şartından muafiyet

⁴⁰ Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8; Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 3; Ataay, “Medeni Hukukta,” 303- 304, 290; Öztan, *Aile Hukuku*, 954; Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, 32; Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 376; Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 66; Baygın, *Soybağı Hukuku*, 157; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 228; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 159.

⁴¹ Breitschmid, *Basler Kommentar*, Art. 265 N. 1. Ayrıca bkz. Silbernagel ve Wäber, *Berner Kommentar*, Art. 264 N. 2; Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8; Hegnauer, *Berner Kommentar*, Art. 264 N. 17; Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 3; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 345; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 381- 382; Yılmaz, *Medeni Hukuk*, 492; Baygın, *Soybağı Hukuku*, 157; Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, 32; Saleh, *Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 60; Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 66.

⁴² Bu husus, İsviçre hukukunda öngörülen evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki azami yaş farkı bakımından da geçerlidir. Bkz. Breitschmid, *Basler Kommentar 2022*, Art. 264d N. 1.

⁴³ Krş. Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 3. Hegnauer’in işaret ettiği 24.04.1967 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesi Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi, ana baba ve çocuk arasındaki olağan yaş farkının evlat edinen ve evlat edinilen arasında da bulunmasını, çocuğun yararının bir gereği olarak değerlendirmiştir (m. 8/b. 3).

⁴⁴ Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 3.

⁴⁵ Yukarıda da belirtildiği gibi Art. 265 Abs. 1 ZGB hükmünde evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki asgari yaş farkı, onaltı yaş olarak öngörülmüştür.

⁴⁶ Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 4; Breitschmid, *Basler Kommentar*, Art. 265 N. 2; Hans Michael Riemer, “Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung, dargestellt anhand aktueller Beispiele aus dem Familienrecht,” *recht*, no. 4 (1993): 129.

⁴⁷ 1972 revizyonuyla yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği 01.01.1973 tarihine kadar geçerli olan ve asgari yaş farkı olarak onsekiz yaş farkını öngören Art. 264 ZGB Abs. 2

tanınmaz⁴⁸. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de Art. 265 Abs. 1 ZGB hükmünü emredici olarak nitelendirerek hiçbir istisnaya izin vermemiştir⁴⁹. Federal Mahkemeye göre hâkim, anılan hükümde öngörülen asgari şarttan ayrılamaz. Bu konuda Hegnauer'e göre ilkedden vazgeçmeden bütün haksızlıkları önleyen bir muafiyet (istisna) kuralı, pek düşünülemez⁵⁰. Öğretideki genel görüş ve Federal Mahkemenin yaklaşımı bu yönde olmakla birlikte o dönemde alt derece mahkemelerinin yasal düzenlemeye uymayan kararlarına da rastlanılmıştır⁵¹. Bu uygulama, öğretide tarafından normun düzeltilmesi anlamında uygun görülmüştür⁵². Riemer'e göre hâkim, kural olarak kanuna bağlıdır; ancak bir normun uygulanması açıkça sarsıcı, adaletsiz bir sonuca yol açıyorsa, hâkim, o normdan ayrılabilir⁵³. Burada Art. 2 Abs. 2 ZGB/ TMK m. 2/II hükmüne dayanılarak hâkim tarafından normun düzeltilmesi söz konusudur⁵⁴. Hâkim, normu düzeltirken gerçek olmayan veya hukuk politikasından doğan bir boşluğu doldurur⁵⁵. Riemer'e göre evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki asgari yaş farkına ilişkin Art. 265 Abs. 1

ZGB hükmü bağlamında Egger'e göre önemli olan, evlat edinen ve evlat edinilen arasında yeterli doğal bir yaş farkının bulunmasıdır. Egger'e göre onsekiz yaş farkı, açıkça kadının – o dönem için söz konusu olan – (olağan) evlenme yaşına dayanılarak belirlendiği ve fakat olağanüstü hallerde kadının (olağan) evlenme yaşı bakımından muafiyet getirildiği için evlat edinmede de önemli sebeplerden dolayı böyle bir muafiyet haklı görülebilir (*Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8).

⁴⁸ Krş. Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 4.

⁴⁹ BGE 102 II 79, (<https://bger.ch>. Erişim tarihi: 30.08.2024).

⁵⁰ Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 4. Bu görüşün tamamıyla ikna edici olmadığı yönünde Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129.

⁵¹ Bu konuda Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129; Breitschmid, *Basler Kommentar*, Art. 265 N. 2.

⁵² Krş. Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129; Breitschmid, *Basler Kommentar*, Art. 265 N. 2.

⁵³ Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 127.

⁵⁴ Münferit halde açıkça sarsıcı, adaletsiz sonuç doğuran bir hükmü uygulayan hâkim, hakkı kötüye kullanır, diğer bir ifadeyle normu kötüye kullanmış olur [Hans Michael Riemer, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1- 10 ZGB), Eine Einführung*, 2. Auflage (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2003), 92].

⁵⁵ Kanun, belirli bir hukuki meseleye ilişkin olarak bir çözüm içermekle birlikte, bu çözüm somut (münferit) halde tatmin edici değilse, gerçek olmayan boşluktan veya hukuk politikasından doğan boşluktan söz edilir. Gerçek olmayan boşluğun hâkim tarafından doldurulması, kural olarak yasaktır. Çünkü bu durum, kanunun düzeltilmesi anlamına gelir. Bu ise ancak ekstrem hallerde, kanundaki çözümün açıkça sarsıcı sonuçlara yol açması durumunda mümkündür. Riemer'e göre böyle bir halde boşluğun doldurulması, kural olarak Art. 1 Abs. 2 ZGB/ TMK m. 1/II hükmüne göre gerçekleşir (Riemer, *Die Einleitungsartikel*, 73, 75, 92).

hükmü, yaş farkı konusunda gerçekte yoruma yer bırakmayarak özellikle üvey çocuğun evlat edinilmesinde büyük haksızlığa yol açmıştır. Nitekim eşlerden birinin birden çok çocuğunun diğeri tarafından evlat edinilmek istenmesi halinde, bu eşin sadece en büyük çocukla arasındaki yaş farkının asgari yaş farkından daha az olması durumunda böyledir. Aynı şekilde ortak biyolojik çocuğa sahip eşlerden birinin ayrıca diğersinin çocuğunu evlat edinmek istemesi halinde de yukarıdaki durum ortaya çıkabilir. Burada yeterince yaş farkı bulunmamasından dolayı üvey çocuğun evlat edinilmesine yönelik başvurunun reddedilmesi, ilgili çocuğu, hukuken, deyim yerindeyse, bir yabancı gibi ailenin dışında bırakılmış gösterir veya sonunda diğers çocukların da evlat edinilmesini engeller. Bu durum, normun hâkim tarafından düzeltilmesini caiz ve gerekli kılar⁵⁶. Riemer, olması gereken hukuk bakımından, asgari yaş farkı şartı ilke olarak korunsun da önemli sebeplere bağlı olarak (Art. 4 ZGB/ TMK m. 4) kuraldan ayrılmanın mümkün olabileceğini önermiştir⁵⁷.

Evlad edinen ve evlat edinilen arasında bulunması gereken asgari yaş farkına ilişkin TMK m. 308/I hükmü, Türk hukuk öğretisinde de genellikle emredici bir hüküm olarak değerlendirilmiştir⁵⁸ ⁵⁹. Bununla birlikte Aydoğdu'ya göre taraflar arasında evlat edinmenin diğers gereklerinin yerine

⁵⁶ Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129.

⁵⁷ Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129.

⁵⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, 954- 955; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 345; Yılmaz, *Medeni Hukuk*, 492; Kaya, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, 38; Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme*, 16- 17; Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 67; Ayşe Nur Kılınç, "Türk Hukukunda Çocukların Kurum Aracılığı Dışında Evlat Edinilmesi," *Adalet Dergisi*, no. 71 (2023): 908; ayrıca Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 377, 379. Türk Kanunu Medenisi m. 253 hükmü bakımından anılan hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde Ataay, "Medeni Hukukta," 330; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Yayınları, 1994), 246.

⁵⁹ TMK m. 308/I hükmünün eski Medeni Kanun'da karşılığını oluşturan m. 253 hükmünün emredici nitelikte olduğunu kabul eden Ataay'a göre anılan hükme mutlak surette uyulması gerekir. Bu bakımdan kuralın ratio legis'ine dayanılarak bazı hallerde muafiyet tanınmaz ("Medeni Hukukta," 332- 333). Bazı özel hallerde muafiyet tanınması yönünde K. Fikret Arık, "Evlad Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, no. 4 (1958): 99- 100. Tekinay'a göre kanunun amacı, gerçeğe yakın bir ana baba ve çocuk ilişkisi kurmak olduğuna göre, bu amacın, onsekiz yaş farkı olmadan da gerçekleşmesi halinde, hâkim tarafından evlat edinmeye izin verilmelidir [Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. bası (İstanbul: Filiz Yayınları, 1990), 456]. Berki'ye göre kanunda yaş şartlarından muafiyeti kabule dair bir değişiklik yapılmadıkça aynen uygulanması zorunludur (*Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme*, 15).

getirilmesi halinde yaş farkında küçük bir noksanlığa dayanılarak evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasının istenememesi gerekir⁶⁰. Diğer taraftan Kılınç'a göre evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkının olağan aile yaşantısını bozmayacak ölçüde olduğu ve üvey çocuğun evlat edinilmesinin söz konusu olduğu hallerde, çocuğun yararına TMK m. 308/I hükmünün sözünün daraltılarak yorumlanması mümkündür veya somut olayın özel şartları gereği hâkim tarafından TMK m. 2/II hükmüne dayanılarak emredici olmasına rağmen TMK m. 308/I hükmünün uygulanmaması ve bu suretle ortaya çıkan boşluğun çocuğun yararına İsviçre Medeni Kanunu'nun bu hususa ilişkin yeni düzenlemeleri esas alınarak doldurulması gerekir⁶¹.

Öğretide katı yaş farkı şartının aşılabilmesi için İsviçre hukukunda olduğu gibi çocuğun yararına asgari yaş farkı sınırı bakımından TMK m. 308/I hükmüne esneklik kazandırılması önerilmiştir⁶². Yine kadının evlenme yaşı dolayısıyla TMK m. 308/I hükmünün aradığı onsekiz yaş farkının onyedi yaşına indirilmesinin veya hâkime hal ve şartlara göre yaş farkını onaltı yaşına kadar indirebilme yetkisinin tanınmasının isabetli olacağı değerlendirilmiştir⁶³. Keza gerçek bir ana baba ve çocuk ilişkisine kıyasla evlat edinen ve evlat edinilen arasında asgari yaş farkının yanında azami bir yaş farkının da öngörülmesi gereğine işaret edilmiştir⁶⁴.

Uygulamada alt derece mahkemeleri tarafından verilmiş bulunan ve onsekiz yaş farkı şartından ayrılan kararların Yargıtayca bozulduğu görülmektedir. Yargıtay'a göre evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkının onsekiz yıldan az olması halinde yasal şart oluşmaz. Böyle bir durumda evlat edinme davasının reddi gerekir⁶⁵. Yargıtay'ın bu konuda

⁶⁰ Aydoğdu'ya göre burada hakkın kötüye kullanılması olduğu da söylenebilir (*Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 379).

⁶¹ Kılınç, "Türk Hukukunda Çocukların," 908, dn. 100.

⁶² Ayşen Çilenti Konuralp, "Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1 (2022): 17.

⁶³ Baygın, *Soybağı Hukuku*, 159; ayrıca bkz. Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, 32.

⁶⁴ Baygın, *Soybağı Hukuku*, 159. Evlat edinen ve evlat edinilen arasında azami kırk yaş fark bulunmasını öngören mülga evlat edinme yönergesi hakkında bkz. Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 67; ayrıca bkz. <https://www.aile.gov.tr>.

⁶⁵ Y. 2. HD, E.2023/7500, K.2024/752, 12.02.2024; Y. 2. HD, E.2022/9358, K.2024/751, 12.02.2024; Y. 2. HD, E.2022/11248, K.2023/1034, 15.03.2023; Y. 18. HD, E.2014/15749, K.2015/8045, 12.05.2015; Y. 18. HD, E.2014/19324, K.2015/7582, 05.05.2015; Y. 18. HD, E.2013/6743, K.2013/8483, 20.05.2013; Y. 1. HD, E.2012/3902, K.2012/4440, 18.04.2012; Y. 2. HD, E.2011/1977, K.2012/9244, 11.04.2012; Y. 2. HD, E.2010/15099, K.2012/1412,

istikrar bulmuş uygulamasından TMK m. 308/I hükmünü emredici ve aynı zamanda katı bir hüküm⁶⁶ olarak değerlendirdiği sonucuna varmak mümkündür^{67 68}.

26.01.2012; Y. 2. HD, E.2008/8645, K.2009/4203, 09.03.2009, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr>. Erişim tarihi: 30.08.2024); Y. 2. HD, E.2007/4201, K.2008/4712, 07.04.2008; Y. 2. HD, E.2007/2367, K.2008/3325, 13.03.2008; Y. 2. HD, E.2006/6048, K.2006/14440, 30.10.2006; Y. 2. HD, E.2006/6153, K.2006/14273, 19.10.2006; Y. 2. HD, E.2006/6053, K.2006/14135, 17.10.2006; Y. 2. HD, E.2005/8438, K.2005/10486, 04.07.2005 (Bu kararında Yargıtay, evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkının onsekiz olmayıp, 17 yıl 11 ay 15 gün olduğu dikkate alınmadan yerel mahkemece davacının evlat edinme talebinin kabulüne karar verilmesini doğru bulmamıştır); Y. 2. HD, E.2005/4, K.2005/3125, 02.03.2005; Y. 2. HD, E.2004/9167, K.2004/10742, 27.09.2004; Y. 2. HD, E.2003/8317, K.2003/9830, 30.06.2003; Y. 2. HD, E.2002/14083, K.2002/15147, 30.12.2002, (<https://legalbank.net>. Erişim tarihi: 26.06.2024).

⁶⁶ Sıkı ve kesin kural (*ius strictum*) [Rona Serozan, *Hukukta Yöntem- Mantık*, 2. bası (İstanbul: Vedat Yayınları, 2017), 48- 49]. Genellikle emredici kurallar, nitelikleri gereği aynı zamanda katı kural olurlar. Ancak TMK m. 27 hükmünde karşılaşıldığı gibi emredici kuralların da esnek hakkaniyet kuralı niteliği taşıması mümkündür (Serozan, *Hukukta Yöntem*, 49).

⁶⁷ Krş. Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 379; Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 67.

⁶⁸ Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin dipnot 64'de de belirtilen 12.02.2024 tarihli ve E.2023/7500, K.2024/752 ve E.2022/9358, K.2024/751 sayılı kararlarında her iki karara da konu olan olaylarda davacılar tarafından erginlerin evlat edinilmesinde yaş farkına ilişkin hükmün (TMK m. 313/III; m. 308/I) Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak anılan kararların içeriğine göre Anayasaya aykırılık iddiaları, temyiz aşamasında karara bağlanmamıştır. Diğer taraftan anılan kararların karşı oy yazılarında Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki bireysel başvuru kararına da atıf yapılmıştır. Bu yönde karşı oy yazılarına göre evlat edinmeyle ilgili şartların belirlenmesi, devletin geniş takdir yetkisindedir. Ancak bu konuda yapılan düzenlemelerin, belirlenen şartların Anayasaya aykırı olmaması gerekir (AY m. 11/II). Oysa TMK m. 308 hükmünde yer alan onsekiz yaş farkına ilişkin kanun kuralının genel ve kesin bir şart olarak düzenlenmiş olması, bu konuda hiçbir istisnaya yer verilmemesi, tarafların aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve çocukların üstün yararının korunması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin ana veya babasını ya da her ikisini birden yitirmiş bir çocuğun yakın akrabası tarafından büyütülmesi ve sonrasında evlat edinilmek istenmesi halinde kanunda yer alan asgari yaş farkının kesin ve katı biçimde uygulanması zorunluluğu, çocuğun üstün yararına aykırılık oluşturabileceği gibi bu durum fiilen oluşan ve devam eden aile ilişkilerine de zarar verebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de ilgili bireysel başvuru kararında benzer sonuca varmıştır. Bu yüzden TMK m. 308/I hükmü yönünden Anayasaya aykırılık iddiası ciddi nitelikte görülmeli, buna göre bir değerlendirme yapılmalıdır (AY m. 152/II). Öte yandan bu gibi durumlarda AY m. 90/V hükmü gereğince uluslararası antlaşma hükümleri esas alınarak onsekiz yaş farkının katı şekilde uygulanmayarak delillerin takdir edilip somut uyuşmazlığın çözülmesi de mümkündür. Bu konuda da Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki bireysel başvuru kararı emsal niteliktedir. Ancak sorunun kapsayıcı ve kesin olarak çözüme

V. DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi, yukarıda yer verilen bireysel başvuru kararında, evlat edinmeye ilişkin şartların devletin geniş takdir alanı içinde çocuğun yararına belirlenebileceğini ifade ederken, öğretilerdeki ve içtihatları genel görüşe uygun olarak, evlat edinmenin amacı doğrultusunda biyolojik ana baba ve çocuk arasındaki yaş farkı dikkate alınarak ve doğal olan izlenerek evlat edinen ve evlat edinilen arasında da belirli bir yaş farkının öngörülmesini makul ve kabul edilebilir bulmuştur. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin gerekçelerine atıfla yaş farkına ilişkin TMK m. 308/I hükmünün gerekliliğine de işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yaş farkı şartının makul ve kabul edilebilir olduğu yönündeki değerlendirmesi, eğitime (yetiştirme) amacıyla evlat edinme bakımından isabetlidir. Zira günümüz evlat edinme hukukunda öncelikli bir yaklaşım olan eğitime (yetiştirme) amacıyla evlat edinme, çocuğun yararı ilkesinden hareketle, çocuğun eğitimini ön planda tutarak ana babasız çocuklara veya tam bir aile yaşantısından yoksun çocuklara evlat edinenlerin ailelerinde güvenli bir yuva sağlamayı işlev edinmiştir⁶⁹. Bu yönde eğitime (yetiştirme) amacıyla evlat edinmenin niteliği, evlat edinen ana babanın yaşının yaklaşık olarak doğal ana babanın yaşına uygun olmasını gerektirir⁷⁰. Nitekim bu durum, evlat edinen ve evlat edinilen arasında asgari yaş farkıyla birlikte azami yaş farkını da öngören yasal düzenlemelere yol açmıştır⁷¹. Bu bakımdan makul ve kabul edilebilir yaş farkı şartı, aynı zamanda gereklidir. Bu husus, Türk hukuk öğretisinde de ifade edilmiştir. Buna göre evlat edinenin, velayet hakkı dolayısıyla evlat edinilen çocuk üzerinde ana baba otoritesini sağlayabilmesi ve onu yüksek yararına uygun şekilde yetiştirebilmesi bakımından gerekli bilgi, deneyim ve olgunluğa sahip olabilmesi için böyle bir yaş farkı bulunmalıdır⁷². Bununla birlikte evlatlık ilişkisinin kurulabilmesi için evlat edinen ve evlat edinilen arasında belirli bir yaş farkının bulunmasını aramayan hukuki düzenlemeler de mevcuttur.

kavuşturulması amacıyla somut norm denetimi yoluyla, Anayasaya aykırılığı yönünde ciddi sebepler bulunan kanun hükmünün (TMK m. 308/I) iptali için konunun Anayasa Mahkemesine iletilerek itiraz başvurusunda bulunulması en öncelikli çözümdür.

⁶⁹ Krş. BBI 1971 I 1200 (1211- 1215).

⁷⁰ Krş. BBI 1971 I 1200 (1220); BBI 2015 877 (905).

⁷¹ Örneğin Art. 264d ZGB.

⁷² Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 159; Baygın, *Soybağı Hukuku*, 157- 158; Ataay, "Medeni Hukukta," 304.

Örneğin Alman hukukundaki düzenleme bu yöndedir⁷³. Alman Medeni Kanunu'na göre evlatlık ilişkisinin kurulabilmesi için evlat edinmenin çocuğun yararına olması ve evlat edinen ve çocuk arasında bir ana baba ve çocuk ilişkisinin meydana gelmesinin beklenmesi gerekir⁷⁴. Ancak Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, dikkate değer bir kararında ana baba ve çocuk ilişkisinin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinde evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkına büyük önem verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁵. Aynı şekilde yaş farkı, evlat edinmenin çocuğun yararına olup olmadığının değerlendirilmesinde de dikkate alınmalıdır. Yüksek Mahkemeye göre evlat edinme, ancak evlat edinme ilişkisinin tarafları arasında doğal bir ana baba ve çocuk ilişkisine benzeyen kişisel bir ilişkinin gelişmesi halinde gerçekleşmelidir⁷⁶. Kanımızca bu durum, evlat edinen ve evlat edinilen arasında belirli bir yaş farkının bulunması gereğine işaret eder. Evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkının ana baba ve çocuk ilişkisini oluşturabilecek doğal bir yaş farkı olması yeterlidir⁷⁷.

Türk kanun koyucusu, evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkını, asgari yaş farkı olarak düzenlemiş ve bu asgari yaş farkını da onsekiz yaş olarak belirlemiştir. Anayasa Mahkemesinin de ifade ettiği gibi evlat edinmeye ilişkin şartların belirlenmesi, devletin geniş takdir alanı içindedir. Ancak şüphesiz ki evlat edinmeye ilişkin şartlar belirlenirken çocuğun yararı ilkesi dikkate alınmalıdır⁷⁸. Daha önce de belirtildiği gibi asgari yaş farkı şartı, evlat edinmeyle birlikte evlat edinen ve evlat edinilen arasında kurulan

⁷³ Bu konuda bkz. Çağlayan Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme*, 274; Yılmaz, "Evlat Edinme Hukukunda," 152.

⁷⁴ § 1741 Abs. 1 BGB. Ayrıca bkz. Yılmaz, "Evlat Edinme Hukukunda," 136.

⁷⁵ OLG Frankfurt, 12.06.2003, 20 W 264/02, (<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de>. Erişim tarihi: 30.08.2024).

⁷⁶ Nitekim karara konu olan somut olayda evlat edinen ve evlat edinilen arasında sevgi dolu bir ilişki meydana gelmiş olmasına rağmen, bu ilişki, evlat edinme için gerekli ana baba ve çocuk ilişkisine uymadığından evlat edinme talebi reddedilmiştir. Olayda evlat edinen ve evlat edinilen arasında tipik bir şekilde büyük ana baba ve torun arasındaki ilişkiye karşılık gelen büyük yaş farkı dolayısıyla ana baba ve çocuk ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu karar, esasen, evlat edinen ve evlat edinilen arasında azami bir yaş farkının bulunmasının gerekip gerekmediği açısından tartışılabilirse de kanımızca önemli olan, evlat edinen ve evlat edinilen arasında ana baba ve çocuk ilişkisini oluşturabilecek bir yaş farkının bulunması gereğidir.

⁷⁷ Krş. Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8.

⁷⁸ Türkiye'nin de onaylayıp yürürlüğe koyduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca çocuğu ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir ve taraf devletler, çocuğun yararı için uygun yasal ve idari önlemleri almalıdır.

soybağı ilişkisini, biyolojik (doğal) ana baba ve çocuk ilişkisine benzetmeyi ve böylelikle dengeli bir aile yapısını hedefler⁷⁹. Bu, çocuğun yararına da uygundur⁸⁰. Nitekim bu yönde Anayasa Mahkemesinin de bireysel başvuru incelerken değindiği 27.11.2008 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Gözden Geçirilmiş Avrupa (Konseyi) Sözleşmesi, evlat edinen ve evlat edinilen arasında çocuğun yararı bakımından uygun bir yaş farkının bulunmasını öngörmüştür (m. 9/I)⁸¹. Anılan Sözleşmeye göre bu yaş farkı, tercihan en az onaltı yaş olmalıdır. Ancak bazı hallerde, yaş farkı şartından çocuğun yararına olacak şekilde ayrılma imkânı öngörülebilir⁸². Kanımızca, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan onsekiz yaş farkı, evlenme yaşı da göz önünde bulundurulduğunda, uygun bir yaş farkı olarak değerlendirilebilir. Ancak olası bir kanun değişikliğinde, yukarıda yer verilen uluslararası sözleşme hükmü dikkate alınarak onsekiz yaş sınırının altında bir yaş farkının belirlenmesi yönüne de gidilebilir. Bize göre burada mesele, yaş farkının onsekiz yaş veya onaltı yaş olmasından ziyade öğretide de ifade edildiği gibi evlat edinmeyle evlat edinen ve evlat edinilen arasında doğal bir ana baba ve çocuk ilişkisinin kurulması amacının yasal olarak aranan yaş farkı olmadan da gerçekleşmesi halinde veya diğer bazı hallerde (örneğin eşlerin birlikte evlat edinmesinde veya üvey çocuğun evlat edinilmesinde) çocuğun yararına evlat edinme talebinin kabul edilebilip edilemeyeceği hususudur⁸³.

Anayasa Mahkemesi, TMK m. 308/I hükmünde öngörülen onsekiz yaş farkı şartının genel ve kesin nitelikte bir kural olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Bu yönde Yüksek Mahkeme, anılan hükmün haklı ve kabul edilebilir istisnalara yer vermediğini, zorunlu durumlar karşısında uygulayıcılara takdir alanı bırakmadığını ifade ederek, bu sebeple somut olay bağlamında başvurunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna

⁷⁹ Breitschmid, *Basler Kommentar*, Art. 265 N. 1. Ayrıca bkz. Silbernagel ve Wäber, *Berner Kommentar*, Art. 264 N. 2; Egger, *Zürcher Kommentar*, Art. 264 N. 8; Hegnauer, *Berner Kommentar*, Art. 264 N. 17; Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N. 3; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 345; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 381- 382; Yılmaz, *Medeni Hukuk*, 492; Baygın, *Soybağı Hukuku*, 157; Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, 32; Saleh, *Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 60; Akgül, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 66.

⁸⁰ Krş. Hegnauer, *Berner Kommentar 1984*, Art. 265 N.3.

⁸¹ Türkiye, bu Sözleşmeyi imzalamamıştır.

⁸² Buna göre evlat edinenin, evlat edinilenin ana veya babasının eşi (veya kayıtlı partneri) olması durumunda veya istisnai haller mevcutsa yaş farkı şartından çocuğun yararına olacak şekilde ayrılma imkânı öngörülebilir (m. 9/II).

⁸³ Krş. örneğin Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 456; ayrıca bkz. Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129.

varmıştır. Zira yasal olarak aranan onsekiz yaş farkı şartı gerçekleşmediği için başvuru ve üvey babası arasında doğal ve gerçek düzeyde baba çocuk ilişkisinin fiilen oluşmasına, makul kabul edilebilecek bir yaş farkı bulunmasına ve başvurunun yararına olmasına rağmen evlatlık ilişkisi kurulamamıştır. Aslında somut olayda gelişen süreçte önce ilk derece mahkemesinin kararıyla kurulan evlatlık ilişkisi, sonra Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan dava sonucu kaldırılmıştır⁸⁴. Bu durum, evlatlık ilişkisinin kurulmasına karar veren ilk derece mahkemesinin TMK m. 308/I hükmünde öngörülen onsekiz yaş farkı şartından ayrıldığını göstermesi bakımından önemlidir. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi alt derece mahkemelerinin bu yöndeki kararları, kanımızca TMK m. 308/I hükmünü emredici ve katı bir hüküm olarak değerlendiren Yargıtay tarafından bozulmaktadır. TMK m. 308/I hükmü, katı bir hüküm olarak değerlendirilirse, hâkimin takdir yetkisi söz konusu olmaz, hiçbir istisnaya izin verilemez, anılan hükmün sözüyle uygulanması gerekir⁸⁵. Katı hükmün boşluk içerdiği de kabul edilemez⁸⁶. Zira katı hükmün uygulanması, münferit halde istenmeyen sonuçlara yol açsa da kanun koyucunun ilgili hükümden istikrar beklentisi o kadar büyüktür ki hükmün münferit hale göre farklılık yapılmadan uygulanması, kanunun planına uygun sayılır⁸⁷. Bununla birlikte kanımızca katı hükmün uygulanması, sarsıcı, adaletsiz sonuçlara yol açıyorsa, diğer bir ifadeyle, hükmün belirleyici olarak kabul edilen sözüne dayanma, bir hakkın (normun) kötüye kullanılması oluşturuyorsa, yasal bir değişiklik yapılmadığı sürece, TMK m. 2/II hükmüne dayanılarak normun düzeltilmesi yönüne gidilebilmelidir⁸⁸. Aynı şekilde kanunun sözüne dayanma, hakkın kötüye kullanılması oluşturmasa da kanunun göze çarpan bir kusurunu ortaya koyuyorsa, mahkeme yine çözüm bulabilmelidir⁸⁹. Böyle bir halde normun düzeltilmesi yönüne gidilerek ilgili hükmün uygulanmasından kaçınıldığında

⁸⁴ Bkz. Y. C. V. Başvurusu, Olay ve Olgular.

⁸⁵ Krş. Serozan, *Hukukta Yöntem*, 48- 49; BBl 2015 877 (904).

⁸⁶ Kanunda boşluk, kanunun içinde plana aykırı bir eksikliktir. Kanun, amacına göre bir cevap gerekli olduğu halde yorumuna göre bir cevap vermiyorsa veya amacına göre bir istisna içermesi gerektiği halde kanunda bir istisna yoksa, eksiklik, plana aykırıdır [Susan Emmenegger ve Axel Tschentscher, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1- 9 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), Art. 1 N. 344].

⁸⁷ Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 373.

⁸⁸ Bu konuda bkz. ve krş. Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 362; krş. Riemer, "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung," 129; ayrıca bkz. Kılınç, "Türk Hukukunda Çocukların," 908, dn. 100.

⁸⁹ Bkz. ve krş. Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 362.

ortaya çıkan boşluk (hukuk politikasından doğan boşluk) hâkim tarafından doldurulur (TMK m. 1/II)⁹⁰. Bize göre somut olayda TMK m. 308/I hükmündeki yaş farkı şartının uygulanması dolayısıyla evlatlık ilişkisinin kurulamaması, çocuğun yararına aykırı ve aile hayatı ilişkilerine zarar verici bir sonuç yarattığından TMK m. 2/II hükmüne dayanılarak normun düzeltilmesi yönüne gidilebilir.

Bireysel başvuruya konu olaydaki hak ihlalinin giderilebilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar gören Anayasa Mahkemesi, yeniden yapılacak yargılamada çözüm olarak – itiraz yolunun dışında – AY m. 90/V hükmünün uygulanabileceğine işaret etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda uyuşmazlık, uluslararası antlaşma hükümleri esas alınarak çözülebilir. Kanımızca bu ihtimalde de, normun düzeltilmesi söz konusudur. Şöyle ki sözü edilen ihtimalde somut olayın özel şartları dikkate alınarak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine dayalı olarak asgari yaş farkına ilişkin kuraldan ayrılmak mümkün hale gelir⁹¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre evlat edinmede tarafların aile hayatına sahip olma hakkı uyarınca yasal hükümlerin – açıkça amaçlanmayan – çok özel bir duruma mekanik ve körü körüne uygulanmasından kaçınmak için biyolojik ve sosyal gerçeklerin dikkate alınması gerekir⁹².

Yukarıdaki açıklamalara karşılık TMK m. 308/I hükmünün katı bir hüküm olarak değerlendirilmemesi de ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimalde TMK m. 308/I hükmünün istisna boşluğu içerdiğinden hareketle teleolojik redüksiyon (amaca uygun sınırlama) yöntemiyle bir çözüm getirilebilir. Teleolojik redüksiyonda kanunun amacına göre çok geniş tutulmuş sözü, kanunun belirlenen amacına uygun olan uygulama alanına indirgenir⁹³. Teleolojik redüksiyon, istisna boşluklarının doldurulmasında uygulanan bir yöntemdir⁹⁴. Burada kanunun amacına göre gerekli sınırlamayı yapan bir olgu

⁹⁰ Krş. Riemer, *Die Einleitungsartikel*, 92.

⁹¹ Krş. “Aktuell aus Strassburg Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Adoption im Konkubinsverhältnis, Zum Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Sachen Emonet u. a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007,” *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (2008): 262.

⁹² “Aktuell,” 264.

⁹³ Riemer, *Die Einleitungsartikel*, 63.

⁹⁴ Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 393.

veya şart eksik olduğu için istisna boşluğu söz konusu olur⁹⁵ ⁹⁶. TMK m. 308/I hükmü yönünden istisna boşluğu şöyle açıklanabilir: TMK m. 308/I hükmünde öngörülen asgari yaş farkıyla evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki ilişki, doğal bir ana baba ve çocuk ilişkisine benzetilmek ve böylece dengeli bir aile yapısı oluşturulmak istenmiştir. Bunun da çocuğun yararına olacağı düşünülmüştür. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, asgari yaş farkının olmadığı yerde evlat edinmeyle kurulacak ilişkinin çocuğun yararına olmayacağından hareket etmiştir. Ancak evlat edinmek isteyenle evlat edinilecek kişi arasında asgari yaş farkının bulunmamasına rağmen somut olayda ana baba ve çocuk ilişkisi anlamında dengeli bir aile yapısını oluşturacak bir ilişki kurulmuş olabilir. Böyle bir halde evlat edinme başvurusunun reddedilmesi, çocuğun yararına olmaz. O halde burada somut olayda asgari yaş farkının bulunmamasına rağmen evlat edinmeye izin veren bir istisna hükmüne ihtiyaç vardır. TMK m. 308/I hükmü, amacının gerektirdiği böyle bir istisna hükmünü içermemektedir. Bu halde istisna boşluğundan söz edilir. İstisna boşluğunun doldurulması, teleolojik redüksiyon yöntemiyle olur. Yukarıda da belirttiği gibi teleolojik redüksiyonda istisna içermeyen hükmün uygulanması, hükmün amacına uygun alanla sınırlanır. Böylece ilgili hükmün istisnai düzenlemeye ihtiyaç gösteren somut olaya uygulanmaması sağlanır. Bu yönde kanunun amacına göre gerekli sınırlamayı yapan olgu veya şart, hâkim tarafından eklenir⁹⁷.

⁹⁵ Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 393.

⁹⁶ İstisna boşluğunda plana aykırı eksiklik, kanunun amacına göre aslında gerekli olan sınırlamanın olmamasındadır. İstisna boşluğu, aynı zamanda örtülü boşluk olarak nitelendirilir. Zira bir düzenleme, zaten vardır, fakat istisnaya ihtiyaç gösteren alan, açık değildir. Kanunun amacına göre düzenlenmesi gerekenden daha fazlası düzenlenmiştir. Bu aşkın düzenleme içeriği, teleolojik redüksiyon yöntemiyle bertaraf edilir (Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 393). Örtülü boşluk ve teleolojik redüksiyon konusunda bkz. Çiğdem Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (2001): 95 vd., 98 vd. Ayrıca bkz. O. Gökhan Antalya, “*Hukuk Bilimine Katkı Olarak*” *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi*, Cilt II, *Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 269 vd., 276 vd., 311; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I, *Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 12. baskı (İstanbul: Filiz Yayınları, 2017), 138- 139; Serozan, *Hukukta Yöntem*, 155 vd.; Heinrich Honsell, *Basler Kommentar*, *Zivilgesetzbuch I*, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2022), Art. 1 N. 30, N. 35; David Dürr, *Zürcher Kommentar*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998), Art. 1 N. 373.

⁹⁷ Krş. Emmenegger ve Tschentscher, *Berner Kommentar*, Art. 1 N. 398, N. 393; ayrıca bkz. Serozan, *Hukukta Yöntem*, 156 vd..

VI. SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, 25.07.2023 tarihli bireysel başvuru kararında, başvurucunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği tespitinde bulunurken, hak ihlalinin TMK m. 308/I hükmünden kaynakladığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre ihlalin sebebi, anılan hükmün somut olay bağlamında uygulanabilecek haklı ve kabul edilebilir istisnalara yer vermemesi, zorunlu durumlar karşısında uygulayıcılara takdir alanı bırakmamasıdır. Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, evlat edinmede evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki asgari yaş farkı şartına ilişkin olarak önemli bir meseleye değinmiştir. Şöyle ki asgari yaş farkı şartı, evlat edinmeyle birlikte evlat edinen ve evlat edinilen arasında kurulan soybağı ilişkisini, doğal bir ana baba ve çocuk ilişkisine benzetmeyi ve böylelikle dengeli bir aile yapısını oluşturmayı hedeflemesi bakımından gerekli bir düzenlemedir. Ancak esnek bir düzenleme değildir. Bireysel başvuruya konu olayda olduğu gibi münferit halin şartlarına göre ve özellikle çocuğun yararına gerekli görüldüğü takdirde asgari yaş farkı şartından ayrılmak mümkün olmalıdır. Taraf olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de ifade edildiği gibi evlat edinmede çocuğun yararına büyük önem verilmelidir⁹⁸. Bu yönde evlat edinme kararı verilirken evlat edinmenin, evlat edinilecek kişinin yararına gerçekten uygun olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalı, evlat edinmenin şartları söz konusu olduğunda şematizmden ve mekanik bir uygulamadan kaçınılmalıdır⁹⁹.

Bize göre bu konuda kanun koyucu, gerekli yasal değişikliği gerçekleştirmelidir. Yasal değişiklik çerçevesinde asgari yaş farkı, kural olarak korunmakla birlikte, çocuğun yararı gerektirdiği takdirde veya bazı hallerde (örneğin eşlerin birlikte evlat edinmesinde veya üvey çocuğun evlat edinilmesinde ya da erginlerin evlat edinilmesinde) takdire dayalı olarak yaş farkı şartından ayrılma imkânı getirilmelidir¹⁰⁰. Ancak yasal değişiklik gerçekleşinceye kadar TMK m. 308/I hükmünün katı bir hüküm olarak uygulanması halinde doğabilecek adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için kanımızca TMK m. 2/II hükmüne dayanılarak normun düzeltilmesi yönüne gidilebilir¹⁰¹. Bu ihtimalde Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi AY m.

⁹⁸ Bkz. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, m. 21.

⁹⁹ Krş. BBI 2015 877 (899/900).

¹⁰⁰ Bkz. örneğin Art. 264d ZGB; 27.11.2008 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Gözden Geçirilmiş Avrupa (Konseyi) Sözleşmesi, m. 9.

¹⁰¹ Ayrıca bkz. Kılınç, "Türk Hukukunda Çocukların," 908, dn. 100.

90/V hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. Diğer taraftan bize göre TMK m. 308/I hükmünün katı bir hüküm olarak değerlendirilmemesi de mümkündür. Bu ihtimalde ise somut olayda çocuğun yararına asgari yaş farkı şartından ayrılmak gerektiği takdirde, teleolojik redüksiyon yöntemiyle TMK m. 308/I hükmünün somut olaya uygulanmaması sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- Akgül, Şule. *Küçüklerin Evlat Edinilmesi ve Koruyucu Aile Kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Akıntürk, Turgut. *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt*. 6. bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku*. 3. bası. Ankara: Pegem Akademi Yayınları, 2013.
- Antalya, O. Gökhan. "Hukuk Bilimine Katkı Olarak" *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt II, Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Arık, K. Fikret. "Evlat Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, no. 4 (1958): 95- 114.
- Ataay, AYTEKİN M. "Medeni Hukukta Evlat Edinme." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* XXI, no. 1-4 (1957): 266- 355.
- Aydoğdu, Murat. *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*. İzmir: Günaydın Hukuk Yayınları, 2006.
- Aydos, Oğuz Sadık. "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* IV, no. 1-2 (2000): 117- 141.
- Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Baygın, Cem. "Evlat Edinmenin Koşulları." *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VII, no. 3-4 (2003): 591- 626.
- Belen, Herdem. *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2005.
- Berki, Şakir. *Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962.
- Biderbost, Yvo. *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1- 456 ZGB- Partnerschaftsgesetz*. 4. Auflage. Zürich- Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2023.
- Binatlı, Yusuf Z. "Evlat Edinmede Yaş Meselesi." *Adalet Dergisi*, no. 11-12 (1961): 1033- 1042.

- Breitschmid, Peter. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*. 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2022.
- Breitschmid, Peter. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB*. 5. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Çağlayan Aygün, Gözde. *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*. 2. bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Çilenti Konuralp, Ayşen. “Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1 (2022): 1- 40.
- Demir, Mehmet. “Bazı Ülke Yasaları İle Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): 253- 274.
- Demirbaş, Harun ve Davut Armağan. “İsviçre Medeni Kanunu’nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2019): 45- 82.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*. 19. bası. İstanbul: Filiz Yayınları, 2024.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*. 12. bası. İstanbul: Filiz Yayınları, 2017.
- Dürr, David. *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht*. 3. Auflage. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998.
- Egger, A. *Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Art. 252- 359*. 2. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag, 1943.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Emmenegger, Susan ve Axel Tschentscher. *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1- 9 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Fankhauser, Roland ve Melissa Buser. *OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. 4. Auflage. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021.
- Hegnauer, Cyril. *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Artikel 252- 269c ZGB*. 4. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 1984.
- Hegnauer, Cyril. *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Das Eheleiche Kindesverhältnis, Art. 252- 301 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 1964.

- Honsell, Heinrich. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*. 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2022.
- Kaya, Cengiz. *Türk Hukukunda Evlat Edinme*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Kılınç, Ayşe Nur. "Türk Hukukunda Çocukların Kurum Aracılığı Dışında Evlat Edinilmesi." *Adalet Dergisi*, no. 71 (2023): 879- 914.
- Kırca, Çiğdem. "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (2001): 91- 119.
- Oğuzman, Kemal ve Mustafa Dural. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Yayınları, 1994.
- Öztaş, Bilge. *Aile Hukuku*. 6. bası. Ankara: Turhan Yayınları, 2015.
- Reber, Markus ve Christoph Hurni. *Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2007.
- Riemer, Hans Michael. *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1- 10 ZGB), Eine Einführung*. 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2003.
- Riemer, Hans Michael. "Umfang und Schranken richterlicher Gebotsberichtigung, dargestellt anhand aktueller Beispiele aus dem Familienrecht." *recht*, no. 4 (1993): 127- 129.
- Ruhi, Ahmet Cemal. *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- Saleh, Muhsen Abdulkader. *Türk Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2013.
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem- Mantık*. 2. bası. İstanbul: Vedat Yayınları, 2017.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. 2. bası. İstanbul: Vedat Yayınları, 2005.
- Silbernagel, Alfred ve P. Wäber. *Berner Kommentar, Familienrecht, Die Verwandtschaft*. 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 1927.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*. 7. Bası. İstanbul: Filiz Yayınları, 1990.
- Yılmaz, Canan. "Evlat Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler." İçinde *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Ed. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek, 127- 157. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk, Cilt III, Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

TAZMİNAT KOMİSYONUNUN YAPISI VE MAKUL SÜRE BAKIMINDAN YAPACAĞI İNCELEMENİN MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Compensation Commission's Structure and Its Examination of Reasonable Time From the Perspective of Civil Procedure Law

İsmet MAZLUM*

ÖZET

Yargı sistemimizdeki çeşitli nedenlerle, davaları makul sürede tamamlanamayan kişiler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) adil yargılamayı düzenleyen 6'ncı maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmektedirler. Yapılan başvurular nedeniyle, AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilmiş çok sayıda ihlâl kararı bulunmaktadır. Bu ihlâl kararları nedeniyle, ülkemiz her yıl önemli miktarlarda tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. AİHM'ne yapılan bu başvuruların azaltılması amacıyla 09/01/2013 tarihli 6384 sayılı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" ile "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu" kurulmuş, 02/03/2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanunun 23'üncü maddesiyle bu Kanunun adı "Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir. Bu Kanun ile kurulmuş olan Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre koruma

Makalenin Geliş Tarihi: 31.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 06.10.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: ismetmazlum@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3243-356X.

tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini talebiyle yapılan müracaatları karara bağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Tazminat Komisyonu, Makul Süre, Tazminat.

ABSTRACT

Due to various reasons within our judiciary system, individuals whose cases are not concluded within a reasonable time often apply to the European Court of Human Rights (ECtHR), claiming violations of Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which addresses the right to a fair trial. Consequently, the ECtHR has issued numerous violation judgments against our country. These judgments require our country to pay substantial amounts in compensation each year. To reduce such applications to the ECtHR, Law No. 6384, dated 09/01/2013, titled “Law on the Resolution of Certain Applications to the European Court of Human Rights by Paying Compensation,” was enacted, establishing the “Human Rights Compensation Commission.” On 02/03/2024, Law No. 7499 amended the title of this law to “Law on the Duties, Working Procedures, and Principles of the Compensation Commission” with Article 23. The Compensation Commission established by this Law will handle claims for non-pecuniary damages arising from allegations of delays in criminal investigations and prosecutions, as well as claims for pecuniary and non-pecuniary damages resulting from protective measures under the second paragraph of Article 142 of the Criminal Procedure Code.

Keywords: European Court of Human Right, Constitutional Court, Compensation Commission, Reasonable Time, Compensation.

I. GİRİŞ

Yargı sistemimizdeki çeşitli nedenlerle yargılamaları makul sürede tamamlanamayan kişiler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) adil yargılamayı düzenleyen 6'ncı maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmektedirler. Yapılan başvurular nedeniyle, AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilmiş çok sayıda ihlâl kararı bulunmaktadır. Bu ihlâl kararları sebebiyle, ülkemiz her yıl önemli miktarlarda tazminat ödemek zorunda kalmaktadır¹.

2023 yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu²'na göre, AİHM'deki toplam derdest başvuru sayısı açısından yapılan değerlendirmede, toplam iş yükünün, 2018 yılından itibaren tüm ülkeler bakımından artış eğilimine girdiği görülmekle birlikte, 2023 yılında bir önceki yıla göre başvuru sayısında %8,30 oranında bir azalış tespit edilmiştir. 31 Aralık 2023 itibarıyla AİHM önündeki tüm ülkelere ilişkin toplam derdest başvuru sayısı 68.450'dir. Türkiye aleyhine yapılan başvurular açısından yapılan değerlendirmede ise, derdest başvuru sayısı, 2020 yılında 11.750, 2021 yılında 15.251, 2022 yılında 20.100 ve 2023 yılında 23.400'dür. 2023 yılında ise Türkiye aleyhine toplam 8.341 yeni başvuru yapılmıştır. Tüm ülkeler açısından değerlendirildiğinde 2023 yılında, 23.400 derdest başvuru ile Türkiye'nin birinci, Rusya'nın (12.450) ikinci, Ukrayna'nın (8.750) üçüncü, Romanya'nın ise (4.150) dördüncü sırada olduğu görülmektedir³.

2023 yılında AİHM, Türkiye hakkında toplam 5.039 başvuruyu sonuçlandırmıştır. Bunlardan 72'sinde ihlâl kararı verilirken, 4.967'sinde ise ihlâl bulunmadığı, düşme veya çeşitli nedenlerle kabul edilemezlik kararları verilmiştir. AİHM 2023 yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu'na göre, 2023 yılında ihlâl kararlarının dağılımı incelendiğinde, AİHS'nin ikinci maddesine (Yaşam Hakkı) ilişkin sadece iki ihlâl kararı verilmiştir. Söz konusu maddeye ilişkin 2018 yılında 11, 2019 yılında 6, 2020, 2021 ve 2022 yıllarında ise sadece 2 ihlâl kararı verilmiştir. AİHS'nin üçüncü maddesi (İşkence Yasağı) yönünden herhangi bir ihlâl kararı bulunmamaktadır. Kötü muamele yasağına

¹ AİHM 2020 yılında Türkiye aleyhine açılmış 168 davayı sonuçlandırdı ve mahkûm olunan davalardan ötürü toplamda 1,5 milyon euro tazminat istendi (<https://tr.euronews.com/2021/03/31/turkiye-aihm-e-tas-nan-168-davay-kaybetti-1-5-milyon-euro-tazminata-mahkum-oldu>), Erişim tarihi: 05.03.2024.

² AİHM'ne yapılan başvuru istatistiklerine ilişkin rapor, <https://www.echr.coe.int/statistical-reports>, <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10>, Erişim tarihi: 07.03.2024.

³ AİHM'ne yapılan başvuru istatistiklerine ilişkin rapor, <https://www.echr.coe.int/statistical-reports>, <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10>, Erişim tarihi: 07.03.2024.

ilişkin sadece 3 ihlâl kararı verilmiştir. AİHS'nin beşinci maddesine (Özgürlük ve Güvenlik Hakkı) ilişkin 16 ihlâl kararı verilmiştir. AİHS'nin altıncı maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) kapsamında makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvurular yönünden 2023 yılında ihlâl kararı verilmemiştir. AİHS'nin Ek 1 no'lu Protokolünün 1'inci maddesine (Mülkiyet Hakkı) ilişkin 4 ihlâl kararı verilmiştir. 2023 yılında, AİHS'nin Ek 1 no'lu Protokolünün 3'üncü maddesine (Serbest Seçim Hakkı) ilişkin ihlâl kararı bulunmamaktadır⁴.

AİHM kararlarında benimsenen ikincillik ilkesine göre asıl olan insan haklarının iç hukukta korunmasıdır⁵. Buna ilişkin mevcut insan hakları ihlâllerinden kaynaklanan sorunları uluslararası yargı organları önüne gitmeden önce çözme amacıyla, 30/03/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin AİHM'ne başvurularının önlenmesi için çıkarılan 5233 sayılı Kanun ile düzenleme yapılmıştır⁶. 5233 sayılı Kanun ile oluşturulan iç hukuk yolu sayesinde, pek çok başvuru AİHM'ne hiç gitmemiş ya da yapılan başvuruların AİHM gündeminden düşürülmesi sağlanmıştır. Bu yöntem daha önce aynen Kıbrıs Rum Kesimi vatandaşlarının Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan taşınmazlarla ilgili mülkiyet haklarının ihlâl edildiği iddialarıyla AİHM'ne başvurularını üzerine iç hukuk yolu oluşturularak bu başvuruların tasfiyesi sürecinde de uygulanmıştır.

09/01/2013 tarihli 6384 sayılı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış, Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" ile "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu" kurulmuş, 02/03/2024

⁴ AİHM'ne yapılan başvuru istatistiklerine ilişkin rapor, <https://www.echr.coe.int/statistical-reports>, <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10>, Erişim tarihi: 07.03.2024.

⁵ AİHM Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_tur; Ramazan Çakmak "İkincillik İlkesi Çerçevesinde Türkiye'de İnsan Hakları Tazminat Komisyonu," *Terazi Hukuk Dergisi* 177 (2021): 882-890; Enver Bozkurt ve Mehmet Özcan, "Subsidiarite İlkesi ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme" *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 6, 1 (2001): 1-21. Hasan Tahsin Gökcan "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 135 (2018): 9-76.

⁶ Bu Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir (5233 s. K. m. 1).

tarihli ve 7499 sayılı Kanunun 23'üncü maddesiyle bu Kanunun adı "Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir. Bu Kanun ile kurulmuş olan Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini talebiyle yapılan müracaatları karara bağlayacaktır (6384 s. K. m. 2).

II. TAZMİNAT KOMİSYONUNUN KURULUŞU

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Tazminat Komisyonunun Kuruluşu

AİHM, vermiş olduğu bir kararında AİHS'nde bulunan haklara ilişkin, herkesin, iddia ettiği ihlâli dile getirebileceği etkili iç hukuk yollarının oluşturulması ve bu yolların, başvurunun esası hakkında hukuka uygun verilecek karara kadar gidilebilecek ve ayrıca tespit edilen ihlâllere uygun çözümler getirebilecek nitelikte bulunmasının gerekliliğini ifade etmiştir⁷. AİHM, devletlerin halihazırda mevcut bulunan iç hukuk yollarının etkinliğini tekrar gözden geçirmeleri ve aynı soruna ilişkin olayların tekrar mahkeme önüne taşınmasını önlemek için etkili iç hukuk mekanizmaları oluşturmaları yönünde kararlar vermiştir. Bu sayede, AİHS'nin ihlâli iddialarına karşın inşa edilecek etkili iç hukuk yollarının, AİHM önüne gelecek dava sayısını azaltarak bir yandan mahkemenin iş yükünü azaltmakla, diğer yandan iç hukuk organları tarafından etraflıca incelenen olayın, daha sonra AİHM önünde incelenmesini kolaylaştıracağını belirtmiştir⁸.

AİHS ile kabul edilen sistemde insan haklarının esas olarak taraf ülke adalet sistemlerince korunması, AİHM korumasının ise ikincil olması ve AİHM'nin esas olarak bir içtihat mahkemesi olması kabul edilmiştir. Bununla birlikte, özellikle son 20 yılda AİHM'ne doğrudan ve ikincil olarak gelen

⁷ AİHM, Ümmühan Kaplan Davası, BN. 24240/07, T. 20/03/2012, inhak.adalet.gov.tr/Home/AİHMkararlararşivi, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Arşivi).

⁸ AİHM, Ümmühan Kaplan Davası, BN. 24240/07, T. 20/03/2012, inhak.adalet.gov.tr/Home/AİHMkararlararşivi, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Arşivi).

dosya sayısında çok ciddi bir artış olmuş ve bu iş yükünü karşılayabilmek amacıyla yeni çalışma yöntemleri ve mekanizmaları arama arayışına girilmiştir. İsviçre'nin Interlaken kasabasında yapılan konferans sonrası kabul edilen deklarasyonda, AİHM'nin kaygı veren iş yükünün azaltılması ve AİHM'ni etkili kılabilmek amacıyla acil olarak yapılması gerekenler kararlaştırılmıştır⁹. Deklarasyonda özellikle, AİHM'ne gelen dosya sayısının azaltılması için iç hukuklarda insan hakları koruma sisteminin güçlendirilmesi, bu amaçla yeni yöntemler belirlenmesi, AİHM ile üye ülkeler arasında sorumluluk dağılımının yapılması, AİHM'nin, sadece önemli insan hakları ihlallerini içeren davalara bakmasının ve karar kalitesinin korunmasının sağlanması, bu amaçla AİHM içinde de bir eleme sistemi kurulması gibi hususlar dile getirilerek benimsenmiştir. Interlaken Konferansı'nın devamı niteliğinde İzmir'de bir konferans daha düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Dışişleri Bakanları ve AİHM Başkanı'nın da katıldığı Konferans sonrasında, Interlaken'de alınan kararlar gözden geçirilmiş ve küçük değişikliklerle İzmir Deklarasyonu olarak karara bağlanmıştır. Türkiye, bugüne kadar Interlaken ve İzmir Deklarasyonu'nda kabul edilen hususları yerine getirmek amacıyla çalışmalar yapmıştır. Bu kapsamda, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu açılmış ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren bireysel başvurular başlamıştır. AİHM'de ülkemiz tarafından talep edilen sayıda hâkim görevlendirilmiş, yargının hızlandırılması için Yargıtay ve Danıştay'da yeni daireler kurulmuş, yargının iş yükünün azaltılması, etkinlik ve verimliliğinin sağlanması amacıyla Yargı Paketi kanunlaşması sağlanmış ve son olarak yine bu amaçla 09/01/2013 tarihli 6384 sayılı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" ile "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu" kurulmuştur.

B. Tazminat Komisyonunun Yapısı

6384 sayılı Kanunla kurulan İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'nun görev alanının genişletilmesine ilişkin Bakanlar Kurulunun 10/02/2014 tarih ve 2014/5917 sayılı kararı, 16/03/2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak

⁹ Zeki Yıldırım, "6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, 1-2 (2013): 1725-1756.

yürürlüğe girmiştir¹⁰. İlgili kanunî düzenlemeyle söz konusu Komisyon, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla ve 23/09/2012 tarihi itibarıyla AİHM'ne yapılmış başvurulara bakmakla görevlendirilmiştir. Yine, 25/07/2018 tarihinde kabul edilen ve 31/07/2018 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7145 sayılı Kanunun 20'nci maddesi ile 6384 sayılı Kanuna Geçici 2'nci madde eklenmiştir. Düzenlemeye göre, Anayasa Mahkemesi'nde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat hakkı getirilmiştir. Son olarak, 09/01/2013 tarihli 6384 sayılı Kanunla kurulan "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu", 02/03/2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanunun 23'üncü maddesiyle adı "Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir.

Tazminat Komisyonu, Adalet Bakanlığı'nın merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dokuz kişiden oluşur. Komisyon başkanı, bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından belirlenir. Komisyon, iş durumuna göre üç üyeden oluşan heyetler halinde de çalışabilir. Heyetlerin başkanları, Adalet Bakanı tarafından; heyetlerin oluşumu ve yokluklarında birbirlerinin yerine bakacak üyeler ile iş bölümü Başkan tarafından belirlenir. (6384 s. K. m. 4/1).

¹⁰ Adalet Bakanlığının teklifi üzerine, aşağıda yer alan ihlâl alanları bakımından da Komisyonun görev alanının genişletilmesi 10 Şubat 2014 tarihinde Bakanlar Kurulunca kararlaştırılmıştır: a) 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre yapılan kamulaştırma veya irtifak hakkı tesislerinde uzun yargılama ve enflasyonun etkisiyle kamulaştırma veya irtifak hakkı bedelindeki değer kaybının telafi edilmediği iddiasıyla yapılan başvurular. b) Ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutuklulara uygulanan disiplin yaptırımlarına karşı başvuru ve 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanununa göre incelenen itirazlarda savunma hakkının kısıtlandığı iddiasıyla yapılan başvurular. c) Ceza infaz kurumlarında Türkçe dışında dil kullanıldığı gerekçesiyle haberleşme hakkının ihlâl edildiği iddiasıyla yapılan başvurular. ç) Ceza infaz kurumlarında Türkçe dışında yazılan mektup ve benzeri iletilerin kurum idaresi tarafından alınmadığı veya gönderilemediği gerekçesiyle haberleşme hakkının ihlâl edildiği iddiasıyla yapılan başvurular. d) Ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutukluların yararlanmak istedikleri süreli ve süresiz yayınların değişik gerekçelerle engellendiği iddiasıyla yapılan başvurular. Ayrıca, 6384 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen Komisyonun zaman bakımından yetkisi de Bakanlar Kurulunca 6 ay uzatılarak 23 Mart 2013 olarak yeniden belirlenmiştir. <https://ihtk.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/262020151940tazkomgorevalanigenisleme.pdf>

Komisyon asgari yedi üyeyle, heyetler üye tam sayısı ile toplanır; kararlar üye tam sayılarının salt çoğunluğuyla verilir.

Tazminat Komisyonu'nun özellikle yapısına ilişkin çeşitli itirazlar yapılmıştır. İlk olarak, yargı makamının yetkisinin alınıp, tamamen ve sürekli bir şekilde Tazminat Komisyonu'na devretmenin, yargı yetkisinin devri anlamına geldiği ve bu durumun da Anayasa'nın 9'uncu maddesine açıkça aykırı olduğu belirtilmiştir¹¹.

6384 sayılı Kanun'un 2 ve 9'uncu maddelerinin çeşitli yollardan Anayasa'ya aykırı olduğu ve bu konulara yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuştur¹². Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusunda, Tazminat Komisyonu için oluşturulan kurulun, bağımsız bir kurul olmadığı gibi adil yargılanmayı sağlayacak nitelikte yetkin bir kurul da olmadığı, doğrudan yürütmeye bağlı Adalet Bakanı tarafından atanacak kişilerden oluştuğu belirtilmiştir¹³.

Öte yandan, AİHS'nde sayılan bireysel hakların idari ya da yargısal tasarruflarla ihlâli, mağdur kişi bakımından AİHM'ne başvuru için aranan ilk koşuldur. AİHM'nin bir yargı merciî olması nedeniyle, yargı merciînin görev ve yetki alanındaki bir konunun, iç hukukta yürütme organınca oluşturulan bir komisyona havale edilmesinin yargının alanına, yürütmenin müdahale etmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir¹⁴. Yine, iptal başvurusunda, özellikle, çözüme esas olacak başvuruların ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya gereği gibi icra edilmediği hususları göz önünde bulundurulduğunda, komisyon atamalarının Adalet Bakanı tarafından yapılacak olmasının, komisyonun

¹¹ <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/birlik-baskani-sagkan-tbbnin-8-yargi-paketine-iliskin-goruslerini-tbmm-adalet-komisyonuna-sundu-84557>, Erişim tarihi: 15.03.2024.

¹² Anayasa Mahkemesi, E. 2013/34, K. 2013/74, T. 06/06/2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131026-5.htm>, (RG. 26.10.2013, S. 28803).

¹³ "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu geçici nitelikte oluşturulmuş bir merciîdir. Oysaki, hak ihlallerinin tazmin merciînin sürekli bir nitelik taşıması gerekir. Komisyonun üyelerinin ve başkanının Adalet Bakanı tarafından atanması; Komisyonun Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışması nedeniyle Komisyon, adil yargılama hakkına ve yargı bağımsızlığı ilkesine uygun bir merciî değildir." Selin Esen, *Makul Sürede Yargılanma Hakkının Korunması Mevcut Durum ve Öneriler* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2023), 21.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/34, K. 2013/74, T. 06/06/2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131026-5.htm>, (RG. 26.10.2013, S. 28803).

bağımsızlığını ve tarafsızlığını tamamen ortadan kaldıracakı iddia edilmiştir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi iptal başvurusuna ilişkin yapmış olduğu incelemede, insan hakları konusunda ortaya çıkan sorunların kendi iç hukukumuzda giderilmesini amaçlayan 6384 sayılı Kanun’la getirilen sistemin, başvuruların en kısa süre içinde ve sulh yoluyla sonuçlandırılmasını amaçladığını vurgulamış, 6384 sayılı Kanun uyarınca oluşturulacak Tazminat Komisyonu’nun verdiği kararların kesin hüküm niteliğini taşımadığı, yargı fonksiyonu kapsamında olmadığı, başvuruları inceleme süreci ve uygulayacağı usulün idari nitelikte olduğu, kararlarının idari yargı denetimine tâbi olduğunu belirterek, Tazminat Komisyonu’nun yargısal faaliyet yürüten bir makam veya merci olmayıp, Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan ve sekretaryasını Bakanlığın yürüttüğü bir idari kurul olması nedeniyle, Adalet Bakanı tarafından atanacak kişilerden oluşmasında, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesine aykırılık bulunmadığı yönünde bir karar vermiştir¹⁶.

III. TAZMİNAT KOMİSYONUNA BAŞVURU

A. Tazminat Komisyonuna Yapılan Başvurunun Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Tazminat Komisyonu’nun yapısı ve görevleri dikkate alınarak, başvurunun hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu bağlamda, Tazminat Komisyonu’nun, *ad hoc* bir mahkeme niteliğinde olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, kanun yolu, bireysel başvuru veya bir hukuki çare olduğu yönünde de öğretilen görüşler ileri sürülmüştür¹⁷.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/34, K. 2013/74, T. 06/06/2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131026-5.htm>, (RG. 26.10.2013, S. 28803).

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/34, K. 2013/74, T. 06/06/2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131026-5.htm>, (RG. 26.10.2013, S. 28803).

¹⁷ Yıldırım, “İnsan Hakları,” 1745-1747; Çakmak, “İkincilik,” 885; Hüseyin Bilgin, “İnsan Hakları Tazminat Komisyonu,” *Terazi Hukuk Dergisi* 8, 84 (2013): 80-85; Adem Kartal, “Makul Sürede Bireysel Başvuru Yolu ile İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun Söz Konusu Hakkı Korumadaki İşlevleri,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, 100 (2014): 39-51; Ahmet Erol, “Örnek Bir Karar Işığında 6384 Sayılı Yasanın Kapsamı ve Etkin Sonuç Sağlayıp Sağlayamayacağı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 109 (2013): 129-140; Abdulkadir Karaaslan, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 132 (2017): 9-54.

İlk olarak, yürütme organı tasarrufunda karar verecek bir komisyonun kurulmasının ve komisyon tarafından verilen kararlara karşı, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin son kanun yolu olarak yetkilendirilmiş bulunmasının, konuyla ilgili *ad hoc* bir mahkeme tesis edilmiş olduğu anlamına geldiği savunulmuş ancak bu durumun, tabîi yargı ve tabîi hâkim ilkesinin ihlâlîne neden olacağı ifade edilmiştir¹⁸.

Tazminat Komisyonu'na başvurunun dar ve teknik anlamda bir kanun yolu olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Kanun yolu kavramı, her türlü mahkeme kararına karşı o karar aleyhine olan kimse tarafından gerçekleştirilen başvuru anlamına gelir¹⁹. Dar ve teknik anlamda kanun yolundan bahsedebilmek için nihai karara karşı bir üst mahkemeye başvurunun yapılması ve kararın, üst mahkeme tarafından vakıaların tespiti ve/veya hukuk kurallarına uygunluk noktasında denetlenmesi gerekir. Kanun yoluna ilişkin ayrımlardan diğerini ise, olağan ve olağanüstü kanun yolu oluşturur. Henüz kesinleşmemiş kararların denetimi amacıyla başvuru kanun yolları olağan kanun yolu, şeklen kesinleşmiş kararların önemli yargılama hataları gerekçesiyle tekrar gözden geçirilmesine imkân sağlayan kanun yolları ise olağanüstü kanun yolu olarak adlandırılır²⁰.

Kanaatimizce Tazminat Komisyonu'nda yapılan inceleme ne olağan ne de olağanüstü bir kanun yolu olarak değerlendirilebilir. Tazminat Komisyonu'na başvuru bir olağan kanun yolu değildir. Zira olağan kanun

¹⁸ Mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesi evresinde gözetilecek olan temel ilkelere birisini, tabîi hâkim ilkesi oluşturur. Yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, yürürlükte bulunan kanunlar aracılığıyla görevi, yetkisi ve işleyişi belirlenmiş olan mahkemenin hâkimine, tabîi hâkim; bunu öngören ilkeye de, tabîi hâkim ilkesi denir. Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanaklar, s.6, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=164

¹⁹ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 649; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 467; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), 591; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni usul Hukuku* (İstanbul: Beta, 2011), 445; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Adalet, 2018), 344; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, III (Ankara: Yetkin, 2017), 3228.

²⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 652; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 469; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 592; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Medeni usul Hukuku*, 447; Budak ve Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 345.

yoluna başvuru ile verilen bir kararın maddi ve hukuki veya sadece hukuki yönden denetlenmesi sağlanmaktadır. Ayrıca dar ve teknik anlamda olağan kanun yolunun erteleyici ve aktarıcı etki olmak üzere iki temel özelliği bulunmaktadır. Erteleyici etki, kanun yoluna başvurulduğunda hükmün kesinleşmesinin önüne geçilmesidir²¹. Bir başka ifadeyle, erteleyici etki şekli anlamda kesinliğin önlenmesi, yani kararın biçimsel anlamda kesinleşmesinin ertelenmesidir²². Aktarıcı etki ise hükmün bir üst derecedeki yargı organı tarafından denetlenmesini ifade eder²³. Buna göre, kararın üst bir mahkemede ele alınması, uyuşmazlığın o yargı organına aktarılması söz konusu olmaktadır²⁴. Bir kuruma teknik anlamda olağan kanun yolu nitelendirmesi yapılabilmesi için bu iki etkinin bir arada bulunması gerekir. Halbuki Tazminat Komisyonu'na başvuruda erteleyici veya aktarıcı bir etki bulunmamaktadır. Tazminat Komisyonu'na başvurunun hükmün kesinleşmesi üzerinde de herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Aktarıcı etki açısından da Tazminat Komisyonu ile diğer yargı organları arasında bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Yine, Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun'da açıkça düzenlenmiş olması sebebiyle Tazminat Komisyonu, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda da inceleme yapamaz. Kanun'un 2'nci maddesine göre, Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede

²¹ Alman Hukuku'nda erteleyici etki nihai kararın şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesinin engellenmesidir. Buna göre, bir hukuki çareye başvurulması durumunda, o başvuru, nihai kararın şekli anlamda kesinleşmesini engelliyorsa, o hukuki çare erteleyici etkiye sahiptir. Fransız Hukuku'nda ise erteleyici etkiden kararın icrasının engellenmesi anlaşılmaktadır. Olağan kanun yolları olan itiraz ve istinaf erteleyici etkiye sahiptir. Buna karşılık olağanüstü kanun yolları olan üçüncü kişinin itirazı, yargılamanın yenilenmesi ve temyize başvurulması ise erteleyici etkiye sahip değildir. (Mert Namlı, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 62-63.

²² Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1977), 9-10.

²³ Muhammet Özekes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011), 25; Mehmet Ünsal Candemir, *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru* (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2022), 17-18; Deniz Meraklı Yayla, *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması* (Ankara: Yetkin, 2014), 26-27.

²⁴ Arslan, *Yargılamanın Yenilenmesi*, 9. Alman Hukuku'nda aktarıcı etki, uyuşmazlığın bir üst mahkemeye intikal ettirilmesidir. Buna göre, bir hukuki çarenin kanun yolu olarak nitelendirilebilmesi için o yola başvurulması durumunda, uyuşmazlığın artık aynı mahkeme tarafından değil, bir üst mahkeme tarafından ele alınıp karara bağlanması gerekmektedir. Fransız Hukuku'nda da aktarıcı etki, benzer şekilde, uyuşmazlığı bir üst dereceye intikal ettirme anlamına gelmektedir. (Namlı, *Yargılamanın Yenilenmesi*, 66-67).

sonuçlandırılmadığı, mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla AİHM'ne yapılmış başvuruları inceler. Konu bakımından getirilen bu sınırlama, Tazminat Komisyonu'na başvurunun kanun yolu niteliğinde olmadığına açık bir göstergesidir. Tazminat Komisyonu'nda sadece bir temel hak ihlâlinin olup olmadığı denetlenir. Tazminat Komisyonu'nca yapılan incelemede, kararın hukuki veya maddi anlamda denetimi yapılmamakta, karar verilirken sadece Anayasa ve AİHS ile ek protokollerinin ortak koruma alanındaki ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı, mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediğine ilişkin durumlar hakkında sınırlı bir inceleme yapılmaktadır.

Tazminat Komisyonu'na başvurunun hukuksal çare olup olmadığına da değerlendirilmesi gerekir. Hukuksal çare geniş ve dar anlamda hukuksal çare olmak üzere ikiye ayrılır. Geniş anlamda hukuksal çare bir hakkın gerçekleşmesi için başvuru her türlü usulî yöntemi ifade ederken; dar anlamda hukuksal çare, kanun yolları dışında bir mahkeme kararının iptalini sağlayan usulî imkânları göstermektedir²⁵. Bu çerçevede hukuksal çare ile özellikle tek başlarına kanun yollarına götürülemez dolayısıyla, mahkeme ara kararlarına karşı çıkma ve onu iptal ettirme imkânı veren kurumlar kastedilmektedir. Dar anlamda hukuksal çarede başvuru aynı mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Tazminat Komisyonu, Kanun'un 2'nci maddesine göre, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı, mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla AİHM'ne yapılmış başvuruları inceler. Yapılan bu inceleme sonucunda komisyon, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazminine karar verir. Kanaatimizce, Tazminat Komisyonu'na başvuru, mahkeme tarafından verilen kararlara karşı çıkma ve onu iptal ettirme imkânı vermemektedir.

²⁵ Süleyman Burak Gündoğdu, *Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 21-26; Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda Eski Hale Getirme* (Ankara: Yetkin, 2006), 60; Mehmet Emin Alpaslan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Kararların Medeni Usul Hukukuna Etkileri* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 56.

Bununla birlikte, dar anlamda hukuksal çarenin kapsamını oluşturan aynı mahkeme tarafından yapılan bir değerlendirme de Tazminat Komisyonu incelemesinde gerçekleşmez. Mahkemeler tarafından yapılan yargılamalara ilişkin olarak, makul süre ve kararlarının icra edilmesine yönelik başvurular Tazminat Komisyonu tarafından incelenmektedir.

Tazminat Komisyonu'na başvurunun bireysel başvuru niteliğinin de değerlendirilmesi gerekir. Bireysel başvuru, yargısal kararlarla ortaya çıkan ve gerekli kanun yollarına başvurulmuş olmasına rağmen giderilemeyen temel hak ihlallerine karşı müracaat edilebilen ve Anayasa Mahkemesi'nce sonuçlandırılan bir yol olarak tanımlanmıştır²⁶. Yine, bireysel başvuru yolu, temel haklarının kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasında olan kişilere bu iddialarını Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürebilme imkânı tanıyan özel bir hukuki çare olarak tanımlanmıştır²⁷. Bununla birlikte, Türk Hukuku'nda Anayasa'nın 148'inci maddesi, bireysel başvuruları karara bağlama yetkisini sadece Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında saymıştır. Yine, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının c bendinde de Mahkemenin görevler ve yetkileri arasında bireysel başvuruları karara bağlama sayılmıştır. Anılan düzenlemeler çerçevesinde Türk Hukuk sistemi açısından bireysel başvurunun yapılacağı mercii Anayasa Mahkemesi olarak düzenlenmiş olup, Tazminat Komisyonu'na yapılan başvuruların, bireysel başvuru olmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tazminat Komisyonu tarafından verilen kararlara karşı, bu kararların tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge Mahkemesine itiraz edilebilme imkânı getirilmiş olup, itiraz üzerine verilen kararlar kesindir (6384 s. K. m. 7/4). İlgili düzenleme nedeniyle, Tazminat Komisyonu'nun idari bir kurul şeklinde çalışmalarını yürüteceği ifade edilmiş ve Komisyon'un başvuruları inceleme süreci ve uygulayacağı usulün idari nitelikte olduğu ve kararlarının idari yargı denetimine tâbi olması nedeniyle, görevinin adli bir görev olmadığı, idari bir görev olduğu belirtilmiştir²⁸. Bununla birlikte, yargısal güvencenin sağlanabilmesi için Tazminat Komisyonu'nun kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine

²⁶ Hakan Pekcanitez, *Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, Makaleler*, C. I (İstanbul: On İki Levha, 2016), 212.

²⁷ Alpaslan, *Bireysel Başvuru*, 13.

²⁸ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanaklar, s.4, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=164, Erişim tarihi: 18.03.2024.

itiraz imkânı getirilmiş, bu itirazların öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanacağı hükmüne yer verilerek itiraz sürecinin de hızlı bir şekilde sonuçlanmasının amaçlandığı anlaşılmıştır (6384 s. K. m. 7/IV). Kanaatimizce, Tazminat Komisyonu'nun görev kapsamı gözetildiğinde, idari bir işlemi denetlemeyeceği aksine yargısal bir fonksiyonun, yargısal mekanizmanın doğru işleyip işlemediğini denetleyeceğini belirtmek mümkündür. Bunu yaparken, davanın niteliği, kanun yoluna başvurulup başvurulmadığı, davanın taraflarının ve adli makamların davayla ilgili tutum ve davranışları delillerin fazlalığı ve toplanmasında karşılaşılan sorunlar gibi durumları incelemesi gerekecektir. Yine, AİHS 6'ncı maddesi gereğince başvurunun kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını ve başvuranın hukuki yararının olup olmadığını da Tazminat Komisyonu değerlendirecektir. Bununla birlikte, AİHM'nin emsal kararlarını yine Tazminat Komisyonu dikkate alacak ve buna göre bir karar verecektir. Dolayısıyla komisyonun salt idari bir Komisyon olduğunun söylenebilmesi de zordur²⁹.

B. Tazminat Komisyonuna Başvuru Usûlü

Tazminat Komisyonu'na yapılacak olan müracaatlar üçe ayrılarak 6384 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, Tazminat Komisyonu'na başvuru, doğrudan Komisyon'a yapılan başvurular, Anayasa Mahkemesi'nden veya AİHM'den gelen müracaatlar şeklinde ayrı ayrı düzenlenerek, başvuru usulü ve süreleri belirlenmiştir.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvurmuş Olanların Tazminat Komisyonu'na Yapacağı Müracaatın Usûlü

Tazminat Komisyonu'na başvuru yapılmaksızın doğrudan AİHM'ne bir başvuru yapılması durumunda, Mahkeme, münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmiş olmaması gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı verebilir³⁰. Bu kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde tarafların, Tazminat Komisyonu'na müracaat edebilme imkânı bulunmaktadır (6384 s. K. m. 5/II)³¹. AİHM'nin iç

²⁹ Adalet Komisyonununun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanaklar, s.36, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=164, Erişim tarihi: 18.03.2024.

³⁰ AİHS'nin 35'inci maddesinin birinci fıkrasında, kabul edilebilirlik koşulu olarak, Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabileceği düzenlenmiştir.

³¹ AİHM, 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyonunun başvurularına, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak ileri sürdükleri

hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle vermiş olduğu kabul edilmezlik kararı ikincillik ilkesinin gereğidir. İkincillik ilkesi, AİHS kapsamındaki hakların ve özgürlüklerin korunması konusunda asli yükümlülüğün, sözleşmeye taraf devletlere ait olması anlamına gelir. AİHS’nde yer alan hakların ve özgürlüklerin korunması görevi, asli olarak taraf devletlere ait olmakla birlikte, bu yetki sınırsız değildir³².

AİHM’ne göre, 6384 sayılı Kanun tarafından oluşturulan iç hukuk yolu, aynı yapısal veya uygulamaya ilişkin sorunlardan kaynaklanan önemli sayıda benzer başvurunun, AİHS sistemi üzerinde oluşturduğu giderek büyüyen tehdit karşısında, Türkiye aleyhine yapılan makul süre şikâyetleri ile ilgili tekrar eden başvuruların incelenmesi amacıyla uygulanan pilot karar usulünün bir sonucudur. AİHM, 6384 sayılı Kanun ile oluşturulan Tazminat Komisyonu’nun, AİHM’nin bu konudaki ilkelerine ve AİHS’nin 46’ncı maddesi bağlamında varılan sonuçlara uygun bir iç hukuk yolu oluşturduğunu belirtmiştir. Böylece, AİHM, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiyelerine ve Interlaken, İzmir ve Brighton Konferansları nihai bildirimlerine de uygun olarak ve kişilerin AİHS’nde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlayarak, bir taraftan AİHS’nin 1’inci maddesinin emrettiği gibi kurulan Tazminat Komisyonu’nun daha hızlı tatmin yolu sağladığını, diğer taraftan da AİHM’nin iş yükünün azaltılmasına katkı verdiğini ve böylece bu çeşit sorunları ulusal düzeyde çözerek AİHS sisteminde kendisine düşen görevi yerine getirmiş olacağını belirtmiştir³³. Yine, AİHM, Sözleşmenin 35’inci maddesinin 1’inci fıkrasına uygun olarak, ilk bakışta (a

yargılama süresinin uzunluğu ile ilgili şikâyetlerini sunabilecekleri ve tüketilmesi gerekli bir başvuru yolu sunduğunu ve bu başvuru yolunun 23/9/2012 tarihinden önce Mahkemeye sunulan ve Hükümete henüz tebliğ edilmemiş başvuruları kapsadığını, dolayısıyla başvuruların Sözleşme’nin 13. maddesine dayanan şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ve yine Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca başvurunun kabul edilemez olduğunu hüküm altına almıştır (*Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru N. 4860/09, 26/3/2013, §§ 59, 60). AİHM bu kararı ile ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla ve 23/9/2012 tarihi itibarıyla kendisine yapılmış başvurular hakkında 6384 sayılı Kanun ile belirlenen iç hukuk yolunun tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğunu ifade etmiştir.

³² Çakmak, “İkincillik,” 883; Bozkurt ve Özcan, “Subsidiarite İlkesi,” 10-12; Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik,” 16-17.

³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire’nin Müdür Turgut ve Diğerleri Türkiye Davası İle İlgili Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı, AİHM, BN. 4860/09, Küresel Bakış, 11 (2013), 125-126 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Arşivi).

priori) erişilebilir ve kendilerine şikâyetle buldukları konu ile ilgili tatmin sağlamaya elverişli makul imkânlar sunduğu görünen Tazminat Komisyonu'na başvuru yolunun, ulusal düzeyde ve aynı yapısal sorundan kaynaklanan birçok bireysel davaya çözüm sunan bir başvuru yolu oluşturduğunu ve böylece AİHS temelinde yer alan ikincilik ilkesine de uygun olduğunu kararlarında belirtmiştir³⁴.

Tazminat Komisyonu'na başvuru, müracaat edenin kimlik bilgilerini içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır (6384 s. K. m. 5/I). Dilekçede, müracaat edenlerin ad ve soyadı, kimlik bilgileri ve adresine ilişkin bilgiler ile varsa vekilinin ad ve soyadı yazışma adresi, baro ve baro sicil numarası ve iletişim adresi yer alır. Bununla birlikte, yerel mahkemeye ilişkin bilgiler kapsamında, mahkemenin adı, davanın açıldığı tarih, esas ve karar numarası ile kesinleşme tarihinin başvuru dilekçesinde gösterilmesi gerekir. Müracaat elektronik ortamda da yapılabilir (6384 s. K. m. 5/V). Müracaatın Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla da yapılması mümkündür. Cumhuriyet başsavcılığı, müracaat evrakını derhal Tazminat Komisyonu'na gönderir. Bu durumda Cumhuriyet başsavcılığına yapılan başvuru tarihi esas alınır (6384 s. K. m. 5/IV).

2. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Bulunmuş Olanların Tazminat Komisyonuna Yapacağı Müracaatın Usûlü

Tazminat Komisyonu'nun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun'a 7145 sayılı Kanun ile, Geçici 2'nci madde eklenmiştir. İlgili maddede, "Anayasa Mahkemesi'nde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat" düzenlenmiştir. Anılan düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan bireysel başvuruların, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilmezlik kararı üzerine, Tazminat Komisyonu'na başvurunun yapılabilmesine ilişkin müracaat şartlarını ve süresini içermektedir. Geçici 2'nci maddenin yürürlüğe girdiği 31/7/2018 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan bireysel başvuruların, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Tazminat Komisyonu tarafından incelenebileceği kabul edilmiştir.

³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Müdür Turgut ve Diğerleri Türkiye Davası İle İlgili Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı, AİHM, BN. 4860/09, Küresel Bakış, 11 (2013), 127-128 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Arşivi).

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 25/7/2023 tarihinde, makul sürede yargılanma hakkının ihlâli iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediğinden düşmesine karar vermiştir³⁵. Anayasa Mahkemesi’ni bu konuda vereceği düşme kararlarına ilişkin olarak, 6384 sayılı Kanun’a Geçici 3’üncü madde eklenerek Tazminat Komisyonu’na hangi süreler içinde başvurulabileceği düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi’nde inceleme süreci devam eden bireysel başvuruları, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren, Anayasa Mahkemesi’nin incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği gerekçesiyle düşme kararı verdiği bireysel başvuruları, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten veya düşme kararının tebliğinden itibaren, Anayasa Mahkemesi’nin incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği gerekçesiyle verdiği düşme kararı üzerine veya 10/10/2023 tarihinden itibaren doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları, bu Mahkemenin münhasıran iç hukuk

³⁵ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü 80’inci maddesine göre düşme kararı, “Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi, başvurunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması, ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması, bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi hallerinde verilebilir. “6384 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesi ile 9/3/2023 (bu tarih dâhil) tarihine kadar Anayasa Mahkemesi önünde makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin derdest başvurular için Tazminat Komisyonu’na başvuru imkânı getirildiğinden 10/3/2023 tarihinden itibaren yapılan başvurularda düşme kararı verilmesi gerekir.” Keser Altıntaş Kararı, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru, Başvuru N. 2023/18536, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536>. Söz konusu karara karşı oy yazısında, “Başvuru hakkının ve bu başvuruyu inceleme görevinin açık bir şekilde tanımlandığı, yerleşik içtihattan dönülmesini gerektirecek anayasal ve yasal herhangi bir değişikliğin gerçekleşmediği dikkate alındığında Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekirken İçtüzük’ün 80. maddesi uyarınca düşme kararı verilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Gerekli yasal düzenlemenin yapılmamış olması, anılan pilot kararın önemini yitirecek olması ve Mahkemenin diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlâli iddiasıyla yapılan başvuruları incelenmesinin güçleşeceği gibi gerekçeler İçtüzük’ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi kapsamında haklı sebep olarak değerlendirilemez. Nitekim anılan fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan haller başvurucuya ilişkin hallerdir. Bu sebeple söz konusu fıkranın (ç) bendinin de başvurucuya ilişkin haklı sebepler kapsamında yorumlanması gerekir. Başvuru konusu olayda başvurucudan kaynaklanmayan ya da anayasal veya yasal bir düzenlemeden kaynaklanmayan gerekçelerin yorum yoluyla haklı sebep şeklinde nitelenerek düşme kararı verilemeyeceği değerlendirilmektedir.” ifade edilmiştir. Keser Altıntaş Kararı, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru, Başvuru N. 2023/18536, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536>.

yollarının tüketilmemiş olması gerekçesine dayanan kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon inceler.” (6384 s.K. Geçici m. 3)³⁶.

Yine, Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşturulan yeni başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine de karar vermiştir³⁷. Özellikle belli bir konudaki yapısal ve sistemik sorunlara çözüm bulmak amacıyla sonradan oluşturulmuş bir yol söz konusu ise ikincillik ilkesi, o konudaki temel hak ve özgürlüklerin ihlâli iddialarının öncelikle idari ve yargısal makamlarca değerlendirilmesine imkân tanınmasını gerekli kılabilir. İkincillik ilkesi gereğince Anayasa'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilmesi için ihlâle neden olduğu iddia edilen işlem veya eyleme karşı idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi aranmıştır. Tüketilmesi gereken idarî başvuru yollarından anlaşılması gereken etkili idarî başvuru yollarıdır. İdareyi eylem veya işlem yapma yükümlülüğü altına sokan başvurular bu nitelikte kabul edilmelidir. Burada özellik gösteren kriter ise öngörülen hukuki yolun yeterli ve önemli olmasıdır³⁸.

Anayasa Mahkemesi, Tazminat Komisyonu'nu, ulaşılabilirlik, başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi yönünden incelemiştir³⁹. Anayasa Mahkemesi, Tazminat Komisyonu'nun kişileri mali külfet altına sokmaması ve kişilere makul bir süre içinde doğrudan başvuru imkânı tanıyarak başvuruda kolaylık sağlaması nedenleriyle ulaşılabilir olduğu sonucuna varmıştır. Yine, Anayasa Mahkemesi, Tazminat Komisyonu hakkında yaptığı değerlendirmede, başvuru konusu işlemi incelemeye, başvuruyu kabul ederek icra edilebilir bir karar verebilmeye, bilgi/belgelere ulaşmaya ve bunları incelemeye yetkili olması, başvuru bilgisi ve belge sunmalarına engel bir durumun bulunmaması, Tazminat Komisyonu'nun

³⁶ Mehmet Emin Alpaslan, “Makul Sürede Yargılanma Hakkı İhlalleri Nedeniyle İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Müracaat Yolu Hakkında 7499 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 214 (2024): 13-15.

³⁷ AYM Başvuru N. 2016/29085, T. 19/07/2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/29085> (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

³⁸ Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikâyeti Kararlarının Usûli Açısından Değerlendirilmesi,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 3, 5 (2014): 506-507; Gündoğdu, *Bireysel Başvuru*, 74-75.

³⁹ AYM Başvuru N. 2014/13828, T. 12/09/2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13828> (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

yapısının 6384 sayılı Kanun ile önceden belirlenmiş olması, özellikle Tazminat Komisyonu'nun kararlarına karşı yargı yolunun açık olması, bu kapsamda adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin yargılama sırasında sağlanmasının Anayasa'nın 36'ncı maddesi gereği zorunluluk arz etmesi ve Kanun ile bu konuda sınırlama getirilmemiş olması yönünden ilgili hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Tazminat Komisyonu'na başvurunun düzenleniş şekli itibarıyla başvuruçunun ihlâl iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma kapasitesine sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

Tazminat Komisyonu'na müracaat, müracaatta bulunan kişinin kimlik bilgileri ve adresi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik veya düşme kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlâl iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir. Komisyon, dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye bildirir. Dilekçedeki eksikliğin süresinde tamamlanmaması halinde müracaat, Komisyonca reddolunur (6384 s. K. Geçici m. 3).

3. Doğrudan Tazminat Komisyonuna Müracaatın Usûlü

Anayasa Mahkemesi'nin yargılamanın makul süre ile sonuçlandırılmadığı iddiasıyla yapılan bireysel başvuru taleplerinde yargılama süreci devam eden başvuruların da incelenebileceğine ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır. Mahkeme, devam etmekte olan bir yargılamada, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile bireysel başvuruda bulunulabilmesini, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının istisnalarından birini teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu durumda başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacak, aksine, makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvuruçunun açısından zararın artmasına neden olacaktır⁴¹. Bu nedenle, yargılamanın makul sürede

⁴⁰ AYM Başvuru N. 2014/13828, T. 12/09/2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13828> (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

⁴¹ AYM Başvuru N. 2012/13 K. T. 02.07.2013 pr. 52; AYM Başvuru N. 2012/12K. T17.09.2013 pr. 51; AYM Başvuru N. 2012/650 K. T. 05.12.2013 pr. 39; AYM Başvuru N. 2013/3283 K. T. 19.12.2013 pr. 36; AYM Başvuru N. 2012/673 K. T. 19.12.2013 pr. 32; AYM Başvuru N. 2013/4687 KT. 23.01.2014 pr. 41 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

sonuçlandırılmadığı iddiasıyla yapılacak müracaatın şeklini düzenleyen 6384 sayılı Kanun'un 5/A maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde vermiş olduğu kararlara da uygun olduğunun söylenmesi mümkündür.

Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat talebiyle Tazminat Komisyonu'na başvuru, soruşturma, kovuşturma veya yargılama sürecinde ya da en geç bunların kesin bir kararla sonuçlandığının öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde yapılabilir. (6384 s. K m. 5/A). Yine, Kanun'un 5/A maddesinde, bir aylık başvuru süresinin, kesin kararın öğrenilmesinden itibaren başlayabileceği de düzenlenmiştir. Burada sürenin hesaplanabilmesi için kararın ne zaman kesinleşeceğinin de doğru tespit edilmesi gerekir.

İlk derece mahkemelerinin nihaî kararlarının kesinleşmesi, istinaf ve temyiz kanun yolları bakımından ayrı ayrı değerlendirilerek açıklanmasında yarar vardır. Bu bakımdan şekli anlamda kesinleşme, kanunda düzenlenen istinaf sınırının altında kaldığı için, ilk derece mahkemesinin nihaî kararına karşı, istinaf yoluna başvuru olanağı yoksa, ilk derece mahkemesinin nihaî kararına karşı istinaf yoluna başvuru olanağı mevcut ve fakat süresi içerisinde istinafa başvurulmamış ya da başvurulmuş ve daha sonra bu başvurudan feragat edilmişse, ilk derece mahkemesinin nihaî kararına karşı, süresi içerisinde istinaf yoluna başvurulmuş; bölge adliye mahkemesi yapmış olduğu inceleme sonucunda, usûl ve esas yönünden ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulması nedeniyle, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiş ve bu kararın temyizi mümkün değilse (HMK m.362); temyizi mümkün olmakla birlikte süresi içerisinde temyiz edilmemiş yahut temyizden feragat edilmişse; süresi içerisinde temyiz edilmiş; Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesinin kararını onamışsa karar kesinleşecektir. Süresi içerisinde temyiz edilmiş, Yargıtay bölge adliye mahkemesinin başvurusunun esastan reddine ilişkin kararını bozmuş, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiş (HMK m.373, I); ilk derece mahkemesi kararında direnmiş, bu direnme kararı, süresi içerisinde temyiz edilmezse yahut temyizden feragat söz konusu olursa ya da temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay ilgili hukuk dairesi direnme kararını yerinde görüp kararını düzeltirse yahut dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gönderir ve Hukuk Genel Kurulu, direnme kararını onarsa kesinleşir.

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, istinaf incelemesi sonucunda, ilk derece mahkemesi kararını usûl açısından uygun, ancak esas açısından doğru

bulmazsa, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır ve esas hakkında verilmesi gereken nihai kararı ilk derece mahkemesinin yerine geçip, bizzat kendisi alabilir (HMK m.353, I/b, 3). Bu karar, temyizi mümkün kararlardan değilse, verildiği; temyiz edilebilir olup da süresi içerisinde temyiz edilmemişse, temyiz süresinin dolduğu yahut temyize başvurudan feragat edilmişse, feragat anında kesinleşecektir. Sözü edilen karar süresi içerisinde temyiz edilmiş; Yargıtay, yapmış olduğu temyiz incelemesi sonucunda, bu kararı onamışsa, onama tarihinde; bozulmuş dosya tekrar bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gelmiş; hukuk dairesi Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnmişse, bu direnme kararı süresi içerisinde temyiz edilmezse veya temyizden feragat edilir yahut yapılan temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay ilgili hukuk dairesi direnme kararını yerinde görürse yahut yerinde görmez, dosyayı Hukuk Genel Kurulu'na gönderir; dosya kendisine gönderilmiş olan Hukuk Genel Kurulu, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin direnme kararını onarsa kesinleşir. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin, ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı dava ve işlerde vermiş olduğu nihai kararlar ise, temyizi kabil değilse (HMK m.362, I) verildiği, temyizi kabil olup süresi içerisinde temyiz edilmezse temyiz süresinin dolduğu; temyizden feragat edilmişse, feragat edildiği anda kesinleşir. Sözü edilen karar, süresi içerisinde temyiz edilmiş; Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda bu kararı onamışsa, onama tarihinde; bozmuş, dosya kendisine gönderilmiş olan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, direnme kararı vermiş, karar yine süresi içerisinde temyiz edilmez veya temyizden feragat edilirse yahut süresinde temyiz edilir, Yargıtay ilgili hukuk daire direnme kararını yerinde görürse yahut yerinde görmez, dosya kendisine gönderilen Hukuk Genel Kurulu direnme kararını onarsa, hüküm, şekli anlamda kesinleşir.

Tazminat Komisyonu'na başvuru, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın yukarıda belirtildiği şekilde kesinleşmesinin öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde yapılabilir. (6384 s. K m. 5/A).

C. Müracaatların Tazminat Komisyonu Tarafından Karara Bağlanması

Tazminat Komisyonu başvuru üzerine öncelikle başvuru hakkında bir ilk inceleme yapar. Yapılan ilk inceleme sonucunda, 6384 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde sayılanlar bakımından başvurunun reddi gerekliliğinin bulunmaması halinde müracaatın esası hakkında karar verilebilecektir⁴². Bu

⁴² 6384 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre Komisyon, "Müracaat konusu başvurunun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu

nedenle, öncelikle ilgili düzenlemede yer alan şartlar hakkında bilgi verilmesinde yarar vardır.

1. Kabul Edilebilirlik Şartları Bakımından Yapılacak İnceleme

Tazminat Komisyonu, yapacağı ilk incelemede 6384 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde sayılan şartları değerlendirir. Bu kapsamda, AİHM tarafından öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu dışındaki diğer kabul edilebilirlik şartlarının sağlanması gerekir (6384 s. K. m. 6/I).

Kabul edilebilirlik şartları, AİHS'nin 35'inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında, AİHM'ne ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabileceği düzenlenmiştir (AİHS 35/I). Bununla birlikte AİHM, bireysel başvurular bakımından, AİHS'nin 35'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında kabul edilebilirlik şartlarını düzenlemiştir. Anılan düzenlemeye göre, ilk olarak, başvuru isimsiz ise veya başvuru, AİHM tarafından daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa ilgili bireysel başvurular, AİHM tarafından ele alınmayacaktır. Yine, başvurunun konu bakımından AİHS veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması veya başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması gibi durumlarda AİHM bireysel başvuru hakkında ret kararı verecektir (AİHS m. 35/II, III).

Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvurular hakkında kabul edilebilirlik kararı verebilmek için, 6216 sayılı Kanun'un 45 ila 47'nci maddelerinde düzenlenen şartların yerine getirilmesini aramıştır. Kabul edilebilirlik incelemesi⁴³, Anayasa Mahkemesi'nde oluşturulan komisyonlar

dışındaki diğer kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığını, Komisyona süresinde müracaat edilmediğini, müracaat edenin hukuki yararı olmadığını ve müracaatın 2'nci madde kapsamına girmediğini, tespit ederse müracaatı reddeder.”

⁴³ Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğunda üç aşamalı bir inceleme yapılmaktadır. İlk olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ön inceleme aşamasına benzeyen ve şekli bir denetimin yapılması, ikinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik sıralamasını dikkate alarak gerçekleştirdiği kabul edilebilir inceleme ve son olarak esas bakımından gerçekleştirilen inceleme şeklinde yapılmaktadır. Ayhan Döner ve Yeşim Çelik, “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları,” *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 16 (2016): 276; Gündoğdu, *Bireysel Başvuru*, 39; İbrahim Çınar ve Sinan Çınar, “Bireysel Başvurunun

aracılığıyla yapılır. Komisyonlar, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir⁴⁴. Komisyon, başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu gönderir (6216 s. Kanun m. 48).

Kanaatimizce, Tazminat Komisyonu 6384 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca kabul edilebilirlik yönünden yapacağı incelemeyi hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de AİHM'nin bu konuda yukarıda belirtmiş olduğumuz kararları ve değerlendirmeleri dikkate alarak yapması yerinde olacaktır.

2. Süre Bakımından Yapılacak İnceleme

Tazminat Komisyonu'na yapılacak olan müracaatlar üçe ayrılarak Kanun'da düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılan düzenleme nedeniyle de süreler her bir müracaat türü bakımından ayrı ayrı belirlenmiştir.

Tazminat Komisyonu'na başvuru yapılmaksızın doğrudan AİHM'ne bir başvuru yapılması durumunda, mahkeme, bu durumda münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı verir. Bu kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde tarafların, Tazminat Komisyonu'na müracaat edebilme imkânı bulunmaktadır (6384 s. K. m. 5/II). Bu kapsamda, AİHM, 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyonunun başvuranlara, Sözleşme'nin 13'üncü maddesi anlamında Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasına dayanarak ileri sürdükleri yargılama süresinin uzunluğu ile ilgili şikâyetlerini sunabilecekleri ve tüketilmesi gerekli bir başvuru yolu sunduğunu ve bu başvuru yolunun 23/9/2012 tarihinden önce Mahkemeye sunulan ve Hükümete henüz tebliğ edilmemiş başvuruları kapsadığını, dolayısıyla başvuranların Sözleşme'nin 13'üncü maddesine dayanan şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ve yine Sözleşme'nin

Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 4 (2014): 263-310; Özen Ülgen, *Anayasa Yargısında İlk İnceleme* (İstanbul: Beta 2013), 53; Meral Kaya, *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme* (Ankara: Seçkin, 2008), 47.

⁴⁴ Hüseyin Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi, *Anayasa Yargısı* 29, 1 (2013): 1-161; Korkmaz, *Bireysel Başvuru*, 167.

35'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi ve dördüncü fıkrası uyarınca başvurunun kabul edilemez olduğunu hüküm altına almıştır⁴⁵. 6384 sayılı Kanun'un Geçici 2'nci maddesi ile "Anayasa Mahkemesi'nde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat" düzenlenmiştir. Anılan hüküm ile geçici 2'nci maddenin yürürlüğe girdiği 31/07/2018 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Tazminat Komisyonu tarafından incelenebileceği düzenlenmiştir. Yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla yapılacak müracaatlarda ise süre, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla başvuru, soruşturma, kovuşturma veya yargılama sürecinde ya da en geç bunların kesin bir kararla sonuçlandırıldığının öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde yapılır. Haklı bir mazeret nedeniyle süresi içinde müracaat edemeyenler, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte müracaat edebilirler (6384 s. K m. 5/A). Kanunda gösterilen bu sürelerle uyulmaması halinde, Tazminat Komisyonu ilgili müracaat hakkında ret kararı verecektir (6384 s. K. m. 6/I-b).

3. Hukuki Yarar Bakımından Yapılacak İnceleme

Hukuki yarar, HMK'nın 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının h bendinde dava şartları arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla davacının davayı açmakta hukuki yararı bulunmalıdır. Davacının davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu söz edebilmesi için, öncelikle, davacının hakkına kavuşması için mahkeme kararına muhtaç bulunması gerekir. Davacının hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı yoksa hukuki yararı da yoktur⁴⁶. Ayrıca, bir kimsenin hakkına ulaşması için mahkeme kararına o an için muhtaç olması gerekir. Şüpheli ya da ileride ortaya çıkacak belirsiz bir

⁴⁵ Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru N. 4860/09, 26/3/2013, §§ 59, 60). AİHM bu kararı ile ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla ve 23/9/2012 tarihi itibarıyla kendisine yapılmış başvurular hakkında 6384 sayılı Kanun ile belirlenen iç hukuk yolunun tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğunu ifade etmiştir.

⁴⁶ Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin, 2009), 18 vd.

yarar, hukuki yarar kapsamında değerlendirilemez⁴⁷. Bir konuda mahkemeye başvurup karar almadan, daha basit ve daha kolay başka bir yolla aynı sonuca ulaşılabiliyorsa, bu konuda mahkemeye başvurmakta hukuki yararın olduğu söylenemez. Bir kişinin dava açmakta hukuki yararının bulunduğundan söz edilebilmesi için, yararın hukuken korunmaya değer olması, doğrudan ve kişisel bir nitelik taşıması, doğmuş ve güncel olması gerekir. Yapılan bu tespit çerçevesinde, her şeyden önce, dava açmaktaki yarar hukuki olmalıdır. İdeal ya da ekonomik yararın varlığı tek başına yeterli değildir. Yararın doğrudan ve kişisel olmasının temelinde yatan etken ise, kişinin, kural olarak ancak kendi adına, doğrudan ve kişisel yararını gerçekleştirmek için dava açabilecek olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda da bireysel başvurunun incelenbilmesi için öncelikle ilgili kimsenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakta hukuki yararının bulunması gerekir. 6216 sayılı Kanunun 46'ncı maddesinde bireysel başvuru hakkını kullanabilecekler belirtilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, ihlâl yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem, işlem ya da ihmalden dolayı başvuru gencel, kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmiş olmalıdır.

Tazminat Komisyonu'na başvuruda hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için, ihlâl yol açan eylem ya da ihmal nedeniyle müracaat edenin güncel ve kişisel bir menfaatinin ihlâl edilmiş olması ve bu ihlâlden doğrudan etkilenmiş olması gerekir. Kişisel menfaat ihlâli ile kastedilen, kamu gücü tarafından ihlâl edilen hakkın bizzat başvurucuya ait olmasıdır. Bu çerçevede ihlâl edilen hakkın şahsi hak veya malvarlığına ilişkin bir hak olması arasında bir fark yoktur. Tazminat Komisyonu'na başvurulması bağlamında güncellik şartı ise, temel hak ve özgürlüklerin ihlâlinin veya ihlâlin sonuçlarının başvuru anı itibarıyla de devam ediyor olmasını ifade eder. Bu çerçevede sırf temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilebilme ihtimalinin varlığı tek başına Tazminat Komisyonu'na başvuru yoluna gidebilmek için yeterli değildir. İhlâlin etkilerinin devam etmesi durumunda ise, başvuru süresinin geçirilmemiş olması şarttır. Sürenin geçmesiyle birlikte bu ihlâl bakımından başvuru imkânı ortadan kalkar.

4. Konu Bakımından Yapılan İnceleme

⁴⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 338; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 210; Budak ve Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 156.

Tazminat Komisyonu'na başvuruda bulunabilme bakımından ilk inceleme sırasında konu yönünden de bir sınırlama getirilmiş ve başvurunun Kanun'un 2'nci maddesi kapsamı dışında bulunması durumunda, müracaatın reddi kararının verileceği düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeyle öncelikle ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığına yönelik başvuruların Tazminat Komisyonu tarafından inceleneceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla yapılan başvurular da Tazminat Komisyonu'nun görev kapsamına dahildir.

Yine, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında korunan haklara ilişkin AİHM'nin yerleşik içtihatları doğrultusunda, Türkiye aleyhine verilen ihlâl kararlarının yoğunluğu dikkate alınmak suretiyle, AİHM'ne yapılmış başvurulara ilişkin diğer ihlâl alanları bakımından da Tazminat Komisyonu'nun inceleme yapabilme yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir (6384 s. K. m. 2). Bu kapsamda, Tazminat Komisyonu'nun incelemesine konu olabilecek temel hak ve özgürlükler; Anayasa'da güvence altına alınmış haklardan AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin kapsamındakilerle sınırlandırılmıştır⁴⁸.

Sonuç olarak, Tazminat Komisyonu, müracaatlara ilişkin yapacağı ilk incelemede, başvurunun, AİHM tarafından öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu dışındaki diğer kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığını, Tazminat Komisyonu'na süresinde müracaat edilmediğini, müracaat edenin hukuki yararı olmadığını, müracaatın Kanun kapsamına girmediğini tespit etmesi durumunda, müracaatın esasına girmeksizin ret kararı verebilecektir.

Tazminat Komisyonu, ilk inceleme sonunda Kanun'da aranan şartların yerine getirilmiş olduğunu tespit ederse başvuruyu esastan incelemeye geçer. Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ve mahkeme kararlarının geç veya eksik

⁴⁸ AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller dikkate alınarak, Tazminat Komisyonu'nun inceleme alanına konu olabilen haklar esas itibarıyla şunlardır: Yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, örgütlenme ve toplanma özgürlüğü, evlenme ve aile kurma hakkı, etkili başvuru hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, sayılabilir.

icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla yapılan başvurular hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır (6384 s. K. m. 7). Tazminat Komisyonu bu konular hakkında karar verirken, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar verir.

Tazminat Komisyonu'nun özellikle makul süreye ilişkin yapacağı incelemede dikkat etmesi gereken önemli kriterler bulunmaktadır. Bu nedenle, kısaca makul süre ve makul sürenin tespitine ilişkin bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

a. Tazminat Komisyonu'nun Makul Süre Hakkında Yapacağı İnceleme

Yargılamanın makul sürede bitirilmesi hem tarafların adalete olan güvenini sağlar hem de toplum barışı için büyük önem taşır. Yargılamanın uzaması ile kişilerde yargılamaya güven kaybı oluşur ve hukuki koruma mekanizmasının işlevini yerine getirdiğine ve hukuk düzenine olan inançları sarsılır⁴⁹. Yargılaması makul sürede bitirilemeyen taraf hakkını elde etmekte gecikebilir yahut hükmün icrasına artık gerek duyulmayacak zamanlar ortaya çıkabilir⁵⁰. Örneğin, yüksek enflasyon nedeniyle paranın değerinde azalma meydana gelebilir⁵¹. Nitekim herkesin de bildiği gibi “Geç gelen adalet, adalet değildir.” ifadesi makul sürede yargılanmanın önemini vurgulamaktadır⁵². Makul sürede yargılanma, adil yargılanma hakkının iç hukuktaki yansımaları oluşturur⁵³. AİHS'in 6'ncı maddesine göre herkes davasının makul bir süre içerisinde yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Sözleşmeye taraf olan devletler de sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadırlar⁵⁴. Bu nedenle iç hukukumuzda

⁴⁹ İhsan Berkhan, “Adil Yargılanma Hakkı,” *İstanbul Barosu Dergisi* 86, 5 (2012): 322; Walter H. Rechberger, “Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması,” çev. M. Kamil Yıldırım, içinde *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul: Beta, 2016), 3.

⁵⁰ Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin, 2014), 251.

⁵¹ Hakan Pekcanitez, “Adil Yargılanma Hakkı,” *İzmir Barosu Dergisi* 2 (1997): 35-55.

⁵² Pekcanitez, “Adil Yargılanma Hakkı,” 40; Kemal Akkurt, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2012), 25; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (İstanbul: Beta, 2013), 370.

⁵³ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı* (Ankara: Adalet, 2007), 22.

⁵⁴ İnceoğlu, *Adil Yargılanma*, 372.

hem Anayasa’da hem HMK’da makul sürede yargılanma düzenlenmiştir⁵⁵. Yine, adil yargılanma hakkının önemli bir unsurunu oluşturan yargılamaların makul sürede gerçekleştirilmesi ilkesinin daha etkin olarak gözetilmesiyle birlikte uzayan yargılamaların önüne geçmek amacıyla “yargıda hedef süre uygulaması”na işlerlik kazandırılmıştır. Bu uygulamaya yönelik olarak önce Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 28’inci maddesinin yedinci fıkrasında, yargılamaların tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu Kanuna göre hazırlanan ve hedef sürelerin belirlenmesi ile uygulanmasına dair usul ve esasları düzenleyen “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” ise 01.09.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelikte, kanun yolları incelemesi neticesinde adli yargı hâkimleri (ve Cumhuriyet savcıları ile idari yargı hâkimleri) hakkında düzenlenecek kanun yolu değerlendirme formlarında yargılamaların (ve/ veya soruşturma ya da kovuşturmanın) hedef sürede tamamlanıp tamamlanmadığı hususunun değerlendirmede dikkate alınacağı öngörülmüştür (m. 5, 1/c). Sonuç olarak, 03/09/2018’den bu yana, yargılama sürelerinin belirlenmesine ilişkin Yönetmelikte öngörülen usullere göre (m. 5) belirlenen hedef süreler, adli yargı ilk derece mahkemelerinde uygulanmakta ve bu sürelerle uyum düzenli olarak değerlendirilmektedir⁵⁶.

Makul sürede yargılanmaya, öğretide “hızlılık” veya “çabukluk” da denilmektedir. Ancak hızlılık veya çabukluk yanlış anlaşılmaya müsait

⁵⁵ Ayşe Özkan Duvar, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68 (2019): 287-336.

⁵⁶ Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı tarafından yapılan açıklamaya göre, “Hedef sürelerle ilişkin değerlendirme bilgileri her yıl ocak ayı başında Cumhuriyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıklarının ilgili UYAP ekranında gösterilecektir. Diğer yandan Cumhuriyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıkları, başkan, üye, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının da görüşünü alarak her yıl ocak ayı sonu itibarıyla hedef sürelerin gerçekleşmesinde yaşanan gecikmelerin sebepleri ile çözüm önerilerine ilişkin yetki çevresini de kapsayacak şekilde bir rapor hazırlayacaklardır. Hazırlanan rapor Hâkimler ve Savcılar Kuruluna ve Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığına gönderecektir. Hazırlanan bu raporlar daha sonraki yıllarda soruşturma, kovuşturma veya yargılamalar için hedef süre belirlenirken dikkate alınacaktır. Ayrıca; bu raporlardaki veriler HSK Teftiş Kurulu tarafından adli yargı hâkim ve savcıları ile idari yargı hâkimlerinin denetiminde esas alınacak, istinaf ve temyiz incelemesi sırasında kanun yolu değerlendirme formlarının düzenlenmesinde de dikkate alınacaktır (<https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>).

kavramlardır. Çünkü usul ekonomisinin bu unsur ile amaçlanan hızlı bir şekilde yargılama yapılması değil⁵⁷; etkili, gereksiz gecikmeler olmaksızın ve olabilecek en kısa sürede sonuçlanacak bir yargılama yapılmasıdır. Bu nedenle “makul süre” kavramının kullanılması daha uygun olacaktır. Makul sürede yargılanma hakkı her ne kadar davaların mümkün olan süratle sonuçlanmasını gerektirmekteyse de, bu hakkın kullanımı, adil yargılanma hakkının diğer unsurlarının varlığını ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmamalıdır. Adil yargılanma hakları ile makul sürede yargılanma hakkının çatıştığı hallerde, çatışan diğer hakkın adil yargılanma hakkı bakımından vazgeçilmez nitelikte olup olmadığı gözetilerek sonuca gidilmelidir⁵⁸.

Makul sürede yargılanma hakkının öne sürülmesi davacı tarafından yapılabileceği gibi davalı tarafından da yapılabilir⁵⁹. Nitekim davayı kaybeden taraf veya kazanan tarafın makul sürenin aşıldığını ileri sürmesi önem taşımaz. Çünkü makul sürenin ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde dava sonucu önemli değildir. Dava kısa sürseydi dahi aynı sonuç ortaya çıkacaktı savunmasının yapılması makul süreyi ihlâl eden devlet tarafından lehine bir sonuç doğurmaz⁶⁰.

Yargılamanın makul sürede bitirilip bitirilmediğinin tespiti için öncelikle makul sürenin ne zaman başlayıp ne zaman bittiğinin belirlenmesi gerekir⁶¹. Soruşturma, Kovuşturma Veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 6’ncı maddesinde sürelerin başlangıcı

⁵⁷ Süha Tanrıver, “Adil Yargılanma Hakkı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 53 (2004): 191-215. Mustafa T. Yücel, “Adli Yargıda “Makul Süre” Felsefesi ve Matematigi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 117 (2015): 40; Bilal Kartal, “Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı,” *Yargıtay Dergisi* 31, 115 (1975): 16; Hasan Hendek, *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu* (Ankara: Seçkin, 2016), 29; Yargıtay’da bir kararında bunu belirtmiştir, “Adalet bir olup bittiye getirilmemeli, davaların süratle ve ekonomik yollarla çabuk bitirilmesi kuralı yanında da davada esas olan adaletin gerçeğe en uygun sağlanması amacı hiç bir zaman ihmal ve gözardı edilmemeli, adaletin şekil hukukuna tercih edilmesi üstün görülmemelidir.” 13.HD, T.26.03.1992, E.1992/2432, K.1992/2924, (Legalbank).

⁵⁸ Hasan Tahsin Gökcan, “Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kapsamında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *İnsan Onuru için Anayasa Mahkemesinde 25 Yıl: Haşim Kılıç’a Armağan*, (2015) 819-865.

⁵⁹ Aktepe Artık, *Adil Yargılanma Hakkı*, 252.

⁶⁰ İnceoğlu, *Adil Yargılanma*, 375; Olgun Akbulut, “Adil Yargılanma Hakkı,” içinde *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, ed. Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Sarı (İstanbul: 2002), 185; Tanrıver, “Adil Yargılanma,” 200.

⁶¹ M. Onur Başar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha, 2011), 28.

ve sonu hakkında bir düzenleme yapılmıştır. Anılan düzenlemeye göre hedef sürelerin hesaplanmasında dikkate alınan süreler, soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul edildiği, hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde davanın esas kaydının yapıldığı, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar ve soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararlar, kovuşturma veya yargılama kararlarında gerekçeli kararın yazımı ile son bulur.

Makul sürenin belirlenmesi açısından mutlak bir süre belirtilmemiştir. Bu anlamda AİHM'nin makul süreye ilişkin kararları önüne gelen davaya göre farklılık göstermektedir. Bazı durumlarda altı veya yedi yıllık süre makul olarak kabul edilirken; bazı durumlarda üç beş yıllık sürenin makul olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim bazı davalar açısından da iki yıllık süre makul süre olmadığı kararı verilmektedir⁶². Bu davalar özellikle, çocuğun hukukî durumunu konu alan davalar başta olmak üzere, örneğin çocuğun bir kuruma verilmesi veya çocuğun evlatlık verilmesi ya da AIDS hastası olmak gibi bazı özel durumların varlığı halinde yargılamanın hızlı bir biçimde sonuçlandırılması aranmaktadır⁶³.

Yargılamanın makul sürede tamamlanması, yargılama sürecinin birkaç ayda tamamlanacağı anlamına gelmez. HMK'da düzenlenen kurallara uyularak bir yargılama yapılması gerekmektedir. Bu anlamda dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat ve hüküm aşamalarının belirli süreler içerisinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin dilekçeler teatisinde yazılı yargılama usulüne göre iki hafta dava dilekçesine cevap dilekçesini verme süresi (HMK m.127), davacının cevaba cevap verme dilekçesini verme süresi iki hafta ve davalının da ikinci cevap verme dilekçesi iki haftalık süreye tâbi tutulmuştur (HMK m.136). Bu anlamda dilekçeler teatisinde geçirilmesi gereken altı haftalık süre mevcuttur. Basit yargılama usulünde ise cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi olmadığından yazılı yargılama usulüne göre daha kısa olarak iki haftalık süre mevcuttur. Başka bir ifadeyle yargılamanın makul sürede tamamlanması, yapılması gereken usul işlemlerinin yapılmadan yargılamanın hemen sona erdirilmesi anlamına gelmez⁶⁴.

⁶² Pekcanitez, "Adil Yargılanma," 42; Feyyaz Gölcüklü, "Yargılama Makamları Önünde Makul Süre," *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* 1, 2 (Mayıs-Eylül 1991): 11.

⁶³ Erol Çiçek, "AİHS m.6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 72, (2007): 236.

⁶⁴ Buna karşılık Yargıtay 16.CD vermiş olduğu bir kararda suçlamayı kabul eden sanığın duruşma tarihinden önce yakalanarak mahkeme tarafından beyanının alınıp, son celsede

HMK’da yargılamanın makul sürede tamamlanmasına ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Buna delillerin gösterilmesi zamanı örnek olarak verilebilir. Taraflar kural olarak dilekçelerinde ellerindeki delilleri sunmak ve başka yerden getirilecek delillerin bilgisini vermek zorundadırlar. Dilekçelerde eksik olan delillerin ve bu konudaki bilgilerin en geç ön inceleme duruşması için gönderilen davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde sunulması veya bu sürede tamamlanması gerekir. Aksi takdirde tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir (HMK m. 139/I, ç). Ön inceleme duruşması için gönderilen davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süreden sonra delil gösterilmesi ve sunulması iddia ve savunmanın sınırları içinde kalsa da mümkün değildir. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (HMK m. 145).

HMK’nın 90’ıncı maddesine göre, süreler kanun tarafından düzenlenen süreler ve hâkim tarafından belirlenen süreler olmak üzere ikiye ayrılır. Kanun tarafından belirlenen sürelerin bazıları mahkemeler için bazıları da taraflar için düzenlenmiştir. Kanun’un taraflar için öngördüğü süreler kesindir. Bu süreler kısaltılıp, çoğaltılamaz. Süresi içerisinde taraflar işlemi yapmazlarsa hak düşürücü süre olmasından dolayı o işlemi yapma hakları ortadan kalkar⁶⁵. Mahkemelere getirilmiş olan süreler ise düzenleyici sürelerdir. Bu anlamda mahkeme işlemi daha sonra yapsa da işlem geçerli olur. Kanunda bazı sürelerin belirlenmesi açıkça hâkime bırakılmış olabilir. Nitekim her sürenin önceden belirlenmesi olayın özelliklerine uygun düşmeyebilir. Hâkim, tarafından verilen süreler kural olarak kesin değildir. Ancak hâkim süre verirken bu sürenin kesin olduğunu belirtmişse bu durumda bu süre uzatılıp, kısaltılamaz.

Hâkimin süre verirken, tarafların durumu, işin niteliği gibi unsurları göz önünde bulundurmalıdır. Zira hâkim süreyi belirlerken uzun bir süre vermesi makul sürede yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelebilir⁶⁶. Buna karşılık hâkimin vereceği sürenin kısa olması da hukuki dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelebilir. Bu anlamda hâkimin bu dengeyi gözeterek süre tayin

usuli işlem yapılmaksızın karar verilmesini savunma hakkının kısıtlanması olmadığını, usul ekonomisi ilkesinin makul sürede unsurunu göz önünde bulundurarak itirazın reddine karar vermiştir 16.CD, T.09.03.2017, E.2017/641, K.2017/1050 (Legalbank).

⁶⁵ Tacettin Kabatepe, “Hukuk Yargılamasında (Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak) Makul Süre” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2009), 53.

⁶⁶ Kabatepe, “Makul Süre,” 55; Rüzgaresen, “Usul Ekonomisi,” 189.

etmesi gerekir⁶⁷. Örnek vermek gerekirse, hâkim taraflardan birinin davasını kendisinin yürütemeyeceği yeterlilikte görürse, kişiye davasını vekil aracılığıyla yürütmesi için uygun bir süre verir (HMK m.80, I). Bu anlamda hâkimin süreyi gereğinden uzun tutması bir başka ifadeyle kişinin vekil bulması gereken süre aşağı yukarı tahmin edilebilir olması dolayısıyla bu sürenin uzun bir süre olarak belirlenmesi usul ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır.

Makul sürenin belirlenmesi her somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre farklılık göstermektedir. Nitekim her somut olaya göre de makul sürenin tespitini ayrı ayrı yapmak gerekir⁶⁸. AİHM, makul süreye ilişkin incelemeyi yaparken üç ölçütü esas almaktadır. Bu ölçütler tek başlarına belirleyici bir nitelik taşımazlar⁶⁹. Bu ölçütler⁷⁰; davaların karmaşıklığı, davanın taraflarının tutumu, yetkili makamların davranışlarıdır.

Bu ölçütlerden ilki davaların karmaşıklığıdır. Yargılama süresi bu karmaşıklığa göre uzayabilir. Davaların karmaşık olması değerlendirilirken, davanın konusu, hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delilerin toplanmasında karşılaşılan etkenler, hastalık veya tutukluk gibi kişiye özel unsurlar, maddi olayların karmaşıklığı, bilirkişiye başvurmaya olan ihtiyaç, yazılı delillerin hacmi gibi unsurlar girmektedir⁷¹. Bu nedenlerle davanın uzun sürmesi AİHM tarafından makul sürenin ihlâli olarak kabul edilmemektedir. Ancak sadece davanın karmaşık olması makul sürenin tespitinde değerlendirilmemektedir⁷².

İkinci unsur ise başvuruda bulunanın tutumudur. Bir başka ifadeyle makul sürenin hesabında başvurucunun yargılama sırasında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediği araştırılır⁷³. Bu konuda tarafların dava görülürken dürüstlük kuralına uygun davranmaları gerekir. Zira

⁶⁷ Rüzgaresen, “Usul Ekonomisi,” 189-190.

⁶⁸ Tanrıver, “Adil Yargılanma,” 199; Pekcanitez, “Adil Yargılanma,” 42.

⁶⁹ Gülnur Erdoğan, *Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Adalet, 2011), 124.

⁷⁰ “The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard, inter alia, to the complexity of the case, the conduct of the parties and of the authorities concerned and what is at stake in the litigation” Bock-Almanya kararı, 29.03.1989, para. 38.

⁷¹ Erdoğan, *Medeni Yargı*, 124; Hüseyin Turan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11 (2012): 60.

⁷² Hasan Hendek, *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu* (Ankara: Seçkin, 2016), 84.

⁷³ Tanrıver, “Adil Yargılanma,” 199-200; Pekcanitez, “Adil Yargılanma,” 42.

dürüstlük kuralına uygun olarak davranmaları ile davanın makul sürede sonuçlanması kolaylaşacaktır. Nitekim tarafların dürüstlük kuralına aykırı olarak davayı geciktirmeye çalışması, kendisine tanınan usulî hak ve yetkileri verilmiş amacına uygun kullanılmaları yargılamanın gecikmesine sebebiyet verir⁷⁴. HMK'da da yargılamanın makul sürenin aşılmasının sağlanması için bazı düzenlemeler yer almaktadır. Geçerli bir özrü olmadan gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlere itiraz edememesi (HMK m.150, II) veya davanın taraflardan birinin aleyhine gelişmesi ile bu kişinin bir gerekçe göstermeden hâkimin reddini istemesi durumu örnek olarak verilebilir. Böyle bir durumda HMK'nın 41'inci maddesi gereğince ret talebinin davayı uzatmak amaçlı yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa; ret talebi toplu mahkemede bu hâkiminde müzakereye katılmasıyla, tek hâkimli mahkemelerde ise reddi istenen hâkimin kendisi tarafından geri çevrilir. Kötüniyetli yapıldığı anlaşılan bu talep ile talepte bulunanların her biri hakkında disiplin para cezasına hükmolunur (HMK m.42, IV). Bu düzenleme ile ret talebi yetkili mercie gönderilmeden zaman kaybı önlenmiş ve kötü niyetli yapılan talep yargılamanın uzamasına sebep olmadan karara bağlanmış olur⁷⁵. Yine davayı sona erdiren taraf işlemlerinden feragat, kabul ve sulh de makul sürede yargılamanın bitirilmesine hizmet eden kurumlar arasında sayılabilir⁷⁶.

Taraflardan başka vekiller de yargılamanın süresini uzatmamak için gerekli dikkat ve özeni göstermelidir (AvK. m.34). Örnek olarak vekilin özen yükümlülüğü gereğince dosyayı incelemesi gerekmektedir. Bu anlamda dosyayı incelememiş olması geçerli bir özre dayanıyorsa hâkim bir defaya mahsus süre verebilir. Verilen süre sonunda dosya incelenmemiş olsa bile yargılamaya devam edilir (HMK m.77, IV). Bu düzenleme ile vekilin yargılamanın uzamasına sebep olması engellenmiştir⁷⁷.

Üçüncü ve son ölçüt yetkili makamların yargılamadaki tutumudur. Yetkili makam ile kastedilen, ilk derece mahkemeleri, üst derece mahkemeleriyle hâkimler-savcılar ve mahkeme kalemidir⁷⁸. Devlet, kendi

⁷⁴ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: Sevinç Matbaası 1989), 98; Murat Yavaş, "Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakim Rolü," içinde *Prof. Dr. Yavuz Alangoya Armağan* (İstanbul 2007), 318.

⁷⁵ Yaşar Demircioğlu, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri* (Ankara: Yetkin, 2007), 324-325.

⁷⁶ Demircioğlu, *İnsan Hakları*, 330-333.

⁷⁷ Demircioğlu, *İnsan Hakları*, 326.

⁷⁸ Hendek, *Makul Süre*, 88.

idari ve yargısal organlarının yapmış olduğu gecikmelerden dolayı sorumludur. Nitekim yargılama devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir kamu hizmetidir⁷⁹. Bu anlamda devlet, mahkemelerden kaynaklanacak gecikmeleri önleyici tedbirler almak, bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Yetkili makamların yargılamayı geciktirmesi yapısal sorunlara dayanabilir⁸⁰. Gecikmeleri iş yükünün fazla olması, görev ve yetki uyumsuzlukları, tebligat hukukuna ilişkin sorunlar, bilirkişilerin raporlarını zamanında mahkemeye sunmaması, değişen kanunlar ve hâkimlerin eğitim eksiklikleri gibi sebepler sayılabilir⁸¹.

Bu eksikliklerin giderilmesi için mahkemelerin teknolojik açıdan geliştirilmesi, eğitimli hâkim ve savcılarının yetiştirilmesi, yeteri kadar hâkim ve savcının bulunması ve kalem görevlilerinin iyi eğitilmesi gerekir⁸².

Sonuç olarak Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı hakkındaki başvuruların incelerken AİHM tarafından getirilen makul süre incelemelerine ilişkin kriterlere uygun bir inceleme yapması gerekir. Bununla birlikte, 6384 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde Tazminat Komisyonu'nun başvurulara ilişkin yapacağı incelemede, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir.

b. Mahkeme Kararlarının Geç veya Eksik İcra Edildiği ya da Hiç İcra Edilmediği İddiasına İlişkin İnceleme

Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla yapılan başvurular da Tazminat Komisyonu'nun inceleme konuları arasında yer alır. Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi açıkça Anayasa'nın 138'inci maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette

⁷⁹ İnceoğlu, *Adil Yargılanma*, 386; Turan, *AİHM Makul Süre*, 63.

⁸⁰ İnceoğlu, *Adil Yargılanma*, 387.

⁸¹ Tanrıver, "Adil Yargılanma," 200; Muharrem Ünal, "Hukuk Davalarının Uzamasının Nedenleri ve Yargılamada Çabukluğun Sağlanması," *Ankara Barosu Dergisi* 6, (1982): 57.

⁸² Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine Düşünceler," içinde *Makalelerim-I* (Ankara: Asil, 2005), 169-173.

değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” denilmektedir⁸³. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır⁸⁴. Anayasa Mahkemesi, yargı kararlarının ilgili kamu makamlarınca zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmelerinin mümkün olamayacağını ifade etmiştir⁸⁵. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında icra edilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoriteleri ile hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu nedenle Anayasa'nın 2'nci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak bireylerin kamu otoritesi ile hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilmez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez⁸⁶. Yine Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddiada ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir hak olarak ifade etmiştir⁸⁷. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkı, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre yargılama sonucunda

⁸³ Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm, zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır (AYM, Başvuru N. 2013/1752, 26/6/2014, pr. 65)

⁸⁴ Bahtiyar Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 1-2 (2007): 449-469; Cemil Kaya, “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, 1-2 (2010): 59-77.

⁸⁵ AYM, Başvuru N. 2013/1752, 26/6/2014, pr 61 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁶ AYM, Başvuru N. 2013/1752, 26/6/2014, pr 61 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁷ AYM, Başvuru N. E.2009/27, K.2010/9, T. 14/1/2010 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli değildir, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir⁸⁸.

AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının icra edilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM'ne göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsur olarak kabul edilmiştir⁸⁹. AİHM'ne göre herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir kararın icrası, AİHS'nin 6'ncı maddesinin amaçları bağlamında davanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir⁹⁰.

Tazminat Komisyonu, mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla yapılan başvurular bakımından yapacağı incelemelerde yukarıda AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan temel ilkeler ve değerlendirmelerden yola çıkarak bir inceleme yapmalıdır.

D. Tazminat Komisyonunun Başvuru Sonucu Vereceği Karar

Tazminat Komisyonu tarafından yapılan inceleme sonunda, müracaat edenin bir hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi hâlinde, müracaat eden lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir. Tazminat Komisyonu, müracaatlar hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır. Tazminata hükmedilebilmesi için müracaat edenin maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Hükmedilecek tazminat, maddi veya manevi tazminat olabilir. Bu bağlamda, 6384 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminata karar verecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle yapılan başvurularda ise oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmine ilişkin karar verecektir. Tazminat

⁸⁸ AYM, Başvuru N. 2018/9459, T. 19/11/2020, pr. 51; AYM, Başvuru N. 2012/144, 2/10/2013, pr. 28 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁹ AİHM Başvuru N. 18357/91, 19/3/1997, pr. 40 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Arşivi).

⁹⁰ AİHM Başvuru N. 36813/97, 29/3/2006, pr. 196 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Arşivi).

Komisyonu, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar vereceğinden ilgili mahkemelerin tazminata ilişkin verdikleri kararlarda yaptıkları incelemeler konusunda getirmiş olduğu kriterler, Tazminat Komisyonu için emsal niteliğinde olacaktır. Bu nedenle, tazminatın belirlenmesinde, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir.

Uygun bir tazminata hükmedilmesi için esas incelemede bir hak ihlâlinin öncelikle tespit edilmesi gerekir. Ancak, uygun bir tazminatın neye göre belirleneceği, 6384 sayılı Kanun'da ve açıkça belirlenmediğinden, tespitinin nasıl yapılacağı belirsizlik oluşturabilir. Fakat, tazminatın belirlenmesi ile ilgili genel düzenlemeler, özellikle borçlar hukukundaki tazminatın belirlenmesi ölçütleri kıyasen uygulanarak bir tespit yapılması mümkündür.

Tazminat Komisyonu'nun, maddi tazminata hükmetmesi için, bu zararın belgelendirilmesi ve tespit edilen ihlâl ile uğranıldığı iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağının mevcut olduğunun müracaat eden tarafından ispat edilmesi gerekir⁹¹. İlliyet bağının varlığına ilişkin belge sunulmaması veya maddi zarara ilişkin belge sunulmaması gibi sebeplerle maddi tazminat taleplerinin reddedilmesi mümkündür.

Tazminat Komisyonu, ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevî tazminata karar verebilir. Bu kapsamda, uyuşmazlığın niteliği, müracaat edenin kişisel yararı, davaya ilişkin olaylarla davanın müracaat eden açısından taşıdığı değer, manevî zararın tespitinde önem arz etmektedir⁹².

⁹¹ Pekcanitez, *Bireysel Başvuru*, 87; AYM, Başvuru N. 2013/99, T. 20/03/2014, pr. 83; AYM, Başvuru N. 2019/27253, T. 20/04/2020, pr. 20; AYM Başvuru N. 2013/700, T. 15/04/2014. Anayasa Mahkemesi, kararlarında maddi tazminata hükmedilmesi oldukça nadir olup, genellikle illiyet bağının varlığına ilişkin belge sunulmaması veya maddi zarara ilişkin belge sunulmaması gibi sebeplerle maddi tazminat talepleri reddedilmektedir. Öte yandan bazı kararlarda ise, genel eğilimden ayrılmak suretiyle maddi tazminat hesabı yapıldığına da rastlanılmaktadır. AYM Başvuru N. 2019/41951, 29/12/2021, pr. 22 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

⁹² Anayasa Mahkemesi kişinin, tespiti konu ihlâl dolayısıyla, kazanma şansının yüksek olduğu davasını kaybettiğinden bahisle, salt ihlâl tespitiyle giderilemeyecek olan manevî bir zararın bulunduğu ve başvurucuya manevî tazminat ödenmesine karar vermiştir. (AYM Başvuru N. 2012/931, T. 26/06/2014).

Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenir. Tazminat ödemeye neden olan hak ihlâlini gerçekleştiren kişi, esas işlemi yapan ya da esas yargılamada taraf olan kişi ise, bu tazminatın ödenmesi hususunda rücu ile karşı karşıya kalabilir. Ancak hak ihlâli, bir mahkeme uygulamasından ya da karardan oluşmaktaysa ve tazminat ödenmesi gerekiyorsa bu ödemeyi devlet yapacaktır. Tazminat Komisyonu, vereceği kararında ödemenin şekli ve zamanı, ödemeyi yapacak ilgiliyi ve miktarını ayrıca ve açıkça belirtmelidir. Devletin yapacağı ödemelerde eğer hak ihlâlinin ortaya çıkmasında kusuru varsa o kurumdaki çalışanlara rücu etmesi düşünülmelidir⁹³. Ödemeye ilişkin düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden, yapılacak işlemler harçlardan muaftır. Tazminat Komisyonu'nun yargı mercii olarak kabul edilmemesi nedeniyle vekalet ücretine hükmedemeyecekleri ve bu durumun da avukatlar açısından olumsuz bir durum oluşturduğu ifade edilmiştir⁹⁴.

E. Tazminat Komisyonu Kararlarına Karşı İtiraz

Tazminat Komisyonu yapmış olduğu inceleme sonunda bir karar verir. Bu kapsamda, ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini bakımından karar vermektedir.

⁹³ Korkmaz, *Bireysel Başvuru*, 202-203.

⁹⁴ <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/birlik-baskani-sagkan-tbbnin-8-yargi-paketine-iliskin-goruslerini-tbmm-adalet-komisyonuna-sundu-84557>, Erişim tarihi: 15.03.2024. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 12.03.2024 tarih ve E-92358809-045.02-10992/7571 sayılı görüş yazısında, "Vekâletnamenin aslının ibraz edildiği durumlarda, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 27 ve Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde "*yetkili merci*" tabiri kullanılması karşısında, vekâletname sunulan mercinin yargı mercii olup olmadığına bakılmaksızın baro pulunun yapıştırılmış olması gerektiği, vekâletnamelerin avukat tarafından "*aslı gibidir*" şeklinde imzalanan suretlerinin ibraz edilmesi durumunda ise, Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde "*yetkili mercilere sundukları vekâletname veya yetki belgelerinin asıl ve suretlerine*" ifadesi kullanıldığı için yine vekâletname sureti sunulan mercinin yargı mercii olup olmadığına bakılmaksızın baro pulunun yapıştırılmış olması ve ayrıca Harçlar Kanunu gereğince suret harcının da ödenmiş olması gerektiği bildirildiğinden, Komisyon Başkanlığımıza vekil ile yapılacak başvurularda, baro pulunun yapıştırılması ve vekâlet suret harcının ödenmiş olması zorunludur."

Tazminat Komisyonu'nun kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Tazminat Komisyonu aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz dilekçesi müracaata ilişkin diğer tüm belgelerle birlikte derhal itiraz merciiine gönderilir. Bu itiraz öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanır.

Tazminat Komisyonu'nun vermiş olduğu kararlara karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin Kanun'da görevli olarak gösterilmiş olması hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, Adalet Komisyonu'nda 6384 sayılı Kanun hakkında yapılan görüşmeler sırasında, bölge idare mahkemelerinin alt seviyede belli itirazları değerlendiren bir yer olduğu ifade edilmiş ve bu durumda, Danıştay ve Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarının, bölge idare mahkemesi tarafından yeniden kontrol ediliyormuş gibi bir sonuç yaratılacağı belirtilmiştir. Buradaki çelişkili durumun Tazminat Komisyonu tarafından verilen kararların, Danıştay ve Yargıtay'da görevlendirilen belli dairelerin itiraz mercii şeklinde oluşturulmasıyla giderilebileceği ifade edilmiştir⁹⁵. Bununla birlikte, Adalet Komisyonu'nda bölge idare mahkemesinin itiraz mercii olarak düzenlenmesi halinde taraf teşkili, dilekçelere teatisi, tebligat sorunları yaşanabilecek ve bunların da yargılamanın uzamasına sebep olabileceği söylenmiş ve dolayısıyla, makul süreyi denetleme amacıyla kurulan mekanizmanın makul süre olmaktan uzaklaşabileceği ifade edilmiştir⁹⁶.

Adalet Komisyonu'nda yer alan bu çekincelere rağmen, AİHM ve Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarında, Tazminat Komisyonu tarafından verilen kararların, bölge idare mahkemesi tarafından bir itiraz makamı olarak incelenmesi hakkında olumsuz görüş sunmamıştır. AİHM, 6384 sayılı Kanun'un, önce Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin, ardından ve gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'nin ve nihayet AİHM'nin denetimine tâbi bir iç hukuk yolu oluşturduğunun belirtmiştir⁹⁷. Anayasa Mahkemesi de,

⁹⁵ Bölge İdare Mahkemesi yerine oluşturulacak itiraz mercii, Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmeler sırasında, yine öngörülen süre içerisinde Danıştay'da İdari Dava Daireleri Kurulu Başkanı, Yargıtay'da ise Hukuk Genel Kurulu Başkanı ve Ceza Genel Kurulu Başkanının Başkanlığında oluşturulan Divan tarafından ihlâl iddiası konularına ilişkin olarak çalışan dairelerden dört üye belirlenerek, oluşturulabileceği iddia edilmiştir. Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanaklar, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=164

⁹⁶ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanaklar, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=164

⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Müdür Turgut ve Diğerleri V. Türkiye Davası ile İlgili Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı, AİHM, BN. 4860/09, Küresel Bakış, 11 (2013), 127.

Tazminat Komisyonu'nun kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade etmiştir. Başvurucular, Tazminat Komisyonu kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesinde dava açarak yargı yoluna başvurabilmektedir. Tazminat Komisyonu kararları yargı denetimine açık olduğundan, anılan kararlara karşı yargı yoluna başvurulduğunda Anayasa'nın 36'ncı maddesi gereği başvuruculara adil yargılanma hakkının tüm güvencelerinin sağlandığı belirtilmiş ve yargılamanın adil yargılanma hakkı kapsamındaki usul güvencelerine uygun yürütülmesi gerektiğinden ve aksine bir düzenleme de bulunmadığından yargılamada potansiyel olarak başvurucuların dosyaya erişmelerine, davaya etkili şekilde katılmalarına, delillerini sunma ve inceletme fırsatına sahip olmalarına engel bir durumun bulunmadığı yönünde Anayasa Mahkemesi tarafından bir karar verilmiştir⁹⁸.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin Tazminat Komisyonu kararları hakkında itiraz üzerine vermiş olduğu karar kesindir. Bu kararın kesin olması nedeniyle, kanun yolu denetimi artık yapılamaz. Ancak, Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen bu karar üzerine bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM başvuru yolunun açık olduğu belirtilmiştir⁹⁹.

F. Tazminat Komisyonu Tarafından Verilen Kararın Uygulanması

Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenir. Bu ödemenin yapılabilmesi için öncelikle kararın kesinleşmesi gerekir.

⁹⁸ AYM, Başvuru N. 2014/13828, T. 12/09/2018 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'ne göre; "... 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyon tarafından, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle başvurucuların makul sürede yargılanma haklarının ihlâl edildiğinin tespit edildiği ve bu ihlâl sebebiyle başvuruculara tazminat ödenmesine karar verildiği görüldüğünden yargılamanın makul sürede sonuçlanmaması nedeniyle ortaya çıkan ihlâlin Komisyonun tespitine esas olan olayla ilgili başvurucuların mağduriyetinin açıkça ve orantısız olmayacak şekilde giderildiği, bundan dolayı ihlâlin güncelliğini yitirmesi nedeniyle bireysel başvuru tarihi itibarıyla başvurucuların mağdur statüsünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır." AYM, Selçuk Horuk ve Hüseyin Karadağ, Başvuru N. 2014/2980, 26.10.2016, pr. 36-37. Yine, AİHM, "6384 sayılı Kanun'un önce Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin, ardından ve gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'nin ve nihayet AİHM'nin denetimine tâbi bir iç hukuk yolu oluşturduğunun belirtmiştir". (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Müdür Turgut ve Diğerleri V. Türkiye Davası İle İlgili Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı, AİHM, BN. 4860/09, Küresel Bakış, 11 (2013), 127).

Tazminat Komisyonu'na yapılan müracaat sonucunda kararlarının iki şekilde kesinleşeceğini söylemek mümkündür. İlk olarak, Tazminat Komisyonu tarafından verilen karar müracaat eden tarafından olumlu kabul edilecek ve itiraz yoluna başvurmaması nedeniyle kesinleşmiş olacaktır. İkinci ise, müracaat eden Tazminat Komisyonu'nun kararını yerinde görmeyip bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz ederse mahkemenin vereceği kesin karar başvuruyu sonuçlandıracaktır. Bu şekilde kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde tazminatın Adalet Bakanlığı tarafından ödenmesi gerekir. Yine, Tazminat Komisyonu'na yapılan müracaat sonucunda Tazminat Komisyonu'nun kesinleşen kararlarının bir örneği müracaata konu işlemin yapıldığı adli veya idari mercilere gönderilecektir. Bunun üzerine, müracaata konu işlem henüz sonuçlandırılmamışsa ilgili adli veya idari merci tarafından bu işlemin ivedilikle sonuçlandırılması gerekir (6384 s. K. m. 8).

SONUÇ

AİHM, AİHS'nde bulunan haklara ilişkin olarak, herkesin iddia ettiği ihlâli dile getirebileceği etkili iç hukuk yollarının oluşturulması ve bu yolların, başvurunun esası hakkında hukuka uygun verilecek karara kadar gidilebilecek ve ayrıca tespit edilen ihlâllere uygun çözümler getirebilecek nitelikte bulunmasının gerekliliğini ifade etmiştir. AİHM, devletlerin halihazırda mevcut bulunan iç hukuk yollarının etkinliğini tekrar gözden geçirmeleri ve aynı soruna ilişkin olayların tekrar mahkeme önüne taşınmasını önlemek için etkili iç hukuk mekanizmaları oluşturmaları yönünde karar vermiştir. Bu sayede, AİHS'nin ihlâli iddialarına karşı inşa edilecek etkili iç hukuk yollarının, AİHM önüne gelecek dava sayısını azaltarak bir yandan mahkemenin iş yükünü azaltacağı, diğer yandan da iç hukukta incelenen davanın, daha sonra AİHM önüne gelmesi halinde bu durumun ilgili davanın incelenmesini kolaylaştıracağını belirtilmiştir.

Bu kapsamda, 09/01/2013 tarihli 6384 sayılı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" ile kurulan "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu", 02/03/2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanunun 23'üncü maddesiyle adı "Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir.

Tazminat Komisyonu'nun görev kapsamı gözetildiğinde, idari bir işlemi denetlemeyeceği aksine yargısal bir fonksiyonun, yargısal mekanizmanın doğru işleyip işlemediğini denetleyeceğini belirtmek mümkündür. Bunu yaparken, davanın niteliği, kanun yoluna başvurulup başvurulmadığı, davanın taraflarının ve adli makamların davayla ilgili tutum ve davranışları delillerin miktarı ve toplanmasında karşılaşılan sorunlar gibi durumları incelemesi gerekecektir. Yine, AİHS 6'ncı maddesi gereğince başvurunun kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını ve başvuru hukuki yararının olup olmadığını da Tazminat Komisyonu değerlendirecektir. Bununla birlikte, AİHM'nin emsal kararlarını yine Tazminat Komisyonu dikkate alacak ve buna göre bir karar verecektir. Dolayısıyla komisyonun salt idari bir komisyon olduğunun söylenebilmesi de zordur.

Tazminat Komisyonu'na yapılacak olan müracaatlar üçe ayrılarak 6384 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, Tazminat Komisyonu'na başvuru, doğrudan komisyona yapılan başvurular, Anayasa Mahkemesi'nden veya AİHM'den gelen müracaatlar bakımından ayrı ayrı düzenlenerek, başvuru usulü ve süreleri belirlenmiştir.

Tazminat Komisyonu'na başvuru üzerine, öncelikle başvuruya ilişkin olarak bir inceleme yapılacaktır. İlk incelemede, 6384 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde sayılanlar bakımından başvurunun reddi gerekliliğinin bulunmaması durumunda müracaatın esası hakkında karar verilebilecektir. Tazminat Komisyonu tarafından yapılan inceleme sonunda, müracaat edenin bir hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi hâlinde, müracaat eden lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir. Tazminat Komisyonu, müracaatlar hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır. Tazminata hükmedilebilmesi için müracaat edenin maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Tazminat Komisyonu'nun kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Tazminat Komisyonu aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz dilekçesi müracaata ilişkin diğer tüm belgelerle birlikte derhal itiraz merciine gönderilir. Bu itiraz öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanır. Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenir. Bu ödemenin yapılabilmesi için öncelikle kararın kesinleşmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Ahtihan, Canan. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009.
- Akbulut, Olgun. "Adil Yargılanma Hakkı." İçinde Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, ed. Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Sarı, 175-208. İstanbul: 2002.
- Akkurt, Kemal. "AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2012.
- Aktepe Artık, Sezin. *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Akyılmaz, Bahtiyar. "Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 1-2 (2007): 449-469.
- Alangoya, Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Beta, 2011.
- Alpaslan, Mehmet Emin. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Kararların Medeni Usul Hukukuna Etkileri*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Alpaslan, Mehmet Emin. "Makul Sürede Yargılanma Hakkı İhlalleri Nedeniyle İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Müracaat Yolu Hakkında 7499 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *Terazi Hukuk Dergisi* 214 (2024): 10-18.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* Ankara: Turhan Kitabevi, 1977.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1989.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Başar, M. Onur. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*. İstanbul: On İki Levha, 2008.
- Berkhan, İhsan. "Adil Yargılanma Hakkı." *İstanbul Barosu Dergisi* 86, 5 (2012): 319-325.
- Bilgin, Hüseyin. "İnsan Hakları Tazminat Komisyonu." *Terazi Hukuk Dergisi* 8, 84 (Ağustos 2013): 80-85.
- Bozkurt, Enver ve Mehmet Özcan. "Subsidiarite İlkesi ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme." *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 6, 1 (2001): 1-21.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet, 2018.

- Candemir, Mehmet Ünsal. *Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru*. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2022.
- Çakmak, Ramazan. “İkincillik İlkesi Çerçevesinde Türkiye’de İnsan Hakları Tazminat Komisyonu.” *Terazi Hukuk Dergisi* 177 (2021): 882-890.
- Çınar, İbrahim ve Sinan Çınar. “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 4 (2014): 263-310.
- Çiçek, Erol. “AİHS m.6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 72 (2007): 234-246.
- Demircioğlu, Yaşar. *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Ankara: Yetkin, 2007.
- Döner, Ayhan ve Yeşim Çelik. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları.” *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 16 (2016): 275-294.
- Duvan Özkan, Ayşe “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68 (2019): 287-336.
- Ekinci, Hüseyin. “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi.” *Anayasa Yargısı* 29, 1 (2013): 1-161.
- Erdoğan, Gülnur. *Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: 2011.
- Erol, Ahmet. “Örnek Bir Karar Işığında 6384 Sayılı Yasanın Kapsamı ve Etkin Sonuç Sağlayıp Sağlayamayacağı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 109 (2013): 129-140.
- Esen, Selin. *Makul Sürede Yargılanma Hakkının Korunması Mevcut Durum ve Öneriler*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2023.
- Gökcan, Hasan Tahsin “Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kapsamında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *İnsan Onuru için Anayasa Mahkemesinde 25 Yıl: Haşim Kılıç’a Armağan*, 1 (2015): 819-865.
- Gölcüklü, Feyyaz. “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre.” *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* 1, 2 (1991): 10-13.
- Gökcan, Hasan Tahsin. “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 135 (2018): 9-76.
- Gökşen, Mustafa. *AİHM Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre*. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2010.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Hendek, Hasan. *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu*. Ankara: Seçkin, 2016.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta, 2013.

- Kabatepe, Tacettin. "Hukuk Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Makul Süre." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2009.
- Karaaslan, Abdulkadir. "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 132 (2017): 9-54.
- Kartal, Adem. "Makul Sürede Bireysel Başvuru Yolu ile İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun Söz Konusu Hakkı Korumadaki İşlevleri." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, 100 (2014): 39-51.
- Kartal, Bilal. "Türkiye'de Adil Yargılanma Hakkı." *Yargıtay Dergisi* 31, 115 (1975): 5-26.
- Kaya, Cemil. "İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi." *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, 1-2 (2010): 59-77.
- Kaya, Meral. *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Meraklı Yayla, Deniz. *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Namlı, Mert. *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Özekes, Muhammet. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011.
- Pekcanıtez, Hakan. "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti." *Anayasa Yargısı Dergisi* 12 (1995): 257-287.
- Pekcanıtez, Hakan. "Adil Yargılanma Hakkı." *İzmir Barosu Dergisi* 2 (1997): 35-55.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Rechberger, Walter H, "Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması." Çev. M. Kâmil Yıldırım, *İçinde İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 1-16. İstanbul: Beta, 2016.
- Rüzgaresen, Cumhuri. "Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları." *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, C.4, S.2* (2014): 173-213.
- Şirin, Tolga. "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikâyeti Kararlarının Usûli Açıdan Değerlendirilmesi." *Anayasa Hukuku Dergisi* 3, 5 (2014): 203-225.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*. Ankara: Adalet, 2007.
- Tanrıver, Süha. "Adil Yargılanma Hakkı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 53 (2004): 191-215.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine Düşünceler." *İçinde Makalelerim-I*, 169-173. Ankara: 2005.
- Taş Korkmaz, Hülya. "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukuki Dinlenilme Hakkı ile İlişkisi." *MİHDER* 4, 10 (2008): 409-450.

- Tercan, Erdal. *Medeni Usul Hukukunda Eski Hale Getirme*. Ankara: Yetkin, 2006.
- Ülgen, Özen. *Anayasa Yargısında İlk İnceleme*. İstanbul: Beta, 2013.
- Turan, Hüseyin. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı." *TAAD* 11 (2012): 47-75.
- Ünal, Muharrem. "Hukuk Davalarının Uzamasının Nedenleri ve Yargılamada Çabukluğun Sağlanması." *ABD* 6 (1982): 6-42.
- Yavaş, Murat. "Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü." İçinde *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, 283-335. İstanbul 2007.
- Yıldırım, Zeki. "6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17 1-2 (2013): 1725-1756.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. C.3. Ankara: Yetkin, 2017.
- Yücel, Mustafa T. "Adli Yargıda "Makul Süre" Felsefesi ve Matematiği." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 117 (2015): 35-53.

OECD SORUMLU İŞ YÖNETİMİNE İLİŞKİN ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER REHBERİ: 2023 GÜNCELLEMESİNİN ULUSAL TEMAS NOKTASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible
Business Conduct: Review of 2023 Update with Regard to National
Contact Points*

Zeynep Derya TARMAN*

Özet

Bu çalışmada, İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı'nın (OECD) çok uluslu şirketler için hazırlamış olduğu Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimine ilişkin OECD Rehberi'nin 2023 Güncellemesi, Ulusal Temas Noktaları'nın "Özel Vaka Başvuru Prosedürü" özelinde incelenmektedir. Çalışmada ayrıca Türkiye Ulusal Temas Noktasının bu yöndeki faaliyetleri ile ilgili açıklamalara da yer verilmektedir. Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimine ilişkin OECD Rehberi, küresel ekonomik, sosyal ve çevresel problemleri çözümlmek ve bu çerçevede sistematik uygulamalar geliştirmek hedefiyle bir araya gelen devlet ve özel sektör paydaşlarından oluşan OECD'nin bu hedeflerini gerçekleştirebilmesi amacıyla oluşturulmuştur. Rehber'in ilk bölümü; istihdam, sanayi, çevre, tüketici çıkarları, rekabet ve vergi gibi birçok alana dair düzenlemeleri, ikinci bölümü ise usuli kurallara ilişkin açıklamaları içermektedir. İkinci bölümdeki söz konusu usuli hükümler çerçevesinde "Ulusal Temas Noktası" kurumlarına yer verilmektedir. Bu kurumların temel fonksiyonları, Rehber'in uygulanmasını denetlemek ve şirketlerin iş yönetimi kapsamında menfaatleri ihlal olabilecek kişilere tanıtım faaliyetleri yürütmektir. Rehber 2023 yılında güncellenmiş olup bu

Makalenin Geliş Tarihi: 23.05.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 08.08.2024.

* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: ztarman@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2574-8643.

güncelleme ile Rehber’de büyük bir değişim yapılmış olmasa da Ulusal Temas Noktalarının faaliyetlerini düzenleyen kısımlardaki açıklamaların artırılması ile söz konusu kurumların özellikle uyuşmazlık çözümündeki rolü daha etkin hale getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: OECD, Çok Uluslu Şirketler Rehberi, Ulusal Temas Noktası, Özel Vaka Başvurusu, Adli Olmayan Şikâyet Mekanizması

Abstract

In this paper, the 2023 Update of OECD’s Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (“Guidelines”) will be evaluated with respect to the roles assumed by the National Contact Points (“NCPs”), focusing mainly on the “Specific Instance” procedure within the NCPs. Additionally, the activities of the Turkish NCP will also be examined. OECD consists of state and private sector stakeholders who come together with the aim of solving global economic, social and environmental problems and developing systematic practices. The Guidelines were created by OECD to achieve these goals. The first part of the Guidelines contains regulations on many areas such as human rights, employment, industrial relations, environment, consumer interests, competition, and taxation. The second part consists of explanations regarding the implementation of procedures. One way to ensure implementation of the rules under the Guidelines, is realized through NCPs whose two main functions are supervision of the practice of the Guidelines and promotion to all related parties such as governmental authorities, private sector agents and NGOs. Examining the updated Guidelines reveals no major alterations, however they enhance the effectiveness of National Contact Points by increasing explanations and details in the sections regarding the activities of NCPs.

Key Words: OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, National Contact Point, Specific Instance Procedure, Non-Judicial Grievance Mechanism

I. İKTİSADİ İŞBİRLİĞİ VE GELİŞME TEŞKİLATI (OECD)

İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (*Organization for Economic Cooperation and Development / OECD*) ortak ekonomik, sosyal ve çevresel sorunlara çözümler bulmak, en iyi uygulamaları belirlemek ve kanıta dayalı standartlar geliştirmek amacıyla birlikte çalışan hükümet organları ve özel sektör paydaşlarından oluşmaktadır¹.

Tarihçesine bakıldığında OECD'nin öncü kurumu, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından finanse edilen *Marshall Planı*'ni yürütmek üzere 1948 yılında kurulan, Avrupa Ekonomik İşbirliği Teşkilatıdır (*The Organization for European Economic Cooperation/ OEEC*). 14 Aralık 1960'ta Paris'te imzalanan ve Paris Sözleşmesi olarak da anılan Sözleşme² ile aralarında Kanada, ABD ve Türkiye'nin³ de olduğu kurucu üye ülkelerin⁴ yeni işbirliği alanlarına yönelmesi amacıyla OECD ortaya çıkmıştır. OECD, Paris Sözleşmesi'nin yürürlüğe girdiği 30 Eylül 1961 tarihinde resmi olarak doğmuştur. Günümüzde OECD'ye üye devlet sayısı 38'e ulaşmıştır⁵.

OECD bünyesinde, üye devletlerin yatırım ortamını geliştirmek ve çok uluslu şirketlerin ekonomik ve sosyal değişimlerde destekleyici rol alabilmelerini sağlamak gibi amaçlarla 21 Haziran 1976 yılında Uluslararası Yatırım ve Çok Uluslu Şirketlere dair Bildirge⁶ (*OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*) yayınlanmış olup; bu Bildirge'de dört konu öne çıkmıştır: OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*), Ulusal Muamele⁷

¹ "OECD Resmi İnternet Sitesi," OECD, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.oecd.org>.

² OECD'nin kurucu sözleşmesi için bkz. "Convention on The OECD," OECD, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.oecd.org/about/document/oecd-convention.htm#Text>.

³ OECD ve Türkiye bağlantısı için bkz. "Türkiye," OECD, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.oecd.org/turkiye/>.

⁴ Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık.

⁵ OECD'ye üye devletler hakkında bilgi için bkz. "Our Global Reach," OECD, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.oecd.org/about/members-and-partners/>.

⁶ OECD Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler Deklarasyonu için bkz. "Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler Deklarasyonu," OECD, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>.

⁷ Üye ülkelerin, kendi topraklarındaki yabancıların kontrolü altındaki işletmelere en az yerel işletmelere gösterilen muamele seviyesinde yaklaşacaklarına dair verilen gönüllü taahhüttür.

(*National Treatment*), Çakışan Gereksinimler⁸ (*Conflicting Requirements*) ve Uluslararası Yatırım Teşvikleri ve Caydırıcı Tedbirler⁹ (*International Investment Incentives and Disincentives*)¹⁰.

II. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER İÇİN SORUMLU İŞ YÖNETİMİNE İLİŞKİN OECD REHBERİ

Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimine ilişkin OECD Rehberi (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*) (“Rehber” veya “Rehber İlkeler”) hükümetler tarafından çok uluslu şirketlerin sürdürülebilir kalkınmaya sağladıkları ticari katkıyı arttırmayı ve faaliyetlerinin bireyler ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerini düzenlemeyi amaçlayan tavsiyelerden oluşur. Gönüllülük esasına göre taraf olunan bu Rehber, OECD Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler Deklarasyonu’nun¹¹ bir parçasıdır. Bu kapsamda Rehber, şirketlerin çalışmalarını hâlihazırda bulunan düzenlemeler ve uluslararası kabul görmüş standartlara uygun şekilde ve insan haklarına duyarlı bir biçimde yerine getirilmesini sağlamak üzere ilkeler ve standartlar içermektedir. Rehber, bu amaçla ilk kez 1976 yılında OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi (*Guidelines for Multinational Enterprises*) adı ile yayımlanmıştır. Bu tarihten itibaren yaşanan toplumsal gelişmeler ve uluslararası alanda gözlemlenen değişimler ışığında Rehber sürekli olarak güncellenmiştir. Bu güncellemelerin gerçekleştiği yıllar: 1979, 1984, 1991, 2000, 2011 ve son olarak da 2023 yılı şeklindedir¹².

Günümüzdeki işlevleri, Rehber’in tanıtım faaliyetlerini gerçekleştirerek bilinirliğini artırma ve şirketlerin Rehber’e uyumlu biçimde faaliyet göstermesinin takibi olan Ulusal Temas Noktaları (*National Contact Points*),

⁸ Üye ülkelerin, çok uluslu şirketler adına getirilecek olan gerekliliklerin uygulanmasında yaşanacak çakışmalardan kaçınmak ya da çakışmaları en aza indirmek için gösterecekleri ortak çabaya dair verdikleri taahhütdür.

⁹ Üye ülkelerin, kanunların ve uygulamaların ülkeler üzerindeki etkilerinin farkında olarak ilgili süreçleri olabildiğince şeffaf yürütme taahhüdüdür.

¹⁰ Ali Yıldız, “The OECD Guidelines on Multinational Enterprises: Strengths and Weaknesses,” (2019): 2.

¹¹ 1976 Tarihli Deklarasyon ve Kararları içeren metin için bkz. “Declaration by the Governments of OECD Member Countries and Decisions of the OECD Council on Guidelines for Multinational Enterprises, National Treatment, International Investment Incentives and Disincentives, and Consultation Procedures,” OECD, 1976, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://web-archiv.e.oecd.org/2012-06-14/86628-50024800.pdf>.

¹² Ali Yıldız, “The OECD Guidelines on Multinational Enterprises: Strengths and Weaknesses,” (2019): 1.

Rehber'in ilk versiyonlarında da yer almıştır. Ancak 1984 yılına kadarki süreçte üye devletler açısından bir bağlayıcılık söz konusu olmamıştır. 1984 yılında yapılan güncelleme ile Ulusal Temas Noktaları ile ilgili bir konu üye devletler için ilk defa bağlayıcı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, her üye devlet bir Ulusal Temas Noktası (UTN) belirlemekle yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda, güncel verilere göre Rehber'e bağlılığını bildirmiş bulunan elli bir devlet için elli bir adet UTN bulunmaktadır¹³. Önemle eklemek gerekir ki, Rehber'e bağlılığını taahhüt etmiş olan tüm devletler OECD üyesi devletlerden olmayabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Rehber'e bağlılık taahhüdü için OECD üyesi olma şartı bulunmayıp, söz konusu durum sebebiyle günümüzde yukarıda da anıldığı üzere otuz sekiz OECD üyesi devlet varken Rehber'e bağlılık taahhüdünde bulunmuş devlet sayısı elli birdir. Rehber'in 1991 güncellemesi incelendiğinde ise dünyada yaşanan teknoloji ve küreselleşmeye dair gelişmeler çerçevesinde metne bazı eklemeler yapılmış olduğu görülmektedir. 2000 yılındaki güncelleme ise bazı diğer önemli değişiklikleri barındırır. Bu çerçevede, önsöz tümüyle değiştirilmiş ve bölümlere ayrılmıştır. Bu bölümlerden bir tanesi olan "Kavram ve Esaslar" bölümünde açıkça UTN'lere değinilmiştir. Buradan hareketle, UTN'lerin şu anki mevcut durumuna en yakın halinin 2000 yılında yapılan güncellemeden kaynaklanmakta olduğu söylenebilir. Ayrıca, 2000 yılındaki güncelleme ile tüketicilerin çıkarları ve rüşvet gibi yeni başlıklar eklenerek Rehber'in kapsamı genişletilmiştir. UTN'ler için getirilen bir diğer yenilik ise Rehber'in işleyişini izlemekten sorumlu OECD organı olan Yatırım Komitesi için hazırlanması gereken yıllık rapor olmuştur. Ayrıca, Rehber'de yer alan ilkelerin ihlaline dair iddiaların ileri sürülebilmesine ilişkin bir arabuluculuk seçeneği olarak düzenlenen "özel vaka başvurusu" kavramı da UTN'lerin işlevini etkilemiştir. Rehber'in bu kavramı düzenlenmesi ile UTN'lerin Rehber'de yer alan ilkelerin ihlali durumunda oynayacağı rol de daha resmi bir hal almıştır ve UTN'lerin günümüzdeki fonksiyonu oluşmaya başlamıştır. Rehber'in 2011 güncellemesindeki kayda değer değişim ise "insan hakları" bölümünün eklenmesi ve aynı zamanda Rehber'deki diğer bölümlerin de insan haklarını koruyucu ve destekleyici bir

¹³ "Ulusal Temas Noktalarının Sorumlu İş Yönetimine İlişkin Faaliyetlerine Dair Yıllık Rapor 2022," OECD, 2023, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, s. 7, <https://mneguidelines.oecd.org/annual-report-of-NCPs-for-RBC-2022.pdf>; Hatice Kübra Kandemir, "Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20, no. 41 (2021): 866.

şekilde düzenlenmesine yönelik çalışmadır. Ayrıca, hükümetlerin belirleyeceği UTN'lerde, özel vaka başvuruları sırasında verimli bir süreç yürütülmesini sağlamak için UTN usullerine ilişkin bazı yönlendirici prensipler getirilmiştir. Buna göre UTN'ler faaliyetlerini yürütürken tarafsız, öngörülebilir, adil ve Rehber'e uyumlu biçimde hareket etmelidir¹⁴.

Günümüze gelindiğinde, Rehber'in birinci bölümü on bir alt başlık içermektedir. Bunlar: "Kavram ve Esaslar", "Genel Politikalar", "Kamuoyunu Aydınlatma", "İnsan Hakları", "İstihdam ve Sanayi İlişkileri", "Çevre, Rüşvetle ve Diğer Yolsuzluk Biçimleriyle Mücadele", "Tüketicilerin Çıkarları", "Bilim-Teknoloji ve Yenilik", "Rekabet" ve "Vergilendirme"dir. İkinci bölümde ise Rehber'in usul ve uygulama yöntemlerinden bahsedilmektedir¹⁵.

Kabulü gönüllülük esasına dayalı bir metin olduğu için Rehber'in hukuki anlamda bir bağlayıcılığı söz konusu değildir. Ancak şirketlerin piyasadaki dengeler, tüketicilerden ve yatırımcılardan gelen baskı, toplum önündeki imaj endişesi gibi nedenlerden dolayı istemeseler de UTN'lerin raporlarına uyumlu davranmaları gibi bir durum söz konusu olabilmektedir. Sonuçta, Rehber'de birçok devlet tarafından ortak kabule ulaşılmış ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeleri dikkate almamak şirket bakımından toplum nezdinde iyi bir görünüm çizmeyecektir. OECD görevlilerinin 2023 güncellemeleri hakkında bilgilendirme yapmak amacıyla düzenlediği görüşmelerde¹⁶ bahsedilen bu argümana ek olarak aynı görüşmede söz alan ve paydaş konumunda olan bir başka konuşmacı, uygulamadaki dolaylı bağlayıcılık etkisinden söz etmiştir. Devletlerin bazen karar alırken UTN'lerin sağladığı verileri dikkate aldığını ve belirli bir şirkete finansman sağlama değerlendirmesinde yapılan ihlalleri göz önünde tuttuklarını belirtmiştir. Bu durumda, Rehber'in devlet mekanizmalarının karar alma süreçlerini etkilemesi açısından dolaylı bir bağlayıcılığı olduğu söylenebilir.

¹⁴ Sander Van 't Foort, "The History of National Contact Points and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises," *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, (2017): 201.

¹⁵ İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD), *OECD Sorumlu İş Yönetimi için Çok Uluslu Şirketler Rehberi* (Paris: OECD Publishing, 2023), 4. Bundan böyle "OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023" olarak kısaltılacaktır.

¹⁶ OECD güncellemeleri hakkında yapılan panel sohbetleri için bkz. OECD Business and Finance, "What's New in the OECD Guidelines and Why Does it Matter?," YouTube, 10 Eylül 2023, video, <https://www.youtube.com/watch?v=4xv0W0XadgM>.

A. Rehber'deki Güncellemeler

Rehber'deki farklılık ile ilgili söylenecek ilk şey, Rehber'in adındaki eklemelerdir. Güncelleme öncesinde Rehber'in başlığı "OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi" iken 2023'te alınan karar sonucu güncellenen Rehber'in başlığı, "Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimine ilişkin OECD Rehberi" olarak geçmektedir.

Bunun yanı sıra, 2011'deki güncellemeden sonra piyasadaki ticaret ve yatırım alanlarında gerçekleşen değişimlerin de dahil edilmesi, hızla gelişen teknolojinin de göz önünde bulundurulması ve gün geçtikçe önemi artan sorumlu iş idaresi kavramının Rehber'de bulunan ilkelere yansıtılması amacıyla uzun süren görüşmeler sonucunda Rehber'e bazı eklemeler yapılmıştır. Bu eklemeler şu şekildedir: İklim değişikliği ve biyoçeşitlilik hedeflerine uyulabilmesi için şirketlere yapılan tavsiyeler, şirketlerin faaliyetleriyle ilgili çekincelere dikkat çeken kişilerin de dahil olduğu risk altındaki kişi ve grupların daha etkili şekilde korunmasının sağlanmasına dair hususlar, sorumlu iş yönetimine ilişkin bilgilerin kamuoyuna tanıtılmasıyla ilgili tavsiyeler, yolsuzluğu daha verimli tespit edebilmek için tavsiyeler ve sorumlu iş yönetimi için ulusal temas noktalarının bilinirliğini, etkinliğini ve işlevselliğini arttırmayı hedefleyen uygulamalar¹⁷.

Güncellemeler hakkında daha detaylı bilgilendirme yapabilmek adına, OECD tarafından düzenlenen seminerlerde konuşmacı olarak yer alan OECD görevlilerinin ve katılımcıların Rehber'deki güncellemeler hakkındaki yorumlarının özeti şu şekildedir:

"Güncellenen Rehber ile ilgili olarak vurgulanması gereken üç nokta olduğu belirtilmiştir. Birincisi, Rehber'in yapı taşı olarak görülen konseptler korunmuştur. Bu yapı taşları Rehber'in gönüllülük esasına dayanması, şirketlerin sorumlu tutulacakları davranışların kapsamı ve sorumluluk alanının belirlenmesindeki ölçülülüktür. İkinci olarak, Ulusal Temas Noktalarının işleyiş biçimlerinde bu kurumların esneklikleri bozulmadan güçlendirme yoluna gidilmiştir. Bu güçlendirme özellikle Rehber'in içeriğindeki talimatların ve bilgilendirmelerin detaylandırılması yolu ile yapılmıştır. Üçüncü olarak, Rehber'in hedef olarak belirlediklerini

¹⁷ OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 3.

gerçekleştirme yolunda azim ve uygulanabilirlik arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır."¹⁸

OECD görevlilerinin 2023 güncellemeleri hakkında bilgilendirme yapmak amacıyla düzenlediği seminer boyunca Rehber'in temel iskeletinde bir değişiklik olmadığı vurgulanmıştır. Rehber'in temel hak ve özgürlükler kapsamının genişletildiği ve UTN'ye ilişkin kuralların detaylandırıldığı belirtilmiştir. Bu kapsamda, UTN'lerin fonksiyonları altı başlık altında açıklanmıştır. Buna göre, UTN'lerin fonksiyonları şu şekildedir: Kurumsal düzenlemeler¹⁹ (*institutional arrangements*), bilgi verme ve tanıtım (*information and promotion*), özel vaka başvurusu (*specific instances*), devletin sorumlu iş yönetimi sağlamadaki faaliyetlerine destek olmak (*support for government efforts to promote responsible business conduct*), raporlama²⁰ (*reporting*) ve akran değerlendirmeleridir²¹ (*peer reviews*).

Bu listeleme öncesinde de devletlerin UTN süreçlerini planlama ve yürütmelerindeki esneklikten bahsedilmekle birlikte her UTN'den beklenecek ortak bir verimlilik standardı olduğunun üzerinde durulmuştur. Bu standarda ulaşabilmek için de yedi ilke sayılmıştır²². Görünürlük (*Visible*), Erişilebilirlik (*Accessible*), Şeffaflık (*Transparent*), Hesap Verebilirlik (*Accountable*), Tarafsızlık ve Hakkaniyet (*Impartial and Equitable*), Öngörülebilirlik (*Predictable*) ve Rehber'e Uygunluk şeklindeki ilkelerin gözetilmesi ile ulusal

¹⁸ OECD güncellemeleri hakkında yapılan panel sohbetleri için bkz. OECD Business and Finance, "What's New in the OECD Guidelines and Why Does it Matter?," YouTube, 10 Eylül 2023, video, <https://www.youtube.com/watch?v=4xv0W0XadgM>.

¹⁹ Katılımcı ülkeler, işlevsel denklik amacına uygun olarak ve Rehber'in etkinliğini artırmak üzere, iş dünyası, sendikalar, diğer hükümet dışı kuruluşlar ve ilgili diğer taraflar dahil olmak üzere, sosyal ortakların aktif desteğini alarak kendi UTN'lerini organize etmek esnekliğine sahiptir. Daha detaylı bilgi için bkz. OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 58.

²⁰ Her UTN, Yatırım Komitesine -Yatırım Komitesi Rehber'in işleyişini izlemekten sorumlu OECD organıdır- yıllık rapor sunacaktır. Raporlar, spesifik vaka faaliyetlerinin uygulanmasını da içerecek şekilde, UTN faaliyetlerinin mahiyeti ve sonuçları hakkında bilgi içerecektir. Daha detaylı bilgi için bkz. OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 61.

²¹ Güncelleme ile alınan karar üzerine taraflar, UTN'lerin periyodik akran değerlendirmelerini yapmayı taahhüt etmişlerdir. Sekreterlik bu tür akran değerlendirmelerini komitenin gözetimi altında düzenleyecektir. Akran değerlendirmelerinde, UTN'nin görev tanımının yerine getirilmesine ve UTN'ler arası ortak verimlilik standardına ilişkin güçlü ve zayıf yönleri belirtilir ve uygun şekilde iyileştirme için önerilerde bulunulur. Daha detaylı bilgi için bkz. OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 61.

²² OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 58.

ve uluslararası arenadaki aktörlerin gözünde UTN'nın güvenilirliği artırılmaya çalışılmaktadır.

Usule dair yapılan güncellemeler üç noktada özetlenebilir: (i) tüm UTN'lerin ortak bir etkin faaliyet gösterebilme standardına sahip olmasını sağlayacak ilkelerin vurgulanması, (ii) UTN kararlarının kapsama alanının ve yetkisinin açık ve kesin bir dille ifade edilmesi ve (iii) özel vakaların elverişli ve verimli bir şekilde ele alındığından emin olunması. Bu çerçevede, hükümetlerden öncelikle UTN'ler için yeterli seviyede bir insan gücü ve bütçe ayırmaları beklenmiştir. Bu sayede UTN'ler sorumluluklarını makul bir sürede ve uygun şekilde yerine getirebilecektir. Yatırım Komitesinin, Rehber'e uygun davranmayan bir UTN ile karşılaştığında ilgili hükümeti ikaz edebileceği bir uygulama geliştirilmesinden bahsedilmiştir. Gönüllü olarak yapılacak akran değerlendirmesi yerine zorunlu ve periyodik olarak gerçekleştirilecek bir akran değerlendirilmesi önerilmiştir. Özel vaka başvuru sürecini "adli olmayan şikâyet mekanizması" şeklinde adlandırarak sürecin özellikleri somutlaştırılmıştır. Taraflar arasında anlaşmaya varılamasa dahi UTN'lere nihai raporlarında tavsiye vermeleri önerilmiştir. UTN'lere, verdikleri tavsiyelerin ya da yardımcı rol oynadıkları anlaşmanın ilerleyen zamanlardaki uygulamaya yansıtılma biçimini kontrol edecekleri bir takip süreci yürütmeleri ve bunun sonucunda da bir takip beyanı yayınlamaları önerilmiştir. Ayrıca UTN'lerden, şirketler hakkında yapılan ihlal iddiaları hakkında vardıkları sonuçları raporlarında açıkça ifade etmeleri beklenmektedir. Belirsiz ifadelerden kaçınıp olay ve kanıt bazlı çıkarımlara yer verilmesinin UTN'lerin raporlarının ciddiye alınmasında rol oynayacağı düşünülmüştür. Bir başka ekleme olarak, UTN'lerin özel vakaları ele alma usul ve süreçlerini kamuoyu ile paylaşmalarının gerekliliğinin altı çizilmiştir. Birden fazla devletin UTN'sinin olaya dahil olması durumunda bunlar arasından bir öncü UTN seçilmesini içeren koordinasyon adımın özel vaka prosedüründe başlangıç safhasında bahsi geçirilmiştir. Ayrıca, ön değerlendirme aşamasında göz önünde bulundurulması gereken kriterler konusunda da eklemeler yapılmıştır. Buna göre; özel vaka başvurusuna konu olan olay Rehber'in düzenlediği faaliyet alanlarına ilişkin olmalı, başvuru güvenilir ve somut verilere dayandırılmış olmalı, başvuru ile eş zamanlı yürütülen paralel süreçler olması durumunda bunun UTN faaliyetine etkisi hakkında ilgili kurumlar arasındaki görüşmeler sonrasında karara varılmalıdır. Tarafların gizliliğe dair olan menfaatleri korunmakla beraber şeffaf bir süreç yürütmenin önemi vurgulanmıştır. Son olarak, başvuruda bulunan kişilerin

tehdit altında olması durumunda etkili bir şekilde korunmalarının sağlanmasına dair bir vurgu güncel metinde yer alan bir başka yeniliktir²³.

B. Güncellemelerin Yürürlüğe Girme Tarihi

Yukarıda da belirtildiği üzere, devletler ve şirketlerin faaliyetleri üzerinde dolaylı bir etkisi olmakla beraber OECD Rehber'i hükümetlerin gönüllülük esası ile kabul ettikleri bir hukuki metindir. "Soft law"²⁴ kategorisinde bağlayıcı olmayan esnek kurallardır. Bu tarz hukuki metinlerde yürürlüğe girme gibi bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle güncellemeler, söz konusu güncellemelerin görüşüldüğü tarih olan 8 Haziran 2023 Bakanlar Konseyi Toplantısından itibaren uygulanabilecek durumdadır²⁵.

C. Çok Uluslu Şirketler Tanımı

Kullanımlarında, Birleşmiş Milletler ulus-ötesi veya ulus-aşırı şirketler (*Transnational Corporations*) adlandırmasını tercih ederken; OECD'nin çok uluslu şirketler (*Multinational Corporations*) şeklinde bir adlandırma tercih ettiği görülmektedir. İşbu çalışmada, Türkçede daha sık kullanılması nedeniyle "çok uluslu şirket" kavramı kullanılmaktadır²⁶. Ekonominin her sektöründe çalışma alanı bulabilen bu şirketler, birden çok sayıda ülkede kurulmuş ve birbiriyle ilişkili işletme ve benzeri kurumlardan meydana gelmekte ve çalışmalarını çeşitli hukuki kavramlar yoluyla yönetmektedir. Bu kapsamda çok uluslu şirketlerin mülkiyeti özel, kamu veya kamu-özel ortaklığı şeklinde olabilir²⁷. Rehber, çok uluslu şirketler için ilkeler

²³ OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 61-74.

²⁴ *Soft law*, bağlayıcı nitelikte olmayan hukuk metinlerini ifade ederken bağlayıcı olan uluslararası hukuk kuralları (*hard law*) ile farkını belirtmek için kullanılan bir kavramdır. Türkçede "esnek hukuk" veya "yumuşak hukuk" olarak da ifade edilir. Bu metinler, bağlayıcı andlaşmaların yapılmasına ortam hazırlamakta, uluslararası hukukun yeknesak hale getirilmesine hizmet etmektedir. Bağlayıcı olmayan hukuk kavramı, kapsamı, türleri, avantajları ve dezavantajları ile uluslararası hukuktaki yeri ve hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Dost, "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no.173-174 (2019): 35-74.

²⁵ OECD güncellemeleri hakkında yapılan panel sohbetleri için bkz. OECD Business and Finance, "What's New in the OECD Guidelines and Why Does it Matter?," YouTube, 10 Eylül 2023, video, <https://www.youtube.com/watch?v=4xv0W0XadgM>.

²⁶ Zeynep Derya Tarman, "İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim," *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 2 (2020): 1567.

²⁷ OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 10.

öngörürken bu şirketlerin kapsamı, üst kuruluşları ve yan kuruluşlarını da içine alacak şekilde tasarlanmıştır.

D. Sorumlu İş Yönetimi

Sorumlu İş Yönetimi (*Responsible Business Conduct*); çevreye, insanlara ve topluma yönelik risklerin yönetimini işletmelerin özüne entegre etme çabasını ifade etmektedir. Rehber'deki ilkeler ve beraberinde getirdiği standartlar, işletmelerin -yasal statüleri, büyüklükleri, mülkiyetleri veya sektörleri ne olursa olsun- tedarik zincirleri ve iş ilişkileri dahil olmak üzere operasyonlarının olumsuz etkilerinden kaçınırken ve bunlarla mücadele ederken sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunmaları beklentisini ortaya koymaktadır. UTN'ler de bu beklentiyi uygulamaya yansıtma hususunda önemli bir yere sahiptir.²⁸

E. Ulusal Temas Noktası (UTN)

Rehber'in tanıtım çalışmalarını yürütmek, Rehber'deki ilkelere ve standartlara ilişkin başvuruları değerlendirmek ve meydana gelen sorunların çözümünde yardımcı rol oynamak amacıyla diğer kamu kuruluşları ve sivil toplum kuruluşları ile etkili bir biçimde çalışmalar yürütecek bir UTN belirlemek hükümetler üzerine düşen bir görevdir.

Bu kapsamda UTN'lerin iki temel işlevi bulunmaktadır. İlki Rehber'in tanıtım çalışmalarını yürütmek ve özel sektör paydaşlarından devlet kurumlarına kadar ilgililerinin bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. İkinci olarak ise menfaati zarar gören kişilere, şirketlerin Rehber'e uymaması ile ilgili vakaları çözümlmek için bir başvuru mekanizması sağlamaktır²⁹. Bu işlevin yansımaları olarak OECD Rehberi'nde "Adli Olmayan Şikâyet Mekanizması" (*Non-Judicial Grievance Mechanism*) kapsamında "Özel Vaka Başvurusu" (*Specific Instances*) şeklinde bir süreç getirilmiştir.

Bir diğer deyişle, taraflar Rehber'deki ilkeler kapsamında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda geleneksel yöntem olan devlet mahkemelerine başvurmak yerine ilgili durumu UTN'ye bildirmektedirler. UTN de Rehber'deki ilkeler ışığında ve durum değerlendirmesi sonucunda konu

²⁸ UTN'nin fonksiyonlarının T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından özetlenmiş hali için bkz. T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, *OECD Türkiye National Contact Point for Responsible Business Conduct*, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/utn-ncp/a11607>.

²⁹ OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 67-68.

hakkında görüş ve önerilerini taraflara bildirmektedir. UTN'ler ayrıca tarafların gönüllü katılımı ile tarafların arasında uzlaşma sağlanması için verimli bir diyalog süreci oluşturmaya çalışmaktadır. Bu süreç bir tür alternatif uyuşmazlık çözüm yolu³⁰ olarak görülebilir.

UTN'lerin sorumlu iş yönetimini sağlama yolundaki çalışmalarında farklı ülkelerdeki UTN'ler arasında işlevsel denklik sağlanması amacıyla belirlenen ilkelere yukarıda değinilmişti. Güncellenmiş metindeki şerh kısmında³¹, yedi ilkeye yer verilmiştir, bu ilkeler (i) Görünürlük, (ii) Erişilebilirlik, (iii) Şeffaflık, (iv) Hesap Verebilirlik, (v) Tarafsızlık ve Hakkaniyet (vi) Öngörülebilirlik ve (vii) Rehber'e Uygunluk'tur. Rehber'deki bu detaylandırmalar sayesinde UTN'lerin işlevsel olarak daha etkin olması hedeflenmektedir³².

Görünürlük ilkesi gereği hükümetler toplumda menfaati olabilecek her kesim bakımından bilgilendirme faaliyetlerini yürütmelidirler. Bu kapsamda Rehber'i ve UTN'leri tanıtıcı seminer ve toplantılar düzenlemek örnek olarak verilebilir. Erişilebilirliği sağlamak için UTN'lerden elektronik iletişim araçlarını aktif kullanıma sokmaları, tarafların taleplerine etkin ve zamanında cevap vermeleri, başvuru yapılmasından ücret almamaları beklenmektedir. Şeffaflık sağlanması adına UTN faaliyetlerinin kamuoyuna açık olması gerekmektedir. OECD ile paylaşılan yıllık raporlar bu ilkenin bir uzantısıdır. Uzlaşma faaliyetleri süresince taraf menfaatlerini korumak için bazı bilgilerin saklanması söz konusu olabilir. Sorumlu olmak adına UTN faaliyetlerinin devlet otoritelerinden özel sektör paydaşlarına kadar herkesin geri bildirimine açık olduğu belirtilmektedir. Bu eleştiri ve yorumlar karşısında UTN'ler

³⁰ Kişiler, tarafı oldukları sözleşmenin gerekleri yerine getirilmediğinde ve karşı taraf yükümlülüklerinden kaçındığında bu ihlali durdurmak ve kendilerine verilen taahhüdün gerçekleştirilmesini sağlamak için birtakım adımlar atarlar. Devlet zor kullanma ve yaptırım gücünü elinde tutan kurum olduğundan bu tarz uyuşmazlıklarda devlet mahkemelerine başvurulur. Mahkemeler üzerindeki yoğun iş yükü ve yargılama sürecini etkileyen birçok faktör düşünüldüğünde taraflar zaman ve para kaybını en aza indirmek için alternatif uyuşmazlık yollarına başvurabilir. Bu yöntemler "uzlaşma", "hakem heyeti", "arabuluculuk", "tahkim" ve "sulh" olarak sayılabilir. Özellikle uluslararası ticari hayatın hızlı akışı ve kar odaklı yaklaşım düşünüldüğünde tahkim sıkça başvurulmuş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Ancak özellikle tahkimin masraflı bir yol olduğu belirtilmelidir. Tahkim kurumuna ödenecek idari masraflara ek olarak, hakem ücretleri ve avukatlık masrafları başvuran tarafından düşünülmesi gereken diğer bazı giderlerdir. Bkz. Zeynep Derya Tarman, "İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim," *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 2 (2020): 1545.

³¹ OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 58.

³² OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 64.

faaliyet çıktıklarına dair sorumluluk almakta ve gelişime açık olduklarını kabul etmektedir. Tarafsız ve adil bir süreç sağlamak adına tüm UTN'ler kendilerine gelen başvurularda nasıl bir prosedür izleyeceklerini kamuoyu ile paylaşmalıdır. Süreç sonunda açıkladıkları nihai rapor da bu ilkenin bir gereğidir. Bu kapsamda, prosedürlerinin karmaşık olmasından kaçınılmalı ve herkes tarafından anlaşılabilir nitelikte bilgilendirmeler yapıldığından emin olunmalıdır. Öngörülebilirliği sağlamak adına her aşamaya dair usul prosedürlerinin ve bunların ne kadar sürede tamamlanması gerektiğinin belirlenmiş olması önem arz etmektedir. Ayrıca süreç boyunca tarafları her türlü gelişmeden haberdar etmek de bu ilkenin bir parçasıdır. Rehber'e Uyum ise UTN'lerin tüm çalışmalarında Rehber'i göz önünde bulundurmaları gerektiğini belirtmektedir.

2001 yılından bu yana OECD, Çok Uluslu Şirketler Rehberi'ne dair farklı isimler altında yıllık raporlar yayımlamaktadır. En son yayımlanan ve 2022 yılına ait verileri içeren rapora göre 2022'de, UTN'ler kırk bir adet özel vaka başvurusu almıştır ve kırk bir adet başvuruyu sonuçlandırmıştır. Geçmiş senelerle karşılaştırıldığında bir düşüş olduğu görülse de tarihsel açıdan ortalamanın üstünde bir başvuru sayısı söz konusudur. En çok başvuruda bulunanlar, bireyler ve sivil toplum kuruluşlarıdır. Sonuçlandırılan başvurulardan %66'sı ön değerlendirme aşamasını geçmiş olanlardır. Ön değerlendirme aşamasını geçen başvuruların %63'ü arabuluculuk süreci ile ilerlemiştir. Sonuçlandırılan başvuruların %36'sı arabuluculuk ile sağlanmıştır. Bir önceki yıldaki oranın %33 olduğu göz önünde bulundurulduğunda ufak bir artış olduğu görülmektedir. 2022'de UTN'lerin %39'u özel vaka başvurusu almıştır. Bu veriler 2021 ve 2020 yıllarına kıyasla başvurularda bir düşüş olduğunu göstermektedir. Rehber'in insan haklarına ilişkin bölümü özel vaka başvurularında en çok atıf yapılan bölüm olmuştur³³. 2022 yılında karar beyanlarında yer alan tavsiyelerde kayda değer bir artış görülmüştür ve 2021'deki %64 seviyesinden %84'e sıçramıştır. Ayrıca yirmi iki takip süreci gerçekleştirilmiştir. Bu artış, paydaş grupları arasında sonuçlar eşit olmasa da UTN'lerin erişilebilirliğinin ve etkinliğinin artırılması yönünde olumlu bir değişim olduğunu göstermektedir.

³³ "Ulusal Temas Noktalarının Sorumlu İş Yönetimine İlişkin Faaliyetlerine Dair Yıllık Rapor 2022," OECD, 2023, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, s. 28, <https://mneguidelines.oecd.org/annual-report-of-NCPs-for-RBC-2022.pdf>. Bundan böyle "UTN'lerin Faaliyetlerine Dair Yıllık Rapor 2022" olarak kısaltılacaktır.

Türkiye özelinde, Rehber tanıtımını gerçekleştirmek, şikâyet başvurularını değerlendirmek ve sonuçlandırmak üzere “Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Teşvik ve Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü” UTN olarak belirlenmiştir. Yıllık rapordaki Türkiye’ye ilişkin 2022 yılında toplanan verilerden Türkiye UTN’sine dair çıkarımlar şu şekildedir: Türkiye’de UTN için ayrılmış bir bütçe vardır. UTN devlete rapor vermektedir, ancak meclise rapor vermemektedir. Hem yerinden hem de uzaktan olarak özel vaka başvuru sürecine dair belirli ve açıklanmış bir prosedür bulunmaktadır. Bu yıl özelinde Türkiye UTN’si yalnızca özel sektörde Rehber’i tanıtmaya çalışmaları yapmıştır. Buna karşılık, sivil toplum kuruluşlarında ve sendikalarda bu tarz bir çalışma yapmamıştır. Türkiye UTN’si toplamda üç etkinlik düzenlemiştir. Türkiye UTN’sinin katıldığı etkinliklere dair bir veri paylaşılmamıştır. Türkiye UTN’si, OECD tarafından UTN’ler için Haziran ve Kasım aylarında düzenlenen iki toplantıya da katılmıştır³⁴.

F. Ulusal Temas Noktasına Başvuruda Bulunabilecek Taraflar

Konuyla ilgili meşru menfaati olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi Rehber’deki bir ilke kapsamında UTN’ye özel vaka başvurusunda bulunabilir. Daha spesifik örnekler vermek gerekirse, 2022 yılında yapılan başvurulardan sonuçlanan vakalarda başvuranlara bakıldığında sivil toplum kuruluşlarının ve bireylerin %27 oranlarıyla en çok başvuran konumunda olduğu görülmektedir. Sendikalar da %17’lik bir oranla bu grupları takip etmektedir³⁵.

III. REHBER İLKELERİN İHLALİ DURUMUNDA BAŞVURU MEKANİZMASI: ÖZEL VAKA BAŞVURUSU

Türkiye UTN’si hakkında bilgi alınabilecek temel kaynaklardan olan Sanayi Bakanlığı’nın internet sitesinde, “*Specific Instances*” için “Özel Durum Başvuruları” veya “Özel Vaka Bildirimleri” çevirisi kullanılmaktadır³⁶. Rehber ilkeler ve UTN’ye başvuru bağlamında

³⁴ UTN’lerin Faaliyetlerine Dair Yıllık Rapor 2022, 38.

³⁵ UTN’lerin Faaliyetlerine Dair Yıllık Rapor 2022, 9.

³⁶ Özel Durum Başvuruları (*Specific Instances*) hakkında Türkçe açıklamalar için bkz. T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, *OECD Türkiye Ulusal Temas Noktası Özel Durum Başvuruları*, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/utn-ncp/a11606>.

değerlendirildiğinde bu çevirinin kamu – özel gibi bir ayrım belirtmediği anlaşılmaktadır. “Özel”den kastedilen, ilgili kurumun Rehber’deki belirli bir ilkeye uymaması sonucu meydana gelen durumun menfaati zarar gören taraflarca UTN’ye bildirilmesidir.

Özel vaka başvurusu, 2000 yılında Rehber’in gözden geçirilmesi sonrası adı konulan bir mekanizmadır. Bu bağlamda Rehber’e üye ülkeler, kendi UTN’lerine gelen özel vaka başvurularını ön değerlendirmeden geçirip bununla ilgili bulgularını ve sonuçları bir rapor aracılığıyla OECD ve kamuoyuyla paylaşmak sorumluluğu altındadır.

Bir UTN’nin coğrafi olarak başvurulabilir konumda olabilmesi için ilgili kurumun genel merkezinin veya faaliyet yerlerinden en az birinin başvurulmak istenen üye devlet ülkesinde olması gerekmektedir.

Çoğu UTN, internet sitesinde başvurunun yapılabilmesi için form bulundurmaktadır. Buna ek olarak farklı gereklilikler olabilir, bunun için de ilgili UTN’nin sitesinin ziyaret edilmesi önerilmektedir. Özel vaka başvurusunda bir avukat tarafından temsil edilmek mümkündür, ancak böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. UTN sürecinin olabildiğince ulaşılabilir olması hedeflendiğinden başvurular herhangi bir ücrete tabi değildir. UTN’ler tarafından değerlendirilen her başvuru OECD’nin özel vakalar için oluşturduğu veri tabanında kamuya açık olarak paylaşılmaktadır³⁷.

Özel vaka başvuru prosedürü tarafların gönüllü ve iyi niyetli olmaları üzerine kurulmuştur. Bu sürece başvuru sahibi ya da görevli olarak dahil olan herhangi birine karşı, öne sürülen iddialar nedeniyle misilleme ve benzeri tehlikeler oluşması durumunda yeterli korunmanın sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bu koruma, erişilebilir ve adil bir hizmetin sağlanması açısından önem taşımaktadır. Bu tehlikelere örnek olarak, ilgili kişiye ve yakınlarına zarar verileceği, kişinin işten çıkarılacağı ya da zarara neden olabilecek başka hukuki yollara başvurulacağının söylenmesi örnek verilebilir. Tedbir olarak da kişinin kimliğinin gizlenmesi ve kişinin bir üçüncü kişi tarafından temsili örnek gösterilebilir. Ayrıca bu süreçte devletler de ilgili makamlar ve yasalar aracılığıyla kişileri ve UTN görevlilerini koruma altına almalıdır³⁸.

³⁷ UTN’lerin özel vaka başvurularını değerlendirme süreci için bkz. “How do NCPs handle cases?,” OECD, Erişim tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/how-do-ncps-handle-cases.htm>.

³⁸ Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 68.

A. Özel Vaka Başvurusunun Getirileri

UTN yargılama yetkisi ile donatılmış bir mahkeme değildir. Sürece katılım gönüllü olduğundan UTN'nin bağlayıcı bir sonuca varma yetkisi bulunmamaktadır. Bunun yerine taraflara arabuluculuk gibi barışçıl çözüm yolları sunarak aralarında anlaşmalarını sağlamayı hedeflemektedir. Anlaşmaya ulaşılmasından bağımsız olarak UTN, Rehber'deki ilkeler kapsamında ilgili şirkete tavsiyelerde bulunabilir. Bazı UTN'ler bir şirketin mevcut durumda Rehber'deki ilkelere uyma durumuna ilişkin açık tespitlerde bulunabilmektedir³⁹. Başvuru değerlendirmesi sonuçlandıktan sonra da taraflarca anlaşmaya varılmışsa bile çoğu UTN anlaşmanın ilerleme biçimini, anlaşma olmaması halinde sonradan buna dair bir gelişme olup olmadığını ya da vaka kapsamında taraflara verdiği tavsiyelerin uygulanıp uygulanmadığını incelemek için bir takip süreci yürütebilmektedir.

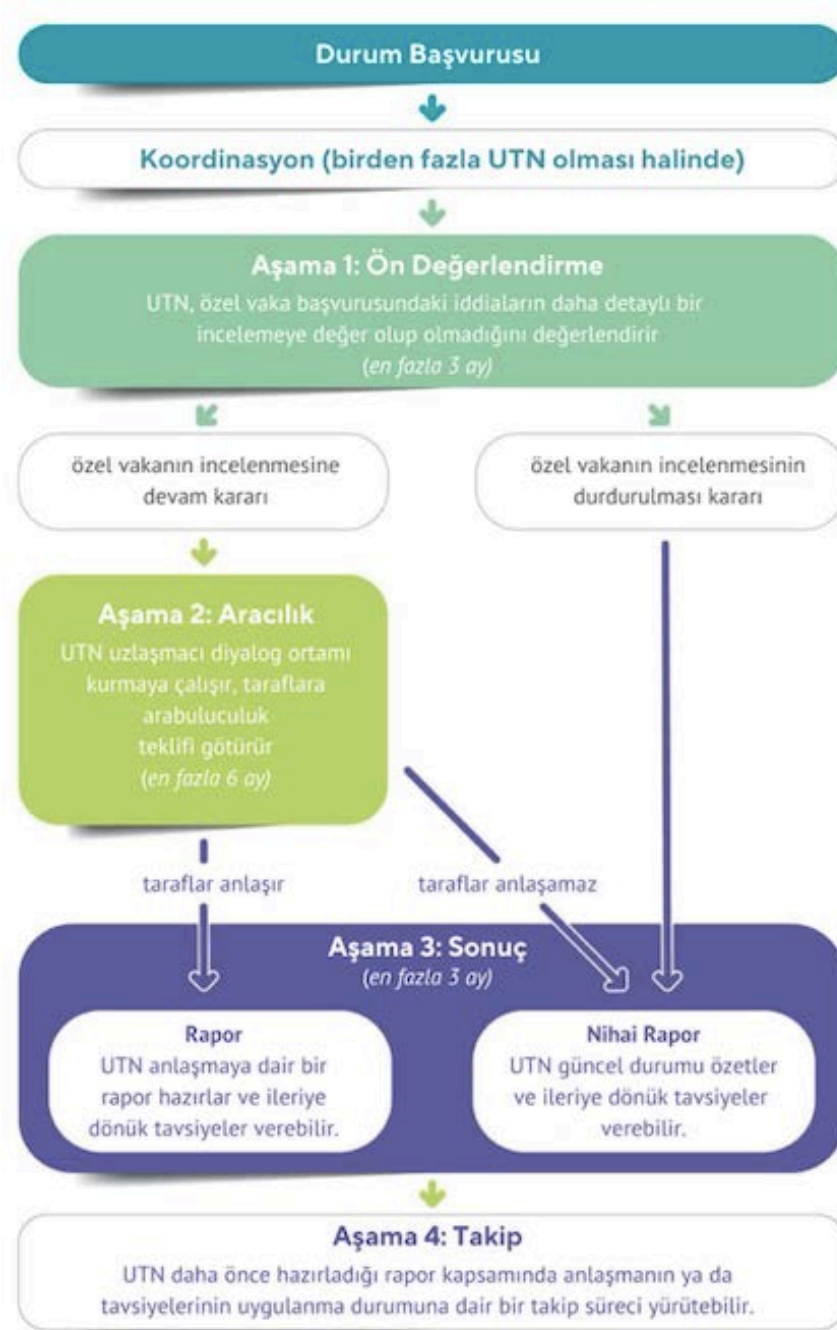
B. Özel Vaka Başvurusunda Bulunma Usulü

OECD tarafından yayınlanan belgede⁴⁰ verilen şemaya göre süreç dört aşamadan oluşmaktadır. Başvuru yapılması ve ilgili vakanın birden fazla UTN içermesi durumunda bunlar arasındaki iş bölümüne dair koordinasyon görüşmeleri bu sayıya dahil değildir⁴¹.

³⁹ Avustralya UTN'sine yapılan başvuru sonucundaki rapora göre: "ElectraNet Şirket'i UTN sürecine dahil olmayı reddederek Rehber'e uygun davranmamıştır." Daha detaylı bilgi için OECD Özel Vaka Başvurusu veri tabanı bkz. "Individuals ve ElectraNet LTD," OECD, 28 Ekim 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/au0018.htm>.

⁴⁰ "Sorumlu İş Yönetimi İçin Ulusal Temas Noktası: Yirmi Yıldır Çözülenler ve Gelecek Faaliyetler," OECD, 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, s.13, <https://mneguidelines.oecd.org/NCPs-for-RBC-providing-access-to-remedy-20-years-and-the-road-ahead.pdf>.

⁴¹ "Sorumlu İş Yönetimi İçin Ulusal Temas Noktası: Yirmi Yıldır Çözülenler ve Gelecek Faaliyetler," OECD, 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, s.13, <https://mneguidelines.oecd.org/NCPs-for-RBC-providing-access-to-remedy-20-years-and-the-road-ahead.pdf>.



Genel olarak UTN'lerin tüm süreci bir yıl içinde sonuçlandırmak için gayret göstermeleri beklenmektedir, ancak ilgili olayda birden fazla ülkenin UTN'si yer alıyorsa ve öncü UTN belirlenmesi gerekiyorsa bu süre on dört aya çıkabilir. İhtiyaç duyulması halinde sürecin uzaması ihtimali saklı tutulmuştur⁴². Bu nedenle bu süreler tahmini uygulama takvimi olarak düşünülebilir.

Bu genel açıklamalara ek olarak, Rehber'de⁴³ başvuru yapmadan önce her ülkenin UTN'sinin öngördüğü prosedürlerin kontrol edilmesinde yarar olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda Türkiye UTN'si özel vaka başvuru sürecini aşağıdaki şekilde yürütmektedir⁴⁴.

1. Vaka Başvurusu (*Instance Submission*)

Özel vaka başvurusu, Ekonomi Bakanlığı bünyesindeki Teşvikler ve Yabancı Yatırımlar Genel Müdürlüğüne yazılı bir şekilde ya da e-posta ile yapılmalıdır. Bu bildirimde tarafların isimleri, iletişim bilgileri, ilgili uyuşmazlıktaki menfaatleri, Rehber'in ihlal edildiği iddia edilen ilgili bölümleri, vaka ile ilgili somut olaylar ve kanıtlara yer verilmelidir.

Başvuru sonrasında UTN olayla ilgisi olacak kişilere bildirimde bulunur. Bu doğrultuda, talepte bulunan taraf, başvurusunun alındığına ve incelendiğine dair bilgilendirilir. İhlalde bulunduğu iddia edilen taraf ilgili durumdan haberdar edilir. Ayrıca UTN, izleyeceği prosedür hakkında ve sürece katılabilecek diğer UTN'ler hakkında bilgilendirme de yapar. İddiaya konu olayın gerçekliğine karar verebilmek için ilgili ulusal ve uluslararası kurumlarla iletişime geçilir ve yorumları istenir. 2019'da Brezilya merkezli çok uluslu bir şirketin Vakıfbank'ın tüketici çıkarlarını ihlal ettiği iddiasıyla Türkiye UTN'sine yaptığı başvuruda, UTN başvuranın kimliğine ilişkin bilgilerin eksik olduğunu fark etmiş ve başvuruyu yapanın Brezilya merkezli ve Hollanda'da faaliyet gösteren bir kuruluş olması nedeniyle ilgili ülkelerdeki UTN'lerin görüşlerine başvurmuştur. Buradan topladığı görüş ve

⁴² Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 73.

⁴³ Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 73.

⁴⁴ Özel Vaka Başvuru Prosedürü Açıklaması için bkz. T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, *Specific Instance Review Procedure*, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/utn-ncp/a11614>.

bilgiler neticesinde başvurunun daha fazla değerlendirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir⁴⁵.

2. Ön Değerlendirme (*Initial Assessment*)

Değerlendirme öncesinde, başvurunun içeriğine göre hangi UTN'nin öncü konumda olacağı ve durum gerektiriyorsa başka UTN'lerden destek alınması kararları iki ay içerisinde verilmelidir⁴⁶. Bu sayede UTN'ler arası bir koordinasyon oluşturulabilecektir. Bu duruma örnek olarak, 2020'de dört sendikanın bir araya gelerek Hollanda UTN'sine cinsiyete dayalı şiddet ve tacizle ilgili yaptığı başvuru⁴⁷ verilebilir. İlgili olayda, ihlal iddialarının

⁴⁵ 2019'da Brezilya merkezli çok uluslu şirket *Cristalia Produtos Quimicos Farmaceuticos*'ın bir yan kuruluşu olan *Edgeworth* tarafından Vakıfbank'ın tüketici çıkarlarını ihlal ettiğine dair Türkiye UTN'sine yapılan bir başvuruda yürütülen ön değerlendirmede Türkiye UTN'si, başvuruda başvuruyu yapanın kimliğine ilişkin bilgilerin eksik olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, başvuruyu yapanın merkezi Brezilya'da bulunan bir şirket olduğu ve Hollanda'da faaliyet gösterdiği göz önüne alındığında, Türk UTN'si Hollanda ve Brezilya UTN'lerini başvuru hakkında bilgilendirmiş ve görüşlerini almıştır. Taraflar ve UTN'ler tarafından sağlanan ek bilgileri inceledikten sonra, Türkiye UTN'si, başvurunun tamamen ticari bir anlaşmazlıkla ilgili olması ve Rehber'in amaçlarına katkıda bulunmaması nedeniyle daha fazla incelenmeye değer olmadığını tespit etmiştir. Bkz. "Edgeworth ve Vakıfbank," OECD, 4 Ekim 2019, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0005.htm>.

⁴⁶ Çok Uluslu Şirketler Rehberi 2023, 70.

⁴⁷ 2020'de dört sendika, Hollanda UTN'sine, yemek hizmeti sektöründe faaliyet gösteren ABD merkezli bir şirket olan *McDonald's Corporation*'in, finans sektöründe faaliyet gösteren ve sırasıyla Norveç ve Hollanda asıllı olan *Norges* Bankası Yatırım Yönetimi (NBYY) ve APG Varlık Yönetimi'nin cinsiyete dayalı şiddet ve tacizle ilişkili Rehber İlkeleri ihlal ettiğine dair bir başvuruda bulundu. İlgili UTN'ler, aralarındaki koordinasyon görüşmeleri sonucunda başvuruyu üç ayrı başvuru olacak şekilde ayırma konusunda anlaşılabilir. *McDonald's Corporation*'a ilişkin özel vaka başvurusu, ABD UTN'si tarafından ele alındı ve şirket, başvuruda bulunanların UTN'ye ve basına yamalı beyanlarda bulduklarına inanması nedeniyle arabuluculuğa katılmayı reddettiği için anlaşma olmadan sonuçlandı. Norveç UTN'si, *Norges* Bankası Yatırım Yönetimi ile ilgili vakayı ele almayı kabul etti ve Nisan 2022'de, UTN'nin aracılık yaptığı diyalogun ardından, başvuruyu taraflar arasında bir anlaşmayla sonuçlandıran nihai bir rapor yayınladı. Anlaşmada, NBYY'nin Rehber kapsamındaki tavsiyeleri uygulamak için elinden gelen çabayı göstereceği belirtildi ve kurumsal yatırımcıların sorumlu iş yönetimi sürecindeki rolü kabul edildi. Taraflar ayrıca cinsiyete dayalı şiddet ve tacizin *fast food* şirketlerinin güvenli bir çalışma ortamı yaratmak için ele alması gereken önemli bir konu olduğu konusunda da anlaşılabilir. UTN, 2022'nin sonlarında yürüttüğü takip sürecinin sonunda anlaşmanın tam olarak uygulandığını tespit ederek buna dair beyanını yayınladı. Hollanda UTN'si, APG Varlık Yönetimi ile ilgili vakayı incelemeyi kabul etti ve Şubat 2022'de arabuluculuğun ardından UTN, başvuruyu taraflar arasında bir anlaşmayla sonuçlandıran nihai bir rapor yayınladı. Taraflar, pay sahibi katılımının artırılmasının gerekli olduğu konusunda anlaşılabilir. Ayrıca taraflar, cinsiyete dayalı şiddet ve tacize ilişkin etkili ve kamuya

muhatapları, merkezleri üç farklı ülkede yer alan üç şirket olduğundan başvuru, ilgili ülkeler UTN'leri arasında paylaştırılmıştır.

Sonrasında, UTN başvuruda iddia edilen uyuşmazlığı Rehber'deki ilkelerin ihlal edilmesi kapsamında inceler ve gerçekliğini ölçebilmek adına maddi kanıtları araştırır. UTN, araştırmasının sonucuna göre başvuruyu kabul eder veya reddeder ve ön değerlendirme kararını taraflara bildirir. Bu değerlendirmenin öncü UTN'nin belirlenmesinden itibaren üç ay içerisinde tamamlanması önerilmektedir. Kanıt toplama ve yabancı dil çevirilerini yapma gibi nedenlerle bu sürenin uzatılabilmesi de mümkündür.

UTN, kararını gerekçelendirirken bazı unsurları göz önünde bulundurmakta olup, bunlar: başvuran taraf ve başvuru nedeni, başvurunun Rehber'in düzenleme alanına girmesi ve iddiaları destekleyen kanıtların varlığı, Rehber'deki bağlantılı ilkelere atıf yapılarak başvurunun konusu, ihlalde bulunduğu iddia edilen şirketin faaliyetleri ile iddia arasındaki ilişki, yürürlükteki kanun ve uygulamaları, benzer vakaların yurt içinde ve yurt dışındaki uygulamada nasıl değerlendirildiğine dair örnekleri ve başvuruya dair yapılacak çalışmaların Rehber'in hedeflerine ve kullanımına olumlu katkı sağlaması hususlarıdır. Örnek vermek gerekirse, Türkiye UTN'si kendisine gelen bir başvurunun⁴⁸ kabul edilmesi ve değerlendirmenin devam etmesini şu şekilde gerekçelendirmiştir: “*Başvuran kişinin Rehber kapsamında haklı*

açık politikaların uygulanması da dahil olmak üzere, güvenli çalışma koşullarına dair ihtiyaçları karşılamaya devam edeceklerini açıkladılar. UTN'nin 2023 yılında anlaşmayı takip etmesi beklenmiş olsa da an itibariyle buna dair ek bir beyan bulunmamaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz. “Dört Sendika (IUF, EFFAT-IUF, SEIU, UGT) ve APG Varlık Yönetimi,” OECD, 18 Mayıs 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/nl0042.htm>.

⁴⁸ 2017'de Türk Metal Sendikası, Türkiye UTN'sine *Putzmeister* firmasının Rehber'de yer alan sendikal haklarını ihlal ettiği iddiasını içeren bir özel vaka başvurusunda bulunmuştur. UTN taraflar ile ayrı görüşmeler düzenlemiş ve bunun sonucunda, başvuru sahipleri şirket içinde düzenlenen sendika karşıtı kampanyayla bağlantılı haksız işten çıkarmalar yapıldığını ileri sürmüştü ve bu konuda şirkete karşı yirmi beş adet dava açıldığını bildirmiştir. Buna karşılık şirket, işten çıkarmaların şirketin ekonomik nedenlerle küçülmesiyle ilgili olduğu, işten çıkarılan ve kendi isteğiyle ayrılan işçilere tazminat ödendiği bilgisini paylaşmıştır. Başvuruyu değerlendirmede yarar gören UTN, bilgi toplama aşamasından sonra taraflara arabuluculuk görüşmesi için teklifte bulunmuştur. Sendika teklifi kabul ederken şirket bir önceki açıklamasını tekrarlamış ve ilerleyen yasal süreçlerin takipçisi olmayı tercih edeceğini belirterek sürece katılmayı reddetmiştir. Gerekli rızanın alınamaması nedeniyle UTN yayınladığı bir nihai rapor ile süreci sonlandırmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. “Putzmeister Makine San ve Tic. A.Ş ve Türk Metal,” OECD, 29 Mayıs 2017, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0004.htm>.

gerekçesinin olduğu, ihlalde bulunduğu iddia edilen şirketin çok uluslu bir şirket niteliğine sahip olduğu, başvuran tarafından yapılan iddiaların belgelendirilmiş olması ve ilgili başvurunun ele alınmasının, Rehber'in hedef ve etkinliğinin geliştirilmesine katkıda bulunacağını düşünülmesi nedenleriyle başvuru kabul edilmiştir."

Değerlendirme sonucunda başvurunun Rehber tarafından güvence altına alınan sektör ve hakların kapsamına girmediği ve başvuruya dair ek bir inceleme gerekmediğine karar verilirse, bu durum taraflara yazılı olarak bildirilir. Ayrıca UTN'nin hazırladığı değerlendirme raporu kamuoyu ile paylaşılır. Tarafların özel ticari bilgilerinin ve kimliklerinin korunması gerekliliğinin doğması durumunda, UTN kamuoyu ile paylaşılacak raporda bu türden bilgileri gizleme yoluna gidebilir.

Rehber'in kapsamı dışındaki bir başvuruya örnek göstermek gerekirse, *Coca-Cola* şirketine ilişkin olan ve bir araya gelen bir grup kişi tarafından ABD UTN'sine yöneltilen toplu başvuru⁴⁹ gösterilebilir. ABD UTN'si uyumsuzluk konusunun bireysel iş anlaşmazlığı olduğunu belirtmiş ve bunun Rehber kapsamında olmadığından hareketle vaka değerlendirmesini sonlandırmıştır.

Kapsam dışında görülen bir başvuruya yerel bir örnek olarak 2014 yılında Türkiye'nin öncü UTN rolünü üstlendiği özel vaka başvurusu⁵⁰ gösterilebilir.

⁴⁹ 2022'de üç kişi tarafından ABD UTN'sine yapılan başvuruda, ABD merkezli *Coca-Cola* şirketi'nin lisanslı *Coca-Cola* markalı meşrubat şıseyicisi *Bralima*'nın haksız işten çıkarmada bulunduğu iddia edilmiştir. *Coca Cola*'nın Rehber ilkeleri yeterince gözetmeden ve usulünce durum tespiti yapmadan *Bralima* -Hollanda merkezli *Heineken* Şirketi'nin yan kuruluşu- ile iş ilişkisini yürüttüğü öne sürülmüştür. ABD UTN'si, başvuru sahiplerinin daha önce aynı temel gerçekleri Hollanda UTN'sine birden çok kez sunduklarını ve Hollanda UTN'sinin başvurunun konusunun bireysel iş anlaşmazlığı olması ve bunun da Rehber kapsamı dışında kalması nedeniyle ret kararı vermesine dayanarak vakayı ele almaya değer görmemiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Bireysel Başvurular ve Coca-Cola," OECD, 10 Ağustos 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/us0053.htm>.

⁵⁰ 2014'te Alman UTN'si, bir Alman şirketinin Türkiye'de Çeşme/Alaçatı'daki rüzgâr enerjisi projelerine türbin tedarik ederek Kılavuz'un çevre hükümlerini ihlal ettiğini iddia eden ve bir araya gelen bir grup kişilerden oluşan bir toplu başvuru almıştır. Rehber'in usule ilişkin düzenlemeleri ile uyumlu olarak, Türk UTN bu özel vakanın incelenmesinde öncü rolü üstlenmiştir. Türkiye UTN'si, başvurunun derinlemesine incelenmeye değer olup olmadığına odaklanarak bir ön değerlendirme gerçekleştirmiştir. Rehber ilkeler çok uluslu şirketlerin sorumlu iş yönetimine ilişkin hazırlandığından ve olayda ihlalde bulunduğu iddia edilen firmanın çok uluslu bir şirket olmamasından dolayı UTN, başvurunun Rehber kapsamı dışında kaldığına karar vermiştir. Türkiye UTN'si, Almanya UTN'sine danıştıktan

Türkiye UTN'si, iddiaların çok uluslu bir şirket olarak nitelendirilemeyen yerli bir şirkete karşı yapıldığını tespit ettikten sonra Rehber ile çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin düzenlenmesi hedeflendiğine dikkat çekerek vaka içeriğinin Rehber kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.

Başvurunun değerlendirilmesi esnasında devam eden başka paralel süreçlerin⁵¹ de olduğunun fark edilmesi durumunda UTN, bu durumu göz önünde bulundurur. 2008'de Türkiye UTN'sine, bir sendika tarafından, Türkiye'de faaliyet gösteren Hollanda ve İngiltere sermayeli çok uluslu bir şirketin Rehber'in genel politika ilkelerini ihlal ettiği iddiasını konu alan bir başvuru⁵² yöneltilmiştir. Türkiye UTN'si, başvuruyu ön değerlendirmeden geçirirken konunun bu süreçte zaten mahkemelere taşınmış olduğunu fark etmiştir. Bu paralel davaları dikkate alan Türkiye UTN'si, yerel davaların devam ettiği bu olaya dahil olmanın uygun olmadığına karar vermiş ve incelemeye daha fazla devam etmeyerek başvuruyu kabul etmediğini bildirmiştir.

Ön değerlendirme esnasında eş zamanlı olarak UTN süreci dışında gelişen taraflar arası görüşmelerin, UTN müdahalesi olmaksızın uyumsuzluğu çözdüğü durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu duruma bir örnek olarak Tosal Holding'in istişare çalışmaları verilebilir. 2020'de Senegal merkezli bir sivil toplum kuruluşu ve Kadın Balıkçılar Birliği tarafından Türkiye

sonra, inceleme taleplerini kabul etmeme kararı hakkında tarafları bilgilendirmiş ve iddialarının daha sağlam temellerle Alman UTN'sine iletilmesini tavsiye etmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Türkiye Rüzgar Enerjisi Projesi," OECD, 4 Ağustos 2014, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0002.htm>. Alman UTN'sinin öncü ülke olarak ele aldığı başvuru kabul edilmiş ve 2015'te ön değerlendirme aşaması tamamlanmıştır. UTN, Nordex Şirketi'nin durum tespiti süreçlerine dair incelemeye odaklanmıştır. 2016'da UTN tarafından arabuluculuk görüşmesi düzenlenmiştir. Ayrıca, birkaç kez tekrarlanan taraflar arası karşılıklı görüşmeler sonucunda Nordex, durum tespiti süreçlerini geliştirmeyi kabul etmiştir. Başvuru bu şekilde sonuçlandırılmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. "Nordex SE ve Bireysel Başvurular," OECD, 31 Ağustos 2016, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/de0021.htm>.

⁵¹ "Paralel Süreçler" terimi adli ya da adli olmayan yerel ya da uluslararası yürütülen aynı veya benzer uyumsuzluk içeriğine sahip süreçleri belirtmektedir. Aynı anda başka ülkedeki bir UTN'de de incelenen bir başvuru bu duruma örnek olabilir. Ortada sonuçlanan bir sürecin olması UTN'nin kendisine gelen başvuruyu değerlendirmesine engel değildir. Bu kapsamda UTN, yapacağı incelemenin daha önceden ulaşılan sonuca bir katkıda bulunacağı kanaatine varırsa süreci devam ettirir. Bu kararı alırken diğer UTN'lerin görüşlerine başvurabilir.

⁵² Daha detaylı bilgi için bkz. "Türkiye Taşımacılık Sektörü," OECD, 3 Kasım 2008, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0001.htm>.

UTN'sine yapılan başvuruda⁵³, Türkiye merkezli Tosyalı Holding'in Senegal'de kurmuş olduğu bir şirketinin faaliyet gösterdiği bir arazi nedeniyle Rehber'deki genel ilkeleri, insan hakları ve çevresel hakları ihlal ettiğine yönelik iddialar ileri sürülmüştür. Ön değerlendirme sırasında Türkiye UTN'si, şirketin ekonomik ve sosyal etki değerlendirmesi için kamuya açık istişarelerde bulunduğunu ve bu değerlendirmede başvuruda bulunanların ve bölgedeki genel kamuoyunun görüşlerinin alındığını öğrenmiştir. İnceleme esnasında taraflarla yapılan görüşmelerde, halihazırda tarafların zaten aktif olarak görüştüğü ve aracılık teklifine gerek olmadığı anlaşılmıştır. Bu çerçevede Türkiye UTN'si, gerekirse aracılık hizmetini daha sonraki bir tarihte sunacağını belirtmiştir. Şirket tarafından 2023'te sunulan güncelleme raporunda uyuşmazlığın çözüldüğü ve başvuru sahiplerinin araziye yönelik ihtiyaçlarının giderildiği belirtilmiştir. Bu gelişmeler ışığında Türkiye UTN'si süreci sonlandırmıştır.

Taraflardan gerekli rızalarının alınamaması sonucu sürecin ilerletilememesine yerel bir örnek⁵⁴ olarak ise 2014'te Türkiye UTN'sine,

⁵³ Başvuru konusu genel ilkelerin, insan haklarının ve çevresel hakların ihlal edildiğine yöneliktir. Senegal hükümetiyle demir çelik ürünlerinin üretimi için anlaşma imzalayan Tosyalı Holding'in, anlaşma konusu olan alanın birkaç jenerasyona ev sahipliği yapmış, ana faaliyet konusu balık ürünlerinin kurutulması, işlenmesi ve pazarlanması olan ve 1.500'den fazla kadın üyesinin bulunduğu bir Derneğin çalışma alanı olduğu asıl iddidir. Başvuru sahibi, Türkiye UTN'sinden, tarafları ihlali durdurmaları yönünde ve Rehber İlkeler'i gözetmeleri yönünde ikaz etmesini ve sahadaki faaliyetlerini durdurup balıkçı kadınlarla görüşmeye başlamalarını sağlamasını talep etmiştir. Ön değerlendirme sırasında Türkiye UTN'si, şirketin Ekonomik ve Sosyal Etki Değerlendirmesi için kamuya açık istişarelerde bulunduğunu ve ilgililerin görüşlerinin alındığını öğrenmiştir. Taraflarla daha yoğun temas kurulması diyalogların devam ettiğini gösterdiğinden UTN, aracılık teklifinde bulunmasına gerek olmadığına karar vermiştir. UTN, gerekirse aracılık hizmetini daha sonraki bir tarihte sunacağını belirtmiştir. Şirket, Ağustos 2023'te UTN'yi süreç konusunda bilgilendirerek, Senegal Yatırımları ve Büyük İnşaatları Teşvik Ajansı APIX'in, Tosyalı Holding tarafından finanse edilecek olan projeye, başvuruda yer alan işçilerin yeniden yerleştirilmesi için 13 hektarlık bir alan ayırdığını belirtmiştir. Senegal'in *Rufisque* bölgesi, Balıkçılık Bakanlığı ve APIX ile birlikte balıkçılar sendikasının liderleriyle toplantılar düzenleyerek projenin uygulanmasına onay vermiştir. UTN'lerin rolü, taraflar arasındaki diyalogu kolaylaştırmak ve anlaşmazlık çözümüne katkıda bulunmaktır. Şirket ile şikâyette bulunan sivil toplum kuruluşları arasında devam eden diyalogu ve karşılıklı olarak mutabakata varılan bir çözümün varlığını göz önünde bulundurarak, Türkiye UTN'si özel vaka başvurusu sürecini sonlandırmaya karar vermiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Lumière Synergie pour le Développement ve Tosyalı Holding LTD," OECD, 27 Ağustos 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr006.htm>.

⁵⁴ Başvuruda, eş zamanlı olarak konuyla ilgili yargısal sürecin devam ettiği de belirtilmiştir. 2015'te ön değerlendirme aşamasında ilgili makamlardan ek belgeler de talep

Türk Metal Sendikası tarafından yapılan, Türkiye'de faaliyet gösteren çok uluslu bir Alman imalat kuruluşu olan *Viessmann*'ın Isı Teknolojileri Limited Şirketi'nin, Rehber'deki sendikal haklar düzenlemelerini ihlal ettiğine dair yapılan başvuru gösterilebilir. UTN'nin bu kapsamdaki aracılık önerisi, firma tarafından süregelmekte olan faaliyetlerinde herhangi bir hak ihlali olmadığı açıklamasıyla reddedilmiştir. UTN tarafların rızalarının gönüllük esasına uygun şekilde alınamaması nedeniyle nihai bir rapor hazırlayarak süreci sonlandırmıştır.

Başvuru sahibi taraf da dahil olmak üzere tarafların sürece ilgi göstermemesi nedeniyle UTN'nin faaliyetlerinin anlamsız kaldığı bir diğer örnek olarak 2021'de bir araya gelen üç sendikanın Türkiye UTN'sine yaptığı başvuru gösterilebilir. Somali Çalışma Bakanlığının dahi olaydan haberdar olduğu bu başvuruda, işçiler sendikal haklarının ihlalinin durdurulması konusunda aracı olması için Türkiye UTN'sinden yardım istemişlerdir. Türkiye UTN'si yerel makamlardan da bilgi talep ettiği bir çalışma yürütmüştür. Ancak, şirket aracılık sürecine dahil olmayı kabul etmezken başvuru sahibi de kendisine UTN tarafından gönderilen iletişim girişimlerini yanıtızsız bırakmıştır. Böyle bir ortamda hizmetlerinin etkisiz olacağını düşünen Türkiye UTN'si süreci durdurduğunu beyan ettiği bir nihai rapor yayınlamıştır⁵⁵.

edilmiştir. Bu süreçte yargı süreçlerinin sonuçlanmasına rağmen Nisan 2016'da sorunun hala devam ettiğinin bildirilmesi üzerine UTN taraflar arasında uzlaşma için verimli bir ortam oluşturmaya çalışmıştır. UTN'nin bu önerisi Ağustos 2016'da firma tarafından süregelmekte olan faaliyetlerinde herhangi bir hak ihlali olmadığı açıklamasıyla reddedilmiştir. Türkiye UTN'si, sürecin gönüllük esasına dayandığını bu nedenle de her iki tarafın onayı olmadan aracılık faaliyetlerinin sürdürülemeyeceğini belirten bir nihai rapor ile değerlendirmeyi sonuçlandırmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. "Türk Metal Sendikası ve Viessmann," OECD, 10 Kasım 2014, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0003.htm>.

⁵⁵ 2021'de bir araya gelen üç sendika, Türkiye merkezli bir havalimanı işletme şirketi olan Favori Şirketi'nin ve ona dahil Kozuva Grup'un Rehber'deki kavramlar/esaslar ve istihdam/sanayi ilişkileri ile ilgili ilkeleri ihlal ettiğine dair başvuruda bulunmuştur. Başvuru sahibi şikayetinde, havalimanı çalışanlarının tercih ettikleri sendikaya üye olmalarının engellendiği, firmaya yapılan çağrılara yanıt verilmediği ve Somali Çalışma Bakanlığının da konuyla ilgilendiğini ileri sürmüştür. Başvuru sahibi Türkiye UTN'sinden aracılık yapmasını ve şirketi sorumluluklarını yerine getirmesi konusunda teşvik etmesini talep etmiştir. Ön değerlendirme sürecinin bir parçası olarak Türkiye UTN'si her iki tarafla da e-posta veya telefon görüşmesi yoluyla temasa geçmiş, ek belgeler talep etmiş ve yapıcı diyalog yoluyla çözüme varabilmek için aracılık teklifinde bulunmuştur. Şirket sürece katılma konusunda olumsuz yanıtını iletmış ve daha fazla iletişim kurma taleplerini reddetmiştir. UTN ayrıca, yorumlarını almak ve konu hakkında

OECD'nin gelen başvurular için oluşturduğu veri tabanına bakıldığında 2023 yılında yapılan yedi adet başvuru görünmektedir. Bunlardan altısı "Ön Değerlendirme" aşamasındadır. Biri ise başvurunun yapıldığı İsviçre UTN'sinin kendisini olayı ele alma konusunda yetersiz görmesi ve şirketin genel merkezinin ABD'de olması nedeniyle asıl yetkili olduğunu düşündüğü ABD UTN'sinin daha önceden aynı başvuru sahibinden gelen benzer olayı kabul etmemiş olmasından dolayı reddedilmiştir⁵⁶.

3. Dostça Girişim (Good Offices)

Ön değerlendirme sonucunda UTN konunun daha detaylı ele alınmasına ve çekişmesiz çözüm yollarının uyumsuzluğun çözümüne katkıda bulunacağına karar verirse bu kanaatine dair tarafları bilgilendirir ve taraflara uzlaşmaya yönelik görüşmede bulunma teklifi gönderir. Gönüllü olan bu aşama tarafların onay vermesi halinde uygulanır. UTN hiçbir ücret talep etmeden arabuluculuk hizmetini taraflara sunar⁵⁷.

Taraflardan birinin görüşmeye katılmayı kabul etmemesi, teklifi reddetmesi veya uzlaşma görüşmelerinin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda UTN hazırladığı bir rapor ile kamuoyunu bilgilendirir.

daha fazla bilgi toplamak amacıyla Ekim 2021'de TİKA - Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı (yurtdışı kalkınma yardımlarının uygulanması ve koordinasyonu ile görevli bir devlet kurumu) ve Dışişleri Bakanlığı ile temasa geçmiştir. Gerek TİKA gerekse Dışişleri Bakanlığı, projeye ve sonrasında yaşanan sorunlara ilişkin herhangi bir ek bilgi sunmamıştır. Türk UTN, davayla ilgili güncel gelişmeler ve şikayetlerinin hala geçerli olup olmadığı konusunda başvuru sahibiyle 23 Ocak 2023 tarihinde e-posta yoluyla iletişime geçmeye çalışmıştır. Başvuru sahibi başka yolla bir temas kurmadı ve UTN'nin e-postalarına yanıt vermemiştir. Belirli bir başvuru UTN'ye sunulduğunda, UTN'nin rolü ilgili taraflar arasındaki diyalogu kolaylaştırmak ve böylece karşılıklı olarak mutabakata varılmış bir çözüme katkıda bulunmaktır. İlgili olayda, taraflar prosedürlere ilgi göstermemişler ve bu nedenle UTN'nin işlevini yerine getirmesi mümkün olmamıştır. Bu durum göz önüne alındığında, UTN uyumsuzluk çözümüne daha fazla katkıda bulunma olanağı görmemiş ve süreci sonlandırmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. "Somali Ticaret Sendikası (FESTU), Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu (ITUC), Uluslararası Taşımacılık İşçileri Federasyonu (ITF) ve Favori Şirketi," OECD, 22 Eylül 2021, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0006.htm>.

⁵⁶ Edouard Teumagnie & the World Bank. Daha detaylı bilgi için bkz. "Edouard Teumagnie Bireysel Başvuru & Dünya Bankası," OECD, 1 Mart 2023, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ch0028.htm>.

⁵⁷ Özel vaka başvuru süreci hakkında bilgi için bkz. T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, *Specific Instance Review Procedure*, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/utn-ncp/a11614>.

Tarafların görüşmeyi olumlu karşılama durumu, UTN diyalog için verimli bir ortam oluşturur ve uzlaşmayı teşvik eden öneriler üretmek taraflara yardımcı olur. Uzlaşma desteği UTN tarafından sağlanabileceği gibi tarafların ortak karara vardığı üçüncü bir kişi tarafından da verilebilir. Verimli bir müzakere ortamı sağlamak amacıyla, bu süreç tam gizlilik ilkesine uygun şekilde yürütülmektedir. Başvurunun tarafların uzlaşması şeklinde sonuçlanması halinde sürecin kamuoyu ile paylaşım şekli ve paylaşılacak bilginin kapsamı tarafların kararıyla belirlenir.

2018'de Çek Cumhuriyeti (Çekya) UTN'sine yapılan işçi haklarının ihlaline ilişkin başvuruda⁵⁸ olduğu gibi tarafların karşılıklı masaya oturmayı onaylamadığı ancak UTN'nin aracılığıyla süreci ilerletmeyi kabul ettikleri bir örnek mevcuttur. Yine 2018'den başka bir örnek olarak, ABD UTN'sine yapılan bir başvuruda⁵⁹ taraflar karşılıklı arabuluculuk görüşmelerine istekli olduklarını belirtmiştir ve COVID-19 kısıtlamaları nedeniyle yüz yüze görüşme yapılamadığından bu seçeneğin mümkün olacağı zamana kadar bekleme kararı almışlardır. İki yılı aşan bir gecikmenin ardından yapılan

⁵⁸ 2018'de bir Çekya sivil toplum kuruluşu, tekstil endüstrisinde faaliyet gösteren bir Çekya şirketinin Rehber İlkelerle uymadığına dair Çekya UTN'ye özel vaka başvurusunda bulunmuştur. Taraflar doğrudan etkileşime geçmeyi kabul etmemişler ancak UTN aracılığıyla diyalog kurmayı kabul etmişlerdir. Mayıs 2022'de UTN, tarafların anlaşmaya vardığını bildiren nihai raporu yayınlamıştır. Bu raporda ayrıca şirketin durum tespiti sürecini iyileştirmesi gibi tavsiyelerde bulunmuştur. Tarafların kimliklerinin ve sözleşmenin gizli tutulduğu bu vaka için UTN 2023 yılında ayrıca tarafların taahhütlerine uyup uymadıklarına dair bir takip süreci yürütmeyi planlamıştır. OECD sitesinde şimdilik böyle ek bir rapora rastlanmamaktadır. Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. "Çek STK ve Myanmar'da Faaliyet Gösteren Tekstil Firması," OECD, 24 Mayıs 2018, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/cz0006.htm>.

⁵⁹ 2018'de IndustriALL ve SNATEG, ABD UTN'sine, havacılık, enerji, yenilenebilir enerji ve finans gibi alanlarda faaliyet gösteren ABD merkezli bir holding olan General Electric'in (GE) Cezayir'deki operasyonlarında Rehber İlkeler'i gözetmediğine dair bir başvuruda⁵⁹ bulunmuştur. Başvuru özellikle Sonelgaz ile olan ve işçilerin örgütlenme özgürlüğü ve toplu sözleşme haklarını ihlal ettiği iddia edilen iş ilişkisinde gerekli özenin gösterilmediği iddiasıyla ilgilidir. Taraflar, Covid-19 salgını ve tarafların yüz yüze arabuluculuk istemesi nedeniyle iki yılı aşkın bir gecikmenin ardından arabuluculuk sürecine dahil olabilmiş ve 2022'de, özel vaka başvurusunu taraflar arasında tam bir anlaşma ile sonuçlandıran nihai rapor yayınlamıştır. Anlaşma gizli tutulmuştur. Ayrıca, ABD UTN'si tarafların UTN sürecinde geliştirilen olumlu ilişkiyi sürdürerek ve geliştirerek birlikte çalışmaya devam etmelerini tavsiye etmiştir. Kesin bir tarih belirlemeden birlikte ABD UTN'si gelecekte anlaşmayı takip sürecini yürütebileceğini belirtmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Dört Sendika (IUF, EFFAT-IUF, SEIU, UGT) ve APG Varlık Yönetimi," OECD, 18 Mayıs 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/nl0042.htm>.

arabuluculuk ile taraflar anlaşmaya varmıştır. Kimi zaman tarafların paralel yürüyen bir süreç nedeniyle aracılık teklifini kabul etmemeleri de söz konusu olabilmektedir. Temmuz 2018'de Japonya UTN'sine yapılan ve istihdama dair Rehber ilkelerin ihlal edildiği iddiası içeren başvuruda⁶⁰, ihlal ile suçlanan şirket, ilgili işçilerle UTN süreci dışında görüşmelerin sürdüğünü ve bu paralel sürece odaklanmak istediğini belirterek UTN'nin aracılık teklifini reddetmiştir. UTN bu olumsuz dönüğe rağmen tarafların karara vardıklarına dair bir bildirimde bulunmalarına kadar başvuruyu sonuçlandırmamıştır. Tarafların UTN dışında anlaşmaya varması üzerine de başvuruyu sonuçlandırmıştır.

4. Değerlendirme Sürecinin Tamamlanması *(Conclusion of Assessment)*

UTN sayesinde ortak zeminde görüşen tarafların uzlaşması halinde UTN nihai bir rapor hazırlar. Bu raporda, Rehber'in ihlale konu olan bölümü ve iddialar hakkında detaylı bilgi, taraflar hakkında detaylı bilgi, UTN'nin takip ettiği süreç hakkında özet bilgi, tarafların uzlaşmasını sağlayan çalışmaların sonuçları hakkında tarafların ortak görüşleri ve UTN'nin ileriye dönük görüş ve tavsiyeleri bulunur.

Taslak rapor öncelikle taraflarla paylaşılır ve içeriğin gizliliğine dair taraflardan geri bildirimleri alınır. Oluşan nihai rapor OECD sekretaryası ile paylaşılıp UTN internet sitesinde kamuoyu ile paylaşılır.

Tarafların anlaşamaması halinde de UTN'nin görüş ve önerilerine yer veren bir rapor hazırlanır ve bu rapor kamuoyu ile paylaşılır. Bu raporda da en azından ihlallere dair iddialar, tarafların meydana gelen durumda oynadığı

⁶⁰ Temmuz 2018'de Skynetnetwork sendikasının Osaka Şubesi Japon UTN'sine, merkezi Birleşik Arap Emirlikleri'nde bulunan bir hava yolu şirketi olan Emirates'in, Rehber'deki insan hakları ve istihdam ve sanayi ilişkileri bölümlerini ihlal ettiğine dair bir özel vaka başvurusunda bulunmuştur. Uyuşmazlık özellikle de Japonya'dan Çin'e taşınan bir departman nedeniyle işten çıkarılan üç sendikalı işçinin tekrar bir işe yerleştirilmemeleri ile ilgilidir. Kasım 2018'de Japonya UTN'si ön değerlendirmeyi tamamlamış ve vakayı derinlemesine inceleme kararı almıştır. Bu süreçte şirket, üç işçinin durumları hakkında UTN dışında bir süreç yürütüldüğünü ve faaliyet gösterdiği yerdeki yasaları gözetmediğini belirtmiştir. Japon UTN'si aracılık teklifinde bulunmuştur ve başvuru sahipleri bunu kabul etmişlerdir. Şirket ise yalnızca devam eden UTN dışındaki süreçlere odaklanmayı tercih ettiğini iletmiştir. Eş zamanlı süren süreçler devam ederken Japonya UTN'si de başvuruyu açık halde bekletmiştir. 2022'de tarafların UTN süreci dışında tam anlaşmaya varması nedeniyle UTN süreci sonuçlandırmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. "Skynetnetwork Osaka Şubesi ve Emirates," OECD, 20 Temmuz 2018, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/jp0011.htm>.

roller, UTN'nin neden ek incelemeye devam etme kararı aldığı ve UTN'nin bu süreçteki rolü yer alır. Bu tarz bir nihai rapora örnek olarak 2022'de Kanada UTN'si tarafından yayınlanan rapor gösterilebilir. Rehber'deki kamuyu aydınlatma ve rekabet ilkelerinin ihlali iddiasını içeren bu olayda⁶¹ taraflar anlaşmaya varamamışlardır. Buna rağmen Kanada UTN'si, tarafların

⁶¹ 2020'de, Bangladeş merkezli bir danışmanlık firması olan *Electricity Transmission Şirketi* (ETCBL) Kanada UTN'sine, Kanadalı bir iletişim hizmet sağlayıcısı olan *Tower Çözümleri Şirketi*'nin, Rehber'deki kamuyu aydınlatma ve rekabete dair ilkelere uymadığını belirten bir başvuruda⁶¹ bulunmuştur. ETCBL özellikle, Tower'ın verilen taahhütlerin aksine, Bangladeş pazarına girmek için sağlanan hizmetler için tazminat ödemediğini iddia etmiştir. *Tower* ise iddiaları reddederek, taraflar arasındaki taahhüde uygun faaliyet gösterdiğini ileri sürmüştür. Kanada UTN'si aracılık teklifinde bulunmuş ancak iki arabuluculuk oturumundan sonra taraflar anlaşmaya varamamıştır. 2022'de UTN, taraflar arasında anlaşma sağlanmadan süreci resmen sonuçlandırmıştır. Ancak UTN, yapıcı bir fikir alışverişini kolaylaştırması ve Rehber'in uygulanmasına ilişkin en iyi uygulamaların belirlenmesine olanak sağlaması nedeniyle arabuluculuğun başarılı olduğunu düşündüğünü belirtmiştir. Ayrıca raporda UTN şu tavsiyelerde bulunmuştur: Şirket, karışıklığı önlemek için tasheronlar, tedarikçiler ve ortaklarla olan iş ilişkilerine ilişkin bilgilerini aktif olarak açıklamalıdır. Ayrıca, başvuruyu yapan kişi, özellikle yabancı şirketlerle iş yaparken, yalnızca yerel yasalarla değil aynı zamanda uluslararası kabul görmüş standartlar ve uygulamalarla da tutarlı olarak tüm tarafların sorumluluklarını ve teslimatlarını açıkça belirten sözleşmeler imzalamak gibi iş uygulamalarını benimsemelidir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Elektrik İletim Danışmanları LTD ve Tower Solutions Şirketi," OECD, 28 Ekim 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ca0021.htm>.

Bir diğer örnek olay, 2021'de Türkiye Metal İşçileri Sendikası BİRLEŞİK METAL-İŞ, merkezi İsveç'te bulunan havalandırma ekipmanı üreticisi *Systemair AB*'nin ve özellikle *Systemair AB*'nin Türkiye'deki yan kuruluşunun, Türkiye'nin Gebze ilçesindeki imalat faaliyetlerinde Rehber'deki kavramlar ve ilkeler, genel politikalar, insan hakları ve istihdam ve endüstri ilişkileri hükümlerine uymadığını iddia eden bir özel vaka başvurusunda bulunmuştur. Başvuru özellikle, çalışanların yönetimden imalat departmanına kadar yeniden sınıflandırılması, sendika üyelerinin ücretsiz izne çıkarılması, protestolar sırasında işçilerin hareketlerinin kısıtlanması ve sendika üyelerinin işten çıkarılması ile ilgilidir. Aynı zamanda *Systemair* de konuyla ilgili yasal süreçleri başlatmıştır. 2021'de, İsveç UTN'si başvuruyu daha detaylı değerlendirmek üzere kabul etmiş ve bir ön değerlendirme beyanı yayınlamıştır. Başvuru, başvuru sahibinin talebi üzerine Türkiye UTN'sinin de desteği alınarak değerlendirilmiştir. UTN, 2022'nin başında ilgili taraflara aracılık teklifinde bulunmuştur. Her iki tarafın da katılımına rağmen, uzlaşma çabaları herhangi bir anlaşmayla sonuçlanmamıştır. İsveç UTN'si, Aralık 2022'de taraflar arasında anlaşma sağlanmadan sürecin sonuçlandırıldığına dair nihai bir rapor yayınlamıştır. Ayrıca, İsveç UTN'si şirketteki durum tespiti sürecini güçlendirmek ve çalışanların kararlarına saygı gösterilmesini sağlamak için şirketin Türkiye'deki iştiraki üzerindeki nüfuzunu kullanmasını ve taraflar arasında sosyal diyalogun iyileştirilmesi için çabalamasını tavsiye etmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Türkiye Metal İşçileri Sendikası BİRLEŞİK METAL-İŞ & Systemair AB," OECD, 22 Aralık 2022, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/se0008.htm>.

iki kez uzlaşma masasına oturması ve bu yolda yapıcı bir diyalog kurulmuş olması yönünden süreci başarılı gördüğünü belirtmiş ve şirkete yönelik tavsiyelerde de bulunmuştur.

Değerlendirme sürecinin tamamlanması sonucunda oluşturulan nihai rapordaki tespitlere örnek olarak 2018 Hollanda UTN'sine yapılan başvuru örnek verilebilir. 2018'de, STK'lar ve sendikalardan oluşan bir grup, Hollanda UTN'sine *Chevron* Şirketi'nin Arjantin, Nijerya ve Venezuela'daki operasyonlarında Rehber'deki "Kamuyu Aydınlatma ve Vergilendirme" ilkelerini ihlal ettiğine dair bir özel vaka başvurusunda bulunmuştur. UTN her iki tarafa da aracılık teklifinde bulunmuş ancak şirket bunu reddetmiştir. 2022'de Hollanda UTN'si ilgili şirketin kamuyu aydınlatma ilkesini gözetmediğine dair tespitte bulunmuş ancak vergilendirme ile ilişkili bir sonuca varamamıştır. UTN ayrıca, işletmenin sürece gerçek anlamda katılmayarak Rehber'e uygun hareket etmediğini belirtmiştir. *Soft law* kategorisinde sonuçlar üreten bir kurum olması nedeniyle bu şekilde bir tespit UTN tarafından çok fazla tercih edilen bir beyan olmasa⁶² da burada bir örneği görülmektedir. Bunlara ek olarak UTN, şirkete faaliyetlerini kamuyu aydınlatma ilkesine uygun şekilde yürütmesini önermiştir.

İhlal iddiasının asılsız bulunduğuna dair bir başvuruya örnek olarak 2020 Fransa UTN'sinin incelediği olay gösterilebilir. Bu başvuruda⁶³ arsa

⁶² Buna benzer bir beyanı daha önce Avustralya UTN'sinin yaptığı, bu kapsamda UTN'nin şu şekilde bir açıklamada bulunduğu görülmektedir: "ElectraNet Şirket'i UTN sürecine dahil olmayı reddederek Rehber'e uygun davranmamıştır." Daha detaylı bilgi için bkz. "Individuals ve ElectraNet LTD," OECD, 28 Ekim 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/au0018.htm>.

⁶³ 2020 yılında kendi mirasçılarını temsilen hareket ettiğini belirten bir Avustralya vatandaşı, Fransa UTN'sine gayrimenkul alanında faaliyet gösteren Fransa merkezli bir çok uluslu şirketin arazi kazanımında durum tespiti süreçlerine ilişkin ilgili Rehber İlkeler'e uymadığını iddia eden bir özel vaka başvurusunda bulunmuştur. Başvuru sahibi, özellikle, ailenin 1923 yılı itibarıyla Yukarı Silezya'da (Polonya) arazi ve fabrikaya sahip olduğunu ve söz konusu taşınmaz malların 1939 yılında yağmalandığını iddia etmiştir. Şu anda arazi üzerinde inşa edilen bina, 2007 yılından bu yana bir Fransız çok uluslu şirketinin Polonyalı yan kuruluşunun mülkiyetindedir. UTN her iki tarafa da aracılık teklifinde bulunmuştur, ancak şirket bunu reddetmiştir. Temmuz 2022'de Fransa UTN'si, Fransız çok uluslu şirketinin Rehber'e uyduğunu belirten nihai bir rapor yayınlamıştır. Ancak bununla birlikte, Fransa UTN'si şikâyete konu şirkete ait işletmelerin arazi ve gayrimenkul edinim politikalarını yüksek riskli alanlara yönelik özel bir yaklaşım içerecek şekilde ve gelecekteki projeler kapsamında insan hakları risklerinin tanımlanmasını güçlendirecek biçimde güncellemesini tavsiye etmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Orta Avrupalı Bir Aile Başvurusu ve Fransız Şirket," OECD, 7 Temmuz 2020, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/fr0035.htm>.

kazanımına dair bir uyumsuzluk söz konusudur. Haksız kazanımda bulunduğu iddia edilen şirket, aracılık teklifini reddederek anlaşma yolunu kapatmıştır. Buna ek olarak Fransa UTN'si, aslında şirketin arazi kazanımına dair Rehber İlkeler'i gözetmediği sonucuna ulaşmıştır. Fransa UTN'si yine de şirketin bu konudaki gelecek politikalarını daha dikkatli yürütmesi konusunda bir öneri sunmayı da ihmal etmemiştir.

5. Takip (Follow Up)

Özel vaka başvurusu sürecinin sonuçlandırılmasından sonra, UTN'ler varsa yaptıkları önerilerin ya da üzerinde anlaşmaya varılan konuların takipçisi olmaktadır ve bu doğrultuda ek paylaşımlar yapabilmektedir. 2019'da kendisine gelen bir başvuruyu⁶⁴ anlaşma olmadan 2021 yılında sonuçlandıran Danimarka UTN'si, hem uyumsuzluk konusuna ilişkin bazı tavsiyelerde bulunmuş hem de 2022 yılında önerilerine uyulup uyulmadığına dair bir takip süreci yürütmüştür. Bunun sonucunda UTN, şirketin kurumsal anlamda bilinçli olmak adına büyük çabalar sarf ettiği sonucuna ulaşmış ve 2021 yılında yayınladıkları nihai rapordaki tavsiyelere uyulduğunu belirtmiştir. 2018'de İtalya UTN'sine yapılan bir başvuru⁶⁵ kapsamında

⁶⁴ 2019 yılında Danimarka UTN'sine yapılan ve detaylı inceleme için kabul edilen başvuruda UTN arabuluculuk ortamı oluşturmaya çalışmış ancak ilgili şirket sürece dahil olmayı reddetmiştir. 2021 yılında değerlendirme sonuçlandırılmıştır. Danimarka UTN'si, ilgili şirketin Rehber İlkeleri gözetmediğini belirtmiş ve bazı önerilerde bulunmuştur. Buna göre şirketin riskleri öngören durum tespiti süreçleri konusundaki karar alma mekanizmalarını Rehber İlkeler ışığında gözden geçirmesi ve durum tespiti süreçlerinin kamuya açık hale getirilmesi yönünde tavsiyeler verilmiştir. 2022 yılında yaptığı takip süreci sonucunda UTN, şirketin kurumsal anlamda Rehber İlkeler'e uygun davranma bakımından daha bilinçli olmak adına büyük çabalar sarf ettiği sonucuna ulaşmış ve 2021 yılında yayınladıkları nihai rapordaki tavsiyelere uyulduğunu belirtmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. "Sürdürülebilir Gelişim STK'sı ve Rockwool Uluslararası," OECD, 21 Ekim 2019, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024 <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/dk0019.htm>.

⁶⁵ 2012 yılında Bangladeş'te bir tekstil fabrikasında çıkan ve iki yüz elliden fazla işçinin ölümüyle sonuçlanan yangında yetersiz denetleme yaptığı iddiasıyla güvenli iş ortamı sertifikasını (SA8000) veren RINA denetleme şirketi, Rehber İlkeler'i ihlal etmekle suçlanmıştır. Yangının altıncı yıl dönümü olan 2018 yılında İtalya UTN'sine yapılan başvuruda, RINA tarafından işyerine sertifika verilmesinden az bir süre sonra bu tarz bir olayın yaşanmasından hareketle servis sağlayıcı RINA'nın denetlediği şirketin güvenlik eksikliklerini doğru tespit edemediği ve ilkelere aykırı davrandığı belirtilmiştir. Şirket, denetimi akreditasyon kural ve standartlarına göre yaptığını iddia ederken, Rehber İlkeler'e uymadığı iddiasını reddetmiştir. 2019 yılında İtalya UTN'si, özel vaka başvurusunu kabul ettiğini belirten bir ön değerlendirme raporu yayınlamıştır. UTN, her iki tarafın da kabul ettiği, harici bir aracının kontrolünde arabuluculuk yoluyla aracılık tekliflerinde bulunmuştur. Taraflar, UTN'nin sunduğu üçüncü arabuluculuk teklifini kabul etmişlerse de

taraf, UTN'nin sunduğu ve üçüncü kişi tarafından yönetilecek bir arabuluculuk teklifini kabul etmiş, ancak anlaşmaya varamamışlardır. Bunun üzerine, 2020 yılında İtalya UTN'si anlaşmazlığa konu durumu açıklayan ve taraflara yönelik tavsiyeler içeren bir nihai rapor yayınlamıştır. Tavsiyeler daha çok mağdur ailelere maddi ve manevi açıdan telafi edici çözümler sunulmasına ve güvenli iş ortamı sertifikası verme faaliyetlerinin iyileştirmelerine yönelik olmuştur. 3 Ağustos 2022'de İtalya UTN'si, yürüttüğü takip süreci sonucunda bir rapor daha yayınlamıştır. Buna göre, İtalya UTN'si RINA (Registro Italiano Navale) Denetim Servisleri Şirketi'nin kendisine verilen tüm tavsiyelere uygun biçimde olmasa da güncellenmiş bir kurumsal risk yönetimi yaklaşımı ve üçüncü kişi aracılığı ile sağlanan durum tespiti⁶⁶ (*due diligence*) süreci yürüttüğünü kaydetmiştir. Ancak, takip süreci sonucunda, tarafların henüz ortak bir noktada buluşmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, İtalya UTN'si bu aşamadan sonra dahi şirkete yönelik tavsiyelerinin tam olarak uygulamaya konulmasına ilişkin olarak her türlü çabanın gösterileceğine dair umudunun bulunduğu da altını çizmiştir.

Tarafların UTN'lerin yürüteceği bu tür bir takibi reddetmesi ya da uyuşmazlığın tamamen çözüldüğü konusunda anlaşmış olmaları durumunda UTN'lerin bir takip beyanı yayınlanmasına gerek olmayabilir. Ancak,

bir anlaşmaya varamamışlardır. Bunun üzerine İtalya UTN'si 2020 yılında durumu özetleyen ve ileriye dönük tavsiyelerini içeren bir nihai rapor yayınlamıştır. Tavsiyeler şu şekildedir: mağdurların aileleri lehine -sorumluluk açısından herhangi bir imada bulunmaksızın- insani bir jest yapılması ve trajik olayla ilgili taziyelerin ifade edilmesi; risk altındaki ülke ve sektörlerde faaliyet gösterirken etkin ve hedefe yönelik risk bazlı durum tespitinin gerçekleştirilmesi; özellikle tekstil sektöründe ve yüksek riskli ülkelerde sertifikasyon mekanizmasının iyileştirilmesi taahhüdünün uygulanması ve geliştirilmesi. İtalya UTN'si tarafından 2022 yılında yayınlanan takip raporuna göre RINA faaliyetlerine ilişkin olarak birtakım güncellemeler yapmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. "Ali Girişim Fabrikası Yangınından Etkilenenler Derneği ve RINA Denetleme Servisi," OECD, 11 Eylül 2018, Erişim Tarihi 1 Nisan 2024, <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/it0017.htm>.

⁶⁶ Durum tespiti süreci, öncelikli olarak şirketler için ticari ve hukuki risklerin sıklıkla gündeme geldiği rekabet hukuku, kişisel verilerin korunması, rüşvet, yolsuzluk ya da kara para aklama ile mücadele gibi konuları kapsayan süreçlerdir. Ancak bu yerleşik tanım gün geçtikçe farklı kavramları da içine alacak biçimde değişmekte ve genişlemektedir. Bunun bir örneği olarak, günümüzde durum tespiti kavramından söz edildiğinde anılan konulardaki araştırma çalışmalarının yanı sıra şirket faaliyetlerinin insan hakları ve çevre üzerindeki etkilerini de içeren şekilde yönetilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. Zeynep Derya Tarman, "İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 3 (2022): 1189.

UTN'nin takip beyanı yayınlama niyetinde bulunması durumunda bunun için ilgili tarihleri de nihai raporda belirtmesi gerekmektedir. Bu süreçte, taraflardan güncellemeler talep edebilir. Ayrıca, alınan kararların sonuçları bakımından gidişatı ve UTN'nin tavsiyelerinin uygulanıp uygulanmadığı hakkında taraflarla birlikte ya da ayrı ayrı görüşmek yoluyla toplantılar yapılabilir.

IV. SONUÇ

Rehber'deki güncellemeler sonucunda UTN'lerin işleyişi hakkında radikal bir değişim yapılmamış aksine bu kurumun esnek yapısı korunarak fonksiyonlarını sağlamlaştırma yoluna gidilmiştir. Rehber'deki bilgilendirmelerin daha detaylı yapılması bu sağlamlaştırmaya bir örnektir. Diğer bir örnek olarak, Rehber'in adına eklenen "Sorumlu İş Yönetimi" kısmı gösterilebilir. Rehber'in önceki halinde de çok uluslu şirketlerin faaliyetlerini sürdürürken insan hakları ve çevrenin korunması açısından bilinçli ve sorumlu bir davranış içinde olmalarının sağlanması hedeflenmiştir. Yeni metinde de bu anlayış sürdürülmekle beraber UTN'lerin bu hedefi sağlamadaki rolü daha güçlü biçimde vurgulanmıştır. Bu kapsamda yine, UTN'ler kendi işlevleri konusunda bilgilendirme ve tanıtım çalışmaları yapmaya teşvik edilmiştir. Ayrıca, farklı ülkelerdeki UTN'lerin ortak bir işlevsel denklik performansına sahip olması için belirlenen ilkelere de Rehber'de detaylıca yer verilmiştir. Bu sayede, tarafların UTN'lere başvuruda bulunması için güven ortamı oluşturulmaya çalışılmıştır.

Ne kadar güven veren bir oluşum olursa olsun UTN'nin yürüttüğü özel vaka sürecinin bağlayıcılığının olmaması, bu alternatifte çok da başvurulmayacağı düşüncesini akla getirebilir. Bu çalışmada yer verilen, Rehber'in 2022 yıllık raporunda bahsedilen özel vaka başvuru örnekleri ile Türkiye'nin şu ana kadar öncü konumda olduğu özel vaka başvuru örnekleri düşünüldüğünde, başvuru sahiplerinin çoğu zaman iş ilişkilerinde zayıf konumda olan pozisyonda olduğu görülmektedir. Mahkemelerin oldukça uzun zaman alan yargılama süreçleri ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının pahalılığı düşünüldüğünde, zarara uğrayan gerçek kişilerin, sendikaların veya sivil toplum kuruluşlarının başvuru için hiçbir ücret almayan bir uyuşmazlık çözüm yolu metodunda hakkını ileri sürmek istemesi mantıklı görünmektedir. UTN'lerin aracılığı sayesinde taraflar uzlaşma diyaloguna katılım sağlayabilmektedirler. UTN'nin sunacağı aracılığın kabul

edilmemesi durumunda dahi hiç değilse UTN ile şikâyet edilen şirket arasında geçen görüşmelerden tarafların uyuşmazlığa olan yaklaşımları hakkında bilgi edinilebilmekte ve çözüm yolundaki beklentiler buna göre ayarlanabilmektedir.

KAYNAKÇA

E-Kitaplar:

İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). *OECD Sorumlu İş Yönetimi için Çok Uluslu Şirketler Rehberi*. Paris: OECD Publishing, 2023. <https://doi.org/10.1787/81f92357-en>.

Makaleler:

Dost, Süleyman. "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no.173-174 (2019): 35-74.

Kandemir, Hatice Kübra. "Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20, no. 41 (2021): 853-876.

Tarman, Zeynep Derya. "İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim." *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 2 (2020): 1535-1567.

Tarman, Zeynep Derya. "İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 3 (2022): 1183-1225.

Van 't Foort, Sander. "The History of National Contact Points and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises." *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, (2017): 195-214.

Yıldız, Ali. "The OECD Guidelines on Multinational Enterprises: Strengths and Weaknesses" (2019): https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3390443.

İnternet Kaynakları:

İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Ali Girişim Fabrikası Yangınından Etkilenenler Derneği ve RINA Denetleme Servisi." 11 Eylül 2018. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/it0017.htm>.

İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Bireysel Başvurular ve Coca-Cola." 10 Ağustos 2020. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/us0053.htm>.

İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Çek STK ve Myanmar'da Faaliyet Gösteren Tekstil Firması." 24 Mayıs 2018. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/cz0006.htm>.

İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Declaration by the Governments of OECD Member Countries and Decisions of the OECD Council on Guidelines

- for Multinational Enterprises, National Treatment, International Investment Incentives and Disincentives, and Consultation Procedures.” 1976. Erişim Tarihi 1 Nisan 2024. <https://web-archive.oecd.org/2012-06-14/86628-50024800.pdf>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Dört Sendika (IUF, EFFAT-IUF, SEIU, UGT) ve APG Varlık Yönetimi.” 18 Mayıs 2020. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/nl0042.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Edgeworth ve Vakıfbank.” 4 Ekim 2019. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0005.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Edouard Teumagnie Bireysel Başvuru & Dünya Bankası.” 1 Mart 2023. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ch0028.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Elektrik İletim Danışmanları LTD ve Tower Solutions Şirketi.” 28 Ekim 2020. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ca0021.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Individuals ve ElectraNet LTD.” 28 Ekim 2020. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/au0018.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Lumière Synergie pour le Développement ve Tosyalı Holding LTD.” 27 Ağustos 2020. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr006.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Nordex SE ve Bireysel Başvurular.” 31 Ağustos 2016. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/de0021.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Orta Avrupalı Bir Aile Başvurusu ve Fransız Şirket.” 7 Temmuz 2020. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/fr0035.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Putzmeister Makine San ve Tic. A.Ş ve Türk Metal.” 29 Mayıs 2017. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0004.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “OECD Resmi İnternet Sitesi.” Erişim Tarihi 1 Nisan 2024. <https://www.oecd.org>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Skynetnetwork Osaka Şubesi ve Emirates.” 20 Temmuz 2018. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/jp0011.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Somali Ticaret Sendikası (FESTU), Uluslararası Sendikalar Konfederasyonu (ITUC), Uluslararası Taşımacılık İşçileri Federasyonu (ITF) ve Favori Şirketi.” 22 Eylül 2021. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0006.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Sorumlu İş Yönetimi İçin Ulusal Temas Noktası: Yirmi Yıldır Çözülenler ve Gelecek Faaliyetler.” 2020. Erişim

- Tarihi 1 Nisan 2024. <https://mneguidelines.oecd.org/NCPs-for-RBC-providing-access-to-remedy-20-years-and-the-road-ahead.pdf>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Sürdürülebilir Gelişim STK'sı ve Rockwool Uluslararası." 21 Ekim 2019. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/dk0019.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Türkiye Rüzgar Enerjisi Projesi." 4 Ağustos 2014. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0002.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Türkiye Taşımacılık Sektörü." 3 Kasım 2008. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0001.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Türk Metal Sendikası ve Viessmann." 10 Kasım 2014. <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/tr0003.htm>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Ulusal Temas Noktalarının Sorumlu İş Yönetimine İlişkin Faaliyetlerine Dair Yıllık Rapor 2022." 2023. Erişim Tarihi 1 Nisan 2024. <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/annual-report-of-NCPs-for-RBC-2022.pdf>.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). "Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler Deklarasyonu." Erişim Tarihi 1 Nisan 2024. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>.
- OECD Business and Finance. "What's New in the OECD Guidelines and Why Does it Matter?." YouTube. 10 Eylül 2023. video. <https://www.youtube.com/watch?v=4xv0W0XadgM>.
- T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. *OECD Türkiye Ulusal Temas Noktası (UTN/NCP)*. Erişim Tarihi 1 Nisan 2024. <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/utn-ncp>.

TAŞINIR YAPI NİTELİĞİNDE KABUL EDİLEN ŞEYLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

A Review on What is Considered to Be Movable Structures

Adem YELMEN*

Özet

Taşınır yapılar, üzerinde yapıldıkları arazinin mülkiyetinden bağımsız mülkiyete konu olan yapılardır. Bu özelliği itibarıyla önemli sonuçlar gündeme gelmektedir. Bu sebeple hangi yapıların taşınır yapı olarak nitelendirilebileceği büyük öneme sahiptir. Bir yapının taşınır yapı olarak nitelendirilebilmesi için kural olarak hem objektif hem de sübjektif unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Objektif unsur, yapının arazi ile bağlantısının hafif olmasını ifade eder. Sübjektif unsur ise, yapının geçici amaçla yapılmış olmasıdır. Söz konusu her iki unsurun birlikte gerçekleştiği durumlara vücut veren örneklerin ele alınması, meselenin somutlaşmasına ve netleşmesine imkan vermektedir. Bu çalışmada da özellikle Türk ve İsviçre yargısına yansıyan olaylar çerçevesinde taşınır yapı niteliğinde kabul edilen ve edilmeyen örnekler, değerlendirme kriterleri çerçevesinde ele alınmıştır. Bunların yanında, ilgili iki unsurdan sadece birinin gerçekleştiği durumlar ve beraberinde getirdiği tartışmalar incelenmiştir. Bu noktada ise, objektif unsurun gerçekleşip sübjektif unsurun gerçekleşmediği durumlarda taşınır yapının dışına çıkıldığı; objektif unsurun gerçekleşmeyip sübjektif unsurun gerçekleştiği bazı durumlarda ise taşınır yapı nitelendirmesinin içinde kalınması gerektiği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yapı, taşınır yapı, bütünleyici parça, eklenti, mülkiyet

Makalenin Geliş Tarihi: 05.08.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.10.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ademyelmen@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3310-8216.

Abstract

Movable structures are structures that are subject to ownership independent of the ownership of the land. Due to this feature, important consequences arise. Therefore, it is of great importance which structures can be characterized as movable structures. As a rule, both objective and subjective elements must be realized together in order to qualify as a movable structure. The objective element refers to the light connection of the structure with the land.

The subjective element is that the structure is built for temporary purposes. Considering the examples where both elements are realized together allows the issue to be concretized and clarified. In this study, especially within the framework of the cases reflected in the Turkish and Swiss judiciary, the examples that are accepted and not accepted as movable structures are discussed. In addition to these, the cases where only one of the two relevant elements is realized and the discussions it brings with it are analyzed. At this point, it has been evaluated that in cases where only the objective element is fulfilled, the movable structure is excluded; whereas in some cases where only the subjective element is fulfilled, the movable structure should remain within the characterization of movable structure.

Keywords: Structure, movable structure, fixture, accessory, ownership

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 718/II’de taşınmaz mülkiyetinin içeriği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, arazi üzerindeki taşınmaz mülkiyetinin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer. Dolayısıyla arazi üzerindeki yapılar, kural olarak ayrı bir mülkiyete değil, arazinin mülkiyetine tâbidir. Bu husus “*üst arza (toprağa) tabidir*” ilkesi olarak da ifade edilmektedir¹. TMK. m. 722 ve devamında ise bunun istisnalarına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Taşınır yapılar da bunlar arasında TMK. m. 728’de düzenlenmiştir.

Bir yapının taşınır yapı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği büyük önem arz etmektedir. Zira aşağıda detaylı olacak izah edildiği üzere taşınır yapının, araziden bağımsız olması, onun bütünleyici parçası veya eklentisi olmaması, ayrı mülkiyete tâbi olması, malikinin arazi malikinden ayrı olabilmesi, ayrı tasarruflara konu olması gibi hususlar sonuçları itibariyle çok önemli farklılıklar doğurmaktadır. Buna rağmen, bir yapının taşınır yapı olarak nitelendirilmesine yönelik mutlak, kesin, parametrik ve net kriterler bulunmamaktadır. Doktrin ve yargı kararları incelendiğinde de zaman zaman birbirini ile çelişkili olarak görülebilecek açıklamalara ve kararlara da rastlanmaktadır. Bu çalışma ile de söz konusu hususlara yer verilip meselenin açıklanmasına ve aydınlatılmasına çalışılmıştır.

I. TAŞINIR YAPI KAVRAMI

“Yapı” kavramı sözlükte “*barınmak veya başka amaçlarla kullanılmak için yapılmış her türlü mimarlık eseri*”² anlamında kullanılmaktadır. Doktrinde ise, yapı “*insan emeği ve tekniğin yardımı ile arzın altında veya üstünde toprağa bağlı olarak yapılan her şey*”³ olarak ifade edilmektedir.

¹ Lena Rutishauser, *Die Fahrnisbaute gemäss Art. 677 ZGB, Begriff und rechtliche Behandlung im Privatrecht* (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2020), N 115; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet* (5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 796; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 478; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Ankara: Legem Yayınevi, 2023), 537.

² Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 23.07.2024).

³ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 162; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (46. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 845; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (14. Baskı, İzmir: Fakülteler Barış Kitabevi, 2018), 366.

Zemin ile bir uzantısı da olsa sabit bir temas halinde olmayan mesela arabalar gibi şeyler yapı kapsamına girmemektedir⁴.

“*Taşınır yapı*” ile ilgili olarak ise, temel düzenleme olan TMK. m. 728’de⁵ doğrudan bir tanım yer almamakla birlikte konu ile ilgili açıklamalar bulunmaktadır. Buna göre; “(1) *Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. (2) Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez.*”. TMK. m. 729’da ise, araziye dikilen fidanlara, ilgili diğer şartları taşınmaları halinde taşınır yapıya ilişkin hükümlerin uygulanabileceği ifade edilmiştir.

⁴ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 163.

⁵ Mehaz İsviçre Medeni Kanunu’ndaki karşılık 677. maddedir. Buradaki ilk fıkra TMK’daki ifade ile neredeyse aynı anlamdadır. İkinci fıkra ise ZGB’de sadece “bu tür yapıların tapu kütüğünde gösterilmeyeceği” şeklindedir. TMK.’da ise söz konusu ifadeye ek olarak bunların “taşınır mal hükümlerine tabi olduğu” ifadesi de yer almaktadır. Bkz: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)

“5. *Fahrnisbauten*

Art. 677

1 Hütten, Buden, Baracken u. dgl. behalten, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind, ihren besondern Eigentümer.

2 Ihr Bestand wird nicht in das Grundbuch eingetragen.”.

Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) ise, bütünlüycü parçanın düzenlendiği 94. paragrafın ardından ona istisna teşkil eden geçici amaçlı eşya ile ilgili düzenleme 95. paragrafta yer almaktadır. Burada ilk fıkrada, araziye geçici amaçla bağlantılanan şeylerin arazinin bütünlüycü parçası olmadığı ifade edilmiştir. Yine ilk fıkranın ikinci cümlesinde de aynı durumun başka bir kişinin arazisindeki bir hakkın kullanımı sırasında yetkili tarafça araziye yapılan bir bina veya diğer şeyler için de geçerli olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise, sadece geçici bir amaç için bir binaya dahil edilen şeylerin de binanın bir parçası olmadığı ifade edilmiştir. Bkz:

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

“§ 95 *Nur vorübergehender Zweck*

(1) Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder anderen Werk, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist.

(2) Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandteilen des Gebäudes.”.

Görülebileceği üzere Alman Medeni Kanunu’nda aşağıda açıklanan objektif unsura (hafif yapı, hafif bağlantı) yönelik bir ifade yer almamakta sadece sübjektif unsur (geçici amaç, geçicilik) üzerinden kriter belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Alman Medeni Kanunu’na göre, araziye yapılan binaların görünüşü, bağlantı yoğunluğu, zeminle ilişkisi, tasarımı vs. ne olursa olsun, geçici amaçla yapılırlarsa taşınır yapı olabilirler.

Kanundaki söz konusu açıklamalar ekseninde taşınır yapıya ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlara göre, taşınır yapı; “yapıldığı arazi üzerinde sürekli bırakmak niyeti olmaksızın yapılan inşaat”⁶, “devamlılık maksadı olmaksızın toprağa kondurulan yapılar”⁷, “geçici kalma amacıyla inşa edilen yapılar”⁸, “kalıcı olması amaçlanmaksızın bir arazinin altında, üstünde veya hava hattında yapılan, yok edilmeden zarara uğratılmadan yapısı değiştirilmeden araziden kolayca ayrılabilen hafif yapılar”⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Taşınır yapı, söz konusu kapsamdaki yapı eserlerini ve arazi ile bağlantısı olan her türlü tesisi kapsar¹⁰.

II. TAŞINIR YAPININ UNSURLARI

Taşınır yapı ile ilgili TMK. m. 728’de yer alan düzenlemelerde geçen temel iki ifade üzerinden taşınır yapının unsurları kategorize edilmektedir. Nitekim “kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar” ifadesi objektif unsur; “kalıcı olması amaçlanmaksızın” ifadesi ise sübjektif unsur olarak nitelendirilmekte ve açıklanmaktadır.

A. Objektif Unsur

Objektif unsur ile kast edilen, arazi ile yapı arasındaki dıştan görünen bağıdır¹¹. Bir yapı arazi ile dış bir bağlantıya sahipse, kural olarak hareketli bir

⁶ Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1984), 581; Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku* (8. Baskı, Ankara: Legem Yayınevi, 2024), 362.

⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 797.

⁸ Akçaal, Mehmet, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023), 574.

⁹ Özkaya, Eraslan, *Eşya Hukuku, Cilt 1-C* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 1846.

¹⁰ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 164; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 582; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574.

¹¹ Isabelle Berger-Steiner and Dominik Schmid, “ZGB Art. 677-678,” içinde *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Füssli Kommentar*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016), N 4; Ulrich Zelger, “ZGB Art. 677-678,” içinde *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, KUKO ZGB*, ed. Büchler, Andrea ve Dominique Jacob (2. Aufl., Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017), N 4; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 6; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 798; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1847.

yapıdan söz edilemez¹². Dolayısıyla arazi ile yapı arasında kural olarak yapının sabit olduğu bir dış bağlantı söz konusudur. Ancak sabit olan bu bağlantının kuvvetli olmaması burada ön plana çıkmaktadır¹³. Diğer bir ifadeyle, taşınır yapının arazi ile bağlantısı sıkı ve sürekli bir bağlantı değildir¹⁴. Zira taşınır yapının arazide geçici kalması amaçlandığı için hafif, temelsiz veya zarara uğratılmadan sökülüp götürülebilmesi mümkün yapılar olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Genellikle de bunlar beton, taş vb. yerine ahşap, demir, plastik gibi malzemelerden yapılmış olarak karşımıza çıkar¹⁶. Bu yönleri itibarıyla de taşınır yapılar, hızlı ve kolay kurulabilir, yapısal olarak çok karmaşık ve büyük olmayan, nispeten düşük işçilik maliyetleri ile tamamlanabilen yapılar olarak görünüm gösterir¹⁷. Bu açıklamaları karşılamak üzere ise “*hafif bağlantı*” ifadesi kullanılmaktadır.

Bu noktada, taşınır yapı ile arazi arasındaki bağlantının yoğunluğu, nitelirmede öncelikle büyük öneme sahiptir¹⁸. Ancak bina ile arazi arasındaki bağlantı kriteri tek başına yeterli olmayabilir¹⁹. Zira arazi ile bağlantı yoğun olsa bile geçici olduğu anlaşılabilen bir yapı ise, onun taşınır yapı kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelebilir²⁰. Mesela, birkaç yıl sürecek inşaat işlerinde, ilgili alanda personele yönelik konut ve ofis amaçlı yapılar yapılabilmektedir²¹. Üstelik bunlar kalıcı yapılarla aynı donanımlara sahip olabilmektedir. Ancak bunlar kalıcı yapılar değildir. İlgili inşaat işi bittikten sonra kaldırılacağı baştan belirlidir. Bununla birlikte, arazi ile bağlantı yoğun ise, geçici amaçla inşa edilmiş olsa bile yapının taşınır yapı niteliğinin dışına

¹² Heinz Rey and Lorenz Strebel, “ZGB Art. 677 N 1-13, Art. 678 N 1-7,” içinde *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar*, ed. Geiser, Thomas ve Wolf Stephan (7. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023), N 6.

¹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 798.

¹⁴ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 3; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 581; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362.

¹⁵ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 6; Tarkan Göksu, “ZGB Art. 677-678, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB – Art. 1-61 SchlT ZGB*,” içinde *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, ed. Arnet, Ruth, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo, (4. Aufl., Zürich-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2023), N 4; OFK ZGB- Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 4; KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 4; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 171; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 798; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1847.

¹⁶ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 171.

¹⁷ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 171.

¹⁸ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 7; KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 5.

¹⁹ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 7.

²⁰ CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 6.

²¹ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 39.

çıkacağı da ifade edilmektedir²². Bağlantının hafif olduğu durumlarda ise, öncelikle sübjektif unsura (geçici amaca) odaklanılmaktadır²³. Arazi ile hafif bağlantı ve geçici amaç bulunmakta ise doğrudan taşınır yapı nitelenmesi gündeme gelebilmektedir. Bu noktada ise, hafif bir bağlantı olmasına rağmen kalıcı olması amacıyla inşa edilmiş yapılar olabilir²⁴. Mesela, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, zeminle yoğun ve sağlam bir bağlantısı olmayan, dört taş levha üzerine oturtulmuş bir tahıl ambarı, tapu kütüğünde gösterildiği, yüzyıldan fazladır aynı yerde durduğu ve kullanıldığı dolayısıyla kalıcı amaçla yapıldığı için taşınır yapı olarak değerlendirilmemiştir²⁵.

Taşınır yapı, ilke olarak arazinin üzerinde veya altında inşa edilebilir²⁶. Dolayısıyla dıştan görünen bağ, dış bağlantı olarak ifade edilen objektif unsur sadece arazinin üzerindeki değil altındaki ve arazinin hem yüzey hem de altına doğru bağlantı kurulan yapıları da ifade etmektedir. Mesela III. başlık altındaki örneklerde yer verilen, arazinin içine doğru yerleştirilen kazıklar üzerine konulan konteynerlerde durum böyledir.

B. Sübjektif Unsur

Sübjektif unsur ile kast edilen ise, taşınır yapının kalıcı olması amaçlanmaksızın yapıldığına yönelik yapının iradesidir²⁷. Diğer bir ifadeyle, taşınır yapının geçici varlık gösterme amacıyla yapılmış olmasıdır. Bunlar genellikle, yapının yalnızca geçici bir amaca hizmet etmesi durumunda gündeme gelmektedir²⁸. Bir amacın geçiciliği ise, doğası gereği bir zaman sınırına tâbi

²² BGE 92 II 227, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/76426195-fb66-4b5b-b2cf-5c14ccd63c1c>, E.T. 14.09.2024). Kararda bunun uzantısı olarak sübjektif unsura fazla vurgu yapan bir yaklaşımın, bütünleyici parça ilkesini ihlal edebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu kararın ayrıca değerlendirilmesi için aşağıda bkz. V.

²³ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 7; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 6; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 4; KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 5.

²⁴ CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 6.

²⁵ BGE 100 II 8, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/f7cc87ac-973c-487e-a5cc-27495321e5cd>, E.T. 14.09.2024).

²⁶ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 3; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 3; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 1; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 537.

²⁷ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 4; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 4; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 2; KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 3; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 6, 45; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 581; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet* (10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 399; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1847.

²⁸ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 9.

olması durumunda söz konusu olur²⁹. Bu sebeple de bir araziye geçici amaçla bağlanan yapıların, o arazinin bileşeni (özellikle bütünleyici parçası) haline gelmeyeceği ifade edilmektedir³⁰. Zira geçicidir. Bir yapının geçici olarak yapılmış yapılmadığını anlamak ise her zaman kolay değildir. Bu iradeyi tespit etmek için ise genellikle objektif unsur göz önünde tutulmaktadır³¹. Gerçekten de yapının arazi ile olan bağlılık derecesinin, konumunun, kullanılan malzeme gibi hususların yapıyı yapanın iradesini ortaya koymada etkin rol oynayacağı ifade edilmektedir³². Mesela çadırlarda veya sondaj kulelerinde zemin ile bağlantıda ve yapıda kullanılan malzemeler amacın geçiciliğini değerlendirmede fikir verebilmektedir³³. Ayrıca geçicilik hususunda asıl olan zamanın uzunluğu veya kısalığı değil, sınırlılığı ve özellikle amacın geçiciliğidir³⁴. Mesela mülteci kampları/sığınmacı yaşam konteynerleri, etkinlik veya festival yapıları, şantiye tesisleri, film setleri, tek seferlik spor etkinlikleri için kurulan tesisler gibi yapılarda amacın geçiciliği, zamanın uzunluk kısalığından ziyade sınırlılığı ile bariz bir şekilde ön plana çıkmaktadır³⁵. Ancak zaman geçtikçe geçici amacın hiçbir zaman var olmadığı veya ortadan kaybolduğu yönünde bir varsayım da kuvvetlenmektedir³⁶.

Kiracının yaptığı yapıların geçici olup olmadığı ile ilgili ise tek başına kira ilişkisinin geçici olmasından hareketle, yapının da geçici amaçla yapıldığı

²⁹ Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 9.

³⁰ Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 9, gl. 10.

³¹ Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 15; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 582; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574.

³² CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 4; Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 15; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 549; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 535; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 536; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574.

³³ Örnekler için bkz. Rutishauser, N 126, 136, 175, 184; C. Wieland, *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, (Çev. İ. Hakkı Karafakı, Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 1946), 235; Ferit Hakkı Saymen ve Halid Kemal Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963), 312-313; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 582; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 549; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2024), 407; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 396; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 536; Ayan, *Mülkiyet*, 400; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1847.

³⁴ Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 183-184; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 582; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362.

³⁵ Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 184.

³⁶ CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 4; Rutishauser, *Fahrisbaute*, N 47.

sonucuna varmanın her zaman doğru olmayacağı ifade edilmektedir³⁷. Zira kiracı, kiralananda kalıcı yapı ve tadilatlar da kira sözleşmesi sonunda sökülüp götürülebileceği yapılar da yapabilir.

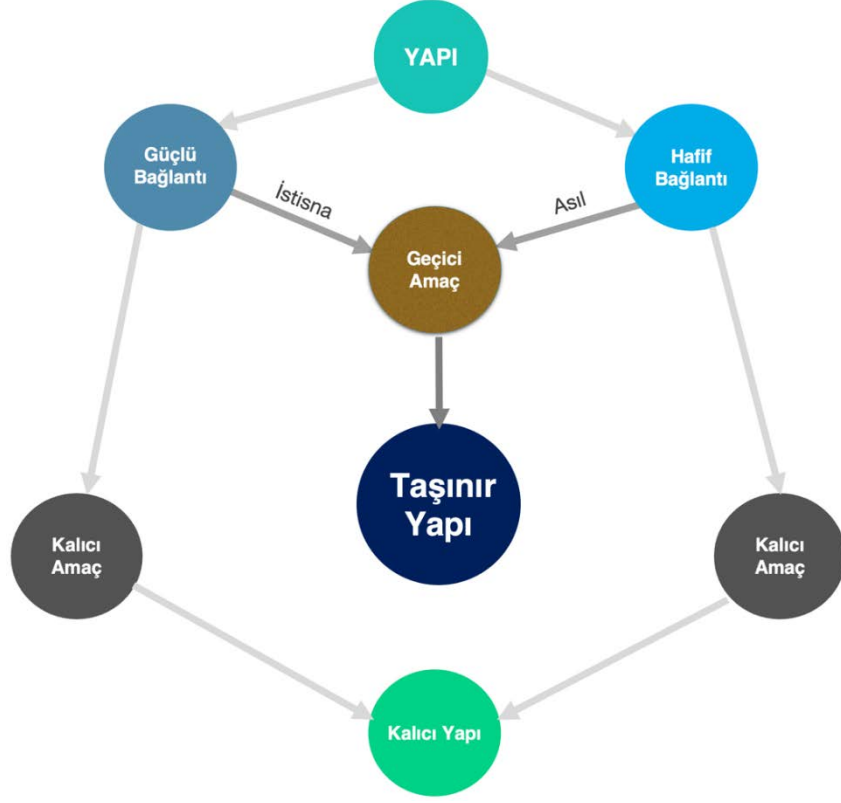
C. Objektif ve Sübjektif Unsurun Birlikte Değerlendirilmesi

Objektif ve sübjektif unsura ilişkin açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılabilir:

- Taşınır yapılar için asıl olan, yapının, arazi ile bağlantısının hafif ve geçici amaçlı olmasıdır.
- Bununla birlikte istisnaen bağlantı hafif olmamasına rağmen, geçici amaç dıştan herkes tarafından görülebilir ve anlaşılabilir olduğunda, yapının kalıcı yapı olmadığı, geçici amaçla yapıldığı ve bu sebeple de taşınır yapı kapsamında değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilebilir. Mesela, birkaç yıl sürecek inşaat işlerinde, ilgili alanda personele yönelik konut ve ofis amaçlı inşa edilen yapılarda durum bu şekildedir. Bunların ilgili inşaat işi bittikten sonra kaldırılacağı herkes tarafından bilinmektedir. Aynı şekilde inşaat alanları girişine yapılan satış ofisleri ve beraberinde inşa edilen örnek daire modellerinde de durum böyledir.
- Son olarak yapı, hafif bağlantı niteliğinde olmasına rağmen, kalıcı amaçlarla yapılmışsa, bu durumda da yapının taşınır yapı olarak değil, kalıcı yapı olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Mesela, yukarıda açıklandığı üzere yüzyıldan fazladır kullanılan tahıl ambarı örneğinde durum böyledir.

Gelinen durum itibarıyla özetlenen söz konusu hususlar şu şekilde şema edilebilir:

³⁷ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 12.



Taşınır yapıya ilişkin unsurlar bu şekilde açıklanmakta olmasına rağmen, karşılaşılan örnekler ve yargıya yansıyan kararlarda yer verilen açıklamalarda bu unsurların somutlaştırılmaya ve oralarda yapılan değerlendirmelerin incelenip analizlerinin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu itibarla önce doktrin görüşlerinin ardından yargı kararlarında taşınır yapı olarak nitelendirilen ve nitelendirilmeyen örnekler açıklanmış akabinde buralardaki açıklama ve kararlarda geçen kriterler değerlendirilmiştir.

III. TAŞINIR YAPI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEN ŞEYLER

TMK. m. 728'de taşınır yapıya ilişkin örneklere yer verilmiştir. Buna göre, kulübe, büfe, çardak ve benzeri hafif yapılar taşınır yapı olarak

gösterilmiştir. Bunun yanında TMK. m. 729'da araziye dikilen fidanların da taşınır yapı hükümlerine tabi olabileceğine yer verilmiştir. Bu noktada ise, araziye dikilen hangi fidanların bu kapsamda yer alıp hangilerinin yer alamayacağı somutlaştırılması ihtiyacı da gündeme gelmektedir. Bunların neler olabileceği ise doktrin ve yargıya yansıyan olaylar üzerinden somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Öncelikle doktrinde taşınır yapı niteliğinde olduğu ifade edilen örnekler şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: Mesela, şantiye binası, prefabrik yapı³⁸, çadır, pazar yerlerine kurulan tezgahlar, büfeler, bina iskeleleri, geçici seyirci tribünleri, tel örgü çitler, sondaj kuleleri, çocuk oyun alanları, nöbetçi/bekçi kulübeleri, sirk, tören alanları, sundurma, sığınmacılar için yaşam konteynerleri, etkinlik veya festival yapıları, film setleri, mobil satış stantları, arazi üzerinde belirli bir süre için kurulan fuar alanları gibi yapıların taşınır yapı kapsamında ele alınabileceği belirtilmektedir³⁹. Türk ve İsviçre yargı kararlarında ise, uyumsuzluk konusu olarak tespit edilebilen olaylar üzerinden her bir taşınır yapı nitelemesi yapılan şey ayrı ayrı incelenmiştir. Bunlar;

Prefabrik Yapılar

Yargıtay bir kararında⁴⁰ prefabrik yapıyı, taşınır yapı olarak nitelendirmiştir. Kararda herhangi bir kriter veya değerlendirilmede bulunulmadan doğrudan, prefabrik yapının taşınır yapı olduğu ifade edilerek açıklamalara devam edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında⁴¹ prefabrik yapı kapsamında değerlendirilebilecek, “*kiracının taşınmaz getirdiği, kira süresi sonunda*

³⁸ Prefabrik yapı kelimesi, parçaları önceden hazırlanıp konulacağı yerde bileştirilerek oluşturulan yapılar için kullanılmaktadır. Bkz. TDK., <https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 14.06.2024).

³⁹ Örnekler için bkz. Rutishauser, N 126, 136, 175, 184; Wieland, *Kanunu Medenide Aynı Haklar*, 235; Saymen ve Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri* 312-313; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 582; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 549; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 407; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 396; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 536; Ayan, *Mülkiyet*, 400; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1847.

⁴⁰ “...prefabrik yapının taşınmazın ayrılmaz parçası haline geldiği ve taşınmazla ilgili istihkak davası açılmayacağına ilişkin gerekçesi, dava konusunun taşınır yapı olması nedeni ile yerinde değil...”. Y. 17. HD., E. 2012/16595, K. 2014/9303, 10.06.2014, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

⁴¹ BGE 98 II 199, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/cc539494-b0eb-4def-a8dd-96fbb5114a38>, E.T. 14.09.2024).

götürülmesi kararlaştırılmış olan çelik yapıyı” taşınır yapı olarak kabul edilmiştir. Kararda, söz konusu yapının hem objektif hem de sübjektif unsuru karşıladığı ifade edilmiştir.

Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi başka bir kararında⁴², kurulduktan sonra ancak büyük zorluklarla taşınabilen prefabrik yapıların taşınır yapı teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Somut olayda her biri on ton ağırlığında garaj olarak kullanılan yapılar söz konusudur. Kararda, yapıların ağırlığından dolayı kaldırma işleminin ancak büyük bir çaba, eğitilmiş uzman ve uygun ekipmanla mümkün olabileceği, bu nedenle yapıların geçici olarak orada kalma niyetiyle inşa edilmediğinin varsayılabilirliğini belirtilmiştir. Görüleceği üzere kararda, arazi ile bağlantının hafifliği (objektif unsur) sağlanmadığında, geçici amacın (sübjektif unsurun) da sağlanmadığı varsayılmıştır.

Ahşap Kulübe

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁴³, kiracının, kiraya verenin izniyle araziye yapmış olduğu ahşap kulübeyi taşınır yapı olarak değerlendirmiştir. Somut olayda, ahşap kulübe, kiralanan yerde gerçekleştirilecek araç ticaretinde ofis olarak hizmet vermek üzere yapılmıştır. Kira süresi sonunda ise, kurulan yapıların kaldırılacağı hususunda taraflar arasında bir anlaşma bulunmaktadır. Burada hem objektif hem de sübjektif unsur boyutuyla ahşap kulübe taşınır yapı kapsamında hükme konu olmuştur.

Konteyner

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁴⁴, kiracının, kiraya verenin izniyle araziye kurduğunu olduğu konteynerleri taşınır yapı olarak değerlendirmiştir. Somut olayda, konteynerler, kiralanan yerde gerçekleştirilecek araç ticaretinde araçları park etmek amacıyla yerleştirilmiştir. Kira süresi sonunda ise, kurulan yapıların kaldırılacağı hususunda taraflar arasında bir anlaşma bulunmaktadır. Burada hem objektif hem de sübjektif unsur boyutuyla konteynerler taşınır yapı kapsamında ele alınmıştır.

⁴² BGE 105 II 264, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/previews/4f914f43-e97b-4293-8888-1b35a73731b6.e6f1ec04-16a2-47b8-9d41-9e38e8d59961>, E.T. 14.09.2024).

⁴³ BGer 4C.167/1996 vom 5. September 1996. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 65-66.

⁴⁴ BGer 4C.167/1996 vom 5. September 1996. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 65-66.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi başka bir kararında⁴⁵, kiracı tarafından 80 cm yüksekliğinde beton tabanlar üzerine araç sergilemek ve ofis alanı olarak kullanılmak üzere araziye yerleştirilen 4 konteyneri taşınır yapı olarak değerlendirmiştir. Kararda konteynerlerin sadece yerçekiminin etkisiyle beton tabanlar üzerinde durduğu ve bu sebeple herhangi bir zamanda hareket ettirilebileceği varsayılmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi yine başka bir kararında⁴⁶, kiracı tarafından araziye yerleştirilen yaşam alanı / konut niteliğinde tasarlanmış bir konteyner için taşınır yapı nitelmesi yapmıştır. Kararda, konteynerin beton direklerle zemine yerleştirildiği, bu bağlantının sağlam, yoğun ve kalıcı bir bağlantı teşkil etmeyeceği, zira bunların nispeten kolay bir şekilde sökülebileceği, zeminde oluşan deliklerin kolaylıkla kapatılabileceği, kira ilişkisi çerçevesinde geçici amaçla yapılmış iradesinin mevcut olduğu hususları ifade edilmiştir.

Kır Evi

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁴⁷, tek odalı, tuvaletli, duşlu, mini mutfaklı ve uyku alanından oluşan, yere yerleştirilen sütunlar üzerine ahşap olarak inşa edilen mini ev için taşınır yapı nitelendirmesinde bulunmuştur. Kararda zemine yerleştirilen kazıkların üzerinde durmanın kalıcı bir bağlantı niteliği teşkil etmediği ifade edilmiştir. Zira sökme işleminin tahribatsız ve büyük bir çaba harcanmadan gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır. Üstelik evin kanalizasyon, elektrik, su ve telefon için yer altı bağlantıları olmasına rağmen, bunların somut durumda eksik olan arazi ile sabit, kalıcı ve yoğun bağlantının yerini alamayacağı belirtilmiştir.

Sundurma ve Tel Örgü

Yargıtay'ın bir kararında⁴⁸, sundurma ve tel örgünün arazinin bütünleyici parçası niteliğinde olmadığı, taşınır yapı niteliği teşkil ettiği ifade edilmiştir.

⁴⁵ BGer 4C_61/2007 vom 17. April 2007, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/cc1b3225-0214-4b98-9b5a-04c0fbff5f63>, E.T. 23.07.2024).

⁴⁶ BGer 4A_623/2012 vom 15. April 2013, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/2eb0530f-ef13-4d32-a469-b11e986bcc97>, E.T. 23.07.2024).

⁴⁷ BGer 4C.293/2001 vom 11. December 2001, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/ec8b852e-4b20-4693-bd61-2451274e8466>, E.T. 23.07.2024).

⁴⁸ “Bilirkişi raporunda davalıya ait sundurmanın 6m2 si ile 3m yüksekliğinde tel örgü olmak üzere tecavüze konu toplam 17.29 m2 yerin tesciline karar verilmiş ise de temlikten tescile konu olacak taşınmaza yapılacak binanın sürekli, esaslı ve mütemmim cüz (tamamlayıcı parça) niteliğini taşıması gerekir. TMK'nın "taşınır yapılar" başlıklı 728 maddesinde

Somut olayda sundurma 6m², tel örgü ise 3 metre yüksekliğindedir. Kararda herhangi bir kriter göz önünde tutularak değerlendirme yapılamadan taşınır yapının düzenlendiği TMK. m. 728 hükmüne yer verilmiş ve ardından sundurma ve tel örgünün söz konusu kanun hükmü kapsamında taşınır yapı olduğu belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce sundurma ve tel örgünün her durumda geçici amaçla yapıldığından ve dolayısıyla bunların taşınır yapı kapsamında değerlendirilmesinden söz etmek doğru değildir. “Geçici amaç” unsurunun varlığı aranmadan, araziye yapılan her hafif yapının taşınır yapı kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Tek Katlı Depo

Yargıtay’ın bir kararında⁴⁹ tek katlı bir deponun taşınmazın bütünleyici parçası niteliğinde olmadığı belirtilerek, onunla ilgili taşınır yapılar kapsamında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ancak kararda taşınır yapıların yukarıda değinilen objektif ve sübjektif unsurları hiç değerlendirilmemiş, kanaatimizce taşınır yapı açısından doğru bir kriter olmayan “*yapının yıkılmasının mümkün olması*” ekseninde sonuca gidilmiştir.

Seralar

Yargıtay’ın bir kararında⁵⁰ gerek cam gerek plastikten yapılmış olsun, seraların arazinin bütünleyici parçası olmadığı ve taşınır yapı niteliğinde olduğu

külübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri yapıların taşınır yapı kapsamında bulundu belirtilmektedir. Fen bilirkişinin raporuna ekli krokide (A) ile ve kırmızı renkle gösterilen 17.29 m2 lik alanda “sundurma” ve “tel örgü” vasfındaki yapılar taşınmazın tamamlayıcı parçası niteliği taşımadığından temlikten tescil istemine konu edilemez.”. Y. 14. HD., E. 2015/12770, K. 2016/5286, 2.5.2016, (Lexpera, E.T. 14.06.2024). “Sundurma” ile ilgili aynı doğrultuda diğer bir karar için bkz. Y. 4. HD., E. 2015/4365, K. 2015/5860, 26.5.2015, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

⁴⁹ “*Taşınmaza yapılacak binanın sürekli, esaslı ve mütemmim cüz (tamamlayıcı parçası) niteliğini taşıması gerekir. “Taşınır yapılar” başlıklı TMK’nın 728. maddesinde külübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri yapılar taşınır yapı kapsamında bulunduğu belirtilmektedir. 25.02.2013 tarihli fen bilirkişi raporun “B” ve “C” harfleri ile belirtilen ve 27.03.2013 tarihli bilirkişi raporunda “tek katlı depo” olarak kullanıldığı belirtilen üzeri düz beton teraslı, aynı zamanda binanın balkonu olarak da kullanılan ve yıkılmasının mümkün olduğu belirtilen “B” ve “C” ile gösterilen kısmının, temelli yapı niteliğinde olmayan yıkılabilir depo olduğu ve taşınmazın tamamlayıcı parçası niteliğini taşımadığından temlikten tescil istemine konu oluşturamaz. Bu nedenle, davacının kalıcı nitelikte olmayan bu yapı nedeniyle tescil isteminin kabulü mümkün değildir.”. Y. 14. HD., E. 2014/12259, K. 2015/3251, 25.3.2015, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).*

⁵⁰ “*22.12.1995 tarih ve 1/3 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; muhdesat, bir arazi üzerinde kalıcı yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçlar olarak tanımlanmış*

ifade edilmiştir. Kararda seraların taşınır yapı kapsamında değerlendirilmesinde ifade edilen kriterler olarak ise, bunların “sabit olmayan ve sökülüp götürülebilen” TMK. m. 728. kapsamındaki taşınır yapılardan olduğu belirtilmiştir.

İsviçre St. Gallen Kanton Mahkemesi de bir kararında⁵¹, sera için taşınır yapı nitelendirmesinde bulunmuştur. Kararda, seranın alüminyum profil ve pleksi şeffaf levhalardan oluştuğu, kendi ağırlığı kullanılarak herhangi bir sabitleme gerektirmeden zemin üzerinde oturtulduğu, sökülüp götürülmesinin kolay olduğu ifade edilmiştir.

Sondaj Pompası

Yargıtay’ın bir kararında⁵² sondaj kuyusu olarak havuz ve pompa sistemi kurulan bir yapıda, sondaj pompasının kalıcı nitelikte olmadığı ve sökülüp götürülebilen taşınır yapılar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararda, sondaj kuyusu ve havuzu ile ilgili bir ifadeye yer verilmeden, sondaj pompası hakkında sökülüp götürülebilme nitelemesi üzerinden hareket edilmiştir.

Gişeler

Samsun Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında⁵³, raylı sistem üzerinde yer alan bayilik sistemi ile işletilen girişler için taşınır yapı nitelemesi üzerinden hareket edilmiştir.

olup geçici yapılar muhdesat olarak kabul edilmemiştir. O halde dava dilekçesinde talep edilen Seraların yasada tanımı yapılan yapı niteliğinde bulunmadığı açıktır. Yani seralar, yasa hükmü karşısında yapı sayılmayıp sabit olmayan ve sökülüp götürülebilen Türk Medeni Kanunu'nun 728. maddesi kapsamındaki taşınır yapılardandır. Bu açıklamalar doğrultusunda davalı Hazinesin Fen bilirkişi tarafından hazırlanan krokide B harfiyle gösterilen cam sera, C harfiyle gösterilen plastik sera...”. Y. 8. HD., E. 2015/15559, K. 2018/2413, 19.2.2018, (Lexpera, E.T. 14.06.2024). Aynı doğrultuda diğer bir karar için bkz. Y. 7. HD., E. 2021/8000, K. 2023/170, 12.1.2023, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

⁵¹ St. Gallen Kantonu İdare Mahkemesi, 19 Mart 2001 tarihli karar, kısmen yayınlanmıştır: ZBGR 86 (2005), 137 f. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 82.

⁵² “Hazinesin Fen bilirkişi tarafından hazırlanan krokide B harfiyle gösterilen cam sera, C harfiyle gösterilen plastik sera ve pompaya ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmesi olup aidiyeti istenen B ve C harfiyle gösterilen seralar ile pompanın kalıcı nitelikte olmadığı ve sökülüp götürülmesinin mümkün olduğu açık olduğuna göre...”. 8. HD., E. 2015/15559, K. 2018/2413, 19.2.2018, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

⁵³ “...raylı sistem üzerinde " X1 " durağında bulunan girişinin... taşınır yapı niteliğinden olduğu ...”. Samsun BAM, 6. HD., E. 2019/1792, K. 2019/1884, 18.4.2019, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

At Ahır

Bern Kanton İstinaf Mahkemesi, bir kararında⁵⁴ kiracı tarafından inşa edilen at ahırının taşınır yapı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Somut olayda ahırın sadece kira süresi boyunca kiracı tarafından kullanılması amacıyla inşa edildiği, yapının sağlamlığının ve arazi ile bağının zayıf olduğu hususlarına değinilmiştir.

Bowling Salonu

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁵⁵ Bir bina içerisinde kurulan bowling salonunu taşınır yapı olarak nitelendirmiştir. Kararda objektif unsur kapsamında bowling tesisinin, bir su borusu veya kanalizasyon şebekesi gibi binanın ayrılmaz bir parçası olmadığı, raylı zemin kurularak üzerine yapılan ve kolayca çıkarılabilir hafif bir yapı olduğu, kurulduğu binaya zarar vermeden veya binayı değiştirmeden binadan ayrılabilmesi ifade edilmiştir. Sübjektif unsur bağlamında ise, binanın amacı ile içinde bulunan tesislerin amacının farklı olabileceği, bowling salonunun ise binanın amacından farklı olarak kalıcı amaçla inşa edilmediği belirtilmiştir.

Yakıt Dolum İstasyonları

Bern Kanton İstinaf Mahkemesi bir kararında⁵⁶ yakıt dolum istasyonunun söz konusu olduğu bir olayda aşağıdaki ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur. Araziye sadece hafif bir şekilde bağlı olan kulübe ve benzerlerini taşınır yapılar kapsamında saymak, “taşınır yapı” teriminin aşırı dar bir şekilde yorumlanmasına yol açacaktır. Hafif bir bağlantı sadece geçici bir amacın olduğunu gösterebilir. Bununla birlikte, yapılar sağlam ve sıkı bir şekilde araziye bağlanmışlarsa bu durum da yapının kalıcı olduğunu gösterebilir. Yakıt dolum istasyonları şüphesiz araziye sağlam ve sıkı olarak bağlanmış yapılardır. Ancak yine de yapının kalıcı bir bağlantı niyetinde olup olmadığı incelenmelidir. Bir yakıt dolum istasyonu, işletmecisi tarafından sürekli olarak icra edilmez. Bu anlayış geleneksel yerel görüş incelendiğinde

⁵⁴ Bern Kantonu Temyiz Mahkemesi, 29 Nisan 1921 tarihli karar, kısmen yayınlanmıştır: ZBJV 58 (1922), 70 vd., kısmen tercüme edilmiştir: ZBGR 31 (1950), 27 vd. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 25.

⁵⁵ BGE 96 II 181, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/565bdd82-0822-48ed-af3c-9864f3e99e75>, E.T. 2024).

⁵⁶ Bern Kantonu Temyiz Mahkemesi, BGE 44 II 391'e atıfla 10 Mayıs 1929 tarihli karar, kısmen yayınlanmıştır: ZBJV 66 (1930), 501 ff., SJZ 27 (1930), 314 f., ZBGR 31 (1950), 30 vd. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 28.

de böyledir. Zira halk da bir yakıt dolmuş istasyonunun bir mülk üzerinde kalıcı olarak kalacağını varsaymamaktadır. Bu sebeplerle de yakıt dolmuş istasyonları, taşınır yapı kapsamında değerlendirilmiştir.

Zürich Kanton Yüksek Mahkemesi de bir kararında⁵⁷ yakıt dolmuş istasyonunu taşınır yapı kapsamında değerlendirmiştir. Bu kararda da yapının arazi ile olan bağlantısından ziyade geçici amaç kriterine odaklanılmıştır. Özel durumlarda, objektif kriterin dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmiştir. Zira burada tesisin mülkün doğasıyla ilgisi olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde, burada da geçiciliğe vurgu yapılmış, bölgedeki alışlagelmiş halk intibasında da bu istasyonların arazide kalıcı olarak yer almayacağı yönünde bir anlayış olduğu belirtilmiştir.

Eski tarihli (1929-1931-1935) bu kararlara rağmen daha yeni tarihli (2002) bir kararda⁵⁸ ise İsviçre Nidwalden Kanton Mahkemesi ise, yakıt dolmuş istasyonu taşınır yapı olarak nitelendirilmemiştir. Söz konusu kararda, dolmuş istasyonunun dört yakıt pompasından ve bir yakıt dağıtıcısından oluştuğu, tesisin sökümü için büyük çaba harcanması gerektiği, zeminle bağlantılarının sıkı olduğu, belirsiz bir süre için yapıldıkları ve tapu kütüğünde gösterildiği ifade edilmiştir.

Araziye Dikilen Fidanlar

Bunların yanında araziye dikilen fidanlar kapsamında doktrinde, geçici olarak dikilen bitkiler, çiçekler, tarım ürünleri, satılmak üzere yetiştirilen ağaçlar, meyve ve süs çalıları örnek olarak gösterilmektedir⁵⁹. Yargıtay

⁵⁷ Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi, 9 Ocak 1931 tarihli karar, kısmen yayınlanmıştır: ZBGR 31 (1950), 16 vd. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 29. Yine Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi de benzer gerekçelerle ve İsviçre'nin her yerinde "yakıt dolmuş istasyonlarının arazinin bir parçası olmadığı" şeklinde görüşün hakim olduğunu belirterek, bu istasyonlarla ilgili taşınır yapı niteliğinde bulunmuştur. Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi, 24 Haziran 1935 tarihli karar, kısmen şu yayınlarda yayınlanmıştır: ZBJV 71 (1935), 720 vd. ve ZBGR 31 (1950), 47 vd. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 30.

⁵⁸ Nidwalden Kantonu İdare Mahkemesi, Vergi Dairesinin 10 Haziran 2002 tarihli kararı, E.4. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 83.

⁵⁹ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 678 N 4; CHK ZGB-Göksu, Art. 678 N 3; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 678 N 3; KUKO ZGB-Zelger, Art. 678 N 3; Şakir Berki, *Aynı Haklar* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965), 41; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 579; Akçal, *Eşya Hukuku*, 575.

kararlarında ise; “söğüt ağacı”⁶⁰, “kavak ağacı”⁶¹, “buğday”⁶² taşınır yapı kapsamında değerlendirilmektedir.

IV. TAŞINIR YAPININ KALICI YAPIDAN AYIRT EDİLMESİ

TMK. m. 728 hükmünün mefhumu muhalifinden, toprağa sıkı bir şekilde bağlanmış, yıkılmadan, telef veya tahrif edilmeden araziden sökülüp götürülmesi zor olan yapı eserlerinin amacı ne olursa olsun taşınır yapı olamayacağı, arazinin bütünleyici parçası niteliğini alacağı kabul edilmektedir⁶³. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁶⁴, kurulduktan sonra ancak büyük zorluklarla taşınabilen prefabrik yapıların taşınır yapı teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Somut olayda her biri on ton ağırlığında garaj olarak kullanılan yapılar söz konusudur. Kararda, yapıların ağırlığından dolayı kaldırma işleminin ancak büyük bir çaba, eğitilmiş uzman ve uygun ekipmanla mümkün olabileceği, bu nedenle yapıların geçici olarak orada kalma niyetiyle inşa edilmediğinin varsayılabileceği belirtilmiştir.

⁶⁰ “Söğüt ve kavak ağacı, normal ömrünü tamamlayıncaya kadar kalmak üzere dikilen ağaç türlerinden değildir. Belirli bir gelişmeye ulaştıktan sonra sanayi alanında veya günlük ihtiyaçlarda kullanılmak için kesilir ve taşınmazdan ayrılırlar. Bu nitelikleri itibarıyla arzun mütemmim cüzü ayrılmaz parçası sayılmazlar. Başkasının taşınmazı üzerine söğüt ve kavak ağacı diken kişi, söz konusu ağaçları kesip götürebileceği gibi, taşınmaz sahibi de ağaçların kesilmesi kal'ini isteyebilir Yargıtay'ın kararlık kazanmış uygulaması da bu yöndedir.”. HGK. E. 1992/1-137, K. 1992/214, 1.4.1992, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 14.06.2024).

⁶¹ “Kavak ağacı daimi niteliği bulunmayan belirli bir gelişmeye eriştiğinde kesilip kullanılan, bu nedenle de ekonomik değeri olan bir ağaç türüdür. Bu özellikleri gereği de üzerinde bulunduğu arzun mütemmim cüzü olmayıp menkul mal hükmündedir. Kural olarak mülkiyeti bu ağaçları dikip yetiştirerek koruyana aittir. Arzun tamamlayıcı parçası olarak kabul edilemez.”. HGK. E. 1991/470, K. 1991/590, 20.11.1991, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 14.06.2024).

⁶² “Davaya konu buğday ürününün MK.nun 654-655. maddeleri (YTMK.m.728-729) anlamında taşınır yapı niteliğinde bulunduğu ve bütünleyici parça hükümlerine tabi olmadığı da çekişmesizdir. Şu durumda davalı, maliki bulunduğu buğday ürününü alıp götürme hakkına sahiptir.”. Y. 4. HD., E. 2005/15323, K. 2006/14144, 15.12.2006, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

⁶³ Bu doğrultuda açıklamalar için bkz. KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 4; Wieland, *Aynı Haklar*, 36; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 378; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 799.

⁶⁴ BGE 105 II 264, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/previews/4f914f43-e97b-4293-8888-1b35a73731b6,e6f1ec04-16a2-47b8-9d41-9e38e8d59961>, (E.T. 14.09.2024).

Yine İsviçre Federal Mahkemesi başka bir kararında⁶⁵, betonarme hol temeli, akü çukuru olarak 3 metre derinlikte bodrumu ve çeşitli unsurlardan oluşan yaklaşık 80 metre uzunluk ve 11 metre yüksekliğinde prefabrik tarzda bir fabrika binasının taşınır yapı olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir. Zira burada zeminle yoğun bağlantı olduğu, bu durumda tarafların amaç ve niyetleri ne olursa olsun yapının taşınır yapı olamayacağı ifade edilmiştir.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁶⁶ dağ teleferik sisteminin parçası olan istasyon ve kalkış binasının taşınır yapı olmadığını ifade etmiştir. Yine başka bir kararda⁶⁷ raylı sistemlerin kalıcı bir bağlantı sağlamak amacıyla inşa edildiği ifade edilmiştir.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁶⁸ yüzme havuzu için kalıcı yapı nitelendirmesinde bulunmuştur. Somut olaydaki yüzme havuzu yaklaşık 5.5 metre çapında ve 1.3 metre derinliğinde, yarı batık, zemine 90 cm derinlikte gömülü, taban plakası olan, zeminde beton bir temel üzerine kurulan, su ve elektrik sistemi bağlanan, yüksek kaliteli ve yıllarca dayanabilir olduğu tespit edilen bir niteliktedir. Her ne kadar kit olarak prefabrik tarza satılan bir havuz sistemi olsa da her sezon sökülmediği, arazi ile bağlantı durumunun niteliği, yüzme havuzu inşasındaki amacın kalıcı olduğu hususları göz önünde tutularak, havuzun kalıcı yapı olduğu ifade edilmiştir.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁶⁹, beton temeller üzerine yerleştirilen, bir fabrikaya yer altı boru sistemleriyle bağlanan hem sıvı hem de katı yağların depolanmasına yönelik üç silindirik çelik tankın fabrikanın bir parçası sayılması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda tank ile zemin arasındaki dış bağlantıyla ilgili olarak Federal Mahkeme, çelik tankların büyüklükleri ve ağırlıkları nedeniyle yerine vidalanmamasına veya çimentolanmamasına rağmen yer çekiminin tek başına sağlam bağlantı oluşturmak için yeterli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca tankların belirli bir firmaya özel olarak üretilmiş, ancak özel ekipman ve uzman personel

⁶⁵ BGE 92 II 227, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/76426195-fb66-4b5b-b2cf-5c14ccd63c1c>, E.T. 14.09.2024).

⁶⁶ BGE 56 III 63. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 21.

⁶⁷ BGE 80 I 375, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/860dfba1-f28c-4e2e-a8e3-d3275c020c66>, E.T. 14.09.2024).

⁶⁸ BGer 5D_77/2017 vom 25. October 2017, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/52d54958-1c2e-4402-8eac-23ce2ce2393a>, E.T. 23.07.2024).

⁶⁹ BGE 106 II 333, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/unknown/4f914f43-e97b-4293-8888-1b35a73731b6>, E.T. 14.09.2024).

kullanılarak taşınabilen ve yeni bir yerde tekrar kolaylıkla kullanılması zor olan büyük bir teknik sistem olduğu ifade edilmiştir. Nihayet kararda tank sisteminin şirket için gerekli bir tesis olduğu ve onunla ekonomik bir birim oluşturduğu, bu sebeple de bağlantının kalıcı olarak amaçlandığının açıkça görüldüğü vurgulanmıştır.

İsviçre Obwalden Kantonu Yüksek Mahkemesi bir kararında⁷⁰ nesnel bağlantısı hafif olmasına rağmen granit bir çeşmeyi kalıcı yapı olarak nitelendirmiştir. Somut durumda çeşme, ağırlığı 100 kilogramın üzerinde, zemine gömülmemiş, sadece yerçekimi kullanılmak üzere zemine yerleştirilmiş niteliktedir. Mahkemece çeşmenin dekoratif olarak değil su temini amacıyla inşa edilmiş olarak önemli bir işleve sahip olduğu, bu sebeple de kalıcı bir amaçla yapıldığının düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın da bir kararında tek katlı da olsa betonarme olarak yapılan evlerin taşınır yapı olamayacağı ifade edilmiştir⁷¹.

Taşınır yapıların kalıcı yapıya dönüştürülmesi de mümkündür⁷². Gerçekten de geçici bir sergi için inşa edilen yapı, sergi sona erdikten sonra ticari amaçlar için kalıcı olarak kullanılmak istenebilir⁷³. Ancak bunun tersi

⁷⁰ Obwalden Kantonu Yüksek Mahkeme Komisyonu, 26 Mart 1987 tarihli karar, AbR 1986/87 No. 5, 38 ff. Karar için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 80.

⁷¹ “Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu inşaat bilirkişisi düzenlendiği 21.9.2007 tarihli raporunda tek katlı evlerin çatılı yığma ve otuz yaşlarında olduğunu, diğer üç katlı yapının ve eklentisinin çatılı betonarme olarak yapıldığını belirtmiştir. Uzman bilirkişisi tarafından niteliği saptanan betonarme olarak yapılmış olan bina ile diğer binalar T.M.K.nın 728.maddesinde yazılı olduğu gibi kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar olarak kabul edilemez. Bu itibarla arsa üzerindeki yapıların T.M.K.nın 684.maddesi uyarınca üzerinde bulunduğu arz bütünleyici parçası sayılması gerekir.”. Y. 6. HD., E. 2008/1985, K. 2008/4584, 10.4.2008, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

⁷² BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 4; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 4; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 7; KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 3; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 10; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 537.

⁷³ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 4; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 4. Benzer bir örnek için bkz. OFK ZGB- Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 7. Bern İstinaf Mahkemesinin kararına yansıyan bir olayda ise, bir tünelin inşası sırasında, oradakilere hizmet vermesi amacıyla geçici olarak inşa edilen birahanesi, deposu ve işletenin konaklayacağı yaşam alanının olduğu bir yapı, tünel inşaatı bittikten sonra yıkılmamış ve kaldırılmamıştır. Daha sonra işleteni, orayı başkalarına kiraya vermeye başlamıştır. Bern İstinaf Mahkemesi, yapının başlangıçta geçici amaçla inşa edildiği için taşınır yapı olduğunu ancak tünel inşaatı bittikten sonra sigorta ettirildiğini ve tapu kütüğünde gösterildiğini ve kiraya verilmeye başlandığını, bu sebeplerle de sonradan amacın kalıcı hale gelmiş olduğunu ifade ederek gelinen durumda taşınır yapı kapsamından çıktığını ifade etmiştir. Bkz. Bern Temyiz

durum kabul edilmemektedir⁷⁴. Ayrıca amacı zamanla sınırlı olmayan yapılarda, kalıcı bağlantının amaçlandığının varsayılacağı ifade edilmektedir⁷⁵. Yine yapının sigortaya dahil olması veya arazinin tapu kütüğünde gösterilmesi halinde kalıcı bir yapı olduğunun düşünülebileceği belirtilmektedir⁷⁶.

V. TAŞINIR YAPININ BÜTÜNLEYİCİ PARÇA VE EKLENTİDEN AYIRT EDİLMESİ

A. Bütünleyici Parçadan Ayırt Edilmesi

Bütünleyici parça, TMK. m. 684'de, “yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parça” olarak ifade edilmiştir. Bir şeyin bütünleyici parça sayılabilmesi için üç şartı taşıması gerekmektedir⁷⁷. Bunlar, dış bağıllık, iç bağıllık ve yerel adetlere uygunluktur⁷⁸. Dış bağıllık, dışarıdan bakıldığında asıl şey ile bütünleyici parça arasında kolaylıkla görülüp anlaşılabilen bir maddi (fiziki) bağlantının

Mahkemesi, 6 Şubat 1919 tarihli karar, kısmen şu yayınlarda yayınlanmıştır: ZBGR 1 (1920), 161 ve ZBGR 31 (1950), 25 vd. Karar için ayrıca bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 24.

⁷⁴ CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 4; OFK ZGB- Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 7; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 10; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 537.

⁷⁵ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 10.

⁷⁶ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 12.

⁷⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 519; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (10. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2023), 211; Ayan, *Mülkiyet*, 35; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 430.

⁷⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 519; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 211 vd.; Ayan, *Mülkiyet*, 35; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 430.

bulunmasını ifade eder⁷⁹. Mesela lastikler ile araba, gözlük çerçevesi ile camı, pırlanta ile çerçeve yüzük arasındaki bağlantıda durum böyledir⁸⁰.

İç bağlılık, kanuni ifadede “*asıl şeyin temel unsuru*” olarak karşılık bulur ve bütünleyici parçanın asıl şeyle birlikte onun bir kısmı olarak aynı ekonomik amaca özgülünmüş olmasını ifade eder⁸¹. Asıl şey işlevini, bütünleyici parçanın (parçaların) varlığı sayesinde yerine getirir⁸². Mesela akü ile araba, ev ile kapısı, saat ile akrep ve yelkovan arasındaki bağlantıda durum

⁷⁹ Wieland, *Ayni Haklar*, 36; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 218; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 378; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 519; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 329-330; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 369; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 60-61; Mustafa Dural, *Eşya Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), 60-61; Öztan, *Medeni Hukuk*, 792; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 230; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362-363; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 212; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 223; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (10 Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2023), 63; Ayan, *Mülkiyet*, 36; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 430.

⁸⁰ Örnekler için bkz. Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 150; Wieland, *Ayni Haklar*, 36; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 218; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 378; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 519; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 329-330; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 369-370; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 61; Dural, *Eşya Hukuku*, 60; Öztan, *Medeni Hukuk*, 792; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 229; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362-363; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 213; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 223-224; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Ayan, *Mülkiyet*, 37; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 430.

⁸¹ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 148; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 217; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 376; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 522; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 328; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 369; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 59; Dural, *Eşya Hukuku*, 61; Öztan, *Medeni Hukuk*, 792; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 230; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 364; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 211; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 223; Herdem Belen, *Eşya Hukuku Şema Kitap* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 175; Ayan, *Mülkiyet*, 38; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 431.

⁸² Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 148; Wieland, *Ayni Haklar*, 33; Berki, *Ayni Haklar*, 4; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 217; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 376; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 522; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 331; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 369; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 59; Dural, *Eşya Hukuku*, 61; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 230; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 364; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 211; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 224; Belen, *Eşya Hukuku*, 175; Ayan, *Mülkiyet*, 38; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 431.

böyledir⁸³. Burada ayrıca devamlılık, diğer bir ifadeyle bütünüleyici parça ile asıl şey arasında devamlı/süreklî bir bağıllık gereklidir⁸⁴.

Nihayet yerel adetlere uygunluk ise, bir şeyin bütünüleyici parça olup olmadığına yönelik asıl şeyin bulunduğu yerdeki kökleşmiş bulunan anlayışı ifade eder⁸⁵. Mesela, lambalar birçok yerde evin bütünüleyici parçası olarak kabul edilmezken, musluklar bütünüleyici parça olarak kabul edilir⁸⁶.

Taşınır yapılar, aşağıda ifade edildiği üzere bütünüleyici parça prensiplerinin istisnasını teşkil eder. Bir şey taşınır yapı ise bütünüleyici parça olamaz, bütünüleyici parça olan ise taşınır yapı niteliğinde değerlendirilemez. Zira bütünüleyici parça asıl şeyin temel unsuru iken, taşınır yapı, üzerinde olduğu arazinin temel unsuru değildir. Bütünüleyici parça, asıl şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılması mümkün olmayan şey iken, taşınır yapı tam tersi olarak arazi ile bağlantısının hafif olduğu, zarara uğratılmadan veya yapısı değiştirilmeden ondan ayrılması mümkün olan şeydir. Taşınır yapı, bütünüleyici parçadan

⁸³ Örnekler için bkz. Rutishauser, *Fahrmisbaute*, N 150; Wieland, *Ayni Haklar*, 33; Berki, *Ayni Haklar*, 4; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 217; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 377; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 523; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 331-332; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 369; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 59; Dural, *Eşya Hukuku*, 61; Öztan, *Medeni Hukuk*, 792; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 229; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 364; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 224; İbrahim Kaplan, *Türk Eşya Hukuku İle Sorulu Cevaplı TMK. Madde 683-1030* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 40; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 212; Ayan, *Mülkiyet*, 38; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Belen, *Eşya Hukuku*, 175; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 432.

⁸⁴ Wieland, *Ayni Haklar*, 38; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 220; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 377; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 524; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 331; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 371; Dural, *Eşya Hukuku*, 61; Öztan, *Medeni Hukuk*, 793; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 213; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 224; Belen, *Eşya Hukuku*, 175; Ayan, *Mülkiyet*, 39.

⁸⁵ Wieland, *Ayni Haklar*, 35; Berki, *Ayni Haklar*, 4; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 380-381; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 525; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 331; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 372; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 64-65; Dural, *Eşya Hukuku*, 61; Öztan, *Medeni Hukuk*, 793; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 366; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 214; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 224; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Ayan, *Mülkiyet*, 39; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 432.

⁸⁶ Örnekler için bkz. Wieland, *Ayni Haklar*, 35; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 219; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 381; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 526; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 331-332; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 372; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 64-65; Öztan, *Medeni Hukuk*, 793; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 366; Erman, *Eşya Hukuku*, 63; Ayan, *Mülkiyet*, 39; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 432.

farklı olarak, arazinin ekonomik amacına özgülenen, onunla bir işlev bütünlüğü teşkil eden ve o olmadan arazinin işlevini yerine getiremeyeceği bir şey değildir. Ayrıca bütünleyici parçada süreklilik/devamlılık esas iken, taşınır yapıda geçicilik söz konusudur.

Hafif yapı olmasına rağmen kalıcı yapı olarak nitelendirilebilecek şeyler, bütünleyici parça tanımındaki *yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parça* kriterlerine tam uymayabilir. Ancak buna uymaması, diğer bir ifadeyle kalıcı yapının bütünleyici parça olarak kabul edilmemesi onu taşınır yapı niteliğine getirmez. TMK. m. 718/II gereğince, arazi üzerindeki yapılar, arazinin mülkiyetinin kapsamına dahil olur. Bu sebeple de çalışmada kalıcı yapılar ayrı bütünleyici parça ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Zira her kalıcı yapı bütünleyici parça niteliği teşkil etmeyebilir.

B. Eklentiden Ayırt Edilmesi

Eklenti, TMK. m. 686'ya göre, “*asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasına birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır*” şeklinde ifade edilmiştir. Bir şeyin eklenti sayılabilmesi için dört şartı taşınması gerekmektedir⁸⁷. Bunlar, taşınır eşya olma, dış bağıllık, iç bağıllık ve malikin arzusu veya yerel adetlere uygunluktur⁸⁸. Asıl eşya taşınır veya taşınmaz olabilirken, eklenti sadece taşınır bir eşya olabilir⁸⁹.

⁸⁷ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 389; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 544; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 76; Erman, *Eşya Hukuku*, 66; Ayan, *Mülkiyet*, 47; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 437.

⁸⁸ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 389; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 544; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 76; Erman, *Eşya Hukuku*, 66; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 437.

⁸⁹ Berki, *Ayni Haklar*, 5; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 389; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 544; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 339; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 379; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 77; Dural, *Eşya Hukuku*, 63; Öztan, *Medeni Hukuk*, 796; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 235; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 373; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 217; Erman, *Eşya Hukuku*, 66; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 228; Ayan, *Mülkiyet*, 48; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 437.

Eklentide dış bağıllık, takma, birleştirme, tahsis etme gibi bir biçimde asıl şeye bağlı kılınmayı ifade etmektedir⁹⁰.

İç bağıllık ise, eklentinin asıl şeye onun işletilmesi, korunması veya ona yarar sağlaması amacıyla sürekli olarak özgülmesini ifade etmektedir⁹¹.

Nihayet malikin arzusu veya yerel adetlere uygunluk ise, eklentinin asıl şeye tahsis edilmiş olmasına yönelik ya malikin iradesinin ya da bu yönde bir yerel adet olmasının gerektiğini ifade eder⁹².

Mesela, gözlük kılıfı, keman kutusu, fincan tabağı, gemilerdeki can kurtaran yelekleri, eklentiye örnek olarak gösterilmektedir⁹³.

Taşınır yapı, eklenti müessesesinden de farklı bir niteliğe sahiptir. Zira eklenti sadece “*taşınır bir şey*” olabiliyor iken, taşınır yapıda bir “*yapı*” söz konusudur. Eklentinin takma, birleştirme, tahsis etme gibi bir biçimde asıl şeye bağlı kılınması söz konusu iken, taşınır yapıda böyle bir durumunun varlığı şart değildir. Yine eklentinin asıl şeye onun işletilmesi, korunması veya

⁹⁰ Wieland, *Ayni Haklar*, 51; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 231; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 390; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 545; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 340; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 380; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 77; Dural, *Eşya Hukuku*, 63; Öztan, *Medeni Hukuk*, 796; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 374; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 220; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 228; Erman, *Eşya Hukuku*, 66; Ayan, *Mülkiyet*, 48; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 438.

⁹¹ Wieland, *Ayni Haklar*, 51; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 231-232; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 391; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 546; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 339; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 379-380; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 79; Dural, *Eşya Hukuku*, 63; Öztan, *Medeni Hukuk*, 797; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 374-375; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 217; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 228; Erman, *Eşya Hukuku*, 66; Ayan, *Mülkiyet*, 49; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 438.

⁹² Wieland, *Ayni Haklar*, 50; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 232; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 393; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 549; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 340; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 81; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 381; Öztan, *Medeni Hukuk*, 797; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 236; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 218; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 229; Erman, *Eşya Hukuku*, 67; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 439.

⁹³ Örnekler için bkz. Wieland, *Ayni Haklar*, 50; Berki, *Ayni Haklar*, 4; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 231-232; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 389; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 543-544; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 339-341; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 379-381; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 75-82; Dural, *Eşya Hukuku*, 63; Öztan, *Medeni Hukuk*, 796 vd.; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 235 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 374-375; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 217 vd.; Erman, *Eşya Hukuku*, 66-67; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 228-229; Kaplan, *Eşya Hukuku*, 40; Belen, *Eşya Hukuku*, 176; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 437.

ona yarar sağlaması amacıyla sürekli olarak özgülenmesi söz konusu iken, taşınır yapıda hem böyle bir şey şart değildir hem de süreklilik değil geçicilik esastır. Eklenti ile taşınır yapının ortak olan noktası ise, “*asıl şey ile eklenti üzerinde ayrı ayrı mülkiyet hakkının bulunması*”⁹⁴ noktasında karşımıza çıkmaktadır. Zira ifade edileceği üzere, taşınır yapı da üzerindeki araziden bağımsız mülkiyete tabidir. Ancak bu ortak nokta onları aynı nitelikte değerlendirmek için yeterli ve elverişli değildir.

Bunların yanında eklenti niteliği teşkil etmeyen bazı şeylere ilişkin bir düzenleme TMK. m. 687’de karşımıza çıkmaktadır. Buna göre; “*Asıl şeye zilyet olan kimsenin sadece geçici olarak kullanması veya tüketmesi için özgülenen ya da asıl şeyin özel niteliği ile herhangi bir ilişkisi bulunmadan sadece korunmak, satılmak veya kiraya verilmek üzere onunla birleştirilen şeyler eklenti sayılmaz.*”. Mesela, otomobil deposundaki benzin, evin deposunda yakılmak üzere bulundurulmuş odun ve kömür, kasadaki mücevherler, dükkanlarda satılan ürünler, yolcu taşıma araçlarındaki ikramlık yiyecek ve içecekler, nakliye aracındaki eşya bu kapsamda eklenti sayılmayan şeylere örnek gösterilmektedir⁹⁵. Her ne kadar söz konusu hükme örnekler bu şekilde verilmiş olsa da hükümde geçen bazı ifadeler, taşınır yapılar için de elverişlidir. Mesela geçicilik (bütün taşınır yapılar için geçerli), asıl şeyin özel niteliği ile herhangi bir ilişkisi bulunmadan sadece korunmak, satılmak veya kiraya verilmek üzere onunla birleştirilmesi (taşınır yapı hükümlerine de tabi tutulan araziye dikilen fidanlar) ifadelerinde durum böyledir.

VI. TAŞINIR YAPI NİTELEMESİ İÇİN YARGI KARARLARINDA KARŞILAŞILAN KRİTERLERİN TESPİTİ

Buraya kadar ifade edilen taşınır yapı ve kalıcı kapsamında değerlendirilen şeylere yönelik Türk ve İsviçre yargı kararlarında taşınır yapı

⁹⁴ Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 201; Wieland, *Aynı Haklar*, 50; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 394; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 553; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 341; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 384; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 83; Öztan, *Medeni Hukuk*, 799; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 239; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 376; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 220; Erman, *Eşya Hukuku*, 67; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 230; Belen, *Eşya Hukuku*, 176; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 440.

⁹⁵ Örnekler için bkz. Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 232; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 392-393; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 549; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 340; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 380-381; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 237; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 376; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 218; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 229-230; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 439.

nitelendirmesi için ortaya çıkan kriterler ve dikkat edilen hususlar şu şekilde özetlenebilir;

- Yapının büyüklüğü, ağırlığı, kapladığı alan,
- Zemin ile bağlantısının yoğunluğu ve sabitleme şekli,
- Yapıyı yapan ile arazi sahibi arasındaki hukuki ilişkinin türü,
- Yapının kullanım amacı,
- Yapının arazi üzerinde kaldığı süre,
- Yapının inşası için gerekli işçilik, zaman ve maliyetler,
- Yapının tapu kayıtlarında yer alıp almadığı,
- Yapının zarara uğratılmadan sökülüp götürülmesinin mümkün olup olmadığı,
- Yapıda kullanılan malzemeler (ahşap, demir, plastik mi betonarme, taş vs. mi?)
- Yapının sökülmesinin büyük zorluklar, özel uzmanlık ve ekipman gerektirip gerektirmediği,
- Yapının sökülmesinden sonra arazide önemli zararların oluşup oluşmadığı,
- Yapının arazi ile ekonomik bir bütünlük oluşturup oluşturmadığı, arazide kalıcı bir işleve sahip olup olmadığı.

Burada özetlenen söz konusu kriterler ve dikkat edilen hususlar çerçevesinde bazı durumlara yönelik kabuller de yine yargı içtihatlarında yer bulmuştur. Mesela;

- Su, elektrik, kanalizasyon vb. şebeke bağları, zeminle kalıcı bir bağlantının yerini almamaktadır,
- Ahşap, demir veya beton direkler kullanılarak zemine ile bağlantı sağlanması yapının herhangi bir sorun yaşanmadan kaldırılmasına imkân vermekte ve dolayısıyla zeminle hafif bir bağlantı olduğunu göstermektedir,
- Yapının zemine ankrajının⁹⁶ bulunması, yapı ile zemin arasında sağlam bir bağlantı olduğu varsayımına yol açmamaktadır,

⁹⁶ “Ankraj, çeşitli malzemeleri birbirine bağlama veya beton, duvar gibi yapı elemanlarını sabitleme işlemidir. İnşaat projelerinde kullanılan farklı türde ankrajlar bulunmaktadır ve bunlar genellikle bina veya yapı elemanlarını yerinde sabitlemek, taşımak veya güçlendirmek için kullanılırlar. Ankraj plakası, zemin plakası veya duvar pulu, bir bağlantı çubuğuna veya civataya bağlı büyük bir plaka veya rondeladır.”. Bkz. <https://www.baumerk.com/tr/blog/ankraj-nedir-ankraj-uygulamasi-nasil-yapilir>, (E.T. 23.07.2024).

- Kolayca çıkarılabilir, kurulduğu araziye veya binaya zarar vermeden veya onları değiştirmeden araziden ya da binadan ayrılabilir yapılar taşınır yapı kapsamında değerlendirilmektedir,
- Zeminle yalnızca hafif bir bağlantısı olan yapılar, özellikle uzun bir süredir yerinde duruyorsa veya özellikle ağır ve taşınması zorsa ya da yapanın niyeti artık tespit edilemiyorsa yapı, taşınır yapı niteliğinin dışına çıkmaktadır,
- Betonarme yapılan yapılar, taşınır yapı niteliğinin dışına çıkmaktadır.

VII. TAŞINIR YAPI OLMAYA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Çalışmanın asıl konusu bu olmamakla birlikte, taşınır yapıların önemine ve daha somut anlaşılmasına bu yönden de katkı sağlamak için, söz konusu başlık altında birkaç açıklamaya yer vermek isabetli olacaktır. Bu itibarla, TMK. m. 728/II'ye göre taşınır yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olup ve tapu kütüğünde gösterilmez. Dolayısıyla bunlar, buldukları arazilerin mülkiyetine dahil değildir⁹⁷. Diğer bir ifadeyle taşınır yapılar arazinin bütünüleyici parçası olmazlar⁹⁸. Taşınır yapıyı yapan kim ise, maliki de arazinin malikinden bağımsız olarak odur⁹⁹. Taşınır yapı, başkasının

⁹⁷ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 2; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 1; KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 1; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 194; Wieland, *Ayni Haklar*, 234; Berki, *Ayni Haklar*, 41; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 583; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 797; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 548; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 407; Dural, *Eşya Hukuku*, 94; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 536; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 535; Erman, *Eşya Hukuku*, 103; Ayan, *Mülkiyet*, 400; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1848.

⁹⁸ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 2; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 1; Berki, *Ayni Haklar*, 41; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, 312; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 583; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 797; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 408; Dural, *Eşya Hukuku*, 94; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 536; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 362; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 366; Erman, *Eşya Hukuku*, 103; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1845. Yargıtay da bir kararında, "Arazi üzerindeki binanın, sökülüp götürülebilecek nitelikte hafif binalardan olduğu bilirkişi raporunda belirtilmiştir. Bu durumda sözü geçen yapıyı mütemmim cüz'ü olarak kabul etmeye imkan yoktur" ifadelerine yer vermiştir. Y. 6. HD., E. 1974/5745, K. 1974/5811, 10.12.1974. Karar için bkz. Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1852.

⁹⁹ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 2; OFK ZGB-Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 5-6; Wieland, *Ayni Haklar*, 234; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 583; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 797; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 548; Esener ve Güven,

arazisinde de olsa, yapının arazisinde de olsa durum böyledir¹⁰⁰. Bir kimse kendi arazisine taşınır yapı yaptığında, arazisinden bağımsız olarak taşınır yapının maliki konumundadır. Dolayısıyla taşınır yapı, araziden bağımsız ve ayrı bir mülkiyet hakkının konusudur¹⁰¹. Bunun sonucu olarak da arazinin maliki ile taşınır yapının maliki farklı kişiler de olabilir¹⁰². Diğer bir sonuç ise taşınır yapı, arazi üzerindeki işlemlerden kural olarak doğrudan etkilenmez¹⁰³. Mesela arazi üzerinde ipotek varsa, bu taşınır yapıları kapsamaz¹⁰⁴. Bunun yanında, taşınır yapılar üzerinde araziden bağımsız olarak sınırlı aynı haklar mesela rehin tesis edilebilir¹⁰⁵. Yine taşınır yapılar bütünleyici parça olmadığından yargı kararlarında¹⁰⁶ haksız ve taşkın yapıda onlar için temliken tescil isteminin mümkün olmadığı ifade edilmektedir ve kira sözleşmelerinde niteliğine göre taşınır yapıların genel kira hükümlerine tabi olabileceği gibi konut ve çatılı işyeri kirası hükümlerine tabi olması da gündeme gelebilir.

SONUÇ

Taşınır yapılar, taşınmaz mülkiyetinin içeriğine dahil olmayan kanun tarafından yer verilmiş istisnalardan biridir. Doktrinde bunlar, *kalıcı olması*

Eşya Hukuku, 407; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 363; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 535; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 395; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 536; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 366; Ayan, *Mülkiyet*, 400; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1848.

¹⁰⁰ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1; OFK ZGB- Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 5-6; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 185; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 583; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 797; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 548; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 363; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 535; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 536; Ayan, *Mülkiyet*, 399; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1846.

¹⁰¹ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1; CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 2; OFK ZGB- Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 1; Rutishauser, *Fahrnisbaute*, N 185; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 583; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 363; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 536; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 574-575; Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1845.

¹⁰² BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1; OFK ZGB- Berger-Steiner/Schmid, Art. 677 N 6; Dural, *Eşya Hukuku*, 94; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 366; Ayan, *Mülkiyet*, 400; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 575.

¹⁰³ KUKO ZGB-Zelger, Art. 677 N 1; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 363.

¹⁰⁴ CHK ZGB-Göksu, Art. 677 N 2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 797.

¹⁰⁵ BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 677 N 1.

¹⁰⁶ Bkz. Y. 17. HD., E. 2012/16595, K. 2014/9303, 10.06.2014, (Lexpera, E.T. 14.06.2024); Y. 14. HD., E. 2015/12770, K. 2016/5286, 2.5.2016, (Lexpera, E.T. 14.06.2024). Y. 4. HD., E. 2015/4365, K. 2015/5860, 26.5.2015, (Lexpera, E.T. 14.06.2024); Y. 14. HD., E. 2014/12259, K. 2015/3251, 25.3.2015, (Lexpera, E.T. 14.06.2024).

amaçlanmaksızın bir arazinin altında, üstünde veya hava hattında yapılan, yok edilmeden zarara uğratılmadan yapısı değiştirilmeden araziden kolayca ayrılabilen hafif yapılar olarak tanımlanmaktadır. Bir yapının taşınır yapı olarak nitelendirilebilmesi için kural olarak hem objektif unsuru hem de sübjektif unsuru birlikte karşılaması gerekmektedir. Objektif unsur ile kast edilen yapının arazi ile hafif bir bağlantı ile temasının/bütünlüğünün olmasıdır. Sübjektif unsur ise onun geçici amaçla yapılmış olduğunu ifade eder. Özellikle yargı kararlarına bakıldığında söz konusu unsurlara somut olaylara göre farklı farklı ağırlıklar verildiği görülmektedir. Ayrıca zaman içerisinde görüşlerin farklılaşabildiği de gözlemlenmiştir. Mesela yakıt dolmuş istasyonları önceleri taşınır yapı olarak değerlendiriliyor iken, sonraki tarihli bir kararda taşınır yapı olarak kabul edilmemiştir¹⁰⁷.

Çalışma içerisinde özellikle yargı kararları üzerinden birçok örnek, içeriğinde mevcutsa gerekçeleri de çerçevesinde ele alınmıştır. Bunların hepsinde birbiriyle mutlak bir şekilde özdeş parametreler üzerinden sonuca varıldığını söylemek mümkün değildir. Özellikle Yargıtay kararlarında, mesela yapının yıkılabilir olması üzerinden hareket edilmesi (her yapı yıkılabilir) taşınır yapı ile ilgili düzenlemeler ve meselesinin ruhu ile örtüşmemektedir. Yine aynı şekilde sübjektif unsur göz önünde tutulmadan sundurma ve tel örgü için doğrudan taşınır yapı nitelendirmesinde bulunmak isabetli olmayan sonuçlara götürebilir. Bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da mesela arazi ile bağlantının yoğun olduğu durumlarda sübjektif unsurun önemini kaybettiğinin, yapının taşınır yapı sayılamayacağına ifade edilmesi, her durumda hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir. Zira yapılan nitelendirme yukarıda genel olarak yer verildiği üzere çok önemli farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Taşınır yapı nitelendirmesinde asıl olan iki unsurun tam anlamlarıyla birlikte gerçekleşmesidir. Diğer bir ifade ile, taşınır yapı nitelendirmesi için hem hafif bağlantı hem de geçici amaç birlikte bulunmalıdır. Asıl olan bu durumdur ve buna vücut veren örnekler üzerinde bir tartışma kural olarak olmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu unsurlardan sadece birinin gerçekleştiği durumlar tartışma yaratabilmektedir: Gerçekten de hafif bağlantı ama kalıcı amacın veya yoğun bağlantı ama geçici amacın olduğu durumlarda nasıl nitelendirme yapılacağı meselesi bir tercihte bulunmaya sevk etmektedir. Her iki durumda da unsurlar birlikte gerçekleşmediği için artık ilgili yapıların taşınır yapı

¹⁰⁷ Bkz. Dn. 56, 57, 58.

kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilebilir mi sorusu gündemimize gelmektedir. Sadece hafif yapıyı veya geçici amacı görüp, taşınır yapı nitelendirmesi yapılabilir mi sorusu ise diğer taraftan gündemimize gelmektedir.

Bu noktada her hafif bağlantılı yapıya taşınır yapı demek kanaatimizce isabetli değildir. Zira bu durumda hafif bağlantı da olsa araziye kalıcı olarak, onun korunması, ekonomik işlevini daha efektif yerine getirmesi için tahsis edilmiş, onunla bütünlük arz edebilir nitelikte olan her hafif yapıyı taşınır yapı olarak değerlendirmek gerekebilir. Bu da müessesenin ruhuna uygun bir çözüm değildir. Dolayısıyla hafif bağlantının olduğu durumlarda kalıcı amaç varsa, burada artık kalıcı amaç ön planda tutulmalı ve yapı, taşınır yapı olarak nitelendirilmemelidir. Mesela, çeşme ve tahıl ambarı örneklerinde olduğu gibi.

Yoğun bağlantının ama geçici amacın olduğu durumlarda ise, yoğun bağlantı kriteri ön planda tutularak her halde yapının artık taşınır yapı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmek kanaatimizde mümkün olmamalıdır. Zira bu durumlarda, somut olaya göre geçici amacının ispatı/açıklığı, objektif unsur olan arazi ile bağlantının yoğunluğunu arka plana itebilmeli ve taşınır yapı nitelemesi yapılabilir. Mesela, inşaat sahasında çalışanlar için konut veya ofis amaçlı yapılan ya da örnek daireler olarak inşa edilen yapılarda olduğu gibi.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*. 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Belen, Herdem. *Eşya Hukuku Şema Kitap*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Berger-Steiner, Isabelle and Dominik Schmid. "ZGB Art. 677-678." İçinde *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar*, Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser, 1323-1326. 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Berki, Şakir. *Ayni Haklar*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965.
- Dural, Mustafa. *Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Legem Yayınevi, 2024.

- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. 10 Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2023.
- Ertuş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 14. Baskı, İzmir: Fakülteler Barış Kitabevi, 2018.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2024.
- Göksu, Tarkan. "ZGB Art. 677-678, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB – Art. 1-61 SchlT ZGB." İçinde *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Ed. Arnet, Ruth, Peter Breitschmid and Alexandra Jungo, 215-221. 4. Aufl. Zürich-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2023.
- Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1984.
- Kaplan, İbrahim. *Türk Eşya Hukuku İle Sorulu Cevaplı TMK. Madde 683-1030*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. 10. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 25. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Özkaya, Eraslan. *Eşya Hukuku, Cilt 1-C*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. 46. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Rey, Heinz and Lorenz Strebel. "ZGB Art. 677 N 1-13, Art. 678 N 1-7." İçinde *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar*, Ed. Geiser, Thomas, Wolf Stephan, 677-678. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023.
- Rutishauser, Lena. *Die Fahrnisbaute gemäss Art. 677 ZGB, Begriff und rechtliche Behandlung im Privatrecht*. Zürich - Basel – Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2020.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Halid Kemal Elbir. *Türk Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul Filiz Kitabevi, 1963.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. 11. Baskı, Ankara: Legem Yayınevi, 2023.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt 1, Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet*. 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Wieland, C. *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, Çeviren İ. Hakkı Karafakı. Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, 1946.
- Zelger, Ulrich. "ZGB Art. 677-678." İçinde *Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, KUKO ZGB*, Ed. Büchler, Andrea/Jacob, Dominique, 677-678. 2. Aufl. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA DEVRALMALARDA SATICININ SORUMLULUĞU

Seller's Liability in Acquisitions under Turkish and German Law

Berkay Doğu YILMAZ*

Özet

Birleşme ve devralmalar tüm dünyada sıklıkla gerçekleştirilen, pazar payı oldukça yüksek olan karmaşık işlemlerdir. Bu işlemler, şirketlerin büyüme stratejileri açısından önemli fırsatları beraberinde getirmekle birlikte bünyelerinde farklı riskler de barındırmaktadırlar. Devralmalar özelinde ise bu riskler sonucu satıcının bazı sorumlulukları doğmaktadır. Özellikle pay devri yolu ile yapılan devralmalarda ortaya çıkan sorumluluklardan birkaçı satım sözleşmesi kapsamında ayıp ve *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ayıp ile *culpa in contrahendo* sorumluluğunun nasıl ve hangi şartlarda devralma işlemlerinde devreye girebileceği hem Türk hem de Alman hukukunda hukuki uyumsuzluklara sebep olabilir. Özellikle pay devirlerinde ayıp kavramının ne olduğu tartışılabileceği gibi, *due diligence* ile ayıp sorumluluğu arasındaki bağ da ayrı bir tartışma konusudur. Tüm bunların yanında, devralmalarda satıcının sorumluluğu gündeme gelse bile alıcının hangi hakkını kullanacağı ve bu hakkın neleri kapsadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu makalede Türk ve Alman hukukunda, pay devri yolu ile gerçekleşen devralma işlemleri özelinde satıcının sorumluluğu ile ilgili hususlar karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Birleşme ve Devralmalar, Pay Devri Yolu ile Devralma, Satıcının Sorumluluğu, Ayıp, *Due Diligence*.

Makalenin Geliş Tarihi: 17.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 15.08.2024.

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: berkay.yilmaz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0009-0004-9372-8275.

Abstract

Mergers and acquisitions are complex transactions that are frequently carried out on a global scale and have a very high market share. Although these transactions bring important opportunities for companies' growth strategies, they also involve various risks. In the case of acquisitions, these risks give rise to a number of liabilities for the seller. Some of the liabilities that arise, particularly in acquisitions made by way of share deal, are defect and *culpa in contrahendo* liability in relation to the share purchase agreement. However, how and under what conditions the defect and the *culpa in contrahendo* liability arise in acquisitions may cause legal disputes under both Turkish and German law. In particular, the concept of defect and the link between the *due diligence* and defect liability in share deals may be discussed. In addition to all these, even if the seller's liability arises in an acquisition, the question of which right the buyer will exercise and what this right covers comes to the fore. This article compares the issues related to the seller's liability in acquisitions by way of a share deal under Turkish and German law.

Keywords: Mergers and Acquisitions, Share Deal, Seller's Liability, Defect, Due Diligence.

GİRİŞ

Bir şirketin değişen pazar koşullarına kendini uydurabilmesi, pazar payını arttırabilmesi, mali durumunu iyileştirebilmesi ve büyümesi için izleyebileceği yollardan birisi de birleşme ve devralma işlemleridir¹. Birleşme ve devralma işlemlerinin şirketler açısından önemi her geçen gün artmaktadır.

Rekabet Kurumunun Ocak 2024 tarihinde yayınladığı “Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2023”e göre 2023 yılında Rekabet Kurumuna toplam 217 birleşme ve devralma işlemi bildirilmiştir. Bu işlemlerden 94’ünde hedef şirket Türkiye kökenlidir ve bu 94 işlemin toplam değeri 162 milyar 555 milyon TL’dir². Almanya’da ise 2023 yılında toplam yaklaşık 92,2 milyar avro değerinde 1851 birleşme ve devralma işlemi yapılmıştır³.

Böylesine büyük bir pazara sahip ve büyük meblağların söz konusu olduğu bu işlemlerle birlikte, birleşme ve devralmalarda kişilerin yükümlülükleri ve sorumlulukları ile ilgili soruların önemi de yadsınamaz hale gelmiştir. Özellikle pay devri yolu ile yapılan devralmalarda satıcının sorumluluğu çeşitli hukuki uyumsuzluklara sebep olabilmektedir. Türk ve Alman hukuku karşılaştırmalı bu çalışmada, pay devri yolu ile yapılan devralma konusu üzerine yoğunlaşılacak, çalışmanın ilk kısmında devralma kavramı üzerinde durulup ikinci kısmında ise pay devri yolu ile yapılan devralmalarda satıcının sorumluluğunun değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. DEVRALMA YOLLARI VE SÜRECİ

A. Devralma Yolları

Devralma işlemi iki farklı yol ile yapılabilir. Söz konusu bu iki yoldan her biri, konu ve sonuç bakımından farklılıklar göstermektedir. Öncelikle bu yollara ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

¹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 71.

² Sinem Üstündağ Demir, “Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2023,” Rekabet Kurumu Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/bd-gorunum-raporu-2023-20240105110955842.pdf>.

³ “Announced M&A Germany by Numbers & Value by Years,” Institute for Mergers, Acquisitions & Alliances, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2024, <https://imaa-institute.org/mergers-and-acquisitions-statistics/germany-ma-statistics/>.

1. Malvarlığı Devri-Ticari İşletmenin Devri (*Asset Deal*) Yolu ile Devralma

Bir ticari işletme aktif ve pasif malvarlıkları ile birlikte devredilebilir. Ticari işletmenin bu şekilde devrine uygulamada “*asset deal*” denilmektedir⁴. Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 202 f. 1 uyarınca “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*” ve TTK m. 11 f. 3 1. cümle (“c.”) uyarınca “*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir.*”. TTK m. 11 f. 3, devir işlemlerini kolaylaştırarak ticari işletmenin bir bütün olarak, her bir malvarlığı unsuru için öngörülen ayrı borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerine gerek olmadan devredilebilmesini sağlamıştır. Böylece işletmeye tahsis olunan bütün unsurlar devralana geçer⁵. Bu hüküm getirilmeden önce taraflar, her bir malvarlığı unsurunu ayrı ayrı ve kendi hukuki rejimine uygun olarak devretmek zorundalardı⁶. Bu hükümle birlikte artık bu zorunluluk ortadan kalkmıştır ve hatta şöyle ki, ticari işletmeye ait taşınmazlar dahi tescilsiz devredilebilir hale gelmiştir⁷. Ancak işbu hüküm bir kolaylık sağlamakla birlikte bir zorunluluk doğurmaz ve taraflar isterlerse eskiden olduğu gibi her bir malvarlığı unsurunu ayrı ayrı kendi devir koşullarına uygun olarak devredebilirler⁸. TBK m. 202’de bir işletmenin aktifinin ve pasifinin birlikte devralınması düzenlenmiştir. Hem TTK m. 11 f. 3 hem de TBK m. 202, pasiflerin devrine imkân tanısa da TBK m. 202, pasiflerin devri için özel hükümler öngörmüştür (alacaklılara bildirme veya

⁴ Zahide Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özelinde Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayrıntılı Sorumluluğu” (Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2021), 16; Henning Jaques, “A. Einführung und Überblick über den Ablauf eines Unternehmensverkaufs,” içinde *Beck’sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand*, ed. Jochen Ettinger ve Henning Jaques (Münih: C. H. Beck, 2021), N. 28.

⁵ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022), 44.

⁶ Ali Paşlı, “Anonim Ortaklığın Devralınması” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009), 146.

⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 43.

⁸ İsmail G. Esin, *Birleşme ve Devralmalar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 251.

ilan gibi)⁹. Bu sebeple aktiflerin devri sırasında TTK m. 11 f. 3 şartlarına uygun devir yapılırken pasifler için TBK m. 202 hükmünde düzenlenmiş olan özel kurallar uygulanır¹⁰. Uygulamada ise ticari işletmenin devrine ilişkin sorunlarla karşılaşmakta ve genellikle bu yöntem tercih edilmemektedir¹¹.

Ticari işletmenin malvarlığının devri Alman hukukunda da mümkündür ve malvarlığının devri yolu ile devralma, (Türk hukukundaki gibi) şirketin tüzel kişiliği olmaksızın malvarlıklarının devredilmesiyle gerçekleşir¹². Alman hukukunda malvarlığının devrinin dayanağı Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch* – “BGB”) §§ 433-453 uyarınca eşya satışını düzenleyen hükümleridir. Ancak tabii ki ticari işletmenin devralınmasından (*Unternehmenskauf*) söz edebilmek için, şirketin malvarlıklarının tamamının veya en azından temel unsurlarının devredilmesi gerekmektedir, yoksa sadece temel olmayan birkaç unsurun BGB § 433’e dayanarak satılması bir ticari işletmenin devri değil, sadece bazı malvarlıklarının devri teşkil etmektedir¹³. Türk hukukundan farklı olarak Alman Ticaret Kanunu’nda (*Handelsgesetzbuch* – “HGB”) veya BGB’de ticari işletmenin devrini kolaylaştıran ve ticari işletmeyi bütün halinde devretmeyi olanaklı kılan TTK m. 11 f. 3 benzeri bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple eşya hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesine aykırı hareket etmemek için devredilecek malvarlıklarının tam olarak belirlenmesi gerekmektedir¹⁴. Bunun bir sonucu olarak da tıpkı TTK m. 11 f. 3 hükmü öncesi Türk hukukunda olduğu gibi, devredilen her malvarlığı ayrı ayrı ve kendi hukuki

⁹ Muhammed Fatih Cengil, “Ticari İşletmenin Devri” (Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, 2016), 36.

¹⁰ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 256.

¹¹ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 243-73.

¹² Heribert Heckschen, “§ 4. Gesellschaftsrecht H. Unternehmenskauf in der Insolvenz – Distressed M&A,” içinde *Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*, ed. Adolf Reul, Heribert Heckschen ve Rüdiger Wienberg (Münih: C. H. Beck, 2022), N. 1351.

¹³ Johannes Frey ve Stephanie Fichtner, “§ 27 Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf bei Personengesellschaften im Wege des Share Deals und des Asset Deals,” içinde *Beck’sches Handbuch der Personengesellschaften*, ed. Ulrich Prinz ve Holger Kahle (Münih: C. H. Beck, 2020), N. 8-9.

¹⁴ Heribert Heckschen ve Alexander Scherz, “§ 25. Unternehmenskauf,” içinde *Beck’sches Notar-Handbuch*, ed. Heribert Heckschen, Sebastian Herrler ve Christof Münch (Münih: C. H. Beck, 2024), N. 9-15; Timo Engelhardt ve Niclas von Woedtke, “Kapitel II. Kaufgegenstand,” içinde *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, ed. Hans-Joachim Holzapfel ve Reinhard Pöllath (Köln: RWS Verlag, 2017) N. 35; Jaques, “A. Einführung und Überblick über den Ablauf eines Unternehmensverkaufs,” N. 31.

rejimine uygun olarak devredilmelidir (örneğin taşınmazların devrinde BGB § 311b f. 1'e uygun hareket edilmelidir)¹⁵.

Böylece hem Türk hukuku hem de Alman hukukunda malvarlığının devri mümkün olmakla birlikte en önemli fark, Türk hukukunda ticari işletme bir bütün olarak, ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmadan devredilebilirken, Alman hukukunda bunun mümkün olmamasıdır.

2. Pay Devri (*Share Deal*) Yolu ile Devralma

Aslında uygulamada daha çok karşılaşılan durum pay devri yolu ile devralmalardır¹⁶. Bu çalışmada ayrıca belirtilmese de pay devri yoluyla devralmalarda satıcının sorumluluğu ele alınacaktır ve devralma işlemlerinden bahsedilirken, pay devri yoluyla devralmadan söz edilecektir.

Pay devri yolu ile devralmalarda devredilen şirketin kendisi değil, şirketi temsil eden paylardır ve sadece şirketin pay sahiplerinde değişiklik yaşanmaktadır¹⁷. Böylece payları devralanlar ortaklık haklarını devralmış olmaktadır¹⁸. Burada önemli olan nokta, devralınan hususun ortaklık kontrolü olmasıdır¹⁹. Payları satın alan kişi doğrudan şirket malvarlığının maliki olmaktan ziyade, payları satılan şirkette kontrol sağlayarak şirket malvarlığına dolaylı yoldan sahip olmaktadır²⁰. Şirket malvarlığının sahibi aynı kalmakta, sadece pay sahipleri değişmektedir²¹. Kontrolü sağlayacak oranda bir pay devralındığında ise artık pay devri yoluyla devralmadan söz edilebilecektir²². Kontrolü sağlayacak oranda payın devralınmasının gerekli olmasıyla birlikte, kontrolü sağlamak için gerekli oran, hedef ortaklığın özel

¹⁵ Frey ve Fichtner, “§ 27 Unternehmenskauf,” N. 11; Engelhardt ve von Woedtke, “Kaufgegenstand,” N. 40.

¹⁶ Paslı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 161.

¹⁷ Stefan Korch, “Der Unternehmenskauf,” *Juristische Schulung*, Heft 6 (2018): 522; Ekrem Çatalkaya, “Ticaret Şirketlerinde Birleşme ve Devralmalar” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2019), 41.

¹⁸ Merve Çek, “Birleşme-Devralma İşlemleri Çerçevesinde “Due Diligence ve Engagement Letter”” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2021), 24.

¹⁹ Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özelinde Devralma,” 60.

²⁰ Gerhard Picot, “IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium bei der Durchführung von Mergers & Acquisitions, X. Der Unterhemenskaufvertrag – Vertragliche Gestaltung und Abschluss,” içinde *Handbuch Mergers & Acquisitions*, ed. Gerhard Picot (Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 2012), 287.

²¹ Paslı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 147.

²² Mira Eigler, “Kapitel III: Haftung und Gewährleistung,” içinde *Praxishandbuch Unternehmenskauf*, ed. Jürgen van Kann (Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 2009), 90.

durumuna göre değişiklik gösterecektir (örneğin imtiyazlı payların mevcut olması durumunda bu oranlar değişiklik gösterebilecektir)²³. Malvarlığının devri yolu ile devralma kapsamında, alıcı, özellikle istediği malvarlıklarını satın alma, borçları göz ardı etme ve istemediklerini sözleşme kapsamı dışında tutma imkanına sahipken, pay devri yolu ile devralma söz konusu olduğunda şirkete ait tüm malvarlıkları ve borçlar, ekonomik açıdan üstlenilir²⁴. Pay devri yolu ile devralma açısından benzeri bir sonuca ulaşabilmek adına tasarruf işlemi belirli şartlara bağlanabilir. Örneğin tasarruf işlemi, alıcının, hedef işletmede satın alma niyetinde olmadığı kısımların elden çıkarılması veya borçların ödenmesi şartına bağlanabilir²⁵. Pay devri için gerekli olan borçlandırıcı işleme “pay satım sözleşmesi” ve tasarruf işlemine “pay devir sözleşmesi” denilmektedir²⁶.

Söz konusu devirde uygulanacak hükümler ise Türk hukukuna göre TBK m. 207-236 arasında düzenlenen menkul satım hükümleridir. Ortaklığın aktifleri arasında bir taşınmazın bulunup bulunmamasının, menkul satım hükümlerinin uygulanması bakımından bir etkisi yoktur²⁷. Sonuç olarak burada satış sözleşmesinin bir türü bulunmaktadır ve satım konusu paylardır, taşınmazın kendisi değil. Ancak satım sözleşmesi hükümlerinin doğrudan mı yoksa kıyasen mi uygulanacağı hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır²⁸. Ortada bir taşınırdan ziyade şirket gibi karmaşık bir yapının kontrolünü sağlayacak olan bir hakkın satılması sebebiyle satım hükümlerini kıyasen uygulamak daha doğru olacaktır²⁹.

Alman hukukunda da benzer bir sonuca ulaşılmaktadır ve pay devrinde uygulanacak hükümler yine satım hükümleridir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak Alman hukuku burada kanunda öngörülmuş bir atıf yapmaktadır. Alman hukukuna göre pay devri, BGB § 453'e göre bir “*Rechtskauf*” (hak satın alımı) teşkil etmektedir³⁰. BGB § 453 f. 1 ise

²³ Pashı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 162; Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 163-64.

²⁴ Florian Kästle ve Dirk Oberbracht, *Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement* (Münih: C.H. Beck, 2018), 4.

²⁵ Joachim Rosengarten, Frank Burmeister ve Martin Klein, *Mergers and Acquisitions in Germany* (Münih: C. H. Beck, 2020), 133.

²⁶ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 155.

²⁷ Pashı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 219.

²⁸ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 159.

²⁹ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 159.

³⁰ Picot, “IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag,” 303.

BGB'nin eşya satım hükümlerine yollama yapmakta ve hak satın alımlarında da eşya satım hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece Alman hukukunda söz konusu işleme eşya satım hükümlerinin uygulanacağı kanunda açıkça öngörülmüştür³¹. Dikkat edilmesi gereken nokta, Alman hukukunda hak satımlarına da eşya satım hükümlerinin uygulanacağı kanunda açıkça belirtilmiş ve pay devirlerine eşya satım hükümleri bu atıf yoluyla uygulanırken, Türk hukukunda pay devirlerine satım hükümleri kıyasen uygulanmaktadır.

B. Devralma Süreci

Devralma süreci, Türk hukukunda da Alman hukukunda da neredeyse aynıdır. Bu süreç Türk ve Alman hukukunda düzenlenmemiş olmakla birlikte genellikle her ülkede benzerlik göstermektedir. Bu sebeple bu kısımda bir karşılaştırmadan ziyade genel olarak devralma süreci ele alınacaktır. Söz konusu süreci hazırlık dönemi ile *signing* ve *closing* dönemi olarak ikiye ayırmak mümkündür.

1. Hazırlık Dönemi

Devralmaya hazırlık dönemi Türk hukukunda da Alman hukukunda da kanunen düzenlenmemiştir, ancak uygulamada her devralma sürecinde ortaya çıkan en önemli kısımlardan biridir³². Bu dönem bilgilendirme mektubu, gizlilik anlaşması, niyet mektubu ve *due diligence* aşamalarına ayrılabilir.

a) Bilgilendirme Mektubu (*Informationsbrief*)

Devralma süreci, eğer işlemi başlatmak isteyen satıcıysa, genellikle potansiyel alıcılara gönderilen bir bilgilendirme mektubu ("*teaser*") ile başlar³³. Bilgilendirme mektubu, satılacak şirketin genellikle gayri resmi, anonim ve kısa bir tanımının yanı sıra, muhatabına şirketi satın alma

³¹ Robert Koch, "Zweiter Abschnitt. Handelskauf (§ 373 - § 382)," içinde *Handelsgesetzbuch Kommentar*, ed. Hartmut Oetker (Münih: C.H. Beck, 2024), HGB vor § 373 N. 36.

³² Serkan Altoprak, *Türk ve Alman Hukuku Karşılaştırmalı Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 19.

³³ Rüdiger Wilhelmi, "BGB § 453 Rechtskauf; Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte," içinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann (Münih: C. H. Beck, 2023), N. 355, Erişim Tarihi: Ocak 25, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-453>.

konusundaki ilgisini ifade etmesi için bir davet içermekte ve satış süreci hakkında bilgilendirmektedir³⁴. Söz konusu belge özellikle Almanya'da genellikle satıcı adına satış sürecini yönetecek olan yatırım bankası tarafından hazırlanmaktadır. Bilgilendirme mektubu henüz bir irade beyanı oluşturmamakla birlikte buna bağlanan çeşitli hukuki sonuçlar gündeme gelebilmektedir³⁵. İlgili hukuki sonuçlara ileride değinilecektir.

b) Gizlilik Sözleşmesi (*Vertraulichkeitsvereinbarung*)

Hazırlık döneminde satıcı, devredilecek şirket ile ilgili bazı gizli kalması gereken bilgileri alıcıya verir. Söz konusu bilgiler bilgilendirme mektubu ile de verilebileceği gibi genellikle en geç *due diligence* aşamasında karşı tarafa verilmiş olur³⁶. İşte işbu bilgilerin üçüncü kişilere verilmemesi, bilgilerin sadece bilgiyi verenin onayının dahilinde kullanılması için taraflar, aralarında bir gizlilik sözleşmesi (*Non-Disclosure Agreement/NDA*) akdederler³⁷. Gizlilik sözleşmesinde gizli bilgilerin tanımı yapılır (genellikle geniş bir tanım tercih edilir), gizlilikle ilgili yükümlülükler düzenlenir (belgelerin kaç nüshasının çıkarılabileceği, bilgi ve belgelerin kimlere verilebileceği vb.), gizli bilgilere kimlerin erişimi olduğu belirlenir ve genellikle yükümlülüklerin ihlali sonucu bazı cezai şartlar kararlaştırılır³⁸.

c) Niyet Mektubu (*Letter of Intent*)

Taraflar arasındaki görüşmeler belirli bir noktaya ulaştıktan ve ilk kilit noktalar belirlendikten sonra, artık söz konusu işlemin gerçekleşmesinin olası olduğu aşamada taraflar, işlem hakkındaki niyetlerini gösteren yazılı bir niyet mektubu hazırlarlar³⁹. Böylelikle uzun bir süreç olan devralma sürecinde çok fazla ilerleme kaydetmeden önce taraflar, isteklerinin arasındaki farkın çok fazla olup olmadığını görme ve aynı sayfada olamayacak kadar fazla bir farkın olması durumunda bu süreçten ayrılma imkanı elde etmektedirler. Niyet mektubu, bağlayıcılığı olmayan, karşı

³⁴ Wilhelmi, "BGB § 453," N. 355.

³⁵ Wilhelmi, "BGB § 453," N. 359.

³⁶ Wilhelmi, "BGB § 453," N. 362.

³⁷ Bülent İyit, "Milletlerarası Özel Hukukta Ticari Şirketlerde Birleşmeler ve Devralmalar" (Yüksek Lisans Tezi, MEF Üniversitesi, 2021), 51.

³⁸ Wilhelmi, "BGB § 453," N. 363; Altoprak, *Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler*, 20.

³⁹ Eike Fietz, "§ 14. Mergers & Acquisitions," içinde *Corporate Compliance Checklisten*, ed. Karsten Umnuß ve Cornelia Godzierz (Münih: C. H. Beck, 2022), N. 61.

tarafı bir müzakereye girişme amacı taşıyan bir irade beyanıdır ve öneri değil, öneriye davettir (*invitatio ad offerendum*)⁴⁰. Gerçi uygulamada genellikle niyet mektubunun bazı kısımlarının bağlayıcı olduğu ve bazı kısımlarının bağlayıcı olmadığı maddelerde açıkça belirtilmektedir (*Binding Clause – No Binding Clause*) ve öneri mi değil mi sorusu gündeme gelmemektedir⁴¹. Bağlayıcı olmayan hükümlerin olması ise mantıklıdır, çünkü alıcı, henüz sürecin başında devralınacak şirket hakkında çok fazla bilgiye sahip değildir. Niyet mektubu bir sözleşme yapma vaadi (önsözleşme) olmamakla birlikte, tarafların bunu sözleşme yapma vaadi olarak kararlaştırmalarının önünde bir engel yoktur⁴².

d) İnceleme (*Due Diligence*)

Due diligence, aslında hedef şirketin risklerini tespit etmek amacıyla alıcının, pay satım sözleşmesi akdedilmeden önce, hedef şirketi hukuki, ekonomik ve teknik açılarından incelemesidir ve hazırlık döneminin en önemli kısımlarından birisidir⁴³. *Due diligence*, genelde alıcı tarafından çeşitli alanlarda (ticari, finansal, hukuki, vergisel, çevresel, teknik vb.) ve her alana özgü profesyonel yardımlarla yapılmaktadır⁴⁴. Bunun sonucunda elde edilen verilerle de bir *Due Diligence* Raporu hazırlanır⁴⁵. *Due diligence* kapsamında alıcı, satıcıya, cevaplamasını istediği bir soru listesi atar⁴⁶. Satıcı da satın alana ilgili belgeleri sağlar. Belge sağlama, uygulamada alıcıya fiziki veya daha sıklıkla elektronik bir “veri odası” (*data room, Datenraum*) sağlama yoluyla gerçekleşir⁴⁷. Veri odasından edinilen bilgiler de *due diligence* raporuna eklenir. Raporda genelde riskli görülen hususlar kırmızı,

⁴⁰ Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 365-70.

⁴¹ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 61.

⁴² Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 365-70.

⁴³ Gunnar Groh, “Gerichtsverfassungsrecht, Handelsrecht- und Gesellschaftsrecht,” içinde *Weber Rechtswörterbuch*, ed. Klaus Weber (Münih: C. H. Beck, 2023), *due diligence*.

⁴⁴ Florian Kästle ve Carl Svernlöv, “§ 1 Introduction to Legal Due Diligence,” içinde *Legal Due Diligence in International M&A Transactions*, ed. Florian Kästle ve Carl Svernlöv (Münih: C. H. Beck, Hart, Nomos, 2022), N. 11-33.

⁴⁵ Florian Kästle ve Carl Svernlöv, “§ 6 Due Diligence Report,” içinde *Legal Due Diligence in International M&A Transactions*, ed. Florian Kästle ve Carl Svernlöv (Münih: C. H. Beck, Hart, Nomos, 2022), N. 1-4.

⁴⁶ Florian Kästle, “§ 2 Preparation of the Legal Due Diligence by the Seller,” içinde *Legal Due Diligence in International M&A Transactions*, ed. Florian Kästle ve Carl Svernlöv (Münih: C. H. Beck, Hart, Nomos, 2022), N. 37 vd.

⁴⁷ Hasan Pulaşlı, “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, S. 2 (2007): 221; Kästle, “§ 2 Preparation of the Legal Due Diligence by the Seller,” N. 12.

orta riskli hususlar turuncu veya sarı, az riskli veya risksiz hususlar yeşil ile renklendirilir⁴⁸. Söz konusu rapor sıklıkla yüzlerce sayfayı bulmaktadır⁴⁹. Böylece *due diligence* aşamasında saptanan risklerle birlikte, devralma işleminin şirket için faydalı ve etkili olup olmayacağına karar verilir⁵⁰.

2. *Signing* ve *Closing*

“*Signing*” ve “*Closing*” İngiliz uygulamasından gelen terimlerdir. *Signing* ile birlikte taraflar pay satım sözleşmesini akdederler⁵¹. Böylece borçlandırıcı işlem gerçekleşmiş, satıcı paylarını alıcıya devretme, alıcı da satış bedelini ödeme borcu altına girmiş olur. *Closing*'de (kapanış) ise taraflar aynı sözleşme ile payların devri işlemini gerçekleştirirler ve böylece tasarruf işlemi gerçekleşmiş olur⁵². *Signing* ile *closing* arasında genelde belirli bir zaman dilimi olur ve payların devri, yani *closing*, satış bedelinin ödenmesi koşuluna ve başkaca koşullara bağlanır⁵³. Söz konusu zaman aralığı günler olabileceği gibi aylar da olabilir ve bu sürede tasarruf işleminin yapılması için gerekli hazırlık adımları atılır, engeller kaldırılır. *Closing*'in başkaca koşullara bağlanması durumunda *closing* için bu koşullar da göz önüne alınmalıdır. Örneğin yukarıda da belirtildiği gibi, alıcının, hedef işletmede satın alma niyetinde olmadığı kısımlar olabilir. Bu durumda satıcıdan bu kısımları ayırması (örneğin, yeni bir şirkete devri ile) istenebilir ve *closing* bu şarta bağlanabilir (*carve-out*)⁵⁴. Uygulamada sözleşmelere özellikle MAC klozları konulmaktadır. Söz konusu klozlar, *closing*'den önce işletmede veya piyasada (günümüzde bu klozlar daha çok piyasalara odaklanmaktadır) önemli bir olumsuz değişiklik meydana gelmesi durumunda, alıcının *closing*'den kaçınmasına olanak tanıyan hükümlerdir⁵⁵. *Signing* ve *closing* arasındaki bu dönemde uygulamada sık karşılaşılan klozlardan birisi olarak ayrıca “*covenants*” (taahhütnameler) göze

⁴⁸ Kästle ve Svernlöv, “§ 6 Due Diligence Report,” N. 43.

⁴⁹ Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 390-91.

⁵⁰ Altoprak, *Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler*, 20.

⁵¹ Pashı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 163; Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 572.

⁵² Pashı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 164; Christopher M. Picot, “§ 21 Unternehmenskauf, Mergers & Acquisitions,” içinde *Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht*, ed. Volker Römermann (Münih: C. H. Beck, 2023), N. 228.

⁵³ Wolfgang Weitnauer, ed., *Handbuch Venture Capital* (Münih: C. H. Beck, 2022), Teil H. Exit N. 48.

⁵⁴ Rosengarten, Burmeister ve Klein, *Mergers and Acquisitions*, 133.

⁵⁵ Mehmet Eski, “Sermaye Şirketlerinin Sınır Ötesi Devrine Yönelik Pay Satışı” (Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2016), 98-100; Rosengarten, Burmeister ve Klein, *Mergers and Acquisitions*, 133.

çarpmaktadır. Satıcı genellikle sözleşmede bazı taahhütlerde bulunur. Bu taahhütler genelde satıcıyı, bazı işlerin yapılması bakımından kısıtlayan taahhütlerdir. Ayrıca bazı ticari kararların ancak alıcının onayı ile alınabileceği taahhütleri de uygulamada sıkça karşılaşılan taahhütlerdendir. Böylece alıcı, *closing* gerçekleşene kadar devralınacak şirket üzerinde kısmi bir kontrol sağlamak ve satıcının şirkete zarar verebilecek davranışlarını önleme imkanı elde etmektedir⁵⁶. Ancak bu klozlar hazırlanırken dikkatli olmak gerekir çünkü henüz daha tasarruf işlemi gerçekleşmeden devralınan şirketi kontrol etmek, rekabet hukuku kurallarının ihlaline yol açabilir⁵⁷. Rekabet yasağından dolayı gerekli kurullardan izin alamama riskini taşımak istemeyen satıcı aynı zamanda “*Hell or High Water*” klozu eklemek isteyebilir. Örneğin rekabet kurulu devralmanın gerçekleşmesi için bazı iştiraklerin satılması gerektiğine karar verebilir. Bu klozun varlığı halinde satıcı bu iştirakleri ilgili karar uyarınca satsa ve bu iştirakler şirket için çok önemli olsa bile alıcı, *closing*'i gerçekleştirmek zorundadır. Ancak bu kloz standart olmamakla birlikte, bu klozla ancak satıcının güçlü bir müzakere pozisyonuna sahip olması durumunda karşılaşılmaktadır⁵⁸. *Closing*'in bir diğer önemli sonucu ise artık hasarın alıcıya geçmesidir (BGB § 446/TBK m. 208)⁵⁹.

II. SATICININ SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI

Satıcının kanun hükümlerine dayanan sorumlulukları ve bunların ihlalinin hukuki sonuçları incelenirken, devralma işlemlerinde tarafların her şeyi sözleşme ile düzenlemek istedikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu sözleşmelerde taraflar genelde akla gelebilecek her şeyi sözleşmeye geçirmek, yedek kanun hükümlerine başvurulmasından kaçınmak istemektedirler. Bu sebeple uygulamada da yüzlerce sayfa devralma sözleşmeleri hazırlanmakta ve uyuşmazlıkları sadece sözleşme hükümlerine dayanarak çözüme eğilimi görülmektedir. Böylece taraflar genelde hem c.i.c. sorumluluklarını hem de ayıp hallerini kendileri düzenlemekte ve sonuçlarını

⁵⁶ Rosengarten, Burmeister ve Klein, *Mergers and Acquisitions*, 133.

⁵⁷ Wolfgang Meyer-Sparenberg ve Christof Jäckle, *Beck'sches M&A-Handbuch* (Müniç: C. H. Beck, 2022), § 33 Fusionskontrollrechtliche Aspekte im Unternehmenskaufvertrag N. 16.

⁵⁸ Kästle ve Oberbracht, *Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement*, 119.

⁵⁹ Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özeline Devralma,” 157; Wilhelm, “BGB § 453,” N. 573.

kendileri belirlemektedir. Bu sebeple devralma sözleşmelerinin kanun hukuku değil sözleşme hukuku olduğunu söyleyen yazarlar mevcuttur⁶⁰. Ancak taraflar sözleşmelerde bazı noktaları gözden kaçırabilir veya emredici hükümlere aykırı hususlar belirlemiş olabilirler. İşte bu durumda yedek kanun hükümleri devreye girmektedir.

A. Satıcının *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu

Taraflar, özellikle hazırlık döneminde bir sözleşme akdetmek için bazı müzakereler sürdürmektedirler. Bu süreç boyunca taraflar müzakerelerin nasıl işleyeceğini, kendileri bir niyet mektubu ile belirleyebilecekleri gibi bazı hususları belirlemeyi atlamış ya da belirlememiş olabilirler. Bu süreç boyunca müzakerelerin işleyişine dair bir anlaşma olsun veya olmasın, satıcının alıcı ile iletişime geçtiği ilk andan itibaren bazı sorumlulukları doğmaktadır.

Satıcının, alıcı ile ilk etkileşimi bilgilendirme mektubu vasıtasıyladır. En geç bilgilendirme mektubunun iletilmesiyle birlikte artık taraflar arasında bir güven ilişkisi doğmaktadır⁶¹. Bu etkileşim ve taraflar arası müzakereler ise tüm hazırlık dönemi boyunca devam etmekte ve tarafların arasındaki güven ilişkisi de zamanla kuvvetlenmektedir. Bu güven ilişkisiyle birlikte taraflar arasında sözleşme öncesi bir yükümlülük doğduğu söylenebilir⁶². Dikkat edilmesi gereken, henüz bu aşamada taraflar arasında bir sözleşme kurulmamıştır. Ancak taraflar arasında bir güven ilişkisi doğmuştur ve bu ilişkiye uygun hareket etme yükümlülüğü mevcuttur. Bu sorumluluğun kaynağı ise *culpa in contrahendo* (“*c.i.c.*”) sorumluluğudur. *C.i.c.*, aslında “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur” anlamına gelmektedir⁶³. Burada artık müzakerelerle oluşan güven ilişkisinden kaynaklı bir borç ilişkisinden söz etmek mümkün olacaktır. Söz konusu müzakereler sebebiyle oluşan güven ilişkisinin ihlalinden kaynaklanan bir zarar doğduğunda ise taraflar bazı hukuki sonuçlara katlanmak zorunda kalacaklardır⁶⁴.

⁶⁰ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 26.

⁶¹ Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 361.

⁶² Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 361.

⁶³ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 512.

⁶⁴ Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 586.

1. Türk ve Alman Hukukunda *Culpa in Contrahendo*

Türk hukukuna göre taraflar, sözleşme müzakereleri sırasında Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m. 2’den kaynaklanan dürüstlük kuralına uygun hareket etmek ve taraflar arasında doğan güven ilişkisini ihlal etmemek zorundadırlar⁶⁵. TMK m. 2’den doğan bu güven ilişkisi ihlal edildiğinde, ihlal eden tarafın c.i.c. sorumluluğu gündeme gelebilecektir. C.i.c. sorumluluğunun Türk hukukunda kanunda açıkça öngörüldüğü bazı haller bulunmaktadır (TBK m. 35 yanılmada kusur, m. 39 f. 2 aldatma veya korkutma, m. 47 yetkisiz temsil)⁶⁶. Ancak söz konusu haller bütün c.i.c. hallerini kapsamaktadır. Özellikle sözleşmenin kurulamaması ve eksik veya yanlış bilgi verme sebebiyle bir tarafın, karşı tarafı zarara uğratmasında c.i.c. sorumluluğu doğacağı kanunda açıkça öngörülme de öğretide kabul edilmektedir ve böylece zarar görene bir tazminat isteme hakkı sağlanmaktadır⁶⁷. C.i.c. sorumluluğu için geçerli bir sözleşmenin varlığı şart değildir, müzakerelere başlanmış olması yeterlidir⁶⁸. Türk hukukunda, bahsi geçen müzakereler esnasındaki kusurlu davranışıyla karşı tarafa zarar veren tarafın haksız fiil hükümlerine göre mi yoksa borca aykırılık hükümlerine göre mi sorumlu olacağı tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk bu gibi durumlarda borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir⁶⁹. Yargıtay uygulaması da bu görüşe paraleldir⁷⁰. Böylece TBK m. 112 ve devamında yer alan borcun ifa edilmemesini düzenleyen hükümler uygulama alanı bulacak ve tazminat hakkının zamanaşımı süresi, zarar veren davranıştan itibaren 10 yıl olacaktır⁷¹. Kanunda aksi öngörülmediği müddetçe de tazmin edilmesi gereken zarar olumsuz zarar olacaktır (TBK m. 35 f. 1 kıyasen) ve böylece müzakereler hiç yapılmayıp, uğranılmayacak olan zarar tazmin edilecektir⁷². Söz konusu sözleşme öncesi

⁶⁵ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 350 §19 N. 2.

⁶⁶ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 350 §19 N. 2.

⁶⁷ Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 586-87.

⁶⁸ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 349 §19 N. 1.

⁶⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 513; Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 346-50; Mustafa Arıkan, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1 (2009): 87.

⁷⁰ Y. HGK, E. 2012/1220, K. 2013/239, 13.02.2013, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁷¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 514.

⁷² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 514.

ihlal aynı zamanda sözleşmeden doğan borcun ihlaline yol açarsa bu durumda artık doğrudan borca aykırılık hükümleri uygulanacaktır⁷³.

Alman hukukunda da yine c.i.c. sorumluluğu gündeme gelmektedir. TBK'da açıkça öngörülen yanıltmada kusur, aldatma veya korkutma ve yetkisiz temsil sorumlulukları BGB'de de açıkça öngörülmüştür, BGB §§ 122, 123, 179. Ancak BGB, c.i.c. sorumluluğunu TBK'ya göre daha kapsamlı ele almakta ve başka bir maddeye daha yer vermektedir. BGB § 311 f. 2'ye göre taraflar arasında bir borç ilişkisi, bir tarafın potansiyel bir sözleşme ilişkisiyle ilgili olarak diğer tarafa haklarını, yasal çıkarlarını ve diğer menfaatlerini etkileme imkânı verdiği bir sözleşme görüşmesiyle veya benzeri etkileşimlerle doğabilir. Bu borç ilişkisinden doğan yükümlülükler BGB § 241'de düzenlenmiş ve taraflara, diğer tarafın haklarını, yasal çıkarlarını ve menfaatlerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşme görüşmelerinin başladığının kabulü için, bir sözleşme ilişkisi kurmayı amaçlayan ön görüşmenin başlaması yeterlidir. Örneğin BGB § 241a aksini öngörmeseydi, ismarlanmayan şeyin gönderilmesiyle BGB § 311 f. 2 kapsamında c.i.c. sorumluluğuna dayanan bir borç ilişkisi doğduğu kabul edilebilir olacaktı⁷⁴. Bu borç ilişkisinin ihlali sonucunda da artık zarar gören BGB § 280 f. 1 uyarınca tazminat hakkına sahip olacaktır. Tazminat miktarı BGB § 249'a göre belirlenecek ve buna göre zarar gören, zarar verici davranış hiç olmasaydı hangi konumda olacaktıysa o konuma getirilecektir, yani olumsuz zarar (güven zararı) istenecektir⁷⁵. Eğer sözleşme akdedildiyse ancak dezavantajlı bir sözleşme ise, zarar görenin sözleşmenin iptalini talep edebileceği de kabul edilmektedir⁷⁶. Tazminat hakkının zamanaşımı süresi ise BGB § 195'teki genel kurala göre 3 yıl olacaktır ve BGB § 199 f. 1'e göre de hakkın doğduğu ve alacaklının, alacağı yol açan durumu öğrendiği ve borçlunun kimliği hakkında bilgi sahibi olduğu veya gerekli özeni gösterseydi bilgi sahibi olabileceği yılın bitimi ile birlikte başlayacaktır⁷⁷. C.i.c. sorumluluğunun kaynaklandığı

⁷³ Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 589.

⁷⁴ Volker Emmerich, "BGB § 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse," içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C. 3*, ed. Wolfgang Krüger (Münih: C. H. Beck, 2022), N. 49.

⁷⁵ Martin Fries ve Reiner Schulze, "§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse," içinde *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, ed. Reiner Schulze (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021), N. 26.

⁷⁶ Fries ve Schulze, "§ 311," N. 26.

⁷⁷ Emmerich, "BGB § 311," N. 238.

durumdan dolayı satıcı aynı zamanda ayıptan da sorumlu tutulursa bu durumda artık ayıp hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁷⁸.

Böylece aslında hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda c.i.c. sorumluluk sebepleri ile ihlalin sonuçları birbirine benzemektedir. Ancak Alman hukukunda kanunda açıkça öngörülen c.i.c. halleri Türk hukukuna göre daha kapsamlıdır. Ayrıca Alman hukukunda ilgili tazminatlar için zamanaşımı süresi Türk hukukunun aksine 10 yıl değil 3 yıldır. Zamanaşımı Türk hukukunda zarar verici davranışla başlarken Alman hukukunda bu davranışın işlendiği yılın bitimiyle başlamaktadır. Fakat sonuçları itibariyle her iki ülkenin hukukunda da olumsuz zarar talep edilmektedir.

C.i.c. sorumluluğunun en sık görüldüğü olay grupları ise, bir tarafın geçersizliği bilmesine rağmen geçersiz bir sözleşmenin kurulması, bir tarafın sözleşmenin yapılması için bazı masraflara katlanması ve diğer tarafın sözleşmenin kurulacağına dair tarafta bir güven oluşturmasına rağmen sözleşme müzakerelerinden sebepsiz yere vazgeçmesi, koruma yükümlülüklerinin ihlali, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali gibi hallerdir⁷⁹.

2. Devralmalarda *Culpa in Contrahendo* Olay Grupları

C.i.c. sorumluluğunun kaynağı ve sonuçları her iki ülkede benzerlik gösterdiği için devralma özelindeki olay grupları açısından ülkeler arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur, çünkü bunlar da birbirine benzemektedirler. Birbirinden ayrıldıkları noktalarda ayrıca bunlara değinilecektir.

Devralma sürecinde yukarıda bahsedildiği gibi bilgilendirme mektubunun iletilmesiyle birlikte taraflar arasında sözleşme müzakereleri başlamış olur ve artık c.i.c. sorumluluğu gündeme gelmektedir. Satıcı, *due diligence* veya bilgilendirme mektubundaki ihmalen veya kasten verilen yanlış bilgilerden c.i.c. kapsamında sorumlu olacaktır⁸⁰. Eğer ki söz konusu bilgiler yatırım bankası tarafından verildiyse satıcı yine de TBK m. 116 ve

⁷⁸ Christian Berger, “BGB § 433-515,” içinde *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, ed. Rolf Stürner (Müni: C. H. Beck, 2023), BGB § 437 N. 34.

⁷⁹ Astrid Stadler, “BGB §§ 256–326, 328–361, 759–822, Rom-II-VO,” içinde *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, ed. Rolf Stürner (Müni: C. H. Beck, 2023), § 311 N. 60-65.

⁸⁰ Holger Michael Kleinhenz ve Oliver Junk, “Die Haftung des Verkäufers für Falschangaben beim Unternehmenskauf,” *Juristische Schulung*, Heft 9 (2009): 791; Picot, “IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag,” 287.

BGB § 278 uyarınca yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ve c.i.c. kapsamında sorumlu olacaktır. TBK m. 36 ve BGB § 123'ün (aldatma) şartları sağlandığı takdirde alıcı, sözleşmeyi iptal edip tazminat isteyebilecek veya iptal etmese dahi tazminat isteyebilecektir⁸¹.

Eğer satıcı, alıcıya bir güven verip ardından devralma sürecini sebepsiz bir şekilde sonlandırır, alıcıya yine bu kapsamda tazminat ödemek zorunda kalabilir. Taraflar özellikle niyet mektubunda bir sözleşme vaadinde bulunmadıkları sürece söz konusu müzakereler, taraflara bir sözleşme akdetme zorunluluğu yükleyemez⁸². Kural olarak hangi aşamada olunursa olunsun müzakerelere son veren taraf tazminat ödemez. Ancak satıcı sözleşme kurma isteği konusunda karşı tarafı aldatmışsa veya satıcı ortada hiçbir sebep yokken karşı tarafa güven vermesine rağmen sözleşme kurmaktan vazgeçerse c.i.c. kapsamında tazminat gündeme gelebilir⁸³. Ancak devralmalarda sözleşme öncesi hazırlık döneminde genellikle çok yüksek tutarda masraflar yapıldığından dolayı taraflar sıklıkla bu süreçte aralarında anlaşıp, genellikle niyet mektubuna bağlayıcı bir madde koyarak, bir bedel ödeme karşılığında bir tarafın ortada bir sebep yokken müzakerelere devam etmeyip sözleşme akdetmekten vazgeçmesini mümkün kılmaktadır (“*break-up fees*”)⁸⁴.

Her ne kadar özellikle alıcının sorumluluk alanına girse de gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünden de bahsetmekte fayda vardır. Söz konusu müzakereler sırasında tarafların edindikleri bilgiler gizli olabilir (özellikle *due diligence* kapsamındaki bilgiler) ve bunlar gerekli olmadıkça üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır⁸⁵. Eğer ki bu gizli bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılırsa ve gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü ihlal edilirse paylaşan taraf c.i.c. kapsamında sorumlu olacaktır. Ancak üçüncü kişilere bilgi aktarmanın ne zaman gerekli olduğu hususunun saptanması zor olduğundan

⁸¹ Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 359.

⁸² Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 83; Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 410.

⁸³ Julia Lösch, *Culpa in contrahendo im Rahmen von Post M&A-Streitigkeiten* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2024), 89-91; Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 359; Eski, “Pay Satışı,” 35-36; Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 83-84.

⁸⁴ Lösch, *Culpa in contrahendo*, 92; Stadler, “BGB,” § 311 N. 61. *Break-up fees* hakkında ayrıca bkz. Kadir Berk Kapanıcı, “Şirket Birleşme-Devralma Süreçleri Özelinde Varlık Gösteren “*Break-up Fee*” Klozlarının Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 1 (2024): 421 vd.

⁸⁵ Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 84.

dolayı, taraflar arasında uygulamada sıklıkla görülen ve yukarıda da değinilen gizlilik sözleşmesi (NDA) akdedilmektedir⁸⁶.

Satıcı, hazırlık aşamasında alıcıyı belirli konularda aydınlatma yükümlülüğü altında olabilir. Türk hukuku kapsamında bu dürüstlük kuralından, Alman hukukunda ise doğrudan BGB § 311 f. 2 uyarınca kurulan sözleşme öncesi borç ilişkisinden kaynaklanabilir⁸⁷. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucunda da satıcı yine c.i.c. kapsamında sorumlu tutulabilecek, şartlar oluşmuşsa tıpkı yanlış bilgi vermedeki gibi aldatmadan sorumlu tutulabilecektir. Kural olarak taraflar, kendi bilgilerini kendi yararları için kullanabilirler ve gerçekleri öğrenmek, her tarafın kendi risk alanındadır⁸⁸. Ancak spesifik hususlarda aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir⁸⁹. Özellikle alıcıya ekonomik açıdan önemli ölçüde zarar verme olasılığı olan bir durumda, satıcı aydınlatma yükümlülüğü altında olacaktır⁹⁰. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, şirketin varlığını tehlikeye sokan durumları, özellikle iflas ve borca batıklığı⁹¹, sözleşmenin imzalanmasından kısa bir süre önce satıcının gelirinin %40'ının fesih sebebiyle kaybedilmesini⁹² aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ele almış; ancak bir şirketin değerini ve cirosunu bu kapsamda ele almamıştır⁹³.

Devralmalarda ise satıcının, *due diligence* kapsamında sağladığı veri odasıyla birlikte aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Bir görüşe göre, satıcının sağladığı veri odasıyla birlikte aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş olur. Buradan sonra artık

⁸⁶ Wilhelmi, "BGB § 453," N. 408-09.

⁸⁷ Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 221; Wilhelmi, "BGB § 453," N. 412.

⁸⁸ Picot, "IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag," 254.

⁸⁹ Caroline Boll-Kempelmann, "Arglist beim Unternehmenskauf," *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 13 (2021): 542; Pulaşlı, "Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence," 227.

⁹⁰ Matthias Schudlo ve Patrick Kemper, "Vorvertragliche Aufklärungspflichten und deren Erfüllung im Rahmen von M&A-Transaktionen," *Betriebs Berater*, Heft 04 (2024): 139.

⁹¹ Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi – "BGH"), 04.04.2001 - VIII ZR 32/00, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-DNOTI-REPORT-B-2001-S-92-N-2>.

⁹² BGH, 06.12.1995 - VIII ZR 192/94, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-RR-B-1996-S-429-N-1>.

⁹³ Boll-Kempelmann, "Arglist beim Unternehmenskauf," 543.

belgelerin detaylıca incelenmesi alıcının sorumluluğu kapsamındadır⁹⁴. *Due diligence* kapsamındaki bilgiler objektif olduğu, olaylar hakkında kapsayıcı bir tablo ortaya koyduğu sürece aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirir. Bunun için ayrıca, alıcının bilgi ihtiyacı dikkate alınmalı, alıcının gerekli bilgileri elde etmesi sağlanmalı (örneğin iflas durumu veya borca batıklık *due diligence* kapsamında anlaşılıyor olmalı) ki bu yükümlülüğü yerine getirebilsin. Bundan sonra alıcının kendisini ilgilendiren konularda daha fazla soru sorup sormaması alıcının sorumluluğundadır⁹⁵.

Diğer bir görüşe göre ise satıcının alıcıya bir veri odası sağlaması, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini söylemek için yeterli değildir⁹⁶. Bu görüşün temelinde yatan sebep ise, satıcının ayıpları örtmek amacıyla veri odasına bir sürü bilgi koyup bir bilgi yığını yaratarak aydınlatma yükümlülüğünden kaçabilme ihtimalinin engellenmek istenmesidir⁹⁷. Aynı zamanda *due diligence*'ın temelinde alıcının tüm bilgileri kendi başına gözden geçirme isteğinden ziyade temel bilgileri gözden geçirme isteğinin olduğu ve bu durumun alıcının aleyhine sonuçlar yaratmaması gerektiği savunulmaktadır⁹⁸.

Sonucu bir görüşe göre ise alıcıya bir veri odası sağlanması, kural olarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre bazen yerine getirebilir. Özellikle eğer ki alıcı, veri odasının içeriğini, içerdiği bilgilerin hangisinin önemli olup hangisinin önemsiz olduğunu ve alaka düzeylerini rahatça anlayabiliyorsa bu durumda

⁹⁴ Boll-Kempelmann, "Arglist beim Unternehmenskauf," 543; Daniel Beisel, "§ 2 Due Diligence," içinde *Der Unternehmenskauf*, ed. Wilhelm Beisel ve Hans-Hermann Klumpp (Müni: C. H. Beck, 2016), N. 12; Andreas Gran, "Abläufe bei Mergers & Acquisitions," *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 20 (2008): 1411; Gabriele Vogt, "Die Due Diligence - ein zentrales Element bei der Durchführung von Mergers & Acquisitions," *Deutsches Steuerrecht*, Heft 47 (2001): 2027-28.

⁹⁵ Franz Wagner, "Informationspflichten des Verkäufers bei M+A Transaktionen nach neuerer BGH-Rechtsprechung unter Berücksichtigung von altem und neuem Schuldrecht," *Deutsches Steuerrecht*, Heft 23 (2002): 966.

⁹⁶ Picot, "IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag," 288.

⁹⁷ Schudlo ve Kemper, "Vorvertragliche Aufklärungspflichte," 141; Klaus J. Müller, "Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf," *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 31 (2004): 2198.

⁹⁸ Lösch, *Culpa in contrahendo*, 150; Picot, "IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag," 288.

aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği söylenebilecektir⁹⁹. Bu da somut olayın özelliklerine göre, örneğin işlemin hacmine veya *due diligence* için verilen süreye göre değişkenlik gösterebilecektir¹⁰⁰.

Alman Federal Mahkemesi 15.09.2023 tarihli bir kararında bu konu hakkındaki görüşünü belirtmiştir¹⁰¹. Her ne kadar olay aslında bir gayrimenkul satımına dayansa da somut olayda satıcının, alıcıya bir veri odası sağlaması ve bunun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği tartışıldığından dolayı, doktrinde bu kararın devralmalar için de bir emsal karar olduğu belirtilmektedir¹⁰². Alman Federal Mahkemesi, kararında, satıcının veri odasına ilgili bilgiyi koymasının ve alıcının bu bilgiyi kendi başına görebilme fırsatına sahip olmasının aydınlatma yükümlülüğü için yeterli olmadığını belirtmiştir. Normal şartlarda satıcı tarafından ayrı bir açıklama yapılmasının gerektiğine, sadece belirli durumlarda alıcıdan, satıcı tarafından veri odasında sağlanan belirli bilgileri dikkate alacağı ve bunları satın alma kararında da hesap edeceği makul bir şekilde beklenebilecekse böyle bir açıklamanın gerekmediğine karar vermiştir. Makul beklentinin ne zaman olabileceği hakkında da mahkeme bazı kriterler getirmiş ve *due diligence*'in kapsamı, veri odasının organizasyonu ve erişilebilirliği, tarafların arasındaki anlaşmalar, ilgili bilginin alıcı için önemi ve bilginin veri odasında ne kadar kolay ayırt edilebileceği kriterlerinin önemli olduğunu vurgulamıştır¹⁰³. Böylece Alman Federal Mahkemesi'nin üçüncü görüşü benimsediği söylenebilecektir.

Kanaatimce ikinci ve üçüncü görüş alıcıyı fazlaca korumaktadır ve burada birinci görüşü benimsemek daha doğru olacaktır. Zira HGB § 347 ve

⁹⁹ Claus Elfring, "Legal Due Diligence Reports," *Juristische Schulung – Beilage*, Heft 5 (2007): 14; Schudlo ve Kemper, "Vorvertragliche Aufklärungspflichten," 141; Jan Möller, "Offenlegungen und Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf," *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 22 (2012): 846; Verena Koppmann, "Die gesetzliche Aufklärungspflicht des Verkäufers und ihre Erfüllung beim Unternehmenskauf – ein Praxisleitfaden," *Betriebs Berater*, Heft 29 (2014): 1678.

¹⁰⁰ Lösch, *Culpa in contrahendo*, 151.

¹⁰¹ BGH, 15.09.2023 - V ZR 77/22, Erişim Tarihi: Şubat 14, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-2023-S-3423-N-1>.

¹⁰² Tobias Keller ve Kevin Schümmer, "M&A – Aufklärungspflichten des Verkäufers nach einer Due Diligence," *Neue Juristische Wochenschrift Spezial*, Heft 23 (2023): 720; Roman A. Mallmann ve Maria Henke, "Erfüllung von Aufklärungspflichten durch Unterlagen im Datenraum," *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 47 (2023): 3399.

¹⁰³ BGH, 15.09.2023 - V ZR 77/22, Erişim Tarihi: Şubat 14, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-2023-S-3423-N-1>.

TTK m. 18 f. 2 uyarınca hem Türk hukukuna hem de Alman hukukuna göre bir tacirin basiretli davranması gerekir. Basiretli bir tacir olarak, sağlanan veri odasındaki tüm bilgileri incelemek alıcının bir görevidir. Alıcı, kendisi bunu sağlayamıyorsa sağlayacak profesyonellerden yararlanmalı ve profesyonellerin sayısını da veri odasındaki belge ve bilgilerin kapsamına göre ayarlamalıdır. Veri odasında ilgili bilgiler yer aldığı ve bu bilgiler özellikle saklanmaya çalışılmadığı sürece (örneğin veri odasını özellikle karışık bir şekilde teslim etmek, aybın olduğu dokümanı olması gerekenden başka bir dosyaya koymak veya çok küçük puntolarla sayfa sonuna yazmak) satıcının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenebilir. Alıcı eğer ki veri odasının fazla kapsamlı olduğunu düşünüyor ve bilgileri yeterince dikkatli inceleyemeyeceği kanısına varıyorsa satıcıyla iletişime geçerek satış bedelinde indirim yapmasını isteyebilir veya sözleşme müzakerelerine son verebilir.

Ayrıca belirtmelidir ki alıcının isteği olmasına rağmen satıcı bir *due diligence* sürdürmek zorunda değildir. Alıcının, satıcıyı *due diligence* yapmaya zorlama hakkı mevcut değildir¹⁰⁴. Eğer satıcı, alıcının *due diligence* yapmasını reddederse alıcı burada isterse sözleşme müzakerelerine son verebilir, satış fiyatını düşürmeyi deneyebilir veya sözleşmede ayıp hükümlerine ilişkin detaylı maddelere yer vererek kendini korumaya alabilir¹⁰⁵.

Genel olarak c.i.c. sorumlulukları bunlardır. Ancak belirtildiği gibi devralma işlemlerinde söz konusu hazırlık aşamasında taraflar, müzakere şartlarını özellikle niyet mektubu ile belirleme serbestisine de sahiptirler¹⁰⁶.

B. Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu

Pay devri yolu ile gerçekleştirilen devralmalara Türk hukukuna göre kıyasen menkul satım hükümlerinin uygulanacağı, Alman Hukukuna göre de hak satın alımları için öngörülmüş atıf sebebiyle eşya satım hükümlerinin uygulanacağı yukarıda belirtilmişti. Bunun bir sonucu olarak da satıcı, alıcıya karşı ayıptan sorumlu olabilir.

¹⁰⁴ Klaus J. Hopt, "M&A, Due Diligence und Kautelarpraxis," *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Heft 01 (2022): 31.

¹⁰⁵ Wilhelmi, "BGB § 453," N. 392-93.

¹⁰⁶ Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 584-86.

1. Türk ve Alman Hukukunda Ayıptan Sorumluluk

Detaylı bir inceleme yapılmaksızın Türk ve Alman hukukunda ayıptan sorumluluk karşılaştırıldığında, bazı farklılıklar bulunsa da ayıp ve ayıptan sorumluluğun birbirine benzediği görülmektedir. TBK m. 219'a göre “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*” BGB § 433 f. 1 c. 2'ye göre ise satıcı, satılanı alıcıya maddi ve hukuki ayıplardan ari olarak temin etmelidir. BGB'de ayıp; objektif, subjektif ve montaj ayıbı olarak sınıflandırılmıştır ve TBK'ya kıyasla daha detaylı ele alınmıştır¹⁰⁷. Ancak temelde bir ülkenin hukukuna göre ayıplı olan mal, genelde diğer ülkenin hukukuna göre de ayıplı olacaktır. Genel olarak eğer ki satılan; sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip değilse, sözleşme kapsamında amaçlanan kullanıma uygun niteliklere sahip değilse, alışılmış kullanıma uygun değilse, aynı türden şeylerde olan niteliklere sahip değilse veya alıcının sahip olmasını bekleyebileceği niteliklere sahip değilse malın ayıplı olduğu söylenebilecektir¹⁰⁸. Satıcının ayıptan sorumluluğu için kusuruna veya ayıbı bilmesine gerek yoktur¹⁰⁹. Alıcının ayıbı bilmemesi veya yeterli özeni gösterseydi dahi bilemeyecek durumda olması ile ayıbın en geç hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olma şartları ise ayıp sorumluluğu için ortak şartlardandır¹¹⁰.

¹⁰⁷ Florian Faust, “BGB §§ 433-479,” içinde *BeckOK BGB*, ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Münih: C. H. Beck, 2023), BGB § 434 N. 6, Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOKBGB-G-BGB-GI-BUCH2-ABSCHNITT8-TITEL1-UNTERTITEL1>.

¹⁰⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 106 N. 304; Berger, “BGB § 433-515,” BGB § 434 N. 6-21; Ingo Saenger, “BGB Vor §§ 433–480,” içinde *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, ed. Reiner Schulze (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021), BGB § 434 N. 7-36; Faust, “BGB §§ 433-479,” BGB § 434 N. 7 vd.

¹⁰⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 104 N. 300.

¹¹⁰ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 200 N. 677-78; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019), 76; Harm Peter Westermann, “BGB §§ 433–445, §§ 446–473,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C. 4*, ed. Harm Peter Westermann (Münih: C.

Önemli bir farklılık olarak Türk hukukunda ayıbın önemli olması aranırken BGB böyle bir şart koymamıştır¹¹¹. Ayıp önemli olmasa da alıcı ayıptan doğan bazı hakları kullanabilmektedir. Ayıp önemli değilse alıcının ayıptan doğan kullanamadığı haklar sadece ayıplı malı geri verdiği haklardır. Bunlar da sözleşmeden dönme ile ifa yerine tazminattır. Ancak alıcı, satılanın onarılmasını, ayıpsız bir malla değiştirilmesini, fiyatın indirilmesini önemsiz ayıplarda da isteyebilmektedir¹¹².

Diğer bir önemli fark ise, TBK alıcıya bir gözden geçirme ve ayıbı bildirme ödevi yüklerken BGB böyle bir ödev yüklememiş ve sadece HGB § 377'de her iki taraf için ticari iş teşkil eden satışlarda böyle bir ödev öngörülmüştür¹¹³.

TBK uyarınca işbu gözden geçirme ve ihbar bazı sürelerle tabidir. TBK m. 223'e göre alıcı işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz satılanı gözden geçirmeli ve uygun bir süre içinde satıcıya ayıbı bildirmelidir. Ancak gözden geçirmeyle fark edilemeyecek bir ayıp varsa bu süre uygulanmayacak, alıcının ayıbı görür görmez satıcıya bildirmesi gerekecektir¹¹⁴. TTK'nın 23. maddesi (c) bendinde ise tacirler arasında yapılan ve onların ticari işletmelerini ilgilendiren ticari satışlar için ayrı süreler öngörülmüştür. Buna göre ayıp açıkça belli ise 2 gün içinde, teslim sırasında anlamak mümkün değilse 8 gün içinde, ayıp ancak kullanma sonucuyla ortaya çıkacak ise TBK m. 223 f. 2 uyarınca ayıbın bulunmasının ardından hemen satıcıya ayıp bildirilmelidir¹¹⁵. Doktrinde ise TTK'nın 23. maddesi (c) bendinin taşınmazları kapsayıp kapsamayacağı tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay kararlarına göre bu kapsama taşınmazlar da girmektedir¹¹⁶. Pay devri yolu ile devralma söz konusu olduğunda ise yine TTK'nın 23. maddesi (c) bendinin uygulanıp uygulanmayacağı, 2 ve 8

H. Beck, 2019), BGB § 442 N. 8; Faust, "BGB §§ 433-479," BGB § 442 N. 32; Saenger, "BGB Vor §§ 433-480," BGB § 434 N. 5.

¹¹¹ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 78.

¹¹² Faust, "BGB §§ 433-479," BGB § 434 N. 22.

¹¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 119 N. 347; Stefan Huber, "HGB § 377 [Untersuchungs- und Rügepflicht]," içinde *Handelsgesetzbuch Kommentar*, ed. Ingo Koller, Peter Kindler ve Klaus-Dieter Drüen (MüniH: C. H. Beck, 2023), N. 1-4.

¹¹⁴ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 214 N. 729.

¹¹⁵ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 176-78.

¹¹⁶ Y. 13. HD., E. 2015/39122, K. 2018/2631, 28.02.2018, (<https://www.lexpera.com.tr/>); Y. 11. HD., E. 2022/2248, K. 2023/5905, 17.10.2023, (<https://www.lexpera.com.tr/>); Cansu Cindoruk Ayhan, "Ticari Satış" (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2019), 20.

günlük ihbar sürelerinin izlenip izlenmeyeceği tartışılabilir. Türk doktrininde ilgili maddenin uygulanmayacağına ilişkin bir görüş mevcuttur¹¹⁷. Ancak 2020 yılında verilmiş olan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi kararında, bir pay satımı sonrası davacının 6762 sayılı TTK m. 25 f. 3 uyarınca 8 günlük süre içerisinde muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği belirtilmiş ve böylece pay satımının da ilgili hükmün kapsamına girdiği görüşü benimsenmiştir¹¹⁸.

HGB § 377’de sadece “malların” satımı söz konusu olduğunda bu ödevin gündeme geleceği belirtilmiştir. Mallar ise doktrinde taşınır mal olarak tanımlanmaktadır ve bu sebeple bir devralma söz konusu olduğunda, pay devri veya malvarlığının devri olduğu fark etmeksizin bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır; şirketi devralır almaz hemen kısa sürede bir inceleme yapmak alıcıdan beklenmeyecek ve yüksek masraflardan dolayı orantısız olacaktır¹¹⁹.

HGB’deki hükmün pay devri ve malvarlığı devri yolu ile devralmalarda uygulanmadığı, bu hükmün sadece taşınır mallara uygulandığı; Türk hukukundaki ticari satışlarda uygulanacak benzeri TTK’nın 23. maddesi (c) bendinin ise uygulamada hem taşınmaz satışlarında hem de pay devirlerinde uygulandığı görülmektedir. Ancak burada Alman hukukundaki görüşün benimsenmesi, pay devri yolu ile devralmaların konusunun teslim edilebilir bir maldan ziyade ekonomik bir bütün teşkil eden şirketler olması sebebiyle ilgili TTK hükmünün uygulanmaması gerektiğinin savunulması daha doğru olacaktır. Böylece alıcıyı şirketi devraldığı anda hemen kısa sürede bir inceleme külfeti altında bırakmayarak, hakkaniyete aykırı oluşacak olan orantısız yüksek masraflardan kaçınılmış olunacaktır. Böylece pay satışı söz konusu olduğunda TBK m. 223 f. 2 uyarınca alıcıya, ayıbın bulunduğunu anlamasının ardından satıcıya hemen bildirme külfeti yüklemek ve TTK’nın 23. maddesi (c) bendini uygulamamak gerekecektir.

¹¹⁷ Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özelinde Devralma,” 209-10.

¹¹⁸ İstanbul BAM 14. HD, E. 2018/2285, K. 2020/1153, 05.11.2020, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹¹⁹ Wilhelm-Albrecht Achilles, “HGB §§ 373–382,” içinde *Ebenroth Boujong Joost Strohn Handelsgesetzbuch C. 2*, ed. Detlev Joost ve Lutz Strohn (Münih: C. H. Beck, 2020), HGB § 377 N. 1-2; Patrick C. Leyens, “HGB § 377 [Untersuchungs- und Rügepflicht],” içinde *Handelsgesetzbuch*, ed. Klaus J. Hopt (Münih, C. H. Beck, 2024), N. 2; Huber, “HGB § 377,” N. 3; Roland Michael Beckmann, “BGB § 453,” içinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen C. 2*, ed. Michael Martinek (Berlin: Sellier – de Gruyter, 2014), N. 166.

Ayıptan doğan haklar bakımından da BGB ve TBK’da benzer hükümler mevcuttur ve alıcı için seçimlik haklar öngörülmüştür. Söz konusu seçimlik haklar, yenilik doğuran bir hak olarak, alıcının tek taraflı varması gereken bir irade beyanıyla kullanılabilir¹²⁰. Her iki kanuna göre alıcı sözleşmeden dönebilir (hukuki niteliği konusunda her iki ülkede de farklı görüşler mevcuttur)¹²¹, satılanın onarılmasını veya ayıpsız benzerini isteyebilir ve satış bedelinde bir indirim isteyebilir¹²². İndirimin nasıl hesaplanacağı BGB’de açıkça öngörülmüşken TBK’da böyle bir hüküm yoktur¹²³, ancak hâkim görüşe göre indirimin hesaplanmasında BGB’de öngörülen yöntemin aynısı uygulanmaktadır¹²⁴. Önemli bir farklılık olarak Türk hukukunda ayıpla aynı sebepten ötürü bir temel yanılması veya aldatma hali mevcutsa bu hakların yarışabileceği savunulurken Alman hukukuna göre temel

¹²⁰ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 88; Kadir Berk Kapanıcı, *Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 44-45; Ömer Faruk Çelik, *Türk Borçlar Hukuku Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 67-73; Dirk Looschelders, “BGB § 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung,” içinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann (Münih: C. H. Beck, 2023), N. 264-65, Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-323>.

¹²¹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 142 N. 408; Alexander Schall, “BGB §§ 346–354,” içinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann (Münih: C. H. Beck, 2023), BGB § 346 N. 153, Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-346>; Reinhard Gaier, “BGB § 346 Wirkungen des Rücktritts,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C. 3*, ed. Wolfgang Krüger (Münih: C. H. Beck, 2022), N. 31; Stadler, “BGB,” § 346 N. 2; Hubert Schmidt, “BGB §§ 346-354,” içinde *BeckOK BGB*, ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Münih: C. H. Beck, 2023), BGB § 346 N. 42, Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOKBGB-G-BGB-GI-BUCH2-ABSCHNITT3-TITEL5-UNTERTITEL1>.

¹²² Bazı haklar istisnai durumlarda her iki ülke hukuku bakımından da öncelikli olabilir. Bkz. TBK m. 227 f. 3 ve 4; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 156 N. 452; BGB § 439 f. 4; Saenger, “BGB Vor §§ 433–480,” BGB § 439 N. 16; BGB § 323 f. 1; Westermann, “BGB §§ 433–445, §§ 446–473,” BGB § 437 N. 9; Clemens Höpfner, “BGB § 437 Rechte des Käufers bei Mängeln,” içinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann (Münih: C. H. Beck, 2024), N. 68-74, Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-437>.

¹²³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 153 N. 440.

¹²⁴ İndirimli fiyat, satılanın ayıplı değeri ile satış bedelinin çarpımının satılanın ayıpsız değerine bölünmesi ile bulunur; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 105; Saenger, “BGB Vor §§ 433–480,” BGB § 441 N. 4.

yanılmasından doğan hakların kullanılamayacağı, ancak aldatmadan doğan hakların kullanılabilmesi savunulmaktadır¹²⁵. Son olarak ise her iki ülke hukukuna göre de tazminat istenebilir, TBK m. 227 f. 2 ve BGB § 437 3. bent (“b.”). Ayıptan doğan hakların kullanımı için zamanaşımı süresi de her iki kanunda genel kural olarak 2 yıl belirlenmiş ve satılanın alıcıya devriyle bu sürenin başlayacağı öngörülmüştür (TBK m. 231 ve BGB § 438 f. 1 b. 3)¹²⁶.

2. Devralma Özelinde Ayıptan Sorumluluk

Ayıp kavramı ve ayıptan doğan haklar incelendikten sonra devralmalar özelinde ayıp sorumluluğunun gündeme gelmesi için iki sorunun cevaplandırılması gerekmektedir. Birincisi, satılan şey nedir ve dolayısıyla ayıba konu olacak şey nedir? İkincisi ise *due diligence* sebebiyle alıcının ayıpları bildiği ve bu sebeple ayıptan doğan hakları kullanamayacağı söylenebilir mi?

a) Pay Devri Yolu ile Devralmalarda Ayıp

Pay devri aslında bir hak satımı olduğu için satıcı, prensip olarak sadece hakların varlığından sorumludur, değerlerinden sorumlu değildir. Bir şirket devralmasının, yani bir kontrol devrinin söz konusu olmadığı pay devirlerinde satıcı, hakların varlığından ve vaat ettiği hususlardan sorumlu olmakla birlikte şirketin durumu ve malvarlıkları bakımından sorumlu değildir¹²⁷. Ancak pay devri yolu ile devralmalarda bir ortaklık kontrolü devri söz konusudur. Yukarıda da değinildiği gibi, pay devri yolu ile devralmanın gerçekleşebilmesi için kontrolü sağlayacak oranda payın

¹²⁵ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 197 N. 668-69; Berger, “BGB § 433-515,” BGB § 437 N. 31-32.

¹²⁶ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 217 N. 739; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 91; Stefan Arnold, “BGB § 438 Verjährung der Mängelansprüche,” içinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann (Münih: C. H. Beck, 2023), N. 1, Erişim Tarihi: Ocak 25, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-438>.

¹²⁷ Pashi, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 218; Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özelinde Devralma,” 25; Alexandra Lampen ve Stephanie Roth, “§ 16 Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB),” içinde *Handbuch Streitigkeiten beim Unternehmenskauf*, ed. Kim Lars Mehrbrey (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2018), N. 8; Beckmann, “BGB § 453,” N. 104.

devralınması gerekmektedir¹²⁸. Şirketin kendisi ile şirketi kontrol eden payların satın alınması arasında ekonomik açıdan bir fark olmaması nedeniyle şirketin kendi bünyesindeki bir ayıp, aynı zamanda pay devri uyarınca da ayıp olarak değerlendirilmelidir ve böylece malvarlığının devri yolu ile devralma kapsamındaki bir ayıp, pay devri yolu ile devralma kapsamında da ayıp sayılmalıdır¹²⁹. Yani ayıp, ticari işletmenin kendisinde meydana gelmelidir¹³⁰. Ancak bu açıklamaların aksine Yargıtay bir kararında, ilk derece mahkemesinin, şirketin %99.99,59 paylarının devredilmesinin ardından, davacıların şirketin sahip olduğu bir taşınmazın ayıplı olduğu iddiası ile açtığı davanın sözleşmenin konusunun taşınmaz değil paylar olması sebebiyle reddedilmesi kararını onamıştır¹³¹.

Devralmalarda ayıbın varlığı için ilk olarak satıcının bazı nitelikleri vaat edip etmediğine bakılması gerekir¹³². İlgili vaatler genelde sözleşmede “beyan ve tekeffüller” bölümünde yer almaktadır¹³³. Satıcının nitelik vaadinde bulunmadığı durumda ise satılanın amaçlanan kullanıma uygun niteliklere sahip olup olmadığına bakılacaktır.

Bu hususta hem malvarlığının devri hem de pay devri yolu ile devralmalar açısından karşılaşılabilecek bir başka soru ise şudur: Ayıp hükümlerine başvurmak için şirketin bütün olarak mı ayıplı olması gerekir yoksa şirketin sadece bir unsurunda bulunan bir ayıp bunun için yeterli midir¹³⁴? Bir görüşe göre ticari işletmeye ait her bir unsurdaki ayıp, aynı zamanda işletmenin ayıbı olarak ele alınır (*Einzelbetrachtungstheorie*)¹³⁵. Ancak doktrinde bu görüş, şirketin sahip olduğu herhangi basit bir eşyanın ayıplı olmasının, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmasını sağlayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu da şirket devralmalarının özüne aykırı

¹²⁸ Pashı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 162; Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 90.

¹²⁹ Pashı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 220; Korch, “Der Unternehmenskauf,” 521-22; Lösch, *Culpa in contrahendo*, 48; Vedat Buz, “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35, S. 3 (2019): 84; Berger, “BGB § 433-515,” BGB § 453 N. 16; Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 89-90; Beckmann, “BGB § 453,” N. 104.

¹³⁰ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 432.

¹³¹ Y. 11. HD, E. 2012/19104, K. 2014/5976, 27.03.2014, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹³² Korch, “Der Unternehmenskauf,” 522.

¹³³ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 433.

¹³⁴ Christian Gomille, “Das Schuldrecht des Unternehmenskaufs,” *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 7 (2012): 491.

¹³⁵ Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 648.

olmanın yanında pratik olmayacaktır¹³⁶. Alman ve Türk doktrinindeki hakim görüşe göre ise hem malvarlığının devri hem de pay devri yolu ile devralmalar bakımından önemli olan şirketin bütününe etkileyen bir ayıp olup olmadığıdır (*Gesamterheblichkeitstheorie*)¹³⁷. Bu görüşe göre, bir unsur ancak şirketin bütün olarak değerini veya işlevsel kabiliyetini etkilediğinde ayıp olarak ele alınabilir, çünkü bir pay devrinde konu, birçok malın birlikte devrinden ziyade işleyen ekonomik bir birim olan tüzel kişiliktir. Eğer ki bir unsur, ticari işletmenin normal seyrini bozuyorsa, ekonomik hedeflerine ulaşmasını sektöre uğratiyorsa işlevsel kabiliyetini etkilediği varsayılabilir¹³⁸.

Böylece ilk olarak tarafların anlaştığı bir niteliğin varlığına bakılacak, eğer bu yoksa ticari işletmenin kullanım amacına göre işletmeyi bütün olarak etkileyen ve işleyişini bozan bir ayıbın olup olmadığına bakılacaktır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, ayıbın diğer şartları da sağlandığı zaman satıcı artık ayıptan dolayı sorumlu tutulacaktır.

b) *Due Diligence* ve Ayıp İlişkisi

Yukarıda incelendiği üzere hem Türk hem Alman hukuku bakımından satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için, alıcının bu ayıbı bilmemesi ve yeterli özeni gösterseydi dahi bilemeyecek durumda olması gerekir. İşte bu durumda alıcının hazırlık döneminde yapmış olduğu *due diligence* sebebiyle, alıcının aslında tüm ayıpları bilip bilmediği veya en azından bilmesi gerekir

¹³⁶ Faust, “BGB §§ 433-479,” § 453 N. 29; Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özelinde Devralma,” 79.

¹³⁷ Paslı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 220; Altunbaş Sancak, “Anonim Şirket Özelinde Devralma,” 18 ve 79-80; Mehmet Fatih Arıcı, *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 87-90; Kleinhenz ve Junk, “Die Haftung des Verkäufers,” 789; Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 646-47; Westermann, “BGB §§ 433-445, §§ 446-473,” § 453 N. 24; Faust, “BGB §§ 433-479,” § 453 N. 29; BGH, 16.10.1968 - I ZR 81/66, Erişim Tarihi: Nisan 10, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-1969-S-184-N-1>; Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 86-88; Picot, “IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag,” 325; Lampen ve Roth, “Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht,” N. 14-19; Beckmann, “BGB § 453,” N. 148.

¹³⁸ Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 646-47; Eigler, “Haftung und Gewährleistung,” 86-88; Picot, “IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag,” 325; Lampen ve Roth, “Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht,” N. 14-19; Beckmann, “BGB § 453,” N. 148.

geremediği sorunu gündeme gelmektedir¹³⁹. Burada asıl dikkat edilmesi gereken husus *due diligence* aşamasında satıcının verdiği bilgilerin kapsamıdır. Eğer satıcının sağladığı veri odasında söz konusu ayıp ile ilgili bilgi bulunuyorsa o zaman artık alıcı bunu biliyor sayılmalı ve satıcı ayıp sebebiyle sorumlu tutulamamalı, meğerki satıcı sözleşmede söz konusu ayıbın bulunmadığını ayrıca taahhüt etsin¹⁴⁰. Ancak satıcının veri odasına koyduğu belgeler ayıbı gösteren alanı kapsamıyorsa artık alıcının ayıbı bildiğinden söz edilemeyecektir ve böylece alıcı ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir¹⁴¹.

Bazı yazarlara göre ise *due diligence* ile gerekli tüm bilgiler verilmiş olmasına rağmen satıcının ayıptan sorumluluğuna gitmek sadece bazı durumlarda mümkündür¹⁴². Örneğin veri odasında ayıpla ilgili bir bilgi bulunmasına rağmen alıcının bunu gözden kaçırmaması durumunda alıcının gerekli özeni göstermediği söylenebilecek midir? Bazı yazarlar burada önemli olan noktanın hedef şirketin hacmi ve *due diligence* için belirlenen süre olduğunu belirtmekle beraber alıcının, bazen tüm bilgi ve belgeleri incelemesinin hayatın olağan akışına uygun düşmeyebileceğini dile getirmektedirler ve bu sebeple ayıp sorumluluğunun gündeme gelmesinde bu koşulların değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁴³. Aynı zamanda *due diligence* yapma zorunluluğu bulunmayan ve bu sebeple sorumlu tutulamayan alıcının; gönüllü olarak yaptığı, yaparken hiç *due diligence* yapmamış birisine göre daha temkinli davrandığı ama bu sırada dikkatsiz davrandığı *due diligence* sebebiyle, bunu hiç yapmadığı senaryodan daha kötü konumda bulunup haklarından mahrum kalmasının tutarsız olduğu dile getirilmektedir¹⁴⁴. Ayrıca alıcının *due diligence* yapmasındaki sebebin kendisine ek bir koruma sağlaması ve kendisinin hukuki konumunu güçlendirmek istemesi olduğu düşünülünce de bir sürü alakasız olabilecek

¹³⁹ Mustafa Arıkan, “Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında Tbk Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, S. 1 (2017): 291.

¹⁴⁰ Paslı, “Anonim Ortaklığın Devralınması,” 222; Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 192; Wilhelmi, “BGB § 453,” N. 399.

¹⁴¹ Müller, “Einfluss der due diligence,” 2198.

¹⁴² Eski, “Pay Satışı,” 63-64; Müller, “Einfluss der due diligence,” 2198; Betül Yağmur Çil, “Due Diligence” (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2020), 110-11.

¹⁴³ Esra Kayandan, “Birleşme ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü (Due Diligence)” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2022), 109.

¹⁴⁴ Müller, “Einfluss der due diligence,” 2198.

bilgi yığınının incelemesi sebebiyle alıcının haklarının sınırlandırılmasının uygun olmadığı düşünülmektedir¹⁴⁵. Bu kadar bilgi yığınının arasında birkaç noktanın gözden kaçması hayatın olağan akışına göre normaldir. Hem de zaten *due diligence* yapmak için yüksek masraflara katlanmış olan alıcının bunun yanında bir de bir noktayı kaçırmaması sebebiyle ayıptan doğan hakları kullanamamasının ve böylece zarara uğramasının ve bu sebeple çifte masrafa katlanmasının hakkaniyete uygun olmadığı söylenebilir. Bu sebeple bu görüşü savunanlara göre *due diligence* sırasında bir ayıbın gözden kaçması prensip olarak alıcının ayıptan doğan haklarını sınırlamamalıdır ve alıcı ayıptan doğan haklarını yine de kullanabilmelidir. Yalnızca alıcının şirketi daha yakından incelemeden, detaylı bir özen göstermeden bile kusuru fark etmiş olması gerektiği ancak gözden kaçırdığı durumlarda alıcı gerekli özeni gösterseydi ayıbı bilebilirdi denmelidir ve bu sebeple alıcının ayıptan doğan hakları sınırlandırılmalıdır ve bu hakları kullanamamalıdır¹⁴⁶.

Ancak bu görüşün, alıcıyı fazla koruma eğiliminde olduğu söylenebilir. HGB § 347 ve TTK m. 18 f. 2 uyarınca hem Alman hukukuna hem de Türk hukukuna göre bir tacirin basiretli davranması gerekir. Satıcı artık veri odasına koyduğu bilgileri alıcının bildiğini varsaymakta haklıdır çünkü alıcının basiretli bir iş insanı gibi davranması gerekir. Üstelik alıcının, yaptığı *due diligence*'in ardından teklif ettiği veya kabul ettiği satış bedelinin, veri odasındaki bilgilerin incelenmesinden sonra belirlendiği düşünülünce; satıcı, söz konusu satış bedelinin ayıpların göz önüne alınmasıyla belirlendiğini düşünmekte haklıdır. Böylece satıcı mevcut ayıplar sebebiyle daha düşük bir fiyata paylarını satmayı kabul etmişken, alıcının sonradan basiretli davranmayıp bazı ayıpları gözden kaçırdığını ve bu sebeple ayıptan doğan haklarını kullanmak istediğini beyan etmesi satıcıyı hakkaniyete uygun olmayan zor bir duruma sokacaktır. Satıcının burada artık alıcının belgeleri düzgün inceleyip incelemediğini doğrulama gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu sebeple *due diligence* ile gerekli bilgiler verilmişse artık alıcının bu ayıpları bildiği ve ayıptan doğan haklarını artık kullanamayacağı kabul edilmelidir.

Bir başka sorun ise alıcının *due diligence* yapmadığı senaryoda alıcının yeterli özeni göstermediği ileri sürülerek satıcıyı ayıp sorumluluğundan kurtarmanın mümkün olup olmadığıdır. Burada baz alınması gereken kıstas

¹⁴⁵ Müller, "Einfluss der due diligence," 2198.

¹⁴⁶ Müller, "Einfluss der due diligence," 2198.

due diligence yapılmasının bir teamül olarak kabul edilip edilmediğidir. Eğer ki *due diligence*, bazı yazarların savunduğu gibi bir teamül olarak kabul edilirse o zaman alıcının gerekli özeni göstermediği ve ihmalkâr davrandığı söylenebilecek, böylece satıcının ayıptan sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir¹⁴⁷. Ancak hâkim görüş, sınırları genel bir şekilde çizilemeyecek olan *due diligence*'ın yapılmasının bir teamül olmadığı yönündedir¹⁴⁸. Zira her ne kadar uluslararası devralmalarda veya yüksek işlem değerli devralmalarda *due diligence* standart bir prosedür haline gelmiş olsa da birçok düşük işlem değerli devralmalarda *due diligence* yapılmamaktadır¹⁴⁹. Hedef şirketin karmaşık mali ve ekonomik durumu ile kapsamlı bir sürü belgeyi uzmanlara inceletmesi ve bu masraflara katlanması alıcı için orantısız olacaktır ve alıcıdan beklenemeyecektir. Bu sebeple alıcı eğer ki *due diligence* yapmazsa, bu onun gerekli özeni göstermediği anlamına gelmeyecek ve ayıptan doğan haklara başvurusunu engellemeyecektir¹⁵⁰. Fakat alıcı *due diligence* yapmamasına rağmen ortada şüpheli bazı durumlar varsa (örneğin herhangi bir vesileyle öğrenilen eksiklikler varsa veya basında hedef şirketin ödeme zorlukları ile ilgili haberler varsa) ve buna rağmen alıcı *due diligence* yapmamakta ısrarcı olursa bu durumda artık alıcının gerekli özeni göstermediği somut olayın özelliklerine göre söylenebilecektir¹⁵¹.

Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, veri odasında bir taşınmazın 52.023 m2 olarak belirtilmesine rağmen daha sonradan yapılan incelemelerde

¹⁴⁷ Lars Böttcher, "Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence," *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 2 (2005): 50; Henning Jaques, "C. Phase 2: Vorvertragliche Phase, IV. Due Diligence 1. b)-c)," içinde *Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand*, ed. Jochen Ettinger ve Henning Jaques (Münih: C. H. Beck, 2021), N. 217-18.

¹⁴⁸ Müller, "Einfluss der due diligence," 2197-98; Beisel, "§ 2 Due Diligence," N. 9; Kayandan, "Birleşme ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü," 85; Eski, "Pay Satışı," 61-62; Çil, "Due Diligence," 110; Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 96-97; Picot, "IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag," 340-43; Lampen ve Roth, "Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht," N. 107; Beckmann, "BGB § 453," N. 169; Luise Hölscher, Anke Nestler ve Ralf Otto, *Handbuch Financial Due Diligence* (Weinheim: WILEY-VCH Verlag, 2007), 364.

¹⁴⁹ Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 96; Hölscher, Nestler ve Otto, *Handbuch Financial Due Diligence*, 364.

¹⁵⁰ Achilles, "HGB §§ 373-382," HGB § 377 N. 2; Picot, "IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unterhemenskaufvertrag," 343.

¹⁵¹ Müller, "Einfluss der due diligence," 2197; Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 97; Lampen ve Roth, "Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht," N. 108.

gerçek yüzölçümünün 49.823,63 m2 olarak tespit edildiğinin ortaya çıkması üzerine pay devrinde ayıp tartışması incelenmiştir. Yargıtay kararında şu ifadelere yer vermiştir¹⁵²:

“... anılan iki durumun ayıp olarak kabulü durumunda dahi alıcı olan davacıların aleni olan tapu kaydı dışında kadastro müdürlüğü nezdinde bulunan aplikasyon çaplı krokisini de inceleyebilecekleri, zira keşfen yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, yüzölçümü hatasının aplikasyon sonucu tespit edilip bu hususun aplikasyon krokisinde açıklandığının belirtildiği, TTK 20. maddesi kapsamında davacıların basiretli bir tacir gibi bu şekilde bir alım yaparken herkese açık bulunan kayıtları incelemeleri gerekirken bunu yapmayıp ihale sürecinde bilgi odalarında davalılar tarafından bu bilginin vermediği veya yanıtıldıklarını ileri sürmelerinin hiçbir hukuki dayanağının olmadığı...”

Somut olaydaki hukuki sorun aslında veri odasında olan bir bilgiyi, alıcının bilmesi gerekip gerekmediği değildir. Veri odasındaki yüzölçümü bilgisinin taşınmazın gerçek yüzölçümüne denk olmamasına rağmen alıcının, bu bilgiyi aleni olan kadastro müdürlüğü nezdindeki aplikasyon krokisinden öğrenebilecek olması sebebiyle bu farkın ayıba yol açtığını ileri sürüp süremeyeceğidir. Zira yapılan yüzölçümü hatası ilgili krokilerde belirtilmiştir. Yargıtay, somut olayda böyle bir iddianın ileri sürülmesinin mümkün olmadığını, basiretli bir tacir olarak alıcının herkese açık bulunan kayıtları incelemesi gerektiğini dile getirmiştir. Her ne kadar taraflar basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olsalar da Yargıtay’ın bu ifadeleri satıcıyı fazla korumaktadır. Alıcı basiretli bir tacir olarak veri odasındaki bazı bilgilerin gerçekliğini ve isabetliliğini kontrol etmelidir, ancak bu her bilgiyi kontrol etmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Bu durum alıcıyı büyük bir yük altında bırakmaya yol açar. Eğer ki veri odasında şüpheli bir durum söz konusuysa alıcı bunu sormalı ve soruşturmalıdır. Ancak bir malın özellikleri hakkındaki bilgilerin doğru olduğunu varsaymakta haklı olmakla birlikte bunları herkese açık kayıtlardan kontrol etmemesi basiretsiz davrandığı anlamına gelmemektedir. Zira zaten yapmak zorunda olmadığı, yapması oldukça zaman alan ve masraflara yol açan *due diligence*’ı yapmayı kabul etmiş ve kendini daha fazla korumaya almak istemiş ve basiretli bir şekilde davranmıştır. Bunun üstüne bir de herhangi bir şüphe uyandırmayan bilgilerin de doğruluğunu kontrol etmek alıcıdan beklenmemelidir. Yargıtay’ın bu kararındaki veri odasındaki bilgiler, aleni kayıtlar ve alıcının

¹⁵² Y. 11. HD, E. 2012/19104, K. 2014/5976, 27.03.2014, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

bunları bilip bilmemesi gerektiğine ilişkin ifadelerinin satıcıyı fazlaca koruduğu kanaatinde olsam da ilgili olayda bir ayıbın söz konusu olup olmadığı, bu yüzölçümü farkının şirketin bütün olarak değerini veya işlevsel kabiliyetini ne ölçüde etkilediğine bağlı olup ayrı bir inceleme konusudur. Aynı şekilde bu olay kapsamında TBK m. 244 f. 2'nin uygulama alanı bulup bulmayacağı da tartışılabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, önemli olan hususun malların tek tek ayıplı olmasından ziyade şirketin bütün olarak değerini veya işlevsel kabiliyetini etkileyen bir ayıp olmasının gerekliliği, devredilenin aslında ekonomik açıdan paylardan öte işletmenin bütünü olduğu, devirde uygulanacak hükümlerin TBK m. 207-236 arasında düzenlenen menkul satım hükümleri olduğu göz önüne alındığında taşınmaz satışına ilişkin TBK m. 244 hükmünün uygulanmaması savunulabilir¹⁵³.

Yargıtay'ın bu karardaki alıcının ayıbı bilmesi gerektiğine ilişkin ifadelerinin satıcı yararına olması ve alıcıdan sadece veri odasına bağlı kalmayıp aleni kayıtları da incelemesi gerektiği görüşünün karşısında satıcının aydınlatma yükümlülüğü incelenirken bahsedildiği üzere Almanya Federal Mahkemesi'nin oldukça alıcı yararına bir karar vermesi, her ne kadar bir karar ayıbı bilip bilmeme üzerine diğer karar ise aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmeme ve c.i.c. sorumluluğu üzerine olsa da iki ülkenin *due diligence* ve veri odasındaki bilgiler ile tarafların basiretli tacir olarak hareket etme gerekliliği arasındaki bağı çok farklı ele aldıklarını göstermektedir. Zira Yargıtay, veri odasında bir bilgi olmasına rağmen alıcıya aleni kayıtları inceleme sorumluluğu yükleyip satıcının sorumluluğuna gidilmesini önlerken Alman Federal Mahkemesi, veri odasında bir bilgi mevcut olsa bile veri odasının yapısına göre alıcının bunu göremeyebileceği ve satıcının sorumluluğuna gidilebileceğini savunmuştur.

c) Devralma Özelinde Ayıptan Doğan Haklar

Eğer şirketin ayıplı olduğu sonucuna varılırsa ve ayıp hükümlerinin diğer şartları da sağlanırsa artık alıcı BGB § 437 veya TBK m. 227'deki seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Dönme hakkında kural olarak satıcı satış bedelini geri ödeyecek, alıcı da payları geri devredecektir¹⁵⁴. Ancak her geçen gün değişim gösteren bir ticari işletmenin belirli bir süre sonra satıcıya tekrar iade edilmesi genelde

¹⁵³ Altunbaş Sancak, "Anonim Şirket Özelinde Devralma," 42.

¹⁵⁴ Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 93.

çok istenen bir sonuç değildir. Türk hukukuna göre de hâkimin takdir yetkisine kalmış bir durum olduğu için çoğu durumda sözleşmeden dönme söz konusu olmayacaktır¹⁵⁵. Bu nedenle özellikle satıcı, genelde sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkını mümkün olduğu kadar sınırlamaya çalışacaktır¹⁵⁶. Zira sözleşmeden dönme sonrasında satıcının geri alacağı şirket, gerçekleşen değişimlerden dolayı sattığı şirketten çok farklı bir şirket olabilir.

Alıcı, satılanın onarılmasını veya ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir. Ancak devralmalarda bir parça borcu söz konusu olması ve şirketlerin bir benzerinin genelde olmaması sebebiyle ayıpsız bir benzerinin teslimi imkânsız olacaktır¹⁵⁷. Alıcı satılanın onarılmasını da isteyebilecektir, fakat bunun için çoğu zaman satıcıya şirket üzerinde hakimiyet sağlayabileceği bir alanı vereceği için bu durum alıcının çıkarlarıyla çatışabilecektir¹⁵⁸. Bu yüzden onarılma, uygulamada genelde belirli tek bir unsurdaki ayıplarda (örneğin bir fabrikanın çatısının damlatması gibi) önem kazanacaktır¹⁵⁹. Ancak yukarıda da değinildiği gibi, devralmalarda ayıptan söz edebilmek için şirketi bütün olarak etkileyen ve işleyişini bozan bir ayıbın olup olmadığına bakmak gerekir ve tek bir unsurdaki, şirketin işleyişini bozmayan ayıplar, satıcının sorumluluğuna sebep olmaz¹⁶⁰. Bu sebeple onarımın asıl işlevsel olduğu konularda, örneğin fabrikanın çatısının damlatması, her ne kadar onarım uygun gözükse de satıcının sorumluluğuna genellikle gidilemeyecektir. Bu sebeple satılanın onarılması da pay devri yolu ile devralmalar için uygun bir çözüm olmayacaktır.

Alıcı fiyatın ayıp oranında indirilmesini de isteyebilecektir. Buradaki en büyük problem ise bu oranın belirlenmesinin çok zor olmasıdır. Ticari

¹⁵⁵ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 440; Arıcı, *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*, 101.

¹⁵⁶ Korch, "Der Unternehmenskauf," 524.

¹⁵⁷ Arıcı, *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*, 96; Korch, "Der Unternehmenskauf," 524; Altunbaş Sancak, "Anonim Şirket Özelinde Devralma," 241; Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 92; Picot, "IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium, X. Der Unternehmenskaufvertrag," 328; Lampen ve Roth, "Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht," N. 40; Beckmann, "BGB § 453," N. 155.

¹⁵⁸ Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 92; Beckmann, "BGB § 453," N. 156.

¹⁵⁹ Korch, "Der Unternehmenskauf," 524; Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 92.

¹⁶⁰ Kleinhenz ve Junk, "Die Haftung des Verkäufers," 789; Wilhelmi, "BGB § 453," N. 646-47; Westermann, "BGB §§ 433-445, §§ 446-473," § 453 N. 24; Faust, "BGB §§ 433-479," § 453 N. 29; BGH, 16.10.1968 - I ZR 81/66, Erişim Tarihi: Nisan 10, 2024, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NJW-B-1969-S-184-N-1>.

işletmenin ayıpsız objektif değerinin hesabının yapılması oldukça zor ve öngörülmezdir¹⁶¹. Ancak taraflar indirimın tespiti için sözleşmede bireysel düzenlemeler yaparlarsa bu durum, devralmalarda ayıp için gayet uygun bir çözüm olacaktır¹⁶².

Son olarak ise alıcı genel hükümlere göre tazminat isteyebilecektir¹⁶³. Ancak bu durumda da olumlu zararın tazmini gerekecektir ve bu sebeple satıcının şirketi ayıpsız satmış olması halinde alıcının malvarlığının alacağı durumu belirlemek gerekecektir¹⁶⁴. Bunun için ise tıpkı ayıp oranında indirimın istenmesinde olduğu gibi ticari işletmenin ayıpsız objektif değerinin hesabının yapılması gerekecek ve benzeri zorluklarla karşılaşılacaktır¹⁶⁵. Bu zorlukları aşmak adına da yine indirime benzer bir yöntem izlenip tazminatın tespiti için sözleşmede bireysel düzenlemelere yer verilebilir¹⁶⁶.

Yukarıda değinildiği gibi Türk hukukuna göre TBK m. 112'deki genel hükümler ve TBK m. 32'deki temel yanılması ile TBK m. 36'daki aldatma, ayıp hükümleri ile yarışabilecektir¹⁶⁷. Eğer satıcı sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu bir davranışta bulunmuşsa, sözleşme yine de kurulmuşsa ve bu kusur aynı zamanda sözleşmenin ihlaline yol açıyorsa artık burada c.i.c. sorumluluğu uygulanamayacaktır, sözleşmeden doğan sorumluluk karşısında c.i.c. sorumluluğunun ikincilliği söz konusu olacaktır¹⁶⁸. Yani ayıp hükümleri ile c.i.c. sorumluluğu yarışmayacak, ayıp hükümleri uygulanacaktır. Alman hukukunda da yine benzer bir şekilde BGB § 280'deki genel hükme başvurulabilecek (BGB § 437 b. 3'te açıkça belirtilmiştir), BGB § 123 uyarınca aldatmaya başvurulabilecektir. C.i.c. sorumluluğuna yol açan davranış, Alman hukukuna göre ayıba yol açıyorsa ayıp hükümleri uygulanacaktır. Türk hukukundan farklı olarak Alman

¹⁶¹ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 440; Altunbaş Sancak, "Anonim Şirket Özelinde Devralma," 259; Arıcı, *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*, 98-99; Eigler, "Haftung und Gewährleistung," 94; Lampen ve Roth, "Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht," N. 77; Beckmann, "BGB § 453," N. 160.

¹⁶² Korch, "Der Unternehmenskauf," 524.

¹⁶³ Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 442; Korch, "Der Unternehmenskauf," 524.

¹⁶⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 412 ve 457; Altunbaş Sancak, "Anonim Şirket Özelinde Devralma," 298.

¹⁶⁵ Altunbaş Sancak, "Anonim Şirket Özelinde Devralma," 299.

¹⁶⁶ Altunbaş Sancak, "Anonim Şirket Özelinde Devralma," 300.

¹⁶⁷ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 197 N. 669.

¹⁶⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 515.

hukukunda temel yanılmasının ayıp hükümleri ile yarışmadığı kabul edilmiştir¹⁶⁹.

SONUÇ

Devralma işlemlerinde satıcının sorumluluğu Türk ve Alman hukuku kapsamında incelendiğinde aslında her iki ülkede de çok farklı sonuçlarla karşılaşmadığı görülmektedir. Her iki ülkede de hâkim olan pay devri yoluyla devralmadır ve devralma süreci aynıdır.

BGB’de daha detaylı düzenlemeler bulunmakla birlikte aslında her iki ülkede de satıcının c.i.c. ve ayıptan doğan sorumlulukları gündeme gelmektedir. C.i.c. sorumluluğu BGB’de açıkça düzenlenmekle beraber Türk hukukunda kanunda yer almamakta, TMK m. 2’ye dayandırılmaktadır. Ancak c.i.c. sorumluluğu sonucunda alıcı lehine tazminat hakkının doğması her iki ülkede de aynıdır.

Devralma özelinde karşılaşılabilecek olay grupları ise bilgilendirme mektubunda ihmalen veya kasten yanlış bilgi verilmesi, alıcıya güven verip sebepsiz yere müzakerelerin sonlandırılması, gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlali şeklinde özetlenebilir.

Ayıptan doğan sorumluluk bakımından ise iki ülkede ayıp şartlarında bazı farklılıklar mevcuttur. Ancak ayıptan doğan haklar incelendiğinde her iki ülkede de alıcıya benzer seçimlik haklar tanındığı görülmektedir. Devralmaya en uygun olan seçimlik hakkın ise indirim nasıl yapılacağına taraflar arasında kararlaştırılması şartıyla satış bedelinin indirilmesi olduğu düşünülebilir.

Ayıbın ticari işletmenin kendisinde meydana gelmesinin yeterli olduğu, *due diligence* yapmayan alıcının ihmalkar davrandığının söylenemeyeceği ve böylece ayıptan doğan haklarını kullanabileceği ve veri odasındaki tüm bilgilerin alıcı tarafından bilindiğinin varsayılacağı hususları da bu konudaki önemli noktalar. Almanya Federal Mahkemesi ile Yargıtay’ın ise veri odasındaki bilgilerin hukuk düzeninde nasıl sonuçlara yol açacağı konusunda farklı yaklaşımlara sahip olduğu söylenebilir.

Uygulamada ise taraflar genelde sözleşmede akla gelebilecek tüm olaylara ve bunların sonuçlarına yer vermektedir. Bu sebeple bahsedilen kanundan doğan tüm bu sorumluluklar, aslında uygulamada oldukça

¹⁶⁹ Berger, “BGB § 433-515,” BGB § 437 N. 32-35.

sınırlanılmakta ve sadece avukatların bazı hususları gözden kaçırdığı durumlarda önem kazanmaktadır. Ancak tüm bu sorumlulukları ve bunların ihlalinin sonuçlarını bilmenin, bunlara karşı önlem alıp içinde daha az risk barındıran sözleşmelerin hazırlanmasındaki önemi tartışmasıdır.

KAYNAKÇA

- Achilles, Wilhelm-Albrecht. "HGB §§ 373–382." İçinde *Ebenroth Boujong Joost Strohn Handelsgesetzbuch C.2*, Ed. Detlev Joost ve Lutz Strohn. Münih: C. H. Beck, 2020.
- Altoprak, Serkan. *Türk ve Alman Hukuku Karşılaştırmalı Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Altunbaş Sancak, Zahide. "Anonim Şirket Özelinde Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu." Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2021.
- Arıcı, Mehmet Fatih. *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Arıkan, Mustafa. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1 (2009): 69-89.
- Arıkan, Mustafa. "Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında Tbk Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, S. 1 (2017): 265-300.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022.
- Arnold, Stefan. "BGB § 438 Verjährung der Mängelansprüche." İçinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. Münih: C. H. Beck, 2023. Erişim Tarihi: Ocak 25, 2024. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-438>.
- Beckmann, Roland Michael. "BGB § 453." İçinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen C. 2*, Ed. Michael Martinek. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2014.
- Beisel, Daniel. "§ 2 Due Diligence." İçinde *Der Unternehmenskauf*, Ed. Wilhelm Beisel ve Hans-Hermann Klumpp. Münih: C. H. Beck, 2016.
- Berger, Christian. "BGB § 433-515." İçinde *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Ed. Rolf Stürner. Münih: C. H. Beck, 2023.
- Boll-Kempelmann, Caroline. "Arglist beim Unternehmenskauf." *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 13 (2021): 541-44.

- Böttcher, Lars. “Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence.” *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 2 (2005): 49-54.
- Buz, Vedat. “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35, S. 3 (2019): 65-93.
- Cengil, Muhammed Fatih. “Ticari İşletmenin Devri.” Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, 2016.
- Cindoruk Ayhan, Cansu. “Ticari Satış.” Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2019.
- Çatalkaya, Ekrem. “Ticaret Şirketlerinde Birleşme ve Devralmalar.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2019.
- Çek, Merve. “Birleşme-Devralma İşlemleri Çerçevesinde “Due Diligence ve Engagement Letter”.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2021.
- Çelik, Ömer Faruk. *Türk Borçlar Hukuku Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Çil, Betül Yağmur. “Due Diligence.” Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2020.
- Eigler, Mira. “Kapitel III: Haftung und Gewährleistung.” İçinde *Praxishandbuch Unternehmenskauf*, Ed. Jürgen van Kann. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 2009.
- Elfring, Claus. “Legal Due Diligence Reports.” *Juristische Schulung – Beilage*, Heft 5 (2007): 3-16.
- Emmerich, Volker. “BGB § 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C. 3*, Ed. Wolfgang Krüger. Münih: C. H. Beck, 2022.
- Engelhardt, Timo ve Niclas von Woedtke. “Kapitel II. Kaufgegenstand.” İçinde *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, Ed. Hans-Joachim Holzapfel ve Reinhard Pöllath. Köln: RWS Verlag, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Esin, İsmail G. *Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Eski, Mehmet. “Sermaye Şirketlerinin Sınır Ötesi Devrine Yönelik Pay Satışı.” Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2016.
- Faust, Florian. “BGB §§ 433-479.” İçinde *BeckOK BGB*, Ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck. Münih: C. H. Beck, 2023. Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024.

[https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOKBGB-G-BGB-GI-
BUCH2-ABSCHNITT8-TITEL1-UNTERTITEL1](https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOKBGB-G-BGB-GI-
BUCH2-ABSCHNITT8-TITEL1-UNTERTITEL1).

- Fietz, Eike. “§ 14. Mergers & Acquisitions.” İçinde *Corporate Compliance Checklisten*, Ed. Karsten Umnuß ve Cornelia Godzierz. Münih: C. H. Beck, 2022.
- Frey, Johannes ve Stephanie Fichtner. “§ 27 Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf bei Personengesellschaften im Wege des Share Deals und des Asset Deals.” İçinde *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, Ed. Ulrich Prinz ve Holger Kahle. Münih: C. H. Beck, 2020.
- Fries, Martin ve Reiner Schulze. “§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.” İçinde *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Ed. Reiner Schulze. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- Gaier, Reinhard. “BGB § 346 Wirkungen des Rücktritts.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C. 3*, Ed. Wolfgang Krüger. Münih: C. H. Beck, 2022.
- Gomille, Christian. “Das Schuldrecht des Unternehmenskaufs.” *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 7 (2012): 487-93.
- Gran, Andreas. “Abläufe bei Mergers & Acquisitions.” *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 20 (2008): 1409-15.
- Groh, Gunnar. “Gerichtsverfassungsrecht, Handelsrecht- und Gesellschaftsrecht.” İçinde *Weber Rechtswörterbuch*, Ed. Klaus Weber. Münih: C. H. Beck, 2023.
- Heckschen, Heribert ve Alexander Scherz. “§ 25. Unternehmenskauf.” İçinde *Beck'sches Notar-Handbuch*, Ed. Heribert Heckschen, Sebastian Herrler ve Christof Münch. Münih, C. H. Beck, 2024.
- Heckschen, Heribert. “§ 4. Gesellschaftsrecht H. Unternehmenskauf in der Insolvenz – Distressed M&A.” İçinde *Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*, Ed. Adolf Reul, Heribert Heckschen ve Rüdiger Wienberg. Münih: C. H. Beck, 2022.
- Hopt, Klaus J. “M&A, Due Diligence und Kautelarpraxis.” *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Heft 01 (2022): 7-66.
- Hölscher, Luise, Anke Nestler ve Ralf Otto. *Handbuch Financial Due Diligence*. Weinheim: WILEY-VCH Verlag, 2007.
- Höpfner, Clemens. “BGB § 437 Rechte des Käufers bei Mängeln.” İçinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. Münih: C. H. Beck, 2024. Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-437>.

- Huber, Stefan. “HGB § 377 [Untersuchungs- und Rügepflicht].” İçinde *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Ed. Ingo Koller, Peter Kindler ve Klaus-Dieter Drüen. Münih: C. H. Beck, 2023.
- Institute for Mergers, Acquisitions & Alliances. “Announced M&A Germany by Numbers & Value by Years.” Erişim Tarihi: Şubat 10, 2024. <https://imaa-institute.org/mergers-and-acquisitions-statistics/germany-ma-statistics/>.
- İyit, Bülent. “Milletlerarası Özel Hukukta Ticari Şirketlerde Birleşmeler ve Devralmalar.” Yüksek Lisans Tezi, MEF Üniversitesi, 2021.
- Jaques, Henning. “A. Einführung und Überblick über den Ablauf eines Unternehmensverkaufs.” İçinde *Beck’sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand*, Ed. Jochen Ettinger ve Henning Jaques. Münih: C. H. Beck, 2021.
- Jaques, Henning. “C. Phase 2: Vorvertragliche Phase, IV. Due Diligence 1. b)-c).” İçinde *Beck’sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand*, Ed. Jochen Ettinger ve Henning Jaques. Münih: C. H. Beck, 2021.
- Kapancı, Kadir Berk. *Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kapancı, Kadir Berk. “Şirket Birleşme-Devralma Süreçleri Özelinde Varlık Gösteren “Break-up Fee” Klotzlarının Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 1 (2024): 413.
- Kästle, Florian ve Carl Svernlöv. “§ 1 Introduction to Legal Due Diligence.” İçinde *Legal Due Diligence in International M&A Transactions*, Ed. Florian Kästle ve Carl Svernlöv. Münih: C. H. Beck, Hart, Nomos, 2022.
- Kästle, Florian. “§ 2 Preparation of the Legal Due Diligence by the Seller.” İçinde *Legal Due Diligence in International M&A Transactions*, Ed. Florian Kästle ve Carl Svernlöv. Münih: C. H. Beck, Hart, Nomos, 2022.
- Kästle, Florian ve Carl Svernlöv. “§ 6 Due Diligence Report.” İçinde *Legal Due Diligence in International M&A Transactions*, Ed. Florian Kästle ve Carl Svernlöv. Münih: C. H. Beck, Hart, Nomos, 2022.
- Kästle, Florian ve Dirk Oberbracht. *Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement*. Münih, C.H. Beck, 2018.
- Kayandan, Esra. “Birleşme Ve Devralmalarda İnceleme Prosedürü (Due Diligence).” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2022.
- Keller, Tobias ve Kevin Schümmer. “M&A – Aufklärungspflichten des Verkäufers nach einer Due Diligence.” *Neue Juristische Wochenschrift Spezial*, Heft 23 (2023): 719-20.
- Kleinhenz, Holger Michael ve Oliver Junk. “Die Haftung des Verkäufers für Falschangaben beim Unternehmenskauf.” *Juristische Schulung*, Heft 9 (2009): 787-92.

- Koch, Robert. “Zweiter Abschnitt. Handelskauf (§ 373 - § 382).” İçinde *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Ed. Hartmut Oetker. Münih: C.H. Beck, 2024.
- Koppmann, Verena. “Die gesetzliche Aufklärungspflicht des Verkäufers und ihre Erfüllung beim Unternehmenskauf – ein Praxisleitfaden.” *Betriebs Berater*, Heft 29 (2014): 1673-80.
- Korch, Stefan. “Der Unternehmenskauf.” *Juristische Schulung*, Heft 6 (2018): 521-26.
- Lampen, Alexandra ve Stephanie Roth. “§ 16 Ansprüche aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB).” İçinde *Handbuch Streitigkeiten beim Unternehmenskauf*, Ed. Kim Lars Mehrbrey. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2018.
- Leyens, Patrick C. “HGB § 377 [Untersuchungs- und Rügepflicht].” İçinde *Handelsgesetzbuch*, Ed. Klaus J. Hopt. Münih, C. H. Beck, 2024.
- Looschelders, Dirk. “BGB § 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung.” İçinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. Münih: C. H. Beck, 2023. Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-323>.
- Lösch, Julia. *Culpa in contrahendo im Rahmen von Post M&A-Streitigkeiten*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2024.
- Mallmann, Roman A. ve Maria Henke. “Erfüllung von Aufklärungspflichten durch Unterlagen im Datenraum.” *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 47 (2023): 3398-400.
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang ve Christof Jäckle. *Beck'sches M&A-Handbuch*. Münih: C. H. Beck, 2022.
- Möller, Jan. “Offenlegungen und Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf.” *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 22 (2012): 841-46.
- Müller, Klaus J. “Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf.” *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 31 (2004): 2196-99.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Paslı, Ali. “Anonim Ortaklığın Devralınması.” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009.
- Picot, Christopher M. “§ 21 Unternehmenskauf, Mergers & Acquisitions.” İçinde *Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht*, Ed. Volker Römermann. Münih: C. H. Beck, 2023.
- Picot, Gerhard. “IX. Das Vorvertragliche Verhandlungsstadium bei der Durchführung von Mergers & Acquisitions, X. Der Unternehmenskaufvertrag –

- Vertragliche Gestaltung und Abschluss.” İçinde *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Ed. Gerhard Picot. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 2012.
- Pulaşlı, Hasan. “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, S. 2 (2007): 205-36.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Rosengarten, Joachim, Frank Burmeister ve Martin Klein. *Mergers and Acquisitions in Germany*. Münih: C. H. Beck, 2020.
- Saenger, Ingo. “BGB Vor §§ 433–480.” İçinde *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Ed. Reiner Schulze, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- Schall, Alexander. “BGB §§ 346–354.” İçinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. Münih: C. H. Beck, 2023. Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-346>.
- Schmidt, Hubert. “BGB §§ 346-354.” İçinde *BeckOK BGB*, Ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck. Münih: C. H. Beck, 2023. Erişim Tarihi: Şubat 11, 2024. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOKBGB-G-BGB-GI-BUCH2-ABSCHNITT3-TITEL5-UNTERTITEL1>.
- Schudlo, Matthias ve Patrick Kemper. “Vorvertragliche Aufklärungspflichten und deren Erfüllung im Rahmen von M&A-Transaktionen.” *Betriebs Berater*, Heft 04 (2024): 137-44.
- Serozan, Rona, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Serozan, Rona, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı. *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Stadler, Astrid. “BGB §§ 256–326, 328–361, 759–822, Rom-II-VO.” İçinde *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Ed. Rolf Stürner. Münih: C. H. Beck, 2023.
- Üstündağ Demir, Sinem. “Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2023.” Rekabet Kurumu Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı. Erişim Tarihi: Şubat 10, 2024. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/bd-gorunum-raporu-2023-20240105110955842.pdf>.
- Vogt, Gabriele. “Die Due Diligence - ein zentrales Element bei der Durchführung von Mergers & Acquisitions.” *Deutsches Steuerrecht*, Heft 47 (2001): 2027-34.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019.

- Wagner, Franz. “Informationspflichten des Verkäufers bei M+A Transaktionen nach neuerer BGH-Rechtsprechung unter Berücksichtigung von altem und neuem Schuldrecht.” *Deutsches Steuerrecht*, Heft 23 (2002): 958-67.
- Weitnauer, Wolfgang, ed. *Handbuch Venture Capital*. Münih: C. H. Beck, 2022.
- Westermann, Harm Peter. “BGB §§ 433–445, §§ 446–473.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C. 4*, Ed. Harm Peter Westermann. Münih: C. H. Beck, 2019.
- Wilhelmi, Rüdiger. “BGB § 453 Rechtskauf; Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte.” İçinde *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. Münih: C. H. Beck, 2023. Erişim Tarihi: Ocak 25, 2024. <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOGK-G-BGB-P-453>.

**REMARRIAGE RESTRICTION FOR WOMAN OF
300 DAYS IN TÜRKİYE:
REVIEW OF THE ECtHR's *NURCAN BAYRAKTAR v.
TÜRKİYE* JUDGMENT**

*Türkiye'deki 300 Günlük İddet Müddeti:
AİHM'in Nurcan Bayraktar v. Türkiye Kararının Değerlendirilmesi*

Candan YILMAZ*

Abstract

On 27 June 2023, the ECtHR held unanimously in Nurcan Bayraktar judgment that there has been a violation of Article 8 and Article 14 in conjunction with Article 12 of the ECHR. The violation arose from the application of Article 132 of the TCC which imposes a 300-day waiting period on divorced women to remarry, unless they lodge an application to a Family Court to lift the waiting period by proving with a medical report that they are not pregnant. The Court concludes that obligation to produce medical evidence to prove that the applicant was not pregnant -which can only be obtained by means of medical examination- constituted an interference with the applicant's exercise of her right to respect for her private life, considering that it was not necessary in a democratic society. This study aims to summarise and review this judgment, which was delivered in French, in English for a wider audience¹, by providing a background information on Article 132 of the TCC.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Right to Marry, Prohibition of Discrimination, Right to Respect for Private and Family Life.

Makalenin Geliş Tarihi: 19.05.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 08.08.2024.

* LLM, MA, PhD Candidate in the Department of Criminal Law and Criminology at the University of Groningen, the Netherlands, E-mail: c.yilmaz@rug.nl, ORCID: 0000-0001-7944-9019.

¹ Up to date, there is no official translation available on the HUDOC's website.

Özet

27 Haziran 2023 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oybirliğiyle Nurcan Bayraktar davasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile 12. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Boşanmış kadınlara hamile olmadıklarını doktor raporuyla kanıtlayarak bekleme süresinin kaldırılması için Aile Mahkemesi'ne başvurmadıkları sürece yeniden evlenmek için 300 günlük bekleme süresi getiren Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinin uygulanması, ihale sebebiyet vermiştir. Mahkeme, demokratik bir toplumda, başvurusunun hamile olmadığını kanıtlamak için yalnızca tıbbi müdahale yoluyla elde edilebilecek bir kanıt sunma zorunluluğunun gerekli olmadığını göz önünde bulundurarak, bu müdahalenin başvurusunun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu çalışma, Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesi hakkında bilgi sunmayı ve Fransızca olarak verilen bu kararı daha geniş bir kitleye ulaştırmak için İngilizce olarak özetlemeyi ve incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Evlenme Hakkı, Ayrımcılık Yasağı, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

INTRODUCTION

Gender inequality and gender-based discrimination is, still, one of the fundamental problems in the world. According to the United Nations, besides being a fundamental human right; gender equality is also a necessary foundation for a peaceful, prosperous and sustainable world². Although the repealed 1926 Turkish Civil Code (Türk Medeni Kanunu) (“TCC”) was considered to be an egalitarian law for its time, it was far from ensuring the equality of men and women. With the current TCC, adopted in 2002, the legislator tried to adopt a more modern structure by taking into account this inequality and evolving social life³. Nevertheless, there are still regulations in the field of family law that contradict gender equality, such as Article 187, which regulated that married women shall bear their husband's surname upon marriage, and Article 132, which regulates the 300-day waiting period for divorced woman to remarry. The European Court of Human Rights (“ECtHR”) held that Article 187 of the TCC violates Article 14 of the European Convention on Human Rights (“ECHR”) in conjunction with Article 8⁴. After this judgment that held in 2004, however, the government failed to take appropriate actions to amend the code. The Constitutional Court annulled Article 187 of the TCC in 2023 and this judgment is effective starting from 2024⁵.

According to Article 132 of the TCC: *When a marriage is terminated, the woman shall not remarry until after three hundred days have passed as of the termination of the marriage. Giving birth terminates this period. In the cases where the woman is not pregnant from her former marriage or the spouses want to remarry each other, the court shall revoke this period.* Although in a modern society, this regulation seems to be an obvious violation

² “Goal 5: Achieve gender equality and empower all women and girls”, United Nations <https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/> accessed July 1, 2023.

³ Özlem Yenerer-Çakmut, Özge Yücel-Dericiler, Sendi Yakuppur, Işık Özer, and Ferhat Yıldırım, “Türkiye’de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27/2 (2021): 939.

⁴ “The interests of married women who do not want their marriage to affect their name have not been taken into consideration.”, “Consequently, the objective of reflecting family unity through a joint family name cannot provide a justification for the gender-based difference in treatment complained of in the instant case.” See. *Ünal Tekeli v. Turkey* App no 29865/96 (ECtHR, 16 November 2004) [61] and [68].

⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, T. 22/02/2023. Starting from 28 January 2024, Article 187 of the TCC cannot be enforced.

of human rights, the national courts did not consider it in this manner while applying it. Ultimately, the ECtHR established that there has been a violation of Article 8 and Article 14 in conjunction with Article 12 of the ECHR.

Since Article 132 of the TCC is now receiving close attention both nationally and internationally, thanks to the ECtHR judgment, this study aims to scrutinise the recent *Nurcan Bayraktar v. Türkiye* judgment and provide background knowledge in English on the marriage ban. To accurately discuss the case, the first section provides background information on the 300-day remarriage ban imposed on divorced Turkish women and the obligation to provide medical evidence to the competent Family Court to lift the waiting period. It then briefly discusses the role of the ECtHR and its judgments in Türkiye. Since the ECtHR delivered the *Nurcan Bayraktar v. Türkiye* judgment in French, the second section will provide a summary of the judgment in English in order to present it to a wider audience. The third section of the study will answer the following research question: *How could the national courts have intervened to avoid the violation judgment?* In the final part of the study, the conclusions will be presented.

I. ANALYSING THE RESTRICTION ON REMARRIAGE OF DIVORCED WOMEN FOR 300 DAYS

Before analysing the ECtHR judgment on this issue, it is first necessary to explain the relevant Turkish regulation and its application in practice to form an informative foundation.

A. The Restriction on Remarriage of Divorced Women for 300 days (Article 132 of the Turkish Civil Code)

Article 95 of the repealed Turkish Civil Code No. 743 regulated the period of remarriage restriction. Pursuant to this regulation, a woman who became a widow due to the death of her husband or divorce or whose marriage was judged to be null and void could not remarry until three hundred days had elapsed from the date of death, divorce or judgement of nullity; the period expired only after giving birth. If it was not possible for the woman to become pregnant or if the husband and wife separated by divorce wanted to marry each other again, the judge might shorten this period. The regulation is similarly included in the Turkish Civil Code that is currently in force. According to Article 132 of the TCC: *When a marriage is terminated, the woman shall not*

remarry until after three hundred days have passed as of the termination of the marriage. Giving birth terminates this period. In the cases where the woman is not pregnant from her former marriage or the spouses want to remarry each other, the court shall revoke this period. While the words "may shorten" were used in the repealed code, the use of the words "shall revoke" in Article 132 of the TCC is a conscious choice⁶; because in the event that it is understood that the woman is not pregnant or the ex-spouses remarry, the court has no discretionary power and must revoke the waiting period⁷.

The rationale behind the regulation was to ensure the precise determination of parentage while protecting the rights and freedoms of others and upholding the public order⁸. The Marriage Regulations (Evlendirme Yönetmeliği) Article 2/1(i) provides that *the statutory waiting period (kanuni bekleme süresi) refers to the waiting period of three hundred days required for a woman whose marriage has been terminated to remarry in order to avoid confusion of kinship.*

The person who gave birth to a child is considered to be the mother of the child, according to Article 282/1 of the TCC. Thus, the parentage relationship between the child and the mother is automatically established by law, upon the birth of the child. The establishment of paternity between the child and the father, however, is not so straight forward. Article 282 of the TCC mentions four different possibilities : a) marriage with the mother, b) recognition, c) judgment of the competent court that is issued as an outcome of a paternity case, and d) adoption. Marriage with the mother of the child is the most convenient way to establish paternity. The presumption of paternity, which is regulated under Article 285, recognizes the husband as the father by stating that *the husband shall be the father of the child born during the marriage or within three hundred days following the termination of the marriage. The child born after the three hundred days shall be attributed to the ex-husband only if it is proved that the mother conceived during the marriage.* Article 287/2 states that *a child born at least one hundred and eighty days after the marriage and at most three hundred days after the termination of the marriage is deemed to have been conceived within the marriage.* Evidently, the legal paternity is not directly associates with the

⁶ Seda Gayretli Aydın, "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi" *TBB Dergisi* 136 (2018): 276.

⁷ Ali Yarayan, *Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 269.

⁸ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye* App no 27094/20 (ECtHR, 27 June 2023) [37-40].

biological paternity⁹. Given the loyalty obligations of the spouses during their marriage, this presumption serves the husband to be legally qualify as the father, without the necessity of legal action.

Here, there are two important questions to be asked: While having the *recognition* as an option to legally connect the child to the ex-husband with the paternity bond, in cases where the ex-wife is pregnant, why must the divorced woman wait three hundred days to be able to marry again? Furthermore, why is the divorced woman obligated to present medical evidence proving that she is not pregnant to a competent court in order to get this mandatory waiting period lifted?

Although current legal systems have made significant improvements in terms of human rights and women's rights, patriarchal practices that discriminate against women still exist, as this regulation¹⁰. Given today's technology, waiting three hundred days to bond the unborn baby to the ex-husband is pointless¹¹. Parental DNA testing can easily be conducted after birth, even during pregnancy¹². Hence, this regulation only creates a burden for divorced women, as it obliges them to receive a medical report on the pregnancy, file an application to the Family Court, and wait for the judicial approval of the medical report, just to lift that waiting period. This leads to unnecessary waste of effort, time, and money, including for the courts.

⁹ Özlem Sarı Fidan, "Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi", *Adalet Dergisi* 70 (2023): 121.

¹⁰ Nüket Paksoy-Erbaydar, and Aysun Balseven-Odabaşı, "Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi" *Fe Dergi* 10 (2018): 114.

¹¹ Same opinion, *See*. Gayretli-Aydın, "Kadın," 282.

¹² The invention of DNA-based parentage testing made prenatal paternity testing possible; and it has been used both as an informational application for the pregnant woman and as a forensic application in the case of pregnancy after a rape. Charles M. Strom, Svetlana Rechitsky, Norman Ginsberg, Oleg Verlinsky, and Yury Verlinsky "Prenatal paternity testing with deoxyribonucleic acid techniques", *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 174(6) (1996): 1853.

It shall be noted that such a regulation is not unique to Türkiye, but also exist or existed in other countries, such as Austria¹³, Japan¹⁴, Italy¹⁵, and Switzerland. The origin of this Turkish provision on the woman's waiting period originates from Article 103 of the Swiss Civil Code (ZGB 1912). The regulation prohibited widows and women whose marriage has been annulled or declared invalid from contracting a new marriage before the expiration of three hundred days from the termination or annulment of the previous marriage. It was, also, claimed that the purpose of this waiting period was to prevent uncertainties about paternity¹⁶. However, that regulation was abolished before the current TCC entered into force¹⁷. Despite being criticised for years by scholars; however, the Grand National Assembly of Türkiye (Türkiye Büyük Millet Meclisi "TBMM") has never amended the regulation. In 2016, Mahmut Tanal, a lawyer and a member of parliament, officially submitted an amendment proposal to the TBMM to abolish Article 132 of the TCC in order to lift the waiting period for divorced women on the grounds that it is against equality, human rights, and democracy¹⁸. Since the proposal was not debated during the legislative period, it was declared *null*^{19, 20}. The representative re-

¹³ Austria had such a regulation, as well. Before 1983, a waiting period of 10 months applied in Austria in accordance with §11 of the Marriage Act. *See*. "1. Zivilrecht", Gerichtsentscheide, accessed May 1, 2024, https://entscheidsuche.ch/docs/AR_Gerichte/AR_KG_005_OG-ARGVP-1992-3204_1992-01-28.pdf.

¹⁴ Japan Civil Code has also 100-day remarriage ban for women. Article 733 regulated six months ban, however in 2015 the Supreme Court of Japan found this period too long. After this judgement, the time limit has been amended and reduced to 100 days. *See*. "Japan: New Instructions Allow Women to Remarry 100 Days After Divorce", Library of Congress, accessed May 1, 2024, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-02-26/japan-new-instructions-allow-women-to-remarry-100-days-after-divorce/>.

¹⁵ Italy has 300-day waiting period, which is also known as "*tutto vedovile*" (widow's grief). Article 89 of the Italian Civil Code states that a woman may not marry until three hundred days after the termination or annulment of her previous marriage.

¹⁶ Philipp Stehlin, *Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954)* (Universität Bern, 2018), 116.

¹⁷ Yenerer-Çakmut, et al., (n 2) 945; Gayretli-Aydın, (n 3) 290.

¹⁸ "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 132. Maddesinin Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi", TBMM, accessed July 1, 2023, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/13f532d7-5b30-4492-bd42-5295143a0d4f.pdf>.

¹⁹ Legislative proposals not concluded within the legislative period shall be deemed null and void at the end of that term. *See*. "Yeni Sistem Göre Yasama El Kitabı", TBMM, accessed July 1, 2023, https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/Yasama_El%20Kitabi.pdf.

²⁰ "Kanun Teklifi Bilgileri 26/1", TBMM, accessed July 1, 2023, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/f72877c0-3880-037b-e050-007f01005610>.

submitted the proposal in 2018, nevertheless, it was also declared null at the end of the legislative period in 2023²¹. It would have been both beneficial and appropriate if the TBMM could have amended its own regulation at its discretion.

B. Procedure for Lifting the 300-Day Remarriage Restriction

After the divorce judgment got finalised, the woman must wait 300 days from the date of divorce in order to remarry. This period corresponds to approximately 10 months. Starting date of this period, which is defined as the date of divorce, refers exactly to the date of legal finalisation of the divorce judgement. Article 26 of Law on Population Services (Nüfus Hizmetleri Kanunu), entitled *the beginning of a woman's waiting period*, regulates that *the woman's waiting period shall commence from the date of finalisation of the court decision*.

Pursuant to Article 154 of the TCC, the period of the statutory remarriage restriction does not constitute an *absolute ban* on marriage²², hence if a woman marries without waiting for this period, her marriage cannot be deemed invalid²³. However, the marriage officer is obliged to examine applications in accordance with Article 23 of the Marriage Regulation, and takes this statutory restriction period into account while assessing the applications. Hence, the non-completion of the period is -in practice- establishes an obstacle to marriage²⁴.

In cases where the divorced woman is willing to marry, without waiting 300 days, Article 132 of the TCC regulates three possibilities: *Giving birth terminates this period. In the cases where the woman is not pregnant from her former marriage or the spouses want to remarry each other, the court shall revoke this period*.

The first possibility, accordingly, is the birth. If the divorced woman gives birth, it is possible to remarry with another person without any other

²¹ “Kanun Teklifi Bilgileri 28/1”, TBMM, accessed July 1, 2023, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/cf9d09d4-7188-418c-805c-0188dcc61480>.

²² Article 154 of the TCC regulates that the marriage of a woman before the end of the waiting period does not require nullity of marriage.

²³ Hatice Selin Pürselim, “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, (2021) :517.

²⁴ *Same opinion*, see. Pürselim, “MÖHUK,” 517; Gayretli Aydın, “Kadın,” 276.

conditions. The second and third options require a lawsuit. When the divorced woman wants to get married within the waiting period, she must file a lawsuit for the abolition of the waiting period. By proving that she is not pregnant, the divorced woman can get this statutory waiting period lifted through the court judgment. If the divorced woman wants to remarry with the man she divorced, she will -also- have to file a lawsuit for the abolition of the waiting period. According to Article 132, however, the woman will not be required to prove that she is not pregnant with a hospital report, and the lawsuit accordingly will be finalised.

According to Article 382 of the Code of Civil Procedure (*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*), the case for the lifting the restriction is a non-contentious judicial proceeding²⁵. An agreement or documents regulating a certain legal situation are submitted to the court and the court makes a decision based on these documents. Any application for the lifting of the waiting period shall be brought before the Family Court pursuant to the Law on Establishment, Duties, and Trial Procedures of Family Courts (Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun). For the places where there is no family court, the civil court of first instance is accepted as the competent court. The lawsuit shall be filed to the court of residence of the divorced woman.

Regardless of the reason for the lifting of the waiting period, the decision of the court qualifies as a determination, and the court has *no discretion* whether or not to allow the marriage²⁶. Even though it is a non-contentious judicial proceeding without discretion, the duration of these cases may be -still- very long, as it depends on whether the procedure has been dully followed and on the workload of the court -hence where the case is heard-. It is even possible that the judgment may not be issued before the 300-day period expires.

The procedure for obtaining a medical report to prove the absence of pregnancy should also be discussed. In practice, the process is not appropriate for this modern century²⁷. The divorced woman has to go to the public hospital

²⁵ Non-contentious jurisdiction (*çekişmesiz yargı*) refer to legal proceedings that are submitted to the court without a dispute between the parties. As it is a non-contentious judicial matter, there is no respondent party to the case for the abolition of the statutory period, as it is a non-contentious judicial matter.

²⁶ Yarayan, "Türk," 269.

²⁷ Pürselim, "MÖHUK," 518.

designated by the court. Before visiting the hospital, a stamp is placed on her wrist at the court, and she must apply to the hospital for an examination before the stamp is removed from her wrist²⁸. At the end of the examination, the hospital gives the result to the woman in a sealed envelope, which she must hand to the court unopened, then the court opens the envelope and reads the result before the woman, herself²⁹.

This procedure is not only old-fashioned and redundant, but also violates human rights. Technology and science have advanced greatly, thus there is no reason to stamp somebody's wrist for identification purposes, not anymore. Since everyone has the Turkish identity number and Turkish identity card that includes the picture of the person, identification should not be an issue at the hospital. Furthermore, not informing the person about a medical test result carried out on her body and not informing her, but informing the court first is also contrary to the respect of private life, regulated under Article 8 of the ECHR.

II. ANALYSING THE *NURCAN BAYRAKTAR V. TÜRKİYE* JUDGMENT³⁰

A. The Role of the ECHR and the ECtHR judgments in Türkiye

Türkiye ratified the ECHR in 1954³¹ and recognised the compulsory jurisdiction of the ECtHR in 1990. Hence, the ECHR and the ECtHR judgments are recognised among the sources of the Turkish legal system³².

According to the Article 90/5 of the Constitution of the Republic of Türkiye ("the Constitution"), *in the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail*. Articles of the ECHR, thus, takes precedence over any code that has been regulated and enacted in

²⁸ Pürselim, "MÖHUK," 518.

²⁹ Pürselim, "MÖHUK," 518.

³⁰ The judgement is translated by the author.

³¹ "Türkiye", European Court of Human Rights, accessed July 1, 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/cp_turkey_eng.

³² Republic of Türkiye, Ministry of Foreign Affairs website: <<https://www.mfa.gov.tr/İnsan-hakları.en.mfa>> accessed July 1, 2023.

Türkiye. Meaning that the national courts are obliged to give precedence to the ECHR when there is a conflict with a domestic regulation.

When the first instance court or the appeal court fails to or prefers not to review the constitutionality examination, the Constitutional Court of the Republic of Türkiye (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi) shall assess it. For the constitutionality examination, there are three possible manners: an action for annulment, a contention of unconstitutionality, or an individual application³³. The President of the Republic, the groups of two political parties which have the highest number of members in the TBMM and a minimum of one-fifth of the total number of members of the TBMM have the power to apply for an annulment action. On the other hand, the contention of unconstitutionality can be initiated by the civil, criminal, or administrative courts of general jurisdiction only for legal provisions applicable on an actual case pending before them. The individual application, which was first implemented in the Turkish legal system in 2010 and began functioning in 2012, is the third and the last option for the constitutionality examination. According to Article 148 of the Constitution, after exhausting legal national remedies, anyone can apply to the Constitutional Court for a violation by public authorities of one of the fundamental rights and freedoms that fall under the joint protection of the Constitution and the ECHR. Following the constitutionality examination, the Constitutional Court may dismiss the case or annul the challenged provision on the grounds that it violates to the Constitution³⁴.

After more than a decade of having the highest number of applications to the ECtHR and the highest number of violation judgements within the member states of the Council of Europe, the main objective behind the introduction of the individual application to the Constitutional Court as a remedy was to increase the level of protection of human rights and reduce the number of applications to Strasbourg³⁵. Since it is not possible to apply to the ECtHR without exhausting domestic remedies, the Constitutional Court currently

³³ See. "Constitutional Court of Turkey", Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, accessed July 1, 2023, <https://anayasa.gov.tr/media/7365/introductory-booklet.pdf>.

³⁴ "Constitutionality Review", Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, accessed July 1, 2023, <https://www.anayasa.gov.tr/en/proceedings/constitutionality-review/>.

³⁵ Christos Giakoumopoulos, "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights and the role of Constitutional Courts", *Anayasa Yargısı*, (2016): 40-41.

constitutes an intermediary step in securing human rights and also to preventing a large amount of applications to the ECtHR.

Besides being obliged to guarantee the rights and freedoms regulated in the ECHR, according to Article 46 of the ECHR, all States that are Parties to the Convention are also under the obligation to abide by the judgments of the European Court of Human Rights. Thus, the judgments of the ECtHR are binding on Member States. However, the ECtHR judgments cannot overturn the judgments of the national courts, as the Court does not act as a court of appeal. Moreover, the Court has no duty or competence to correct alleged errors of law of national courts or to substitute them³⁶. Thus, the ECtHR judgments do not lead to immediate or automatic results in the domestic legal order³⁷.

The ECtHR shall only determine whether there has been a violation of the Convention. In the event of a finding of a violation, Member States are required to take the necessary measures to implement the Court's judgments. In other words, Article 46 of the Convention does not regulate how the judgments are to be executed, and therefore each Member State will determine itself how to implement it³⁸. It must be emphasised that the main duty for the protection of the rights and freedoms provided for in the Convention lies with the national authorities and judicial organs; however when a satisfactory solution cannot be found in the national proceedings, then the ECtHR steps in³⁹. The implementation and execution of an ECtHR judgment is not restricted to the payment of the just satisfaction. The Member State concerned shall take other measures to secure full implementation of the ECtHR judgments. When a Member State fails to execute a judgment, the Committee of Ministers, the executive body of the Council of Europe, will put political and diplomatic pressure on the member State in question. Indeed, failure in execution creates a liability towards all other High Contracting Parties to the Convention⁴⁰.

According to the 16th Annual Report of the Committee of Ministers, 77 cases concerning Türkiye were taken over by the Committee of Ministers in

³⁶ Ebru Karaman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72/1, (2014):413.

³⁷ Giakoumopoulos, "The Execution," 39.

³⁸ Karaman, "Avrupa," 414.

³⁹ Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri* (Ankara: TBMM Yayınları, 2001) 407.

⁴⁰ Giakoumopoulos "The Execution," 39.

2022, to supervise their execution⁴¹. According to the report, as of 31 December 2022, there were 480 cases pending execution, including 36 leading cases classified under enhanced procedure and 89 were leading cases classified under standard procedure⁴². Ongoing cases include particularly related to *the rights to freedom of expression and freedom of assembly, judicial independence, detention without sufficient reasoning, ineffective investigations and impunity, and domestic violence*⁴³. The ECtHR held that the whole structure of the Convention is based on the general assumption that public authorities in Member States act in *good faith*, and it also includes the enforcement of judgements with the “conclusions and spirit” of the judgment⁴⁴. Thus, failure to comply with the ECtHR judgments constitutes a violation of Article 46.

B. Relevant ECHR Articles

Before discussing the recent ECtHR judgment, the relevant well-known rights and freedoms of the ECHR, Article 8, Article 12 and Article 14, will be briefly summarised.

Article 8 of the ECHR regulates the right to respect for private and family life, home, and correspondence. Every terminology used in this Article has autonomous meaning. Notion of “private life” is, to the ECtHR, a broad concept and cannot be exhaustively defined⁴⁵. It is not limited to an “inner circle” of the individual’s personal life⁴⁶, but it also includes establishing and developing relationships with the outside world⁴⁷. The Court also considers that the right to personal autonomy and personal development includes the right to respect for the decision both to have and not to have a child⁴⁸.

The Court examines whether the interference was justified under the second paragraph of Article 8. As regards the necessity of the interference, the Court reiterates that an interference is considered *necessary in a democratic*

⁴¹ “Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights”, Council of Europe Committee of Ministers, accessed July 26, 2023, <https://rm.coe.int/annual-report-2022/1680aad12f82>.

⁴² “Supervision of the Execution.”

⁴³ “Supervision of the Execution.”

⁴⁴ *Kavala v. Türkiye* App no 28749/18 (ECtHR, 11 July 2022) [169].

⁴⁵ *Niemietz v. Germany* App no 13710/88 (ECtHR, 16 December 1992) [29].

⁴⁶ *Denisov v. Ukraine* App no 76639/11 (ECtHR, 25 September 2018) [96].

⁴⁷ *Bărbulescu v. Romania* App no 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017) [71].

⁴⁸ *A, B and C v. Ireland* App no 25579/05 (ECtHR, 16 December 2010) [212].

society to achieve a legitimate aim if it meets a *pressing social need*, and particularly, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons given by the national authorities to justify the interference are *relevant and sufficient*⁴⁹. While it is for the national authorities to assess the reason for the interference first, the ECtHR decides whether it was necessary within the meaning of Article 8, ultimately⁵⁰.

Article 12 of the ECHR regulates the right to marry and according to Article 14 of the ECHR, the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the ECHR shall be secured without discrimination on any grounds including sex or other status such as being divorced. In these cases, Article 14 shall be determined in conjunction with Article 12. According to the Court, Article 12 guarantees *the fundamental right of man and woman to marry and found a family*. Despite being subjected to national laws⁵¹, the Contracting States shall not limit the right in such a way or such a degree to affect its very substance⁵². Article 12, in contrast to Article 8 of the Convention, does not include any permissible grounds for interference, such as “in accordance with the law” or being “necessary in a democratic society”. Hence, the Court would not apply the test of “necessity” or “pressing social need”, in examining a case under Article 12⁵³. Although Article 12 does not regulate right to divorce, it does guarantee divorced persons the *right to remarry* without unreasonable restrictions⁵⁴. The enjoyment of the rights and freedoms recognized by the Convention is subject to Article 14, which prohibits different treatment of persons in comparable situations, unless there is objective and reasonable justification⁵⁵. Moreover, not every difference in treatment automatically entails a violation of Article 14. In cases where a different treatment to persons in similar situation is based on an objective and reasonable justification, it can be justified⁵⁶. Yet, the extent of the margin provided to the Contracting States

⁴⁹ *L.B. v. Hungary* App no 36345/16 (ECtHR, 9 March 2023) [115].

⁵⁰ *S. and Marper v. the United Kingdom* App no 30562/04, 30566/04 (ECtHR, 4 December 2008) [101-102].

⁵¹ The margin of appreciation available to the domestic authorities cannot be so disproportionate. *See. Delecalle v. France* App no 37646/13 (ECtHR, 25 October 2018) [55].

⁵² *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom* App no 34848/07 (ECtHR, 14 December 2010) [82].

⁵³ *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, [84].

⁵⁴ *F. v. Switzerland* App no 11329/85 (ECtHR, 18 December 1987) [38]; *Nurcan Bayraktar v. Türkiye* (n 3) [71].

⁵⁵ *Burden v. the United Kingdom* App no 13378/05 (ECtHR, 29 April 2008) [60].

⁵⁶ *Andrejeva v. Latvia* App no 55707/00 (ECtHR, 18 February 2009) [81-82].

is very narrow where the difference in treatment is based on intrinsic and immutable personal characteristics, such as sex⁵⁷. Whatever the margin of appreciation vested in the State, it is ultimately for the Court to rule on compliance with the requirements of the Convention⁵⁸.

C. Facts of the Case

The application concerns the refusal by the national authorities to grant the applicant's request that she be exempted, without undergoing a medical examination to determine whether she was pregnant, from the 300-day waiting period for divorced women regulated in Article 132 of the TCC⁵⁹. The applicant, who was subjected to the waiting period, was refused permission to remarry without waiting for the expiry of that period, on the grounds that she had refused to undergo a medical examination to determine whether she was pregnant⁶⁰. Even though the applicant had not produced any concrete evidence of any plans to remarry after her divorce and had refused to obtain the medical certificate she had been asked to produce in the context of the proceedings she had brought before the national authorities to obtain the lifting of the waiting period, the obligation imposed on her to respect the 300-day waiting period after her divorce fell within the scope of her right to marry⁶¹.

In outline⁶², in 2014 the applicant requested İstanbul Anadolu Family Court to waive the 300-day waiting period and during the proceedings at the domestic court, she submitted an official letter stating that she would not obtain the medical certificate in question by alleging that the court's request in this regard based on Article 132 of the TCC was contrary to Articles 8, 12 and 14 of the ECHR. The Family Court ordered the medical certificate from a hospital, warned the applicant that the application would be rejected on procedural grounds if she did not comply, and dismissed her claim that Article 132 of the TCC was unconstitutional. The Family Court did not accept the argument that this situation deprives women of their legal capacity or restricts

⁵⁷ *D.H. and Others v. the Czech Republic* App no 57325/00 (ECtHR 13 November 2007) [196]; *Beeler v. Switzerland* App no 78630/12 (ECtHR, 11 October 2022) [96]; *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [73-75].

⁵⁸ *Konstantin Markin v. Russia* App no 30078/06 (ECtHR, 22 March 2012) [126]; *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [76].

⁵⁹ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [1].

⁶⁰ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [82].

⁶¹ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [78].

⁶² *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [2-12].

it⁶³. In 2015, the Court of Appeal, to which the applicant had appealed, upheld the Family Court's judgment, holding that it complied with procedural rules and the law. In 2016, the applicant lodged an individual appeal to the Turkish Constitutional Court, yet in 2020, her appeal was declared inadmissible finding that her claims regarding respect for private life and the principle of equality were manifestly ill-founded, ruling that there had been no interference with the rights and freedoms in question or that, if there had been an interference, it had not entailed a violation of those rights and freedoms. Eventually the applicant lodged an application to the ECtHR in 2020, and the ECtHR discussed Article 6/1, 8, and Article 14 in conjunction with Article 12 in this case.

First and foremost, the Government raised two objections to the inadmissibility of the applicant's complaints by stating that she does not carry the victim status and did not suffer significant damage⁶⁴. It is true according to case law that in order to claim to be the victim of a violation, an individual must have directly suffered the effects of the disputed measure. The Convention does not permit the possibility of initiating an *actio popularis* for the purposes of interpreting the rights recognized in the Convention; nor does it authorize individuals to complain about a provision of domestic law simply because it appears to them, without their having directly suffered its effects, that it breaches the Convention⁶⁵. The ECtHR states that in the present case it is not for the Court to speculate on whether the applicant had serious prospects to remarry when she lodged her application; and the fact that the applicant did not remarry after the end of the waiting period is also irrelevant⁶⁶. Hence, the fact that the applicant was subjected to a waiting period and obliged to initiate a specific proceeding to lift that period by submitting a medical certificate stating that she was not pregnant, on the sole ground that she belonged to the category of divorced women; it is sufficient to conger on her status of victim⁶⁷. It also considers that the effect of imposing this waiting period on the applicant was to restrict her freedom of choice as to the date of a possible remarriage - even though this was undoubtedly of significant importance for her personal

⁶³ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [8].

⁶⁴ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [21-23].

⁶⁵ *Burden v. the United Kingdom*, [33].

⁶⁶ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [27].

⁶⁷ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [28].

life - and that this effect cannot be underestimated; thus the Court also rejects the plea of lack of significant damage⁶⁸.

D. Judgment on Article 8

Regarding Article 8, the Court focuses on the part that the applicant was asked to produce a medical certificate proving that she was not pregnant following her divorce, in order to initiate the proceedings to lift the 300-day waiting period. Rightfully, the ECtHR considers that undergoing a medical examination to verify that she was not pregnant clearly has an impact on the applicant's private life, and it amounts to interference with the exercise of her right to respect for her private life⁶⁹.

As it was given above, the Court later examines whether the interference was justified under the second paragraph of Article 8; particularly the necessity of the interference in a democratic society. Although it is for the national authorities to assess the reason for the interference first, the ECtHR is going to decide whether it was necessary within the meaning of Article 8, ultimately. The reason provided in the Marriage Regulations to impose such a waiting period is to avoid "confusion of kinship". If the main purpose of the waiting period and of making the lifting of that period conditional on the woman concerned not being pregnant is the accurate determination of the biological parentage of any unborn child, the Court states that, then a distinction must be drawn in that regard between the biological paternity and the legal presumption of paternity. Although in most legal systems when a child is born in marriage is deemed to have the husband as the legal father; acknowledging the child or claiming the paternity is possible at any time by presenting scientific evidence⁷⁰. As provided in the first section of the study, the presumption of paternity is already regulated under Article 285 of the TCC to recognize the husband as the father of the child born within three hundred days following the termination of the marriage. Hence, the objective of preventing "confusion in kinship" is unrealistic in a modern society⁷¹. The Court also underlines that divorce proceedings in Türkiye sometimes take years; yet the 300-day waiting period initiates only after the divorce judgment

⁶⁸ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [31].

⁶⁹ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [43-44].

⁷⁰ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [54-55].

⁷¹ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [55].

becomes final. This means that the spouses, in most cases, are practically no longer living together from the beginning of the divorce proceedings⁷².

Lastly, the Court expresses its concern at the implication of the Family Court's conclusion that divorced women, by virtue of their biological characteristics as women, particularly their role as mothers and their ability to give birth, would have a duty to the society to disclose any pregnancy before remarrying and that they would have to bear the disadvantage of the waiting period in order to protect the interests of any unborn child⁷³. This assumption reflects a traditional view of female sexuality as being primarily associated with woman's reproductive functions, and thus, ignores the woman's physical and psychological development as a person⁷⁴.

In the light of the abovementioned explanations, the Court concludes that imposition of a waiting period and the obligation to produce medical evidence proving that the applicant was not pregnant, which could only be obtained by means of medical examination, in order to obtain the lifting of that waiting period cannot be regarded as meeting a pressing social need. Consequently, the interference in question with the applicant's exercise of her right to respect for her private life was not necessary in a democratic society. There has been, therefore, a breach of Article 8 of the Convention⁷⁵.

E. Judgment on Article 14 in conjunction with Article 12

Regarding Article 12 and 14, the applicant claims⁷⁶ that the waiting period of 300 days unquestionably constitutes discrimination on the grounds of sex; it also discriminates against divorced woman in comparison to women who have never been married. Furthermore, the applicant rightfully considers that forcing divorced women to obtain a court decision based on a medical certificate proving that they are not pregnant in order to remarry before the end of the waiting period, which is likely to reveal their sex life, amounts to profound and systematic discrimination against women and infringement of human rights.

⁷² *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [55].

⁷³ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [57].

⁷⁴ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* App no 17484/15 (ECtHR 25 July 2017) [52]; *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [57].

⁷⁵ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [58-59].

⁷⁶ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [62].

As given above, Article 12 guarantees *the fundamental right of man and woman to marry and found a family*. In contrast to Article 8, Article 12 does not include any permissible grounds for interference and thus, the Court does not apply the test of “necessity” or “pressing social need” on cases regarding Article 12⁷⁷. Article 14 prohibits different treatment of persons in comparable situations while enjoying their rights and freedoms recognized by the Convention, unless there is objective and reasonable justification⁷⁸. As noted above, not every difference in treatment automatically results in a violation of Article 14; it can be legitimised by objective and reasonable justification⁷⁹. The margin of appreciation vested in the State is an issue to be discussed by the ECtHR⁸⁰, since the extent of the margin provided to the Contacted States shall be very narrow where it comes to the difference in treatment is based on intrinsic and immutable personal characteristics, such as sex⁸¹.

In the present case, the applicant was refused permission to remarry without waiting for the expiry of that period, on the grounds that she had refused to undergo a medical examination to determine whether she was pregnant. The Court noted that such a decision could only be taken in respect of a woman, since only women can become pregnant, and that in any event the relevant legislation required only women to observe the waiting period. The ECtHR, hence, finds that the decision handed down in respect of the applicant amounts to a difference in treatment based on sex⁸². The Court further notes that only women are subject to the waiting period provided for in Article 132 of the TCC, to the exclusion of men who are not required to respect such a period in order to remarry⁸³.

The Court underlines the fact that even though the Government's argument on the disputed waiting period was to determine the biological parentage of any unborn child and to prevent uncertainty in this respect is based on a traditional conception of the family founded on the official institution of marriage; that does not necessarily reflect developments in modern European societies: in these societies, a significant number of families

⁷⁷ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [84].

⁷⁸ *Burden v. the United Kingdom*, [60].

⁷⁹ *Andrejeva v. Latvia*, [81-82].

⁸⁰ *Konstantin Markin v. Russia*, [126]; *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [76].

⁸¹ *D.H. and Others v. the Czech Republic*, [196]; *Beeler v. Switzerland*, [96]; *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [73-75].

⁸² *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [82].

⁸³ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [80].

are based on a form of union other than civil marriage, for example civil partnership or cohabitation, and many children are even conceived out of marriage or from anonymous sperm donation⁸⁴.

The Court takes this issue one step further and states that the sexist stereotypes, such as the idea that women would have a duty to society by virtue of their potential role as mothers and their ability to give birth, constitute a serious obstacle to the achievement of genuine substantive equality between the sexes, which is one of the major objectives of the member States of the Council of Europe⁸⁵.

Consequently, the Court concludes that the obligation imposed on divorced women, due to the possibility of pregnancy, to wait 300 days unless they prove by medical examination that they are not pregnant amounts to direct discrimination on grounds of sex, which cannot be justified by the aim of preventing uncertainty as to the parentage of any unborn child⁸⁶. Hence, there has been a violation of Article 14 in conjunction with Article 12 of the ECHR.

III. HOW COULD THE NATIONAL COURTS HAVE INTERVENED TO AVOID THE VIOLATION JUDGMENT?

The national courts had two possibilities to avert the ECtHR's violation judgment. The first possibility for the national court was to choose to apply the rights and freedoms provided in both the Constitution of the Republic of Türkiye ("the Constitution") and the ECHR instead of the Article 132 of the TCC. Article 10 of the Constitution emphasizes that *everyone is equal before the law without distinction of language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion, sect and other similar grounds*. The 2004 amendment clarifies that *woman and men have equal rights and the State is obliged to ensure that this equality is realised*; and Article 20 of the Constitution states that *everyone has the right to demand respect for his private and family life. The privacy of private and family life shall be strictly protected*. As stated above, Article 90/5 of the Constitution which regulates that *in the case of a conflict between international agreements, duly put into*

⁸⁴ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [86].

⁸⁵ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [89].

⁸⁶ *Nurcan Bayraktar v. Türkiye*, [90-91].

effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail. Articles of the ECHR, thus, takes precedence over any code that has been regulated and enacted in Türkiye. Hence, the Family Court must have considered the provisions of the international human rights conventions, before applying the Turkish Civil Code. It is evident from the case that the plaintiff already submitted her claim that Article 132 of the TCC was contrary to Articles 8, 12 and 14 of the ECHR. Instead of approaching the claim with the utmost scrutiny, the competent Family Court chose to apply the provisions of the TCC using the legal positivist approach. The Court also warned the applicant that the application would be dismissed on procedural grounds if failed to provide a medical report, and rejected her claim that Article 132 of the TCC was unconstitutional.

Besides the ECHR, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) was also ratified by the Republic of Türkiye. In the sixth periodic report of Türkiye, the Committee on the Elimination of Discrimination against Woman also found the waiting period for remarriage discriminatory. It is also recommended to take appropriate steps by reviewing and amending the regulation without delay, to be entirely in conformity with Articles 2 and 16 of the CEDAW⁸⁷. Apart from the ECHR, by looking at the CEDAW and the periodic reports of Türkiye, the violation outcome must have been expected. Yet, the applicant had to take her claim before the ECtHR to prove the violation. The case before the Family Court was held in 2014 and the ECtHR decision has arrived recently, on 27 June 2023. Nine years to reach the obvious outcome is tremendously lengthy.

The second possibility for the national court was to initiate the contention of unconstitutionality. As briefly provided above, the contention of unconstitutionality can be initiated by the civil, criminal, or administrative courts of general jurisdiction only for legal provisions applicable on an actual case pending before them. The Constitutional Court will, then, conduct a constitutionality examination and may decide to annul the challenged provision on the grounds that it violates to the Constitution. While applying

⁸⁷ “Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women : Turkey”, United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, accessed June 30, 2023, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/cedaw-c-tur-co-6.pdf>, 11.

the Article 132 of the TCC, Family Court was supposed to realise the possible controversy and initiate the contention of unconstitutionality procedure.

However, it could be argued that this would not prevent the ECtHR's violation judgment. It is indeed clear from the facts of the case that the applicant, after exhausting domestic legal remedies, had already filled an individual application before the Constitutional Court on the grounds that her fundamental rights and freedoms, which are under the joint protection of the Constitution and the ECHR, had been violated. Unfortunately, the Constitutional Court failed to find any violation. Hence, instead of leaving the debate to the judiciary, it would be more appropriate for the TBMM to use its legislative power to discuss the amendment and annulment options for Article 132.

IV. CONCLUSION

The 300-day remarriage restriction is regulated under Article 132 of the TCC. It regulates that: *When a marriage is terminated, the woman shall not remarry until after three hundred days have passed as of the termination of the marriage. Giving birth terminates this period. In the cases where the woman is not pregnant from her former marriage or the spouses want to remarry each other, the court shall revoke this period.* As stated in the introduction; in a modern society, Article 132 of the TCC would appear to be a clear violation of human rights, yet neither the legislator nor the national courts have considered it this way, for many years. Eventually, on 27 June 2023, the European Court of Human Rights unanimously declared that the complaint of Nurcan Bayraktar was admissible and held that there has been a violation of Article 8 and Article 14 in conjunction with Article 12 of the European Convention on Human Rights.

As given above, the rationale behind Article 132 of the TCC was to establish the legal fatherhood of the child. The ECtHR has accurately rendered that it is unrealistic in a modern society to try to justify the interference with the right to privacy by claiming that it precludes "confusion in kinship". The ECtHR also rightfully stated that a distinction must be drawn between the biological paternity and the legal presumption of paternity. The presumption of paternity is already regulated in Article 285 of the TCC regarding the recognition of the ex-husband as the father of the child born within three hundred days following the termination of the marriage.

Regarding Article 12 and 14 of the ECHR, the applicant successfully argued that the waiting period of 300 days unquestionably constitutes discrimination on the grounds of sex, not only between men and women; but also, against divorced woman in comparison to women who have never been married. The Court correctly underlined that a traditional conception of the family based on a formal marriage does not necessarily reflect the developments in modern European societies, since currently, a significant number of families are based on a form of union other than civil marriage. Hence, it is indeed a fact as the ECtHR established that sexist stereotypes constitute serious obstacles to achieving genuine substantive equality between the sexes, such as the idea that women would have a duty to society by virtue of their potential role as mothers and their ability to bear a child. Thus, it would be unexpected only if the Court did not reach a judgment on the violation of Article 14 in conjunction with Article 12.

In order to prevent this foreseeable violation, the TBMM could have amended the regulation precedently. As mentioned earlier, the Swiss Civil Code, which is the reference source of the Turkish Civil Code, abolished the regulation on the woman's waiting period, before the current TCC was entered into force. Likewise, Mahmut Tanal's amendment proposal to abolish Article 132 of the TCC, which was submitted to the TBMM in 2016 and again in the following years, could have been taken into consideration to initiate the discussions on the amendment. The more appropriate course would have been for the TBMM to amend its own regulation at its discretion.

In response to the research question of this study it can be stated that this expected violation judgment, given by the ECtHR, could have been averted by the national courts in two possible ways. The first possibility for the national court was to choose to apply the rights and freedoms provided in both the Constitution of the Republic of Türkiye and the European Convention on Human Rights, instead of the Article 132 of the TCC. The second possibility for the national court was to initiate the contention of unconstitutionality. Then the Constitutional Court could have conducted a constitutionality examination and may decide to annul the challenged provision on the grounds that it violates to the Constitution. However, this would not avert the violation judgment, in this specific case. Indeed, the applicant had already filled an individual application before the Constitutional Court for violation of the fundamental rights and freedoms that fall under the joint protection of the Constitution and the ECHR, yet regrettably, the Constitutional Court failed to

declare any violation. Consequently, the national authority had failed to take necessary actions to amend Article 132 of Turkish Civil Code, which regulates the 300-day remarriage restriction regulated for divorced women only.

As stated in the introduction part, some positive steps were taken to promote gender equality, over the years⁸⁸. Nevertheless, the ECtHR judgment from 2004⁸⁹, where violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 8 was found, had no impact on the law or its application until 2022, when the Constitutional Court, finally, annulled Article 187 of the TCC⁹⁰.

I regret to note that, at the time of submission of this study, Article 132 has yet to be amended. As mentioned earlier, Member States are required to take the necessary measures to implement the Court's judgments; and the main responsibility for protecting the rights and freedoms provided for in the Convention falls on national authorities and judicial bodies. Thus, Article 132 of Turkish Civil Code must be abolished with the utmost urgency. It shall be reiterated that failure to comply with the ECtHR judgments constitutes a violation of Article 46. At this stage, the declaration of violation by the ECtHR on the *Nurcan Bayraktar v. Türkiye* judgment can be considered as a trigger to initiate modernisation changes in the TCC. Moreover, the *Nurcan Bayraktar v. Türkiye* judgment should serve as an example to Italy to annul Article 89 of the Italian Civil Code, known as "*lutto vedovile*" (widow's grief), that regulates the same 300-day remarriage restriction. As a Member State, Italy shall also take necessary steps following the ECtHR judgment⁹¹.

⁸⁸ The ECtHR observes that Türkiye *does not position itself outside the general trend towards placing men and women on an equal footing in the family*. See. *Ünal Tekeli v. Turkey*, [62].

⁸⁹ See. *Ünal Tekeli v. Turkey*.

⁹⁰ The Constitutional Court annulled Article 187 of the TCC, which regulated that married women shall bear their husband's surname upon marriage, on 22 February 2023 (Anayasa Mahkemesi, E.2022/155, K.2023/38, T.22/02/2023). As of 28 January 2024, Article 187 of the TCC cannot be enforced.

⁹¹ Article 232 of the Italian Civil Code regulates the presumption of the kinship. According to the regulation, a child shall be presumed to have been conceived during the marriage if three hundred days have not yet elapsed since the annulment, cancellation, or termination of the marriage. As the kinship would be granted regardless of the waiting period; avoiding the *commixtio sanguinis* (mixture of blood) is possible anyway. The 300-day remarriage ban, therefore, violates the rights and freedoms regulated under Article 8, Article 12, and Article 14 of the ECHR.

BIBLIOGRAPHYPrimary Sources

Anayasa Mahkemesi, ve E. 2022/155, K. 2023/38, T. 22/02/2023.

A, B and C v. Ireland App no 25579/05 (ECtHR, 16 December 2010).

Andrejeva v. Latvia App no 55707/00 (ECtHR, 18 February 2009).

Bărbulescu v. Romania App no 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017).

Beeler v. Switzerland App no 78630/12 (ECtHR, 11 October 2022).

Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal App no 17484/15 (ECtHR 25 July 2017).

D.H. and Others v. the Czech Republic App no 57325/00 (ECtHR 13 November 2007).

Delecalle v. France App no 37646/13 (ECtHR, 25 October 2018).

Denisov v. Ukraine App no 76639/11 (ECtHR, 25 September 2018).

F. v. Switzerland App no 11329/85 (ECtHR, 18 December 1987).

Kavala v. Türkiye App no 28749/18 (ECtHR, 11 July 2022).

Konstantin Markin v. Russia App no 30078/06 (ECtHR, 22 March 2012).

L.B. v. Hungary App no 36345/16 (ECtHR, 9 March 2023).

Niemietz v. Germany App no 13710/88 (ECtHR, 16 December 1992).

Nurcan Bayraktar v. Türkiye App no 27094/20 (ECtHR, 27 June 2023).

O'Donoghue and Others v. the United Kingdom App no 34848/07 (ECtHR, 14 December 2010).

S. and Marper v. the United Kingdom App no 30562/04, 30566/04 (ECtHR, 4 December 2008).

Ünal Tekeli v. Turkey App no 29865/96, (ECtHR, 16 November 2004).

Secondary Sources

Aydın, Seda Gayretli. "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi", *TBB Dergisi* 136 (2018): 263-291.

Council of Europe Committee of Ministers. "Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights." Accessed July 26, 2023. <https://rm.coe.int/annual-report-2022/1680aad12f>

European Court of Human Rights. "Türkiye." Accessed July 1, 2023. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/cp_turkey_eng.

Fidan, Özlem Sarı. "Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi", *Adalet Dergisi* 70 (2023): 121-143. <https://doi.org/10.57083/adaletdergisi.1285740>.

- Gerichtsentscheide. “1. Zivilrecht.” Accessed May 1, 2024. https://entscheidsuche.ch/docs/AR_Gerichte/AR_KG_005_OG-ARGVP-1992-3204_1992-01-28.pdf.
- Giakoumopoulos, Christos. “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights and the role of Constitutional Courts”, *Anayasa Yargısı* (2016): 39-42.
- Karaman, Ebru. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72/1 (2014): 411-434.
- Library of Congress. “Japan: New Instructions Allow Women to Remarry 100 Days After Divorce.” Accessed May 1, 2024. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-02-26/japan-new-instructions-allow-women-to-remarry-100-days-after-divorce/>.
- Paksoy-Erbaydar, Nüket, and Aysun Balseven-Odabaşı. “Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, *Fe Dergi* 10 (2018): 111-119. https://doi.org/10.1501/Fe0001_0000000201.
- Pürselim, Hatice Selin. “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27 (2021): 513-542. <https://doi.org/10.33433/maruhad.939958>.
- Stehlin, Philipp. *Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954)*. Universität Bern, 2018.
- Strom, Charles M., Svetlana Rechitsky, Norman Ginsberg, Oleg Verlinsky, and Yury Verlinsky. “Prenatal paternity testing with deoxyribonucleic acid techniques” *American Journal of Obstetrics and Gynecology* (1996): 1849-1854. [https://doi.org/10.1016/s0002-9378\(96\)70220-x](https://doi.org/10.1016/s0002-9378(96)70220-x).
- TBMM. “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 132. Maddesinin Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi.” Accessed July 1, 2023. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/13f532d7-5b30-4492-bd42-5295143a0d4f.pdf>.
- TBMM. “Kanun Teklifi Bilgileri 26/1.” Accessed July 1, 2023 <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/f72877c0-3880-037b-e050-007f01005610>.
- TBMM. “Kanun Teklifi Bilgileri 28/1.” Accessed July 1, 2023 <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/f72877c0-3880-037b-e050-007f01005610>.
- TBMM. “Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı.” Accessed July 1, 2023. https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/Yasama_El%20Kitabi.pdf.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. “Constitutional Court of Turkey.” Accessed July 1, 2023. <https://anayasa.gov.tr/media/7365/introductory-booklet.pdf>.

- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. "Constitutionality Review." Accessed July 1, 2023. <https://www.anayasa.gov.tr/en/proceedings/constitutionality-review/>.
- United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women. "Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women : Turkey." Accessed June 30, 2023. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/cedaw-c-tur-co-6.pdf>.
- United Nations. "Goal 5: Achieve gender equality and empower all women and girls." Accessed accessed July 1, 2023 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/>.
- Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*. Ankara: TBMM Yayınları, 2001.
- Yarayan, Ali. *Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Yenerer-Çakmut, Özlem, Özge Yücel-Dericiler, Sendi Yakuppur, Işık Özer, and Ferhat Yıldırım. "Türkiye'de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27/2 (2021): 933-982. <https://doi.org/10.33433/maruhad.1016933>.

AVRUPA YEŞİL MUTABAKATI: YEŞİL YIKAMA, BİLGİ TAŞKINLIĞI VE İYİ KURUMSAL VATANDAŞ ÖZELLİĞİ UNUTULAN YATIRIMCI

European Green Deal: Greenwashing and the Forgotten Good Corporate Citizen as an Investor

Thomas M. J. MÖLLERS*
Erhan TEMEL**

ÖZET

Bu çalışma Avrupa Yeşil Mutabakatını¹ ve sermaye piyasasının aktörlerinden yatırımcı olarak iyi kurumsal vatandaş² konu etmektedir. Avrupa Birliği'nin birkaç yıldan beri yaptığı düzenlemelerle, finansal piyasaları sürdürülebilirlik konusunda yönlendirme çabalarının akabinde, şimdi de Lamfalussy sürecinin birinci ve ikinci seviyelerindeki düzenlemeleri hayata geçirilmektedir. "Sürdürülebilirlik" kavramının kapsam ve içeriği her

Makalenin Geliş Tarihi: 20.09.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 21.10.2024.

* Prof. Dr., Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, E-posta: thomas.moellers@jura.uni-augsburg.de, ORCID: 0000-0002-7613-4879.

** Doç. Dr., Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Institut für Europäische Rechtsordnungen, Forschungsstelle für Türkisches Recht, E-posta: erhan.temel@jura.uni-augsburg.de, ORCID: 0009-0008-3304-0128.

Makale Almanca (ve kısmen İngilizce) metninden Türkçeye E. Temel tarafından çevrilerek Alman, Avrupa Birliği ve ABD hukukuna ilişkin düzenleme, kavram, terim ve kurumlara yönelik açıklamalar ilave edilmiştir.

¹ Almandaca da *green deal* olarak ifade edilen terim Türkçeye "yeşil mutabakat" olarak çevrilmiştir. Yeşil mutabakat terimi ise sürdürülebilir finansal ürünlerle ilgili hukuki düzenlemeleri ifade etmektedir.

² Almandaca da *good corporate citizen* olarak ifade edilen terim Türkçeye "iyi kurumsal vatandaş" olarak tercüme edilebilir. İyi kurumsal vatandaş teriminden anlaşılması gereken ise, sürdürülebilir finansal ürün satın aldığı için mümkün olan en yüksek getiriden vazgeçmeye hazır olan yatırımcıdır. Sürdürülebilir finansal ürünler terimi ise Environmental Social Governance – ESG kriterlerine uygun olan, yani özellikle çevre dostu olan ürünlerdir. Bu tür ürünlerin de petrol ya da tütün ürünleri satan şirketlerin hisseleri olmayacağı aşikardır. O halde sonuç olarak belirtmek gerekirse; iyi bir kurumsal vatandaş, kârını maksimize etmeye çalışmayan, "fedakâr yatırımcı" ya da "altruist" yani "diğerkam bir yatırımcı" anlamına gelmektedir.

geçen gün daha da belirgin hala gelmesine karşın, şimdiye kadar hukuki düzenlemelerde, finansal ürünleri ihraç eden devletlerin ve şirketlerin ve de bunları talep eden yatırımcıların pozisyonlarının yeterince yer bulamadığı yadsınmaz bir gerçektir. Bu durum en etkin ve güvenli bir sermaye piyasasına ulaşılmasının önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Bu yüzden yatırımcıların yanıltılması (İngilizce tabiriyle “greenwashing”³) sorunu büyük ölçüde henüz çözümlenememiştir. Öte yandan, sermaye piyasası hukukunda, yatırımcıların “rasyonel karar verme ilkesi” ve “özetleme ve gerekçelendirme” araçları iyi bilinmektedir. Bu makale, çok sayıda somut örnekler kullanarak, Türkçede “yeşil yıkama” olarak ifade edebileceğimiz “greenwashing”i ve sermaye piyasasında bilgi taşkınlığından kaynaklanan dezavantajların nasıl önlenebileceğine dair çözümler sunmayı hedeflemektedir. Bu makalenin, Türk hukuk uygulamasına ve yasa koyucuya yeşil yıkama sorununu ve çözümünü daha iyi anlaşılmasında mütevazı bir katkı sağlayacağı temenni edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Yeşil Mutabakatı, Yeşil Yıkama, Sermaye Piyasasında Sürdürülebilirlik, AB Hukuku-Sürdürülebilirlik, Bilgi Taşkınılığı

³ *Greenwashing*'in Türk hukukunda “yeşil yıkama” ya da “yeşil aklama” kelimeleriyle ifade edilmektedir. *Greenwashing*'in sözlük anlamı ise; şirket veya kurumların özellikle çevre dostu ürünler için yaptığı bağış ve PR ya da benzeri diğer aktiviteler ve çalışmalarla, kendileri hakkında - gerçekte olduğundan daha fazla - çevreye duyarlı ve çevre dostu izlenimi uyandırma çabasıdır.

ZUSAMMENFASSUNG

Nachdem die EU schon seit einigen Jahren dabei ist, die Finanzmärkte für das Thema Nachhaltigkeit einzuspannen, entsteht inzwischen das Regelwerk auf der ersten und zweiten Ebene des Lamfalussy-Verfahrens. Während die "Nachhaltigkeit" immer stärkere Konturen gewinnt, werden die Positionen der Staaten und Unternehmen als Emittenten von Finanzprodukten und des nachfragenden Investors bisher unzureichend geregelt. Dieser Umstand ist für den Ziel des effektiven und sicheren Kapitalmarkts beeinträchtigend. Damit bleibt das Problem der Irreführung des Anlegers (Greenwashing) noch weitgehend ungelöst. Greenwashing stellt jedoch nicht nur im Raum der EU ein Problem, sondern ein globales Problem. Im Kapitalmarktrecht sind dagegen der Grundsatz der rationalen Anlegerentscheidung und die Instrumente "Zusammenfassung und Begründung" wohl bekannt. Anhand zahlreicher Beispiele zeigt der Beitrag auf, wie mit ihnen Greenwashing und die Nachteile des Information Overload vermieden werden können. Der Schwerpunkt der Arbeit bildet die Ausführungen unter Überschrift III und IV. Es wird erhofft, dass dieser Beitrag türkischen Rechtsanwendern und Rechtslehre eine bescheidene Hilfe zum besseren Verständnis des Problems der Irreführung des Anlegers (Greenwashing) sowie zu dessen Lösung leisten kann.

Schlüsselwörter: Europäischer Green Deal, Greenwashing, Nachhaltigkeit auf den Kapitalmärkten, EU-Recht-Nachhaltigkeit, Information Overload am Kapitalmarkt

I. SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANS - ÇEVRENİN KORUNMASI NASIL SAĞLANIR

A. Paris Anlaşması ve BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi

Pek çok insan trenin kaçmak üzere olduğunu farkına vardı: Birleşmiş Milletler dünyanın gelecek nesiller için yaşanabilir kalmasını sağlamak üzere, gerekli tedbirleri almanın acilen lüzumlu olduğunu gördü⁴. İklim değişikliğine ilişkin 12 Aralık 2015 tarihli Paris Anlaşması ile neredeyse tüm ülkeler, diğer hususların yanı sıra, dünya ekonomisini iklim dostu olacak şekilde uyarlamayı taahhüt etmiştir. Küresel sıcaklık artışını 1.5°C ile sınırlandırmak için

⁴ Somut örnek olarak bkz. Einleitung Nr. 14 UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (dipnot 7).

karbonsuzlaştırma, yani düşük karbonlu bir ekonomiye doğru dönüşüm süreci, anlaşmanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır⁵. Ayrıca, sanayileşmiş ülkelerin 2025 yılına kadar iklimin korunması için yıllık 100 milyar ABD doları sağlaması ve 2026'dan itibaren de bu miktarın artırılması öngörülmüştür⁶.

Birleşmiş Milletler aynı yıl, yani 2015'te, BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi'ni kabul etmiş ve bu doğrultuda 2030 yılına kadar uygulanmak üzere 17 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi⁷ (SKH) belirlemiştir. Bu hedefler arasında iklimin korunması, sürdürülebilir şehir ve beldeler, sürdürülebilir üretim ve tüketim, temiz su ve sıhhi tesisler (ör. banyo, duş) ile uygun fiyatlı ve temiz enerjiye yönelik tedbirler yer almaktadır.⁸ Ayrıca Nisan 2021'de AB ve ABD'nin, 2030 yılına kadar daha da katı değerler üzerinde uzlaştığını da belirtmek gerekir⁹. Çin Halk Cumhuriyeti de bu sürece dahil olarak 2060 yılına kadar karbon nötrlüğünü sağlama taahhüdünde bulunmuştur.¹⁰

Bu makale Avrupa Yeşil Mutabakatını ele almaktadır. AB, finansal piyasaları sürdürülebilirlik riskleri hakkında raporlama yapmaya zorlamaktadır (I.). Bilgilendirme yükümlülüklerinin tipik avantajları ve dezavantajları vardır (II.). AB Taksonomi Tüzüğü ve diğer düzenlemeler ile

⁵ Erişim için bkz. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> ve https://www.bmu.de/fileadmin/DatenBMU/DownloadPDF/Klimaschutz/paris_abkommen_bf.pdf. Aynı konuda ayrıca bkz. das Gesetz zu dem Übereinkommen von Paris vom 12.12.2015 t. 28.9.2016, BGBl. II, s. 1082. Glasgow 26. BM 2021 İklim Konferansı (26. UN-Klimakonferenz 2021 in Glasgow) için bkz. aşağıda dipnot 250.

⁶ Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 Addendum, FCCC/CP/2015/10/Add.1, Nr. 53, 114, erişim için: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/FCCC_CP_2015_10_Add.1.pdf.

⁷ "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development," UNGA Res. 70/1, 70th Sess., U.N. Doc. A/RES/70/1 (2015), <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>.

⁸ BM Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Gündemi (UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung t. 25. 09. 2015) 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, A/RES/70/1 nolu hedefler için bkz. <https://www.un.org/Depts/german/gv-70/band1/ar70001.pdf>.

⁹ AB 2030 yılına kadar karbon salınımını 1990 yılına oranla %55 düşürmeyi hedeflemesine karşın, ABD 2005 yılına oranla %50 düşürmeyi hedeflemektedir, bkz. Hendrik Kafsack ve Christian Geinitz, "EU schafft im Klimaschutz Fakten," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 Nisan 2021: 15.

¹⁰ Bkz. örneğin <https://www.dw.com/de/china-will-bis-zum-jahr-2060-klimaneutralit%C3%A4t-erreichen/a-55021451>.

AB norm koyucusu sürdürülebilir faaliyetleri daha net ve ayrıntılı bir şekilde belirlemeye çalışmaktadır. Şimdiye kadar, finansal ürünleri ihraç eden devletler ve şirketler ile bunları talep eden yatırımcılar hakkında yeterince normatif düzenleme yapılmamıştır. Bu da yatırımcıların yanıltılması (*greenwashing*) sorununun büyük ölçüde hala çözülmediği anlamına gelmektedir. Sermaye piyasası hukukunda “rasyonel yatırım kararları ilkesi” ile “özet” ve “gerekçelendirme” araçları önemli bir yer tutmaktadır (III.). Bu çalışma, sürdürülebilir finansal ürünlere ilişkin bilgilendirme yükümlülüklerinin genel olarak tüketim mallarına nasıl aktarılabileceğine ilişkin bir bakış açısıyla sona ermektedir (IV.).

B. Teori: Sürdürülebilirlik İçin Bir Araç Olarak Finansal Piyasalar

1. Finansal Piyasaların Aktörleri: İhraççılar, Yatırımcılar ve Finansal Araçlar

Yukarıda belirtilen hedeflere ulaşmanın maliyeti çok yüksektir. BM araştırmalarına göre, bu hedeflere ulaştıracak önlemlerin yıllık yatırım maliyeti 5 ila 7 trilyon ABD doları civarındadır. Devlet kaynaklarının sınırlı olması nedeniyle, bu yatırım maliyetlerinin sadece bir kısmı devlet tarafından karşılanabilir. İşte bu noktada özel sektör, özellikle de her yıl trilyonlarca ABD dolarının dolaşımında olduğu finans piyasaları akla gelir. Teoriye göre, çevre koruma hedeflerine ancak özel sektörün, yani finansal piyasaların da dahil olması kaydıyla ulaşmak mümkündür¹¹.

Finans piyasası para piyasası, sermaye piyasası ve kredi piyasasından oluşur. Basitçe ifade etmek gerekirse, sermaye piyasasında üç farklı aktör grubu faaliyet gösterir: Birinci grupta tahvil veya hisse senedi ihraç eden ve böylece finansal ürün sağlayıcıları (arz edenler) olarak para toplayan devletler ve şirketler yer alır. İkinci grupta ise, birinci grubun piyasaya sunduğu finansal ürünleri talep eden yatırımcılar bulunmaktadır: Bu yatırımcılar sigorta şirketleri, fonlar, emeklilik kasaları ya da vakıflar gibi kurumsal yatırımcılar olabileceği gibi, bireysel yatırımcılar olarak adlandırılan, küçük yatırımcılar

¹¹ *EU-Kommission*, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums t. 8.3.2018, s. 1, COM(2018) 97 final: Finansal sistem kilit rol oynamaktadır; ErwG 6 ve 8 vd. VO (EU) 2020/852 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen t. 18. 6. 2020 – Taxonomie-VO 2020/852, ABl. EU Nr. L 198, 13; Eckart Bueren, “Sustainable Finance,” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 48, no. 5 (2019): 813, 826.

yani tüketiciler de olabilir¹². Üçüncü grup aktörler ise birinci ve ikinci grup arasında yer alan finans aracı kurumlarından - ve kişilerinden - oluşmaktadır. Bunlar finans uzmanı sıfatıyla, menkul kıymetleri analiz eden, tavsiye eden veya değerlendiren (derecelendiren) *menkul kıymet analistleri*, *menkul kıymet şirketleri* veya *derecelendirme kuruluşları* gibi finansal araçlardır. Bununla birlikte, örneğin ETF'ler¹³ veya diğer fonlar gibi kendi finansal ürünlerini sunduklarında (ihraç ettiklerinde) veya finansal ürünlere aracılık ettiklerinde satıcı olarak da finans piyasasında karşımıza çıkabilirler¹⁴. Sürdürülebilir finansal ürünler piyasası hızlı bir büyüme kaydetmektedir¹⁵. “Yeşil tahviller” olarak Türkçeye çevrilen ve İngilizcede “Green Bonds” olarak ifade edilen bu piyasadaki büyüme özellikle dikkate şayandır. Yeşil tahviller, ihraççı olarak devletin veya şirketin kredi fonlarını yalnızca çevreye faydaları olan projeleri finanse etmek için kullanmayı taahhüt ettiği borçlanma araçlarıdır¹⁶. Bu taahhüt yeşil tahvilleri geleneksel tahvillerden ayırmaktadır. Bu hızlı büyümede AB Kurtarma Fonunun da katkısı vardır¹⁷. Toplamı 750 milyar Euro olan meblağın %30'unun önümüzdeki birkaç yıl içinde yeşil tahviller yoluyla iklim koruma projelerine aktarılması beklenmektedir¹⁸. Bundan dolayı AB ülkeleri açık ara farkla yeşil tahvil ihraç edenler arasında başat

¹² Çeşitli yatırımcı türleri arasındaki farklar için bkz. Artt. 4 Abs. 1 Nr. 9-11, 24 Abs. 4 lit. c), 25 Abs. 8 lit. c) ve Anh. II MiFiD II 2014/65 t. 15.5.2014, ABİ Nr. L 173, s. 349; § 67 WpHG' daki hükümle iç hukuka aktarılmıştır. Ayrıca bkz. Art. 2 Nr. 18 vd. Offenlegungs-VO 2019/2088 (dipnot 44).

¹³ EFT İngilizce *exchange-traded fund* kelimelerinin kısaltılması olup, borsada işlem gören fonlar, başka bir ifadeyle borsa yatırım fonları anlamına gelmektedir.

¹⁴ *EU-Kommission*, Aktionsplan (dipnot 11), Anhang IV, s. 22.

¹⁵ DACH bölgesinde sürdürülebilir yatırımlar için pazarın katlanarak büyümesi üzerine, Forum für nachhaltige Geldanlagen, “Marktbericht 2020“, 8 vd., <https://www.forum-ng.org/images/stories/Publikationen/FNG-Marktbericht-2020.pdf>; ve Avrupada, Eurosif, “European SRI Study 2018“, 19, <https://www.eurosif.org/wp-content/uploads/2018/11/European-SRI-2018-Study.pdf>.

¹⁶ Maximilian Stumpp, “Die EU-Taxonomie für nachhaltige Finanzprodukte – Eine belastbare Grundlage für Sustainable Finance in Europa?,” *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 31, no. 1 (2019): 71-80; Adrian Geisel ve Jennifer Spieles, “Eigenschaften von Green Bonds und ihre Bilanzierung nach IFRS,” *Recht der Finanzinstrumente*, no. 4 (2018): 328; Thomas Klemm, “Die Bundesanleihe wird grün,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20 Ağustos 2020: 29.

¹⁷ Almancada *EU-Wiederaufbaufonds* şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁸ Bu konuda bkz. Federal Ministry of Finance, “Green Bond allocation report 2020, 2021,” 3 vd.; Markus Frühauf, “Neue grüne Bundesanleihe trifft auf großes Interesse,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 Mayıs 2021: 23; aynı yazar, Markus Frühauf, “EU-Anleihen sorgen für Paukenschlag,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 Ekim 2020: 23; yazarı belirsiz, “The green meme,” *Economist*, 20 Mayıs 2021, 61.

konumuna gelmiştir¹⁹. İlginçtir ki, Avrupa Birliği Merkez Bankası (AB-MB) da sürdürülebilir finans piyasalarına ilgi duymaya başlamıştır. Bu ilginin göstergesi olarak AB Merkez Bankasının yeşil tahvil satın almaya başlamasını²⁰ veya bankaları sürdürülebilir olmaya teşvik etme faaliyetlerini örnek gösterebiliriz²¹. Benzer bir gelişme borsada da gözlemlenmektedir. Alman hisse senedi endeksindeki²² (DAX) şirketler artık sadece kapsamlı sürdürülebilirlik raporları yayınlamakla kalmıyor²³. Buna ek olarak çok sayıda şirket, ne zamana kadar CO₂-nötr²⁴ olacaklarını ya da negatif bilanço elde ederek bu hedefi aşmayı planladıklarını da belirtiyor²⁵. Özel ETF'ler çevrenin korunmasına odaklanıyor ve bunlar geçen yıl bazı durumlarda %150'ye varan getiri sağladılar²⁶.

¹⁹ Climate Bond Initiative - CBI, "Sustainable Debt Global State of the Market 2020," <https://www.climatebonds.net/resources/reports/sustainable-debt-global-state-market-2020>, 5 vd. Bununla birlikte, Çin Halk Cumhuriyeti ve Hindistan da yeşil tahvil ihraç etmektedir, bkz. Kevin M. Talbot, "What Does "Green" Really Mean?: How Increased Transparency and Standardization Can Grow the Green Bond Market," *Vill. Envtl. L.J.* 28, no. 1 (2017): 131.

²⁰ Bazıları bunun için yetkiye itiraz ederken, diğerleri ABİHA'nın (Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Alması ise "Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union"- AEUV) 11. maddesinin yatay hükmü nedeniyle AMB'den ("Europäische Zentralbank") böyle bir eylem talep etmektedir, eleştirel görüş için bkz. Clemens Fuest, Hans Peter Grüner ve Volker Wieland, "Europäische Zentralbank auf grünen Abwegen," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15 Mayıs 2021: 22; Daniel Nees, "Klimaschutz durch die EZB? Reichweite und Grenzen des Mandats der EZB in Bezug auf den Erwerb sogenannter "grüner" Anleihen," *Europarecht*, no. 2 (2021): 119-137; buna karşılık, Greenpeace'in birliktirliği raporu olumludur, bkz. Christian Siedenbiedel, "Die Pflicht zur grünen Geldpolitik," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18 Haziran 2021: 31. AB Merkez Bankasının diğer önlemleri için bkz.: https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210708_1~f104919225.de.html.

²¹ EZB, "Leitfaden zu Klima- und Umweltrisiken. Erwartungen der Aufsicht in Bezug auf Risikomanagement und Offenlegungen v. November 2020," https://www.banking-supervision.europa.eu/legalframework/publiccons/pdf/climate-related_risks/ssm.202005_draft_guide_on_climate-related_and_environmental_risks.de.pdf.

²² Türkçede *Almanya Frankfurt Borsası* olarak da bilinen DAX ("Deutscher Aktien Index") "Alman Menkul Kıymetler Endeksi" şeklinde de ifade edilmektedir.

²³ Örneğin BMW, "Sustainability Factbook 2020," 32.

²⁴ Örneğin Apple 2030 yılına kadar, bkz.: <https://www.mactechnews.de/news/article/Apple-kuendigt-komplette-CO2-Neutralitaet-an-bis-2030-175519.html>.

²⁵ Örneğin Microsoft 2030 yılına kadar, bkz.: <https://news.microsoft.com/de-de/co2-negativ>.

²⁶ Blackrock'ın ETF Işares Global Clean'i buna bir örnektir: belirsiz yazar, "Green meme," 61; Tim Kanning, "Jetzt soll die Geldanlage ganz CO₂-neutral warden," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24 Haziran 2021: 25; Kerstin Papon, "Hohe Umsätze mit gutem Gewissen," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24 Ocak 2020: 25.

Alman Menkul Kıymetler Borsasında (DAX) DAX 50 ESG ile, Alman şirketlerinden oluşan bir sürdürülebilirlik endeksi hayata geçirilmiştir²⁷. Sadece rüzgar ve güneş enerjisi sağlayan şirketlerin hisse senetlerinin değerlerinde değil, aynı zamanda hidrojen endüstrisi sektöründeki şirketlerin hisselerinin değerlerinde de çok ciddi artışlar gözlemlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, hidrojen endüstrisi sektörü endüstriyel sektörün bir alt bölümüdür ve rekabet açısından diğer enerji sektörlerinin gerisinde kalmıştır²⁸.

2. Hukuki Düzenlemeler ve Sürdürülebilirlik Tanımının Eksikliği

Sürdürülebilir finansal ürünlere yönelik artan talebe yanıt verebilmek için, ekolojik ve sosyal kriterlerin yatırımcıların yatırım kararlarına entegre edilmesini teşvik etmek amacıyla finans sektörü tarafından çok sayıda gönüllü davranış kuralları²⁹ ve taahhütler³⁰ geliştirilmiştir.³¹ Bunlara BM tarafından desteklenen Sorumlu Yatırım İlkeleri³² (“UNPRI= UN -Principles for Responsible Investment”)³³, Birleşmiş Milletler Çevre Programı Finans Girişimi (“UNEP-FI = UN- Environment Program Finance Initiative”)³⁴, bankalar için Ekvator Prensipleri (“Equador Principles”)³⁵ ve yeşil tahvil

²⁷ Listede Bayer, BASF, Linde ve Daimler yer alırken RWE, Eon, MTU Aero Engines ve Volkswagen bulunmuyor, Tim Kanning ve Antonia Mannweiler, “Ein Dax für das gute Gewissen,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5 Mart 2020: 25. Blackrock ayrıca bir DAX ESG Hedef Endeksi başlatıyor, Frühauf, “Grüne Bundesanleihe“, 23. Hukuki düzenlemeler için bkz.: https://www.dax-indices.com/document/Resources/Index_Regulations/ESG_Factor_Definitions_Data_and_Standards.pdf.

²⁸ Örneğin, Plug Power hisse senetlerinin fiyatlarının gelişimi hususunda bkz., TESLA, SunRun oder NEL.

²⁹ Almanca *Verhaltenskodizes* olan bu kavram uluslararası şirketleri arzu edilen belirli davranışlara sevk etmek amacıyla getirilmiş kurallar bütünü anlamına gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kurallar uluslararası hukukun bir parçası olmayan, daha ziyade tavsiye niteliğindeki davranış kurallarıdır. Bunlar tamamen gönüllülük esasına dayanan deklarasyonlar ve ağırlıklı olarak programatik bir karaktere sahip olan charterdir.

³⁰ Almandada *Selbstverpflichtung der Finanzsektor* olarak ifade edilen bu kavram için bkz. <https://www.klima-selbstverpflichtung-finanzsektor.de/>

³¹ Genel bir bakış için bkz. Olaf Weber, “Financial Sector Sustainability Regulations and Voluntary Codes of Conduct: Do They Help to Create a More Sustainable Financial System?,” içinde *Designing a Sustainable Financial System*, ed. Thomas Walker, Stefanie D. Kibsey, Rohan Crichton (Berlin: Springer, 2018), 383 vd.

³² İngilizce PRI veya UNPRI şeklinde kısaltılan Sorumlu Yatırım İlkeleri dünya genelinde sorumlu yatırım uygulamalarıyla ilgili çalışmalar yapan finans kuruluşları ağıdır. Bu kurum Birleşmiş Milletler çatısı altında faaliyetlerini sürdürmektedir.

³³ Erişim için: <https://www.unpri.org/pri/what-are-the-principles-for-responsible-investment>; ErwG 44 cümle 3 Taxonomie-VO 2020/852 bu ilkelere açıkça atıfta bulunmaktadır.

³⁴ Karş. <https://www.unepfi.org/>.

³⁵ <https://equator-principles.com/>.

ihracı için gönüllü süreç kılavuzları olan, Uluslararası Sermaye Piyasası Birliği'nin ("International Capital Market Association") Yeşil Tahvil İlkeleri ("GBP= Green Bond Principles") örnek olarak verilebilir³⁶. Yeşil Tahvil Kriterlerini sağlayan tahviller, çeşitli borsaların yeşil tahvil segmentinde işlem görebilmektedir.

Avrupa Birliği de sürdürülebilirlik konusunu, sürdürülebilir büyümenin finansmanına yönelik eylem planı³⁷ ve Avrupa Yeşil Mutabakatı³⁸ ile hedefleri arasına almıştır. Avrupa norm koyucusu eylem planının somut uygulamasına çoktan başlamıştır. Çok sayıda düzenleme henüz oluşum aşamasında olsa da, genel olarak konuyla ilgili Avrupa mevzuatının ana çerçevesi giderek daha net bir şekilde oluşmaya başlamıştır. Bu makalede, oluşum aşamasındaki bu düzenlemelerin neler olduğu belirlenerek ve bunların değerlendirilmesi yapılacaktır. Avrupa mevzuatının oluşumunda Lamfalussy süreci³⁹ kriter teşkil etmektedir. Avrupa mevzuatı ise çerçeve tüzükler, 2. düzeyde diğer yetki devri tüzükleri ve 3. düzeyde denetim makamlarının hukuksal düzenlemeleri⁴⁰ olmak üzere farklı hukuksal düzenlemeleri kapsamaktadır. Yetki devri tüzüklerinin taslağını hazırlamak için özel olarak oluşturulan Sürdürülebilir Finans Teknik Uzman Grubu ("Technical Expert Group on Sustainable Finance = TEG")⁴¹ görevlendirilmiştir. Bu grubun çalışmaları uzun vadede çok paydaşlı bir platform ("Multi-Stakeholder Platform")⁴² tarafından devralınacaktır.

³⁶ ICMA, Green Bond Principles, Voluntary Process Guidelines, June 2018; bu konuda bkz. Rüdiger Veil, "Europa auf dem Weg zu einem Green Bond Standard," *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 24 (2020): 1093 vd.

³⁷ *Europäische Kommission*, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums t. 8.3.2018, COM(2018) 97 final.

³⁸ *Europäische Kommission*, Der europäische Grüne Deal t. 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

³⁹ Karş. Artt. 19, 23 Taxonomie-VO 2020/852 ve münferit normlardaki referanslar.

⁴⁰ Genel bir bakış için ayrıca bkz. Rüdiger Veil, "Nachhaltigkeitsförderung durch Finanzmarktrecht," içinde *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, ed. Martin Burgi ve Florian Möslin (Tübingen: Mohr Siebeck, 2021), § 14; Lamfalussy süreci için örneğin bkz. Thomas M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (München: C.H. Beck, 4th ed. 2021), § 2 knr. 77, § 7 knr. 41.

⁴¹ TEG, "Final report of the Technical Expert Group on Sustainable Finance 2020," 3, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200309-sustainable-finance-teg-final-report-taxonomy_en.pdf.

⁴² Karş. Art. 20 Taxonomie-VO 2020/852: "including experts in the field of environmental, social, labour and governance issues" ("çevresel, sosyal, işgücü ve yönetim konularında uzmanlar da dahil olmak üzere").

Birinci düzeydeki dört Avrupa Birliği Çerçeve Tüzüğü sürdürülebilir finans için özel önem taşımaktadır. 2019/2088 sayılı Bilgilendirme Tüzüğü (“Offenlegungs-VO 2019/2088”)⁴³, finansal ürün arz edenleri ve finansal araçları ilgilendiren bir düzenlemedir. Bilgilendirme Tüzüğü bu kişilere - finansal piyasa katılımcıları ve finansal danışman sıfatına sahip olmalarından dolayı - kendi finansal ürünlerinin sürdürülebilirlik riskleri ve etkileri hakkında yatırımcılara kapsamlı açıklamalar yapma yükümlülüğü getirmektedir⁴⁴. Bu amaçla, Mi-FID II⁴⁵ ve IDD'ye⁴⁶ ilişkin yetki devri tüzükleri de değiştirilmiş ve finansal danışmanlar müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini sorgulamak ve hedef pazardaki her bir ürünün sürdürülebilirliğini daha ayrıntılı olarak belirlemekle yükümlü kılınmıştır. Üç denetim otoritesi⁴⁷, finansal piyasa katılımcılarının ve borsada işlem gören şirketlerin sözleşme öncesi yükümlülüklerini, planlanan bir direktifte Düzenleyici Teknik Standartlar (RTS) olarak adlandırılan yöntemle somutlaştırmaktadır⁴⁸. 2020/852 sayılı AB-Taksonomi Tüzüğü ise, hangi

⁴³ Offenlegungs-VO 2019/2088, erişim: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32019R2088>.

⁴⁴ Karş. Art. 2 Nr. 1 ve Nr. 11 Verordnung (EU) 2019/2088 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor t. 27.11.2019, ABl. Nr. L 317, 1 – Offenlegungs-VO 2019/2088.

⁴⁵ Delegierte Richtlinie (EU) 2021/1269 der Kommission t. 21.4.2021 zur Änderung der Delegierten Richtlinie (EU) 2017/593 durch Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren in die Produktüberwachungspflichten, ABl. Nr. L 277, s. 137 ve ayrıca Delegierte Verordnung (EU) 2021/1253 der Kommission t. 21.4.2021 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in bestimmte organisatorische Anforderungen und Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit von Wertpapierfirmen, ABl. Nr. L 277, s. 1.

⁴⁶ Delegierte Verordnung (EU) 2021/1257 der Kommission t. 21.4.2021 zur Änderung der Delegierten Verordnungen (EU) 2017/2358 ve (EU) 2017/2359 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen an Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber sowie in die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln, ABl. Nr. L 277, s. 18.

⁴⁷ EBA, ESMA ve EIOPA.

⁴⁸ Final Report on draft Regulatory Technical Standards with regard to the content, methodologies and presentation of disclosures pursuant to Article 2a(3), Article 4(6) and (7), Article 8(3), Article 9(5), Article 10(2) and Article 11(4) of Regulation (EU) 2019/2088 t. 4.2.2021, JC 2021 03, bu konuda bkz. Sandra Reich, “Status Quo: Sorgfaltspflichten und Verantwortung in der Lieferkette nach der EU-Konfliktmineralien-VO,” *Die Aktiengesellschaft*, no. 4 (2021): R100 vd.; Joachim Krakuhn, Kristina Stiefel ve Elena Gilles, “Die nachhaltige Finanzwirtschaft: Ausgewählte Reportingpflichten auf der Internetseite von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen nach der Offenlegungsverordnung und dem finalen Entwurf des technischen

ekonomik faaliyetlerin ekolojik olarak sürdürülebilir kabul edileceğini düzenlemektedir⁴⁹. Bu Tüzük henüz taslak halinde olan İklimin Korunması ve İklim Değişikliğine İlişkin Yetki Devri Tüzüğü ile genişletilmiştir⁵⁰.

Ayrıca, Taksonomi Tüzüğü, Bilgilendirme Tüzüğünü finansal piyasa katılımcıları için ek bilgilendirme yükümlülükleri öngörmek suretiyle genişletmekte (Taksonomi Tüzüğü m. 5-7) ve büyük şirketlere⁵¹ taksonomi uyumlu sürdürülebilirlik raporlamasını açıklama yükümlülüğü getirmektedir (Taksonomi Tüzüğü m. 8). Taslak halinde olan bir Yetki Devri Tüzüğünde ise, Taksonomi Tüzüğü m. 8'in borsada işlem gören şirketler için getirdiği yükümlülükleri somutlaştırmaktadır.⁵²

Mevcut 2014/95/EU sayılı AB Finansal Olmayan Raporlama Direktifi'nin ("*Non-Financial Reporting Directive 2014/95/EU = NFRD*")⁵³

Regulierungsstandards," *Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung*, no. 3 (2021): 133-134.

⁴⁹ Verordnung (EU) 2020/852 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen t.18.6.2020 – Taxonomie-VO 2020/852, ABl. Nr. L 198, s. 13.

⁵⁰ Delegierte Verordnung der Kommission t. 4.6.2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung der technischen Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass eine Wirtschaftstätigkeit einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz oder zur Anpassung an den Klimawandel leistet, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Wirtschaftstätigkeit erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeidet, C(2021) 2800 final.

⁵¹ Bu, 2013/34/EU sayılı Yönergenin 19a veya 29a maddesi uyarınca finansal olmayan bilgileri yayınlamakla yükümlü olan şirketleri kapsamaktadır, bkz. Art. 8 Abs. 1 Taxonomie-VO.

⁵² Delegierte Verordnung der Kommission zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 t. 6.7.2021 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung des Inhalts und der Darstellung der Informationen, die von Unternehmen, die unter Artikel 19a oder Artikel 29a der Richtlinie 2013/34/EU fallen, in Bezug auf ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten offenzulegen sind, und durch Festlegung der Methode, anhand deren die Einhaltung dieser Offenlegungspflicht zu gewährleisten ist, C(2021) 4987 final.

⁵³ RL 2014/95/EU t. 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU über die Veröffentlichung von nichtfinanziellen Informationen durch Unternehmen (Non-Financial Reporting Directive - NFRD 2014/95/EU), ABl. Nr. L 330, s. 1; bu düzenleme Alman Ticaret Kanunu ("HGB") § 289c f. 2 ile iç hukuka aktarılmıştır. Offenlegungs- VO 2019/2088'in (dipnot 44) genel etkileri ve Taxonomie-VO 2020/852'nin şirketlerin kurumsal raporlama işlemlerine etkileri hakkında genel bilgiler için bkz. Oliver Scheid ve Sean Needham, "Sustainable Finance: Überblick über die Gesetzesinitiativen und deren Auswirkungen auf die Unternehmensberichterstattung," *Zeitschrift für internationale Rechtsauslegung*, no. 1 (2021): 35, 38 vd.; Holger Fleischer, "Corporate Social Responsibility – Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht," *Die Aktiengesellschaft* 62, no. 15 (2017): 509 vd.; Joachim Hennrichs, "Die Grundkonzeption

şirketler için daha sıkı bir sürdürülebilirlik raporlama yükümlülüğü içerecek şekilde genişletilmesi de - Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Direktifi (“Corporate Sustainability Reporting Directive = CSRD”)⁵⁴ ile planlanmaktadır.⁵⁵ Ayrıca Londra Bankalar Arası Gösterge LIBOR’un manipüle edilmesine tepki olarak⁵⁶ 2016 yılında çıkarılan 2016/1011 sayılı Referans Değerleri Tüzüğünde (“*BenchmarkVO 2016/1011*”⁵⁷) yapılan değişikliklerle, özel CO2 göstergeleri ilave edilmiştir⁵⁸. Tüzük, iki farklı iklim değişikliği için asgari standartlar getirmektedir: AB İklim Değişikliği Kriterleri (“EU Climate Transition Benchmarks – EU CTB”) ve AB Paris Uyumlu Kriterler (“EU Paris-aligned Benchmarks – EU PAB”). Bu iklim kriterlerini uygulamak durumunda olan şirketlerin, diğer yükümlülüklerin yanı sıra, CO2 emisyonlarının azaltılmasına yönelik ölçülebilir hedefleri açıklama yükümlülükleri de bulunmaktadır⁵⁹. Sayılan bu AB müktesebatının dışında, daha birçok Lamfalussy sürecinin 2. seviyesinde yetki devri tüzüğü bulunmaktadır⁶⁰.

der CSR-Berichterstattung und ausgewählte Problemfelder,” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 47, no. 2-3 (2018): 206 vd.; Sebastian Mock, “Berichterstattung über Corporate Social Responsibility nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz,” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, no. 38 (2017): 1195 vd.; Jochen Vetter, “Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität – Muss sich Ethik lohnen? –,” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 47, no. 2-3 (2018): 338 vd.

⁵⁴ RL 2022/2464 t. 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl. Nr. L 322, 15 - Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD); bu yönergenin taslak şeklindeki durumuyla ilgili bilgiler için bkz. Bernd Geier ve Katharina Hombach, “ESG: Regelwerke im Zusammenspiel,” *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, no.1 (2021): 6 vd.

⁵⁵ Her iki yönergeyi yani AB-2013/34 sayılı yönerge ile bu yönergede değişiklik yapan yönerge olan AB 2014/95 yönergeyi birbirinden ayırmak ve olası bir karışıklığı önlemek için bu ikinci yönerge NFRD şeklinde anılmaktadır.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Isabella Brosig, *Benchmark-Manipulation: Eine ökonomische und regulatorische Analyse des LIBOR-Manipulationskandals* (Baden-Baden: Nomos, 2018).

⁵⁷ Bu tüzük Almandaca *Referenzwerte-Verordnung* şeklinde ifade edilmektedir.

⁵⁸ VO (EU) 2019/2089 t. 27.11.2019 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1011 hinsichtlich EU-Referenzwerten für den klimabedingten Wandel, hinsichtlich auf das Übereinkommen von Paris abgestimmter EU- Referenzwerte sowie hinsichtlich nachhaltigkeitsbezogener Offenlegungen für Referenzwerte, ABl. Nr. L 317, s. 17 – Klima-BenchmarkVO 2019/2089. Birleştirilmiş (konsolide edilmiş) versiyonu şu adreste bulunabilir: 02016R1011 — DE — 10.12.2019 — 001.001 — 1.

⁵⁹ Art. 19b Klima-BenchmarkVO 2019/2089.

⁶⁰ Delegierte Verordnung (EU) 2020/1816 der Kommission t. 17.7.2020 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der

Tüm bu gelişmelere rağmen, sürdürülebilirliğin hala yeknesak bir küresel tanımı yoktur⁶¹: Kurumsal Sosyal Sorumluluk (“Corporate Social Responsibility = CSR”)⁶² ve Sosyal Sorumlu Yatırım (“Socially Responsible Investment = SRI”)⁶³ terimleri çok farklı şekillerde kullanılmaktadır. Son zamanlarda, uluslararası düzeyde ve Avrupa düzeyinde ESG kriterlerine vurgu yapılmaktadır. ESG⁶⁴, çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim kriterleri üçlüsü anlamına gelmektedir ve Avrupa Birliği⁶⁵ ve Alman⁶⁶ hukukunda yer almaktadır. Aşağıdaki açıklamalarda da görüleceği üzere, burada çevresel boyut ağırlık kazanırken, sosyal boyut sadece ilke olarak kalmakta⁶⁷ ve sosyal boyut yönetişimde büyük ölçüde devre dışı kalmaktadır. Bunun nedeni ise, yönetişimin, karmaşık ve yeterince yeknesaklaştırılmamış Avrupa Birliği

Erläuterung in der Referenzwert-Erklärung, wie Umwelt-, Sozial- und Governance-Faktoren in den einzelnen Referenzwerten, die zur Verfügung gestellt und veröffentlicht werden, berücksichtigt werden, ABl. Nr. L 406, s. 1; Delegierte Verordnung (EU) 2020/1817 der Kommission t. 17.7.2020 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich des Mindestinhalts der Erläuterung, wie Umwelt-, Sozial- und Governance-Faktoren in der Referenzwert-Methodik berücksichtigt werden, ABl. Nr. L 406, s. 12 ve Delegierte Verordnung (EU) 2020/1818 der Kommission t. 17.7.2020 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Mindeststandards für EU-Referenzwerte für den klimabedingten Wandel und für Paris abgestimmte EU-Referenzwerte, ABl. Nr. L 406, s. 7. Açıklayıcı genel bir bilgi için bkz.: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Referenzwerte/referenzwerte_node.html.

⁶¹ Buna ilişkin eleştiriler için bkz. Wolfgang Breuer, Michaela Haase ve Claudia Breuer, “Editorial,” *J.Bus.Econ.* 83, no. 6 (2013) 551, 552; Bueren, “Sustainable Finance,” 813, 816 vd.

⁶² CSR-RL 2014/95/EU için bkz. dipnot 53.

⁶³ Stephen Kim Park, “Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution,” *Stanf. J. Int’l L.* 54, no. 1 (2018): 1, 5.

⁶⁴ İngilizcesi “Environmental, Social and Governance” olan ESG kriterleri, yatırımların performansının sürdürülebilirlik kriterleri açısından değerlendirilmesi amacıyla kullanılır. Çevresel, sosyal ve kurumsal yönetimden oluşan bu kriterlerin kısaltması Türkçede ÇSY olarak da bilinmektedir.

⁶⁵ Bkz. ErwG 44 cümle 3 TaxonomieVO 2020/852: “the technical screening criteria should promote appropriate governance frameworks integrating environmental, social and governance factors as referred to in the United Nations-supported Principles for Responsible Investment at all stages of a project’s life cycle”. Türkçesi: “Teknik eleme kriterleri, Birleşmiş Milletler destekli Sorumlu Yatırım İlkeleri’nde atıfta bulunulan çevresel, sosyal ve yönetim faktörlerini bir projenin yaşam döngüsünün tüm aşamalarına entegre eden uygun yönetim çerçevelerini teşvik etmelidir.” Benzer şekilde ErwG 17 ve Artt. 2 Nr. 17, 8 Abs. 1 OffenlegungsVO 2019/2088.

⁶⁶ Alman Ticaret Kanunu (“HGB”) § 289c Abs. 2, 3.

⁶⁷ Bkz. aşağıda dipnot 139.

şirketler hukukunun karmaşık bir alanı olmasıdır⁶⁸. Çatışan hedefler sorununa aşağıda tekrar değinilecektir⁶⁹.

C. Sürdürülebilir Finansal Piyasalar İçin Metodolojik Yaklaşım

Finansal piyasaların sürdürülebilir eylem planları için nasıl kullanılabilirliği sorusunun cevabı oldukça karmaşıktır. Çevreyi korumaya yönelik hukuksal çözümler metodolojik olarak hemen hemen istisnasız disiplinler arası bir yaklaşımı gerekli kılar. Hukuk kuralları üçüncü bir tarafın kapsamlı bir etki, başka bir anlatımla “sonuç değerlendirmesi” yapmasını gerekli kılar. Aksi takdirde, hukuksal düzenlemelerin bir “black box”a (yani kavranması zor bir iç işleyişi olan bir araca) dönüşmesi ve hukukçuların bu yüzden yanlış sonuçlara sevk edilmesi riski vardır. Çevrenin korunması kavramına türlerin korunması, iklimin korunması gibi farklı varyantlar dahil olduğundan, insan faaliyetleri ile çevresel zararlar arasındaki bağlantıları tespit eden doğa bilimcilerinin ekspertizlerine ihtiyaç vardır. CO2 salınımının azaltılması veya biyoçeşitliliğin rehabilitasyonu (tekrar sağlanması) söz konusu olduğunda, doğa bilimcilerinin know-howlarına öncelikle ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle sera gazlarının veya yağmur ormanlarının yok edilmesinin, örneğin küresel ısınmaya nasıl ve hangi boyutlarda etki ettiği konusunda doğa bilimcilerin bilgilerine başvurulabilir.

Çevrenin korunması ve sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak için, finans piyasasından yararlanmak istiyorsak, ekonomistlere, yani iktisatçılara ve işletme ekonomistlerine de ihtiyacımız vardır. Bu hedefe üç basamaklı bir çalışma ile ulaşılabilir: İlk olarak, çevreye verilen zararın boyutları rakamlar ile tespit edilmeli ve bunun maliyeti belirlenmelidir. İkinci olarak, çevre kirliliği yapanın yanına kar kalmamalı, bunun bir bedeli olmalıdır; bu dışsal

⁶⁸ Örneğin AB'de şirket organları ve çalışanların işletme yönetimine katılımı arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Asgari uyumlaştırma olarak, üye ülkelerde farklı kurumsal yönetim düzenlemeleri bulunmaktadır, bkz. Thomas M.J. Möllers. “Gesellschafts- und Unternehmensrecht,” içinde *Europarecht*, ed. Reiner Schulze, Andre Janssen ve Stefan Kadelbach (Baden-Baden: Nomos, 4th edition 2021), § 19 knr. 98 vd. Ayrıca bkz. Stefan Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (Heidelberg: C.F. Müller, 2nd edition 2011), § 5; Marcus Lutter, Walter Bayer ve Jessica Schmidt, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht* (Berlin: De Gruyter, 6th edition 2017), § 13; Justus Mayer, “Das System des Europäischen Handelsrechts,” içinde *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, ed. Martin Gebauer ve Christoph Teichmann (Baden-Baden: Nomos, 2016), § 6. 13 vd.

⁶⁹ Bkz. aşağıda IV.B no'lu başlık altındaki açıklamalar.

maliyetlerin içselleştirilmesi⁷⁰ meselesidir.⁷¹ Üçüncü olarak, çevresel önlemler kapsamında gerçekleştirilecek faaliyetler ekonomik açıdan da uygulanabilir olmalıdır. Eski ekonomi bakanı ve Alman şansölyesi *Ludwig Erhard*'a da atfedilen bir özlü söz şöyledir: “*Ekonomi her şey değildir, ancak ekonomi olmadan her şey bir hiçtir.*” Tüketime azaltılması ile çevrenin en iyi şekilde korunacağı, yadsınmaz bir gerçekliktir: Ancak uluslararası toplum, ekonominin sadece geçici olarak değiştirilebileceği ve küresel ekonominin büyümeye devam edeceği ve etmesi gerektiği görüşündedir⁷². Buna, ekonomik büyümenin çevreyi korumak için yaratıcı çözümler bulunması konusunda katkı sağlayacağı umudu da eşlik etmektedir⁷³. Bu da birçok çevre koruma önleminin, statükonun ekonomik öncelikleri ile çatışma halinde olduğu ve bunların karşılıklı tartılması gerektiği anlamına gelmektedir⁷⁴.

İyi tasarlanmış hukuksal düzenlemeler, insanları belirli davranışlara sevk etme konusunda önemli bir araçtır. Bu tür hukuksal araçlara çeşitli hak ve yükümlülükler dahildir. Bunlara bilgilendirme yükümlülükleri, farklı yetkiler, bazı yasaklar ve vergiler ve hatta *ex post* tazminat sorumluluğu ve son olarak devlet denetimi gibi çeşitli uygulamaları örnek olarak gösterebiliriz. Sayılan

⁷⁰ *Dışsal maliyetlerin içselleştirilmesi* çevreye zarar veren davranışın neden olduğu ve tamir (yenileme) ve sağlık masrafları olarak karşımıza çıkan ve normalde kamu tarafından karşılanan masrafların zarara sebebiyet verene yüklenmesi anlamına gelmektedir.

⁷¹ Çevre hukukunda dışsal maliyetlerin içselleştirilmesi konusunda bkz. Arthur Cecil Pigou, *The Economics of Welfare* (London: Macmillan, 4th edition 1932), 101 ve ayrıca Ronald Coase, “The Problem of Social Cost,” *J.L. & Econ.* 3 (1960): 1-44.

⁷² Ziel 8.1 UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (dipnot. 7): “jährliches Wachstum des Bruttoinlandsprodukts von mindestens 7 Prozent in den am wenigsten entwickelten Ländern aufrechterhalten“. Türkçesi “en az gelişmiş ülkelerde yıllık GSYİH büyümesinin en az yüzde 7 seviyesinde tutulması”; Einleitung Nr. 27 (a.g.e.): “Ein dauerhaftes, inklusives und nachhaltiges Wirtschaftswachstum ist eine wesentliche Voraussetzung für Wohlstand“. Türkçesi: “Kalıcı, kapsayıcı ve sürdürülebilir ekonomik büyüme refah için temel ön koşul”dur. Umsetzungsmittel und die Globale Partnerschaft Nr. 68 (a.g.e.): “Der internationale Handel ist ein Motor für inklusives Wirtschaftswachstum und die Verringerung der Armut und trägt zur Förderung der nachhaltigen Entwicklung bei,” Türkçesi: “Uluslararası ticaret, kapsayıcı ekonomik büyümenin ve yoksulluğun azaltılmasının itici gücüdür ve sürdürülebilir kalkınmanın geliştirilmesine katkıda bulunur.” ErWG 1 Taxonomie-VO 2020/852 ekonomik büyüme ve Art. 3 Abs. 3 EUV anlamında çevrenin korunması arasındaki ilişkiden açıkça bahsetmektedir.

⁷³ Ziel 8.4 UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (dipnot. 7): “Bis 2030 die weltweite Ressourceneffizienz in Konsum und Produktion Schritt für Schritt verbessern und die Entkopplung von Wirtschaftswachstum und Umweltzerstörung anstreben“. Türkçesi: “2030 yılına kadar tüketim ve üretimde küresel kaynak verimliliğini adım adım iyileştirmek ve ekonomik büyümeyi çevredeki tahribattan ayırtmak için çaba göstermek.”

⁷⁴ Bu konuya aşağıda IV.B. no’lu başlık altında değinilecek.

uygulamaların hayata geçirilmesinde her şeyden önce hukukçulara ve angaje olmuş (gayretli) politikacılara görev düşmektedir. Politikacıların öncelikli görevi ise, vatandaşların ve şirketlerin çevre korumasına hangi orana kadar katılmalarının beklenebileceğine dair temel verileri oluşturmaktır. Bu bağlamda; hukuksal düzenlemeye yönelik eleştirel bir etki (sunuç) değerlendirmesi yapılması önemlidir, ancak bu uygulamada genellikle ihmal edilmektedir⁷⁵. Bu değerlendirmenin önemli bir parçası da, hukuksal düzenlemenin ekonomik analizidir. Bu kapsamda yürürlüğe sokulan hukuk kurallarının etkin (efektif) olup olmadığı sorusuna cevap aranmalıdır. Eğer getirilen kurallar aşırı işlem maliyetlerine neden oluyorsa, bu durumda kuralların efektif olmadığı sonucuna varılır. Bu husus, ABİHA⁷⁶ m. 191'de de ele alınmaktadır. Bu madde çevre hukukunun çeşitli prensiplerini saymakta, ör. *kirleten* (sebebiyet veren) *prensibi*⁷⁷. Bir ihtilaf durumunda, hakim genellikle politik çözümünün mantıklı ve anlaşılabilir ya da uygun (nesnel) ve orantılı olup olmadığını incelemek de zorundadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin iklimin korunmasına ilişkin yeni bir kararı ve Lahey'deki Hollanda Bölge Mahkemesi'nin Shell aleyhine verdiği kararında bunu açıkça vurgulamıştır⁷⁸. Sürdürülebilirlik konusu disiplinlerarası işbirliğinin yanı sıra, mutlak bir uluslararası işbirliğini de gerektirmektedir, zira çevrenin korunması ve çevreye verilen zararlar ülkelerin milli sınırlarını aşmakta, başka bir deyişle sınır tanımamaktadır. Bu bağlamda, farklı ülkelerde hukuki tradisyonlar (hukuk anlayışları) arasında önemli farklılıkların bulunması halinde, hukuki uyumlaştırmanın zorlukları özellikle göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁹.

⁷⁵ Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 2 knr. 11.

⁷⁶ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (“Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union”=AEUV)

⁷⁷ Kirleten prensibi (“polluter pays principle”) için bkz. Art. 192 Abs. 2 S. 2 AEUV. Ekonomik kaygılara öncelik verilmesi yönündeki hakim görüş bkz. Wolfgang Kahl, “Art. 192 AEUV,” içinde *EUV/AEUV*, ed. Rudolf Streinz (München: Beck, 3th edition 2018), Art. 192 AEUV knr. 32 ve orada anılan diğer yazarlar.

⁷⁸ Gelecek nesillere karşı yükümlülükler hakkında yeni kararlar ve yasal düzenlemeler için bkz. BVerfG, Beschl. t. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 knr. 182 vd., 192 – Klimaschutzgesetz; Hague District Court t. 21.5.2021, C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 - Milieudéfense u. a. v. Royal Dutch Shell; Bu noktada, hukuki gelişimin meşru sınırlarının aşılmadığını tartışmak mümkün değildir, eleştirel görüşler için bkz., Björn Lomborg, “Wie Klimaklagen den Armen Schaden,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 Mayıs 2021: 17; daha pozitif yaklaşım için bkz. Cees van Dam, *The Shell Case (t.b.c.)* (Athens: ECFR, 2021); genel olarak bkz. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 13 knr. 83 vd.

⁷⁹ Dizel skandalı örneği üzerinden ABD hukuku için bkz. Beate Gsell, Thomas M.J. Möllers, “The Enforcement of Consumer Law and Capital Markets Law,” içinde *Enforcing*

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR BİR FİNANSAL PİYASANIN SAĞLANMASI İÇİN AVRUPA BİRLİĞİ BİLGİ REJİMİ

Aşağıda AB Yeşil Mutabakatı'nın bilgi rejimine ilişkin avantaj ve dezavantajlar incelenecektir. Ayrıca finansal piyasaların sürdürülebilir eylem için doğru muhatap (zemin) olup olmadığı da sorgulanacaktır. Son olarak, böylesine karmaşık bir konuda yatırımcıları yanlış yönlendirmekten nasıl kaçınılacağı sorusu da cevap aranacaktır.

A. Bilgi Rejiminin Avantaj ve Dezavantajları

1. Homo Öcologicus Olarak Homo Öconomicus

Öncelikle sorulması gereken soru şudur: Finansal piyasalar gerçekten çevrenin korunmasını sağlamaya yarayan uygun bir araç mıdır? Bu soruya bazı çevrelerce şiddetle “hayır” cevabı verilmektedir: Bu görüşü savunanlara göre, yatırımcıları öncelikli olarak elde edebilecekleri getiriler ilgilendirir⁸⁰, portföyde yapılacak herhangi bir kısıtlama, yatırımcıyı optimal olmayan tercihlere yönlendirir⁸¹. Ayrıca sürdürülebilir yatırımlar, geleneksel yatırımlardan daha iyi bir riske göre ayarlanmış getiri sağladığı takdirde, hukuksal düzenlemelere zaten ihtiyaç duyulmaz, zira yatırımcılar uzun vadede zaten sürdürülebilir yatırımlara yönelir⁸². Yatırımcıların bir kısmı da zaten daha şimdiden getiriden vazgeçmeye ve “iyi kurumsal vatandaşlar” olarak vicdanları rahat bir şekilde sürdürülebilir yatırım yapmaya hazırdır⁸³. Bu

Consumer and Capital Markets Law, ed. Beate Gsell, Thomas M.J. Möllers (Antwerpen: Intersentia, 2020), 465-472.

⁸⁰ David F. Larcker and Edward M. Watts, “Where's the greenium?,” *J. of Account. & Eco.* 69, no. 2/3 (2020): 101312, erişim: <https://doi.org/10.1016/j.jacceco.2020.101312>; ABD piyasası için bkz. Institutional Moneycom t. 22.8.2016, “Studie: Immobilieninvestoren geraten stärker unter Druck“, <https://www.institutional-money.com/news/theorie/headline/studie-immobilieninvestoren-geraten-staerker-unter-druck-51873/>.

⁸¹ Robert Bianchi ve Michael Drew, “Sustainable stock indices and long-term portfolio decisions,” *Journal of Sustainable Finance and Investment*, no. 2 (2012): 303-305; Luc Renneboog, Jenke Ter Horst ve Chendi Zhang, “Socially responsible investments: Institutional aspects, performance, and investor behavior,” *Journal of Banking and Finance*, no. 9 (September 2008): 1723-1734.

⁸² Johannes Köndgen, “Sustainable Finance: Wirtschaftsethik – Ökonomik – Regulierung,” içinde *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag*, ed. Katharina Boele-Woelki et al. (München: Beck, Vol. 1 2019), 671-684: Riskin önlenmesi, en basit ifadeyle ekonomik bir zorunluluktur.

⁸³ Köndgen, “Sustainable Finance,” 671, 683 vd. Ekonomik ve ekolojik çıkarları kombine etmek (birleştirmek) konusunda bkz. Daniel C. Esty ve Quentin Karpilow, “Harnessing Investor Interest in Sustainability: The Next Frontier in Environmental Information Regulation,” *Yale J. on Reg.* 36 (2019): 625, 639.

durumda zaten regülasyona (düzenlemeye) gerek de kalmayacaktır, çünkü piyasa bu konuları kendi içinde daha iyi ve yeterli düzeyde düzenler⁸⁴.

2. Piyasalar: Finansal Ürün Arz Edenler ve Yatırımcılar İçin Bir Yatırım Hedefi Olarak Sürdürülebilir Davranış

Belirtmek gerekir ki, gerçekte konu iddia edildiğinin aksine, daha karmaşık bir yapıya sahiptir. Düzenlemelerin gereksiz olduğu, zira piyasanın zaten buna göre yönlendiği yönündeki itiraza (görüşe) katılmak mümkün değildir. Piyasalar geçmişte çevre dostu finansal ürünlere yeterince yönelim göstermezken⁸⁵, son zamanlarda yaşanan gelişmeler bilgi rejiminin “kazan-kazan ilkesi” temelinde olumlu yanını ortaya koymaktadır: Sürdürülebilir bir finansal ürün, ihraççılar lehine talebi artırabilir: Bu da tahvillerde daha düşük faiz oranları, şirket hisselerinde ise daha yüksek fiyatlar olarak finans piyasalarına yansır⁸⁶. Bu, “yeşil” (“green”) ve “prim” kelimelerinden (“premium”) türetilen ve yapay bir terim olan “greenium” olarak bilinir⁸⁷: Bu terim yatırımcıların, devletin yeşil tahvilleri için ödemeye hazır olduğu avans (kısmi ödeme) anlamına gelir.⁸⁸ Aynı durum büyük oranda “yeşil” şirket tahvilleri için de geçerlidir⁸⁹. Ancak finansal ürünleri talep eden yatırımcı için bir “kazancın” ortaya çıkması da olasıdır. Yatırımcı genelde sadece likit

⁸⁴ Köndgen, “Sustainable Finance,” 671, 684 ve 681, 700; ayrıca bkz. Florian Möslin ve Karsten Sørensen, “The Commission’s Action Plan for Financing Sustainable Growth and Its Corporate Governance Implications,” *European Company Law Journal*, no. 6 (December 2018): 221-224 (“planned economies”).

⁸⁵ Forum Nachhaltige Geldanlagen (FNG) küçük yatırımcılardan açıkça bahsetmektedir, “Marktbericht Nachhaltige Geldanlagen 2018,” 18; Köndgen, “Sustainable Finance,” 671-676.

⁸⁶ Paul Lanoie, Jérémy Laurent-Lucchetti, Nick Johnstone ve Stephan Ambec, “Environmental Policy, Innovation and Performance: New Insights on the Porter Hypothesis,” *J. Econ. & Mgmt. Strategy* 20, no. 3 (2011): 803, 804 ff.; Kristin Ulrike Löffler, Aleksandar Petreski ve Andreas Stephan, “Drivers of green bond issuance and new evidence on the “greenium,”” *Eurasian Econ Rev* 11 (2021): 1, 2, erişim: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40822-020-00165-y#citeas>. Nisan 2021’de Alman hükümeti, 30 yıl vadeli “yeşil” devlet tahvillerinin plasmanı için, diğer yönlerden aynı olan ve aynı zamanda ihraç edilen geleneksel (ikiz) tahvillere kıyasla yaklaşık 0,02 yüzde puanı daha az faiz ödemiştir, bkz. Markus Frühauf, “Für den Bund sind die grünen Anleihen billiger,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20 Nisan 2021: 29.

⁸⁷ Frühauf, “Neue grüne Bundesanleihe trifft auf großes Interesse,” 23.

⁸⁸ Sermeye piyasası terminolojisinde *greenium* yeşil tahvillerinden (“**green bond**“) elde edilecek getiri ile normal (geleneksel) tahvillerden (“**vanilla bond**“) elde edilecek getiri arasındaki farka karşılık gelen meblağı ifade eder.

⁸⁹ Bu konu ekonomi bilim camiasında hala oldukça tartışmalıdır, bkz. Löffler, Petreski ve Stephan, “Drivers of green bond issuance and new evidence on the “greenium,”” 1, 2.

piyasalara ihtiyaç duymakla kalmaz, aynı zamanda yüksek getiri yerine, yüksek güvenlik gibi farklı yatırım hedeflerini de izleyebilir.⁹⁰ Dolayısıyla piyasa katılımcıları farklı ya da zıt kriterleri göz önünde bulundurabilir. Zaten *Adam Smith* de insanların homo oeconomicus'tan daha fazlası olduğunu göstermiştir⁹¹. İnsanlar yatırımlarıyla SDG⁹²lere veya diğer ESG hedeflerine ulaşılmasına ve dolayısıyla çevreye de katkıda bulunabilirler. Bu, Sürdürülebilir Finans 2.0 ("Sustainable Finance 2.0") olarak bilinir: Sürdürülebilirlik hedefleri bu nedenle diğer yatırım hedefleriyle eş değerdedir⁹³. Bu nedenle, performans anlatısının ("performance narrative") düzgün işleyebilmesi⁹⁴ için, bilgilendirme ve bilgi asimetrisinin⁹⁵ giderilmesi gereklidir⁹⁶. Bu tür iyi kurumsal vatandaşlara ("good corporate citizens") örnek olarak kiliseye bağlı kuruluşlar, sigorta şirketleri, emeklilik fonları veya yüksek gelir düzeyine sahip bireyler ("high net-worth-

⁹⁰ Menkul kıymet yatırımının "sihirli üçgeni" terimi, yani özel sermaye yatırımının ana unsurlarının getiri, risk ve likidite olduğu ve bu hedeflerden birinin öncelikli olması gerekmeksizin bir değiş-tokuş ilişkisi ("Trade-off-Beziehung") içerisinde olduğu anlamına gelmektedir. Menkul kıymet yatırım hizmeti sağlayan şirketlerin ilgili araştırma yükümlülükleri hakkında bkz. örneğin bkz. Art. 54 Abs. 5 Delegierte VO (EU) 2017/565 t. 25.4.2016, ABl. EU Nr. L 87, s. 1.

⁹¹ Adam Smith, *Theory of Moral Sentiments* (London: Henry G. Bohn, 2nd edition 1761), Part I, Sec. I, Chap. I: "How selfish soever man may be supposed, there are evidently some principles in his nature, which interest him in the fortunes of others, and render their happiness necessary to him, though he derives nothing from it, except the pleasure of seeing it." Türkçesi: "İnsan ne kadar bencil olursa olsun, doğasında başkalarının mutluluğuna ilgi duymasını sağlayan ve bu mutluluğu görmekten başka bir zevki olmasa da, onların mutluluğunu kendisi için gerekli kılan bazı ilkeler olduğu açıktır."

⁹² SDG İngilizce *Sustainable Development Goal* kelimelerinin kısaltması olup, sürdürülebilir kalkınma hedefleri anlamına gelmektedir. SDG sürdürülebilirliğin üç farklı boyutunu kapsamaktadır: Sosyal, ekonomik ve çevre (ekoloji) boyutu. Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinden önce, *insan, gezegen, refah, barış ve işbirliği*'nden oluşan beş temel ilke eylem planı olarak görülür.

⁹³ Henry Schäfer, "Sustainable Finance – A Conceptual Outline," *University of Stuttgart Working Paper*, no. 3 (August 2012): 14 vd.; Bueren, "Sustainable Finance," 813, 824. Ayrıca bkz. Estelle Herlyn ve Magdalene Lévy-Tödter, ed. *Die Agenda 2030 als Magisches Vieleck der Nachhaltigkeit* (Essen: Springer Gabler, 2020).

⁹⁴ Köndgen, "Sustainable Finance", 671-679. Diğer kavramlar ise "values-based investors" ve "social return on investment investors", yani "değerlere önem veren yatırımcılar" ve "sosyal yatırım getirisine önem veren yatırımcılardır". Bkz. Stephen Kim Park, "Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution," 1, 9; Daniel Esty ve Todd Cort, "Guest Editors' Introduction Rethinking Environmental/Social/Governance Metrics for the Mainstream Investor," *Journal of Environmental Investing* 8, no. 1 (2017): 1, 9.

⁹⁵ Asimetrik bilgiler, birbiriyle örtüşmeyen bilgiler anlamına gelmektedir.

⁹⁶ Aynı şekilde ErWG 10 Offenlegungs-VO (dipnot 44).

individuals”)⁹⁷ sayılabilir. İdeal bir ortamda, sürdürülebilirlik bir yatırım hedefi olarak giderek artan sayıda yatırımcıyı cezbedebilir⁹⁸. Küçük yatırımcılar bile, çevresel farkındalıktan çevresel davranışa⁹⁹ doğru atılması gereken adımı çok kolay atılabilir, çünkü küçük yatırımcılar aslında tüketimden vazgeçmek zorunda kalmadan sürdürülebilir bir finansal ürün satın alarak çevre için iyi bir şey yapabilirler¹⁰⁰.

3. Bilgi Rejimi ve Bilgi Asimetrisinin Giderilmesi

Yatırımcının çevreye duyarlı davranışlara sevk edilebilmesi için, bu yönde gerekli olan bilgiye ulaşmasının sağlanması zorunludur. İşte bu noktada bilgi rejimi gündeme gelmektedir. Bu bilgi rejiminde aydınlatmakla yükümlü olan tarafın, aydınlatmanın muhatabı olan tarafı bilgilendirilmesi sağlanmakta ve böylece bilgi asimetrisi ortadan kaldırılmaktadır¹⁰¹. Hisseleri borsada işlem gören şirketler, şirket içi bilgilere ilişkin olarak yatırımcılar karşısında bilgi avantajına sahiptir (bilgi asimetrisi): Bu bakımdan bu tür şirketler bilgi tekelcisi konumundadır¹⁰². Bununla birlikte, şirketler veya devlet, yatırımcının bilgi açığını telafi etmek için gerekli bilgiyi nispeten daha ucuza sağlayabilir (buna “sinyal verme” denir, İngilizce “signalling”); burada bahsi geçen şirket “en ucuz maliyetten kaçınan” (“cheapest cost avoider”) şirkettir¹⁰³. Sermaye piyasası hukukunun önemli

⁹⁷ Rakamlar için bkz. Köndgen, “Sustainable Finance,” 671-676.

⁹⁸ Ayrıntılar için bkz. Esty ve Karpilow, “Harnessing Investor Interest in Sustainability: The Next Frontier in Environmental Information Regulation,” 625, 641 ff. Kadın dergisi Brigitte'in halihazırda kendi "Be Green" dergisini yayınlıyor olması da oldukça dikkat çekicidir.

⁹⁹ Bkz. aşağıda IV.B. no'lu başlık altındaki açıklamalar. Benzer şekilde "basit" doğru bir çevresel davranış örneği olan Brent Spar petrol platformunun boykot edilmesi çağrısına katılım için bkz. Thomas M.J. Möllers, “Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts - Brent Spar und Mururoa,” *Neue Juristische Wochenschrift* 49, no. 21 (1996): 1374 vd.

¹⁰⁰ Köndgen, “Sustainable Finance,” 671-686.

¹⁰¹ Bu konuda George A. Akerlof, “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism,” *Quarterly Journal of Economics* 84, no. 3 (1970): 488, 494 makalesi meşhurdur. Yazar, alıcı kullanılmış otomobilin gizli ayıplarını fark edemediği için, bu otomobili ekşi limon olarak nitelendirmişti. Bkz. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 5 knr. 146 vd., § 8 knr. 21.

¹⁰² Bu kavram için bkz. Thomas M.J. Möllers ve Franz Clemens Leisch, “Haftung von Vorständen gegenüber Anlegern wegen fehlerhafter Ad-hoc-Meldungen nach BGB § 826 BGB,” *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 55, no. 35 (2001): 1648, 1654.

¹⁰³ Dirk Zetzsche, *Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft* (Berlin: Heymann, 2006), 37; Johannes Köndgen, “Die Ad hoc-Publizität als Prüfstein informations-rechtlicher Prinzipien,” içinde *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, ed. Rainer J. Schweizer, Herbert Burkert, Urs Gasser (Zürich: Schulthess,

ilkelerinden biri de bilgi sağlamak ve bilgi asimetrilerinin giderilmesidir¹⁰⁴. Bu ilkeden çıkarılan kamuyu aydınlatma yükümlülüğü sayesinde ilgili bilginin piyasaya ulaşması ve fiyatlanması sağlanır. Bunun dolaylı etkisi olarak, bilginin piyasa katılımcılarının eşit muamele görmesi ilkesine de hizmet ettiği söylenebilir¹⁰⁵.

Çevreye zararlı davranışlar hakkında bilgi vermek, yasaklamalarla karşılaştırıldığında daha orantılı ve daha hafif bir yöntemdir, çünkü finansal ürün arz edenlerle bunların alıcıları (hala) tercihlerini (kararlarını) sürdürülebilir finansal ürün aleyhine yapabilirler. Buna, belirli bir seçenek lehine “yönlendirme” adı verilmektedir¹⁰⁶. Yeterli ve gerekli oranda şeffaflık sayesinde, şirketlerin geçmişte olduğu gibi çevre pahasına maliyetlerini dışsallaştırmayacakları umulmaktadır. Gelecekte, menkul kıymet şirketleri müşterilerine sürdürülebilirlik tercihlerini sormak zorunda kalacak ve böylece yatırımcılar daha önce hiç fark etmedikleri sürdürülebilir yatırımlara doğru tam anlamıyla “yönlendirilmiş” başka bir söyleyişle “itilmiş” olacaklar¹⁰⁷.

2002), 791-796, yazar burada “cheapest information provider”dan yani “en ucuz bilgi sağlayıcısı”ndan bahsetmektedir.

¹⁰⁴ Holger Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten* (München: Beck, 2001), 550 vd. Ayrıca bkz. ErWG 3 Prospekt-VO.

¹⁰⁵ Genel olarak Holger Fleischer, *Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002 Band I: Gutachten Teile F und G - Abteilung Wirtschaftsrecht: Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?* (München: Beck, 2002), 1-27 vd.; devralma hakkı için bkz. § 3 Abs. 1 WpÜG.

¹⁰⁶ Genel olarak Richard Thaler ve Cass Sunstein, *Nudge* (Connecticut: Yale University Press, 2008), tercümesi ise Richard Thaler ve Cass Sunstein, *Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt* (Berlin: Econ, 2011); Cass Sunstein, “Nudging: A Very Short Guide,” *Journal of Consumer Policy* 37, no. 4 (Aralık 2014): 583; Stephan Gerg, *Nudging: Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das hoheitliche Einwirken auf die innere Autonomie des Bürgers* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019); Johanna Wolff, *Anreize im Recht: Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2021). Sürdürülebilir finansal ürünler için bkz. Möslin ve Sørensen, “The Commission’s Action Plan,” 221.

¹⁰⁷ Karş. Art. 1 Nr. 6 Delegierte VO (EU) 2021/1253 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 (dipnot 45).

4. Riskler: İşlem Maliyetleri, Sınırlı Rasyonellik (Bounded Rationality) ve Yeşil Yıkama

Bilgilendirme (kamuyu aydınlatma) yükümlülüklerinin de olumsuz etkileri olabilir ve bazen yönlendirme de işe yaramayabilir. Elli yıldan daha uzun bir süre önce *Herbert Simon*¹⁰⁸, insanların karar alma süreçlerindeki sınırlı rasyonelliğe dikkat çeken ve “ekonomik” ve “rasyonel” insan imajına ilişkin çekincelerini dile getiren ilk kişilerden biriydi. İnsanlar sınırlı ölçüde rasyonel davranırlar (“bounded rationality”) ve sadece tatmin edici veya “yeterince iyi” olan alternatif davranış tarzları ararlar. Karar verme davranışlarını, sınırlı olan bireysel işlem yeteneklerine (sınırlı bilişsel yeteneklerine) göre şekillendirirler. Zamanın ve eldeki bilgilerin kısıtlı olması onu “basitleştirme” (başka bir anlatımla “eleme”) yöntemi ya da sezgisel yöntemler olarak da bilinen “genel geçer kurallara” başvurmaya sevk eder¹⁰⁹. Bilginin muhatabı genellikle bilgi taşkınlığından (“Information Overload”¹¹⁰) muzdarip olur¹¹¹. Buna ek olarak, bilgi yükümlülükleri işlem maliyetlerini¹¹² önemli ölçüde artırır. Kanun koyucu genellikle kısa ve basit bilgilerle sorunun çözülmesine katkı sağlamaktadır. Bu tür bir yanıltma tehlikesi için artık özel bir kavram mevcuttur: ABD’de, haksız rekabet hukukunda yanıltıcı bir şekilde çevre dostu veya sürdürülebilir olarak etiketlenen ürünler için yeşil yıkama

¹⁰⁸ Herbert Simon, *Models of Bounded Rationality* (Cambridge: MIT Press, 1982).

¹⁰⁹ Herbert Simon, “A Behavioral Model of Rational Choice,” *The Quarterly Journal of Economics* 69, no. 1 (1955): 99 vd. Daniel Kahneman, *Thinking, Fast ve Slow* (New York: Farrar, Straus and Grioux, 2011); tercümesi için bkz.: Daniel Kahneman, *Schnelles Denken, langsames Denken* (München: Penguin, 2012). Aynı şekilde sürdürülebilir finansal ürünler için bkz. Andreas Oehler, Matthias Horn ve Stefan Wendt, “Why Self-Commitment Is Not Enough: On a Regulated Minimum Standard for Ecologically and Socially Responsible Financial Products and Services,” içinde *Designing a Sustainable Financial System*, ed. Thomas Walker, Stefanie Kibsey ve Rohan Crichton (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2018), 405, 408 vd.

¹¹⁰ Ya da “information overkill” yani “bilgi taşkınlığı” için bkz. Everett Rogers ve Rekha Agarwala-Rogers, *Communications in Organisations* (New York: Free Press, 1976), 90.

¹¹¹ Sermaye piyasasında bilgi taşkınlığı sorunu ve çözüm önerileri için bkz. Thomas M.J. Möllers ve Erhan Temel, “Sermaye Piyasasında Bilgi Taşkınlığı (Kısa Finansal Raporların Hayata Geçirilmesine Dair Ampirik, Psikolojik ve Karşılaştırmalı Hukuk Temeline Dayalı Bir Öneri),” *BATİDER* 32, 4 (2016): 23 vd.

¹¹² *Ex ante* işlem maliyetleri, örneğin fiyatlar hakkında bilgi edinmek için yapılan araştırma maliyetlerinin yanı sıra sözleşme öncesi ve sözleşmenin imzalanması maliyetleri ile sözleşmenin denetlenmesi, düzeltilmesi ve uygulanmasında ortaya çıkan *ex post* maliyetleri de içerir. Bu konuda bkz. Coase, “The Problem of Social Cost,” 1, 15; Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 4th edition 2015), 97 vd.

kavramı kullanılıyor¹¹³. Bu terim artık finans sektörüne de aktarılmıştır. “Yeşil yıkama” (“greenwashing”) terimi, sürdürülebilir finansal ürünlerde gündeme gelmekte ve bir finansal ürün temel çevre standartlarına uymamasına rağmen “çevre dostu” olarak pazarlandığı durumlar için kullanılmaktadır¹¹⁴. ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC), Deutsche Bank'ın fon şirketi DWS'yi, sürdürülebilirlik kriterlerine dayalı yatırımlara aşırı değer biçtiği gerekçesiyle “yeşil yıkama” (“greenwashing”) yapmakla suçlayarak soruşturmuştur¹¹⁵.

En büyük 20 ESG fonundaki 50 yatırım şirketinden sadece ikisi 2020'de “yeşil şirket” olarak kabul edilmiştir¹¹⁶. Greenpeace tarafından yapılan bir araştırmada, İsviçre fon piyasası, geleneksel yatırımlara kıyasla sadece “marjinal düzeyde, yani çok az bir farkla daha da iklim dostu” olan finansal ürünleri finansal piyasalara arz etmekten dolayı eleştirildi¹¹⁷. Çok sayıda şirket CO2 nötrlüğüne kendi çabalarıyla değil, çok ucuza CO2 sertifikaları (1

¹¹³ Bkz. örneğin Jamie Grodsky, “Certified Green: The Law and Future of Environmental Labeling,” *Yale Journal on Regulation* 10, no. 1 (1993): 147, 150; Robin Rotman, Chloe Gossett ve Hope Goldmann, “Greenwashing No More: The Case for Stronger Regulation of Environmental Marketing,” *Administrative Law Review* 72, no. 417 (2020). Sözde çevre dostu ürünlerle ilgili bu tartışma Almanya'da da yıllardan beri devam etmektedir, bu tartışmalar için örneğin bkz. Jürgen Kohler, “Schnittstellen von Umweltschadengesetz und privatrechtlicher Umwelthaftung,” *Umwelt- und Technikrecht* 104 (2010): 343 vd.; Thomas M.J., Möllers, *Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht: Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), 156; BGH, Urt. t. 20.10.1988, I ZR 219/87, BGHZ 105, 277, 281 – Umweltengel.

¹¹⁴ Komisyon, Taxonomie-VO 2020/852 ErwG 11 cümle 3'te “bir finansal ürünün temel çevre standartlarına uymadığı halde çevre dostu olarak tanıtılması suretiyle haksız rekabet avantajı elde edilmesi” uygulamasını doğrudan yeşil yıkama olarak tanımlayarak bu sorunu kabul etmektedir. Ayrıca ErwG 9 cümle 3 Klima-Benchmark-VO 2019/2089 ve CSRD ErwG 2, ErwG 13'de de ele alınmıştır, bkz. dipnot 54.

¹¹⁵ Patricia Kowsmann, Corinne Ramey ve Dave Michaels, “Authorities Probing Deutsche Bank's DWS Over Sustainability Claims,” *Wall Street Journal*, 25 Ağustos 2021, <https://www.wsj.com/articles/u-s-authorities-probing-deutsche-banks-dws-over-sustainability-claims-11629923018>.

¹¹⁶ Yani Orsted ve Vestas Wind. Bunun dışında, ESG fonları Microsoft ve Alibaba gibi teknoloji şirketlerini içermektedir, eleştirel yaklaşım için bkz. Dennis Kremer, “Das taugen nachhaltige ETF,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 Aralık 2020: 33; yazarı belirsiz, “Green meme,” 61, 62.

¹¹⁷ Greenpeace Schweiz, “Studie: Klima-Mystery-Shopping bei Schweizer Banken,” 7 vd., <https://www.greenpeace.ch/de/publikation/72935/klima-mystery-shopping-bei-schweizer-banken>. Başka bir eleştirel yaklaşım için bkz. Dennis Kremer, “Wie grün sind Fonds?,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 Ağustos 2021: 28.

Avroya) satın alarak - dış telafi yoluyla - ulaşmak istiyor¹¹⁸. Farklı şirketlerin sürdürülebilirlik raporlarını karşılaştırmak pratikte neredeyse imkansız¹¹⁹; hatta bazılarının sahte ambalajlara sahip olduğundan bile söz ediliyor¹²⁰. Zira ölçülmesi mümkün olmayan değerleri (büyüklükler veya boyutlar) (“inkommensurable Größen”) ¹²¹, yani elmalarla armutları karşılaştırmak mümkün değildir.

Bir örnek vermek gerekirse: Bir otomobil üreticisi üretimini tamamen elektrikli otomobillere çeviriyor¹²². İkinci üretici ise araçlarını dizel motorla üretmeye devam ediyor, ancak araçlarının biyoyakıtla çalışabilmesini¹²³ ve %99 oranında bunun geri dönüştürülebilir, yani yeniden kullanılabilir olmasını teknik açıdan mümkün kılıyor¹²⁴. Acaba her iki otomobil üreticisi de yeşil ve sürdürülebilir mi veya bunlardan sadece birisi mi bu özelliklere sahiptir? Görüldüğü gibi soruyu cevaplamakta zorlanıyoruz. - Ya da başka bir örnek: Gaz veya nükleer enerji santrallerinin işletmecileri de sürdürülebilir kategorisine dahil olabilirler mi? AB üyesi ülkeler arasında nükleer enerjinin

¹¹⁸ Örneğin Delivery Hero, Bayer, Volkswagen vs. için bkz. Marcus Theurer, “Von wegen Klimaneutral,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 Şubat 2021: 20.

¹¹⁹ Philipp Krohn ve Antonia Mannweiler, “Ohne Richtschnur im Dschungel der Nachhaltigkeit,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 Nisan 2021: 31; Antonia Mannweiler, “Blätter, Globen und Sterne,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 Mart 2021: 30.

¹²⁰ Wiwin Yatırım Şirketinin fon yöneticisi Greiner tarafından Autodesk, Adidas ve Wirecard şirketlerine karşı yapılan eleştiri bu yöndedir, bkz. Yazarı belirsiz, “Dunkelgrüner Fonds sucht Anleger: Wiwin-Fondsmanager kritisiert “Mogelpackungen“ vieler nachhaltiger Anlagen und will es besser machen,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31 Mart 2021, 23.

¹²¹ Latince ölçü anlamına gelen *mensura* teriminden türetilmiştir ve kabaca "ortak ölçü olmadan" olarak çevrilebilir. Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?* (Berlin: Duncker und Humblot, 1997), 72-96. Kısa ve öz bilgiler için bkz. Yargıç *Scalia*, içinde: Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888, 897 (1988): “whether a particular line is longer than a particular rock is heavy” (“belirli bir çizginin belirli bir kayanın ağırlığından daha uzun olup olmadığı”); eleştirel yaklaşım için bkz. Gregoire Webber, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship,” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, no 1 (2010): 195 vd.

¹²² İsveç otomobil üreticisi Volvo'da dizel ve benzinli motorlar kademeli olarak kullanımdan kaldırılıyor. 2019'dan itibaren yeni modeller yalnızca elektrikli veya hibrit motorlarla çalışan araçlardan oluşacak. Bkz. Spiegel t. 5.7.2017.

¹²³ Otomobil endüstrisinin ilgili çabaları hakkında bkz. Gerald Braumberger ve Georg Merk, “‘Jetzt reicht’s!’,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 Mayıs 2021, 24.

¹²⁴ BMW tarafından yapılan açıklamaya göre, üretilen 2,5 milyon BMW otomobili her yıl 780.000 ton atık üretiyor ve bu atıkların %99'u geri dönüştürülerek yeniden kullanılıyor, bkz. BMW, “Sustainability Factbook 2020,” 17, https://www.bmwgroup.com/content/dam/grpw/websites/bmwgroup_com/responsibility/downloads/de/2020/2020_Factbook_de.pdf.

sürdürülebilir ve güvenli olup olmadığı¹²⁵ ya da kesin olarak sürdürülemez olup olmadığı konusunda şiddetli tartışmalar günümüzde de devam etmektedir¹²⁶. Tüm bu sorunlar akla, insanların sermaye piyasası yerine deyim yerindeyse limon pazarında limon ticaretiyle mi uğraştığı sorusunu getiriyor¹²⁷. Yeşil yıkama sorunu çözülmüş gibi gözüküyor¹²⁸, çünkü Avrupa norm koyucusu bu sorunu sadece ilgili düzenlemenin gerekçe, başka bir ifadeyle mülahaza kısmında ele almakla yetiniyor¹²⁹. Aşağıda da görüleceği üzere, norm koyucu piyasanın belirleyici katılımcıları olan yatırımcılar ve menkul kıymet arz edenler için gerekli koruyucu hükümleri unuttuğundan dolayı, norm koyucunun düzenlemelerin sarı ve eksiksiz olmasına yönelik çabalarının yeterli olmadığı söylenebilir.

B. Avrupa Birliği Düzenlemeleri: Gerekli Standartlar, Tanımlar ve Spesifikasyonlar

Avrupa Birliği norm koyucusu, piyasalarda yanıltıcı faaliyetleri ve yeşil yıkamayı önlemek amacıyla, Bilgilendirme Tüzüğü ("OffenlegungsVO") ve Taksonomi Tüzüğü'nde ("TaxonomieVO=Taxonomy Regulation") çok sayıda kavramın tanımını yaparak, belirli standartları oluşturmaya çalışmaktadır. Bilgilendirme Tüzüğü, koyu yeşil (Bilgilendirme Tüzüğü m. 9), açık yeşil (Bilgilendirme Tüzüğü m. 8) ve geleneksel, sürdürülebilir olmayan finansal ürünler (Bilgilendirme Tüzüğü m. 7) olmak üzere üç farklı finansal ürün kategorisi öngörmektedir. Buna karşılık Taksonomi Tüzüğü ise, ilk kez çevresel hedefleri (a), ilgili ekonomik faaliyetleri (b) ve çevresel hedeflere ulaşma kriterlerini (c) birbirinden ayırmaktadır.

1. Çevresel Hedefler

Taksonomi Tüzüğü'nün 9. maddesi ilk olarak ekonomik faaliyetlerin sürdürülebilirliği için bir ölçüt teşkil edecek altı çevresel hedef ortaya

¹²⁵ Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Slovakya ve Slovenya nükleer enerjinin "uzun vadede sürdürülebilir ve güvenli bir enerji kaynağı" olduğunu ilan etmişlerdir, bkz. Vorschlag für eine Taxonomie-VO – Politische Einigung, Anlage, s. 5.

¹²⁶ Avusturya'nın deklarasyonu ise: Nükleer enerji "güvenli veya sürdürülebilir görülmemektedir" bkz. Vorschlag für eine Taxonomie-VO – Politische Einigung t. 7.2.2020, Dossier 2018/0178 (COD), COM(2020) 353 final, Anlage, s. 5.

¹²⁷ ABD'deki hukuki durum için bkz. Esty ve Karpilow, "Harnessing Investor Interest in Sustainability: The Next Frontier in Environmental Information Regulation," 625, 665.

¹²⁸ Bu konuya değinen bir yazar için bkz. Talbot, "What Does "Green" Really Mean?: How Increased Transparency and Standardization Can Grow the Green Bond Market," 127, 136 vd.

¹²⁹ Bkz. dipnot 114.

koymaktadır: İklim değişikliğinin azaltılması; iklim değişikliğine uyum; su ve deniz kaynaklarının sürdürülebilir kullanımı ve korunması; döngüsel ekonomiye geçiş; kirliliğin önlenmesi ve azaltılması; biyoçeşitliliğin ve ekosistemlerin korunması ve iyileştirilmesi.

2. Çeşitli Ekonomik Faaliyetlerin Önemli Katkıları

Taksonomi Tüzüğü'nün 3. maddesine göre, bir ekonomik faaliyet, çevresel hedeflerden bir veya daha fazlasının gerçekleştirilmesine önemli bir katkı sağlıyorsa, çevresel hedeflerden bir veya daha fazlasında önemli bir zarara yol açmıyorsa, ayrıca Taksonomi Tüzüğü'nün 18. maddesinde belirtilen asgari koruma seviyesine uygun olarak gerçekleştiriliyorsa ve AB Komisyonu tarafından belirlenen teknik değerlendirme kriterlerini taşıyorsa *çevresel (ekolojik) açıdan sürdürülebilir* olarak kabul edilir. Taksonomi Tüzüğü'nün 10-16. maddeleri arasında, ekonomik faaliyetlerin çevresel hedeflere ulaşılmasında hangi yollarla önemli katkılar sağlayabileceği belirtilmektedir. 2. Seviyede olan bu kaba çerçeve, henüz yürürlüğe girmemiş bulunan teknik değerlendirme kriterleri ile somutlaştırılacaktır. İlk iki çevresel hedef (iklim değişikliğinin azaltılması ve uyum) için teknik değerlendirme kriterlerinin ilk taslağı halihazırda yayımlanmıştır¹³⁰. Ancak norm koyucu, Taksonomi Tüzüğü'nde katı fosil yakıtlar kullanarak elektrik üretme faaliyetlerini çevresel açıdan sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin dışında tutmaktan kaçınmamıştır; bu nedenle örneğin kömürle çalışan elektrik santrallerinde elektrik üretimi hiçbir zaman çevresel açıdan sürdürülebilir olarak kabul edilemez¹³¹. Komisyon'un en yeni taslağı nükleer enerjiye ilişkin teknik değerlendirme kriterlerini ele almaktadır. Nükleer enerji üretimi için yeni güvenli nükleer enerji santrallerin inşası veya mevcut santrallerin güvenli bir şekilde işletilmesi, teknik değerlendirme kriterlerine uygun oldukları sürece Taksonomi Tüzüğü kapsamında bir geçiş faaliyeti teşkil etmektedir¹³².

Tüm ekonomik faaliyetlerin çevresel hedeflere ulaşılmasına aynı seviyede doğrudan katkı sağlayamayacağı yadsınamaz bir gerçektir. Bu

¹³⁰ Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel C (2021) 2800 final (dipnot 50).

¹³¹ Art. 19 Abs. 3 Taxonomie-VO (dipnot 49); katılmadığımız görüş için bkz. Geier ve Hombach, "ESG: Regelwerke im Zusammenspiel," 6.

¹³² Draft Delegated Regulation (EU) amending Delegated Regulation (EU) 2021/2139 as regards economic activities in certain energy sectors and Delegated Regulation (EU) 2021/2178 as regards specific public disclosures for those economic activities, C (2022)0631 final (Mar. 9, 2022), Annex I, No. 4.27, 4.28 [hereinafter Draft Delegated Regulation as regards economic activities in certain energy sectors].

yüzden farklı ekonomik faaliyet türleri arasında ayırım yapmak gerekir. Bu bağlamda Taksonomi Tüzüğü 10.-16. maddeleri arasında sayılan şartları yerine getiren ekonomik faaliyetlerin çevresel hedeflere ulaşılmasına doğrudan ve önemli bir katkı sağladığı söylenmektedir. Örneğin, bir rüzgar santralının faaliyeti iklimin korunmasına önemli bir katkı sağlar¹³³. Madde 16'da tanımlandığı şekliyle “kolaylaştırıcı faaliyetler”¹³⁴ (“*enabling activities*”), başka bir faaliyetin çevresel hedeflerden birine önemli bir katkıda bulunmasını sağladıkları takdirde çevresel hedeflere katkıda bulunurlar. Rüzgâr santrali örneğinde, rüzgâr türbinlerinin imalatı böyle bir kolaylaştırıcı faaliyet olur¹³⁵. Yukarıda bahsedilen iki ekonomik faaliyetin yanı sıra, yalnızca iklimin korunmasına yönelik çevresel hedefe ulaşmak amacıyla üçüncü bir grup olarak “geçiş faaliyetleri” (“*transitional activities*”) öngörülmüştür. Bu geçiş faaliyetleri hala CO2 emisyonlarına neden olmaktadır, ancak şu anda teknolojik ve ekonomik olarak uygulanabilir düşük karbonlu bir alternatifleri bulunmamaktadır (Taksonomi Tüzüğü m. 10 f. 2). Buna göre, bahsi geçen bu geçiş faaliyetleri, eğer sektördeki en iyi sera gazı emisyon değerlerine sahipse ve düşük karbonlu alternatiflerin geliştirilmesine ve yaygınlaştırılmasına engel olmuyorlarsa ve ayrıca kilitlenme etkilerine yol açmıyorlarsa, iklimin korunmasına önemli bir katkıda bulunurlar (Taksonomi Tüzüğü m. 10 f. 2). Bu bağlamda tanımlanan teknik değerlendirme kriterleri düzenli olarak gözden geçirilir ve güncellenir (Taksonomi Tüzüğü m. 19 f. 5 bent 3). Örneğin, içten yanmalı motorla çalışan uzun mesafeli demiryolu taşımacılığında (dizel veya buharlı lokomotiflerle) yolcuların taşınması, DNSH kriterlerinin diğer bir şekilde yerine getirilmesi halinde, bu tür bir geçiş faaliyeti olarak kabul edilebilecektir¹³⁶.

¹³³ Karş. Art. 10 Abs. 1 lit. a) Taxonomie-VO i.V.m. Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel, C(2021) 2800 final (dipnot 49), Annex I, Nr. 4.3, zum Beispiel des Windparks: Nils Ipsen ve Lars Röh, “Mysterium Taxonomie,” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, no. 41 (2020): 2001, 2005.

¹³⁴ *Etkinleştirici faaliyet* terimi de İngilizcede *enabling activities* şeklinde ifade edilen kavramın alternatif tercümesidir.

¹³⁵ Karş. Art. 10 Abs. 1 lit. i) Taxonomie-VO i.V.m. Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel, C(2021) 2800 final (dipnot 49), Annex I, Nr. 3.1.

¹³⁶ Karş. Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel, C(2021) 2800 final (dipnot 50) Annex I, Nr. 6.1.

3. Hedeflere Ulaşmak İçin Kriterler: Eleme (Dışlama) Kriterleri, Yaşam Döngüsü (“Life-cycle”), Sınıfının En İyisi (“Best in class”)

Belirtmek gerekir ki, Taksonomi Tüzüğü kapsamında çevresel açıdan sürdürülebilir olarak kabul edilmek için, ekonomik faaliyetin bu çevresel hedeflere yalnızca önemli bir olumlu (pozitif) katkıda bulunması yeterli değildir (Taksonomi Tüzüğü m. 10-16 ile bağlantılı olarak m. 3 bent a). Ayrıca, diğer çevresel hedefler üzerinde önemli bir olumsuz etkisinin de bulunmaması gerekir (Taksonomi Tüzüğü 17 ile bağlantılı olarak m. 3 bent b). Taksonomi Tüzüğü'nün 17. maddesinin negatif yorumu “*Önemli Zarar Vermeme Kuralı*”¹³⁷ (DNSH= “Do No Significant Harm”) olarak adlandırılır ve “*Önemli Katkı*” kavramı gibi yetki devri tüzüklerinde belirtilir¹³⁸. Buna ek olarak, Taksonomi Tüzüğü'nün 18. maddesinde dört uluslararası düzenlemeye atıfta bulunularak asgari sosyal koruma beklenmektedir¹³⁹. Bahsi geçen bu iki normla dışlama kriterleri tanımlanmıştır. Klasik bir maliyet-fayda¹⁴⁰ analizine göre, olumsuz çevresel etkileri çevresel faydalarını aşan ekonomik faaliyetler prensip olarak çevresel açıdan sürdürülebilir kabul edilmezler¹⁴¹. İlginçtir ki, nükleer enerjiyle ilgili yukarıda bahsedilen tartışma¹⁴² artık çözülmüş gibi

¹³⁷ Ayrıntılar için bkz. *TEG*, Taxonomy Technical Report, June 2019, s. 44 vd., erişim: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190618-sustainable-finance-teg-report-taxonomy_en.pdf.

¹³⁸ Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel, C(2021) 2800 final (dipnot 50).

¹³⁹ OECD Çokuluslu Şirketler Rehberi'ne atıfta bulunarak, gözden geçirilmiş versiyon 2001, erişim: <https://mneguidelines.oecd.org>; der Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte t. 21.3.2011, A/HRC/17/31; der Grundprinzipien und Rechte aus den acht Kernübereinkommen, Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit t. 18. 6. 1998 (Sekiz önemli sözleşmenin temel ilkeleri ve hakları, Uluslararası İş Örgütü'nün 18. 6. 1998 tarihli Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi), erişim: <https://www.ilo.org> sowie der Internationale Charta der Menschenrechte t. 10.12.1948, A/RES/217 A (III).

¹⁴⁰ ErwG 40 cümle 1 Taxonomie-VO (dipnot 49).

¹⁴¹ Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (Connecticut: Yale University Press, 1977), 135 vd.; Coase, “The Problem of Social Cost,” 1, 6 vd.; Hans-Bernd Schäfer ve Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (Wiesbaden: Springer Gabler, 6th edition 2020), 279; Michael Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung* (Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1985), 42, 165 vd.; Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 5 knr. 125.

¹⁴² Bkz. yukarıda dipnot 125 vd.

görülmektedir. Nükleer enerji, emisyon üretmediği ve nihai depolamanın güvenli olduğu düşünüldüğü için, sürdürülebilir kabul edilmektedir¹⁴³.

AB norm koyucusu bir ekonomik faaliyetin çevresel hedefe “çeşitli şekillerde” ulaşmasına izin vermektedir¹⁴⁴. Taksonomi Tüzüğü, Döngüsel ekonomi için, sadece dayanıklılıktan değil, aynı zamanda kaynakların tüketiminden ve hizmet olarak bir ürünün dönüştürülmesinden de bahsetmektedir¹⁴⁵. Döngüsel ekonomi sadece ayrı bir çevresel hedef olarak bulunmamakta, aynı zamanda birçok kişi tarafından “yaşam döngüsü” yaklaşımı (“Life-cycle”) olarak da adlandırılmaktadır¹⁴⁶. Bu yaklaşım sadece ürünü değil, aynı zamanda ön ürünlerin sürdürülebilirliğini ve ürün döngüsünü, yani geri dönüşümünü de dikkate almaktadır¹⁴⁷. “Sınıfının en iyisi” yaklaşımı özellikle geçiş dönemi faaliyetleri için talep görmektedir. Burada sektördeki en iyi çözüm ödüllendirilmektedir¹⁴⁸.

III. YASAL BOŞLUKLARDAN KAYNAKLANAN YEŞİL YIKAMA RİSKLERİ

Yukarıda açıklanan standart belirleme şu anki statükonun ötesine geçmekte ve doğru istikamette ilerlemektedir. Ancak bu şekilde yatırımcıların yanıltılmasının ya da “yeşil yıkamanın” önüne geçmek mümkündür müdür? Bu soruya kesin olarak “evet” cevabı vermek mümkün değildir. Zira dört alanda hala cevaplanmamış sorular mevcuttur ve bu bağlamda, daha somut ve daha detaylı düzenlemelere ihtiyaç vardır: Bunlar: (1) Yetersiz kalan “ya hep ya hiç ilkesi”, (2) heterojen uygulama alanı (3) düzenleyici bir amaç olarak rasyonel yatırımcı karar verme yetisinin dikkate alınmaması (4) ve normatif düzenlemelerin yetersiz uygulanmasıdır.

¹⁴³ *Joint Research Centre*, Technical assessment of nuclear energy with respect to the ‘do no significant harm’ criteria of Regulation (EU) 2020/852 (‘Taxonomy Regulation’), 2021, s. 11, erişim: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC125953>.

¹⁴⁴ “Grundsatz der Technologieneutralität (“Teknolojik tarafsızlık prensibi”), Art. 19 Abs. 1 lit. a) Taxonomie-VO (dipnot 49)

¹⁴⁵ Döngüsel ekonomi için bkz. ErwG 28 cümle 1 ve Art. 13 Abs. 1 Taxonomie-VO (dipnot 49).

¹⁴⁶ Şu hükümlerde bulabilirsiniz: ErwG 28 cümle 4, ErwG 34 cümle 3, ErwG 40 cümle 3, ErwG 42 cümle 2, ErwG 44 cümle 3, ErwG 47, Artt. 2 Nr. 9, 13 Abs. 1 lit. d), 16 lit. b), 17 Abs. 1, 1 lit. d) i), 2, 19 Abs. 1 lit. g) Taxonomie-VO (dipnot 49).

¹⁴⁷ Yaşam döngüsünün tamamı için karşı. Art. 17 Abs. 2 Taxonomie-VO (dipnot 49).

¹⁴⁸ Cf. Art. 10 Abs. 2 lit. a) Taxonomie-VO (dipnot 49): “sektördeki en iyi çözümler”.

A. Taksonomi Tüzüğü'nün Zayıf Noktası Olarak “Ya Hep Ya Hiç Yaklaşımı”

1. Çeşitli ve Kısmen de Çelişkili Olan Parametrelerin Karmaşıklığı (Kompleks Oluşu) Sorunu

Taksonomi Tüzüğü'ndeki tanımlama yaklaşımına rağmen, finansal piyasada hala yanıltıcı bilgi riski bulunmaktadır: Aynı anda çok fazla parametre dikkate alındığında, yani çevresel, sosyal ve yönetim (ÇSY) konuları dikkate alındığında, bilgilerin çelişkili olma riski gündeme gelebilir: Örneğin sürdürülebilir olmakla birlikte, üretiminde sosyal ve yönetim parametreleri dikkate almayan Hindistan malı elektrikli otomobil bataryasının¹⁴⁹ ya da biyoyakıtlı çalışan bir litrelik bir dizel motorun nasıl sınıflandırılacağı açık değildir.

Avrupa Birliği norm koyucusunun, akla gelebilecek her türlü ekonomik faaliyetin çevresel sürdürülebilirliğini belirlemeye yönelik kriterler tanımlayarak, en fazla ayrıntı düzeyine sahip, her şeyi kapsayan bir dizi düzenleme yoluyla yeşil yıkamayı (göz boyamayı) önleme girişiminin pratikte gerçekleşmesi zor görünmektedir. Aksine bu girişimin, teknik ilerleme ve gelişmeleri engelleyebilecek “taşkın bir mevzuata”¹⁵⁰ yol açma riski bulunmaktadır. Başlangıçta sürdürülebilirlik konusunun yatırımlardan elde edilecek getirileri etkilediği, düzenleyicinin hangi yoğunlukta yönlendirmede bulunmak istediğine dair ekonomik bir karar verilmesi gerektiği belirtilmişti¹⁵¹: Buna göre sorulması gereken soru şudur: Acaba şirketlerin %95'i mi parametreleri yerine getirmeli yoksa sadece %5'i mi? Bu soru yeşil yıkamanın kapsamını belirlemektedir.

¹⁴⁹ Genel olarak konuyu ele alan başka bir yazar için bkz. Köndgen, “Sustainable Finance,” 671, 678.

¹⁵⁰ Taksonomi Tüzüğü (die Taxonomie-VO) ve Taslak Yetki Devri Tüzükleri (die entworfenen Delegierten Verordnungen) halihazırda birkaç bin sayfadan oluşmaktadır. Sadece İklim Değişikliğine İlişkin Yetki Devri Tüzüğü'nün Taslak Annex I'i (der Entwurf des Annex I der Delegierten VO zum Klimawandel) 230'dan fazla sayfa içermektedir. Eleştirel görüş için bkz. Franz-Christoph Zeitler ve Silke Wolf, “Nachhaltigkeit in der Finanzwirtschaft,” *Positionspapier Wirtschaftsbeirat München*, Mayıs 2020, www.wbu.de. Sermaye piyasası hukukundaki benzer sorunlar için bkz., Thomas M. J. Möllers, “Europäische Gesetzgebungslehre 2.0: Die dynamische Rechtsharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel von MiFID II und PRIIP,” *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, no. 2 (2016): 325, 332 vd.

¹⁵¹ Bkz. dipnot 81.

2. Ya Hep ya Hiç Yaklaşımının Teknolojiye Açık Olmaması Sorunu

Taksonomi Tüzüğü çerçevesinde, şu ana kadar şirketlere sürdürülebilir faaliyetlerini münferit ekonomik faaliyetlerle ilişkilendirerek, daha ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirmeleri için doğrudan bir fırsat verilmemiştir. Bunun yerine, genel bir “ya hep ya hiç anlayışı” hakimdir. Yanlış yönlendirme (yatırımcının yanıltılması) ve yeşil yıkama sorunundan kaçınmak için, parametrelerin tekrar ele alınarak, revize edilmesi gerekir. Bu her şeyden önce dışlama (eleme) kriterleri için geçerlidir. Burada norm koyucunun öncelikli görevi sürdürülebilirliği akılcı parametreler kullanmak suretiyle tanımlamaktır. Nihayetinde, sadece global (tüm alanları kapsayan) bir yaklaşım küresel ısınmayı durdurabilir ve sürdürülebilirliği sağlayabilir. Buna, yukarıda bahsedilen “yaşam döngüsü”¹⁵² yaklaşımı ve döngüsel ekonominin¹⁵³ yanı sıra, tanımlanan çevresel hedeflere ulaşılmasına katkıda bulunabilecek yeni teknolojilere ve ekonomik faaliyetlere açık olmak da dahildir. Kriterleri her zaman güncel gelişmeleri yansıtmayan¹⁵⁴ katı bir sınıflandırma, böylesine karmaşık ve değişken bir konunun hakkını veremez. Ayrıca Taksonomi Tüzüğünde yer alan ve sadece münferit ekonomik faaliyetlere odaklanan sürdürülebilirlik kavramının, karmaşık değer zincirlerinin hakkını verebileceği şüphelidir. AB norm koyucusunun bu yöndeki iradesi (isteği) bilinmekte¹⁵⁵. Ancak Teknik Değerlendirme Kriterleri Taslağında (“Annex I und Annex II”) bu iradeyi (isteği) yansıtan doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Elektrikli otomobillerde hangi elektriğin kullanılması gerektiğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Bunu yine otomobil örneğini kullanarak açıklamak gerekirse: Elektrik ya da hidrojenle çalışan otomobiller ancak yeşil enerji kullanıldığında, yani enerji kömür ya da doğal gazdan elde edilmediğinde ekolojik açıdan anlam ifade eder. Elektrikli bataryalar için lityum üretmek üzere Güney Amerika'da kömürle çalışan enerji

¹⁵² Avrupa'daki durum için bkz. dipnot 145 vd. ve Ziel 12.4 UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (dipnot 7).

¹⁵³ Avrupa'daki durum için bkz. dipnot 143 ve Ziel 12.5 UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (dipnot 7).

¹⁵⁴ Komisyon sadece üç yılda bir tüzük uygulamasına ilişkin rapor hazırlar: Art. 26 Abs. 1 Taxonomie-VO (dipnot 49).

¹⁵⁵ Taksonomi Tüzüğü m. 19 f. 1 g (dipnot 49) teknik değerlendirme kriterlerinin gereklilikleri ile ilgili olarak şunları belirtmektedir: "Teknik değerlendirme kriterleri [...] hem ekonomik faaliyetin kendisinin çevresel etkisini hem de sağladığı ürün ve hizmetlerin çevresel etkisini, özellikle de bu ürün ve hizmetlerin üretimi, kullanımı ve kullanım süresinin sonunu göz önünde bulundurarak yaşam döngüsünü ve mevcut yaşam döngüsü analizlerinin sonuçlarını dikkate almalıdır."

santralleri inşa edilir ve Avustralya'dan da kömür ithal edilirse, ortaya pek de çevre dostu (ekolojik) olmayan bir tablo çıkar¹⁵⁶. Bu nedenle, gelecekte sadece yeşil elektrik olacağı varsayımı, uzun süre varlığını sürdürecektir hoş bir temenniden öteye gidemeyecektir. Sadece Hindistan'dan¹⁵⁷ gelen bataryalar gibi uç örnekler DNSH testi kullanılarak elenebilir¹⁵⁸. Alman Federal Hükümeti Tedarik Zinciri Özen Yükümlülüğü Yasası (“Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz”) ile bu konuda atak bir yaklaşım sergiledi, ancak bu yasal düzenleme daha çok sosyal boyutla sınırlı kaldı¹⁵⁹. Burada çevresel boyuta yönelik bir düzenleme düşünülebilir.

Başka bir açıdan bakıldığında, “siyah-beyaz düşünme”, başka bir söyleyişle “ya hep ya hiç anlayışı”, her şeyden önce geçiş teknolojilerinin sürdürülebilirlik potansiyelinde dışarıda kalmasına neden olmaktadır. Örneğin, yeni üretilen konvansiyonel (motorlu) araçların 2025 yılı sonuna kadar sadece 50grCO₂/km emisyon salınımına izin verilirken, 2026 yılından itibaren CO₂ emisyon salınımı tamamen yasaklanmıştır¹⁶⁰. Taksonomi Tüzüğü'ne göre, bu eşikleri aşan motorlu araçların üretimi, araç üreticisi örneğin özellikle iyi bir geri dönüşüm oranına sahip olduğunu veya bir litrelik dizel araç geliştirdiğini veya dizel motorun biyoyakıtla çalışabildiğini ispat etmeden çevresel açıdan sürdürülebilir bir ekonomik faaliyet sayılmaz¹⁶¹. Ya hep ya hiç yaklaşımı, tek yönlü olması nedeniyle, “sınıfının en iyisi” yaklaşımının devamını sağlayacak derecede teknolojiye açık değildir; sürdürülebilir faaliyeti kısmen de olsa engellemektedir.

¹⁵⁶ Örneğin, Arte'nin Umweltsünder Elektroautos adlı belgeselindeki tartışmalı veriler için bkz.: www.youtube.com.

¹⁵⁷ Hindistandan gelen batarya örneği için bkz. Köndgen, “Sustainable Finance“, 671, 678.

¹⁵⁸ Bu konu hakkında bkz. yukarıda II.B.3. nolu başlık.

¹⁵⁹ Bkz. Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Tedarik Zincirlerinde Kurumsal Özen Yükümlülükleri Hakkında Kanun) t. 11.6.2021, BGBl. I (2021), s. 2959; Gesetzesentwurf (Yasa Taslağı) t. 19.4.2021, BT-Drs. 19/28649. Suyun korunmasını sadece çok sınırlı bir ölçüde öngörmektedir. Karş. Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 289c f. 3 Nr. 4.

¹⁶⁰ Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel, C(2021) 2800 final (dipnot 50), Annex I Nr. 3.3. (e) sowie Nr. 6.5. TEG, Taxonomy Report: Technical Annex 2020, Nr. 6.5 (S. 339 f.), erişim: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200309-sustainable-finance-teg-final-report-taxonomy-annexes_en.pdf.

¹⁶¹ Bakınız yukarıda dipnot 124. Eleştirel görüş için bkz. yazarı belirsiz, “Green meme,“ 61, 62: “rather than the EU playing God...”

B. Finansal Piyasa Katılımcıları Kavramının Aşırı Dar Tanımı

1. Devletler ve Borsada İşlem Gören Şirketler Tarafından İhraç Edilen Tahvil ve Hisse Senetlerinin Kapsam Dışı Bırakılması

AB Yeşil Mutabakatı'nın mevcut bilgilendirme (bilgi) rejimi, çevresel sürdürülebilirliğe çok fazla odaklanmakta ve çeşitli muhatapları ihmal etmektedir. Taksonominin kişi bakımından uygulama alanı ve dolayısıyla finansal ürün ihraççıları hedef grubu olarak eksik düzenlenmiştir. Taksonomi ve Bilgilendirme Tüzüğü'nün hali hazırdaki versiyonu, ihraççılar ve finansal araçlar arasında ayırım yapmamakta, bunun yerine seçili (belirli) finansal piyasa katılımcılarına odaklanmaktadır¹⁶². Bunlar arasında örneğin AIF'lerin veya UCITS fonlarını ihraç eden portföy yönetim şirketlerinin yöneticileri yer alır. Bu yöneticiler sürdürülebilirlik riskleri ve sürdürülebilirlik etkileri hakkında rapor hazırlamak zorundadır. Bu sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülükleri, yatırımcıları sürdürülebilirlik riskleri ve bir yatırımın olumsuz sürdürülebilirlik etkileri hakkında bilgilendirme yükümlülüğü olan finansal danışmanlar için de geçerlidir¹⁶³. Devletler ve borsada işlem gören şirketler ise muhataplar arasında yer almamaktadır. Bu da toplanan sermayeyi reel ekonomide yatırım yapmak için kullanan devleti ve borsada işlem gören şirketleri oyunun dışında bırakmak anlamına gelir. Borsaya kayıtlı şirketler, finansal olmayan şirketler olarak, yıllık raporda sadece finansal olmayan bir beyanda bulunmakla yükümlüdür¹⁶⁴ (Taksonomi Tüzüğü madde 8 f. 2).

Kişi bakımından uygulama alanındaki eksikliğin dışında, Bilgilendirme Tüzüğü'nün konu bakımından uygulama alanı da parçalıdır ve bu nedenle önceki finansal piyasa düzenlemesinin aksine sistematik değildir: Finansal araç kavramına değil, madde 2(12)'de yasal olarak tanımlanan ayrı bir finansal ürün kavramına dayanmaktadır. Örneğin, finansal araçlar kategorisine AIF ve UCITS'leri dahil edilmiştir, ancak geleneksel tahvil ve hisse senetleri dahil edilmemiştir. Gelecekte, borsada işlem gören bir şirketin izahnamesinin de bilgi yükümlülüklerine dahil edilmesi mantıklı olacaktır. Norm koyucu öncelikle finansal piyasa katılımcılarına odaklanır ve fakat borsada işlem gören şirketleri finansal olmayan şirketler olarak açıkça yükümlülüklerden muaf tutarsa, ilk adımdan önce ikinci adımı atmış olur. Çünkü şirket, bilgi

¹⁶² Art. 3 vd. Offenlegungs-VO 2019/2088 (dipnot 44), Art. 5-7 Taxonomie-VO 2020/852 (dipnot 49).

¹⁶³ Art. 6 Abs. 2 OffenlegungsVO 2019/2088 (dipnot 44); detaylı bilgiler için bkz. örneğin Geier ve Hombach, "ESG: Regelwerke im Zusammenspiel," 6 vd.

¹⁶⁴ Bakınız yukarıda dipnot 52.

tekelcisi¹⁶⁵ konumunda olması nedeniyle, kendi şirket verilerini en iyi bilen kişidir ve finansal piyasa katılımcıları şirketin bu verilerine muhtaçtır ve değerlendirmelerini bunlara dayanarak yapmak zorundadır.

Devletler veya şirketler yeşil tahviller ihraç ettiklerinde, AB Yeşil Tahvil Standardına uyum sadece tahvilin açıkça “Avrupa Yeşil Tahvili” veya “EuGB” olarak tanımlanması halinde zorunlu olmalıdır¹⁶⁶. Ancak ihraççılar kendi takdirlerine bağlı olarak yeşil tahvilleri bu şekilde etiketleme imkanına sahiptir¹⁶⁷. Piyasadaki yanıltıcı bilgileri önlemek için, bu yeşil tahvillerin de, kolaylıkla dahil edilmesi mümkündür. Borsaya kayıtlı şirket ve devletlerin tahvil veya hisse senedi ihraç ederken, Bilgilendirme Tüzüğünde düzenlenen bilgi rejimine dahil edilmeleri çok makul ve mantıklı bir tutum olur.

2. Derecelendirme Kuruluşları Tarafından Yapılan Yeşil Yıkama

Son zamanlarda yapılan araştırmalar, gerçek ihraççılar (borsada işlem gören şirketler ve devletler) için bağlayıcı düzenlemeler olmadığı için, finansal araçlar tarafından sağlanan bilgilerin de çok güvenilir olmadığını göstermektedir. Bir süredir çeşitli derecelendirme kuruluşlarının, şirketleri ve finansal ürünleri sürdürülebilirlikleri açısından değerlendirme konusunda uzmanlaştıklarını gözlemlemekteyiz. Ancak şu anda, farklı derecelendirme kuruluşlarının aynı şirket için verdiği notların büyük farklılıklar gösterdiğinden, derecelendirme sonuçları oldukça düşündürücüdür. *Flossbach von Storch Araştırma Enstitüsü* tarafından yapılan ve MSCI, Sustainalytics ve RobecoSam olmak üzere üç sürdürülebilirlik derecelendirme kuruluşunu karşılaştıran bir çalışmanın sonucu şu şekildedir: MSCI Volkswagen'e 0 ve Tesla'ya 65 puan verirken, RobecoSam Volkswagen'e 65 ve Tesla'ya 13 puan vermiştir¹⁶⁸. En yüksek 100 derecelendirmeye sahip konserni (holdingi) karşılaştırdığımızda, her üç derecelendirme kuruluşu için de, ilk 100 arasında sadece 11 konsernin yer aldığını görüyoruz¹⁶⁹ (fonlar ve ETF'ler için de sonuçlar benzer şekilde tutarsızdır). Büyük Fransız bankalarından biri olan BNP Paribas bu

¹⁶⁵ İlk olarak Möllers ve Leisch, “Haftung von Vorständen gegenüber Anlegern wegen fehlerhafter Ad-hoc-Meldungen nach § 826 BGB,” 1648, 1654.

¹⁶⁶ Art. 3 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische grüne Anleihen t. 6.7.2021, COM(2021) 391 final.

¹⁶⁷ Bakınız yukarıda dipnot 36.

¹⁶⁸ Kai Lehmann, “Nachhaltig? Ja...Nein...Vielleicht! Zur mangelnden Vergleichbarkeit von ESG-Ratings,” *Flossbach von Storch-Studie*, 28 Kasım 2019, 9 vd., www.flossbachvonstorch-researchinstitute.com.

¹⁶⁹ Lehmann, “Nachhaltig? Ja...Nein...Vielleicht!,” 10.

yatırımların yaklaşık yüzde 80'ini sürdürülebilir olarak etiketlemiştir. Ancak ECOreporter tarafından yapılan testlerde bu yatırımların neredeyse tamamı sürdürülebilirlik kriterlerini karşılayamamıştır¹⁷⁰.

Bu, en hafif tabirle, derecelendirmelerin şu anda sadece sınırlı bir fonksiyona sahip olduğu anlamına gelmektedir. Avrupa norm koyucusu bu durumun ciddiyetini kavramış ve borsada işlem gören şirketler için bilgi yükümlülükleri getiren düzenlemelerin ilk taslaklarını yayınlamıştır¹⁷¹. Norm koyucu bu taslak ile sürdürülebilirlik raporlarının daha karşılaştırılabilir hale gelmesini amaçlamaktadır¹⁷². Ancak bu raporlarda özetler ve gerekçeler eksik olduğu zaman, yeşil yıkama tehlikesinin önüne geçmek mümkün olmaz.

C. Unutulan Yatırımcı: Sürdürülebilir Bir Finansal Ürün Lehine Olan Rasyonel Yatırımcı Kararı

Yukarıda bahsi geçen çerçeve düzenlemelerdeki boşluklar sadece tahvil ve menkul kıymet ihraç eden devletler ve borsada işlem gören şirketler için söz konusu değildir. Yeşil Mutabakattaki düzenlemeler, finansal ürün alıcısı olan yatırımcıyı da göz ardı etmektedir. İnsanlar, çevre üzerinde olumlu bir etkisi olması için sürdürülebilir bir finansal ürüne yatırım yapmaktadır¹⁷³. Yeşil Mutabakatın bilgi rejiminin etkili olabilmesi için yatırımcının bu kararının hukuken korunması gerekir.

1. Sermaye Piyasası Hukukunda Rasyonel Yatırımcı Kararı

Avrupa sermaye piyasası hukuku, pek çok yerde bilgilendirmenin hedefinden açıkça bahseder: Buna göre sermaye piyasası hukukunda bilgilendirme, yatırımcıların rasyonel bir karar vermelerini sağlamalı ve böylece karar özgürlüğünü temin etmelidir. Bu, sermaye piyasası hukukunun en temel ilkelerinden biridir¹⁷⁴. Örneğin, 2017/1129 sayılı İzahname Tüzüğü,

¹⁷⁰ Yazarı belirsiz, "Schon mehr als 40 ETFs im Test: Autsch! So wenig grün sind die neuen Lieblinge der Finanzbranche," *ECOreporter*, 7 Nisan 2021, <https://www.ecoreporter.de/artikel/nachhaltige-etfs-im-test-wie-grun-sind-die-neuen-liebliche-der-finanzbranche/>; Antonia Mannweiler, "Grüner, grüner, am grünen," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 Şubat 2020: 27.

¹⁷¹ Bakınız yukarıda Delegierte VO zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 t. 6.7.2021, C(2021) 4987 final (dipnot 2) ve Klima-Benchmark-VO 2019/2089.

¹⁷² ErwG 2 Delegierte VO zur Ergänzung der VO (EU) 2020/852 t. 6. 7. 2021, C(2021) 4987 final.

¹⁷³ Bakınız yukarıda II.A.1. nolu başlık.

¹⁷⁴ Heinz-Dieter Assmann, "Konzeptionelle Grundlagen des Anlegerschutzes," *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 1, no. 2 (1989): 49, 57 vd.; Thomas M.J. Möllers,

yatırımcının “bilgilendirilmiş (bilinçli) bir karara” varabilmesi¹⁷⁵ veya “yatırımcılar için karar vermede bir destek”¹⁷⁶ olabilmesi için gerekli bilgilerden bahsetmektedir. Yatırımcı “bilinçli” - başka bir söyleyişle “bilgilendirilmiş” - , bir karar verebilmek için, yeterli bilgiye¹⁷⁷ sahip olmalıdır. 1286/2014 sayılı PRIIP Tüzüğü de küçük yatırımcının “bilinçli bir yatırım kararı” vermesini sağlamayı amaçlamaktadır¹⁷⁸. Burada sözü geçen ve belirleyici olarak esas alınan yatırımcı, ortalama yatırımcı olmalıdır¹⁷⁹.

“Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht – Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigem Recht,” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 26, no. 3 (1997): 334, 338, aynı yazar, “Zur methodischen Arbeit mit allgemeinen Rechtsprinzipien – aufgezeigt am europäischen Kapitalmarktrecht,” içinde *Festschrift für Theodor von Baums*, ed. Helmut Siekmann (Tübingen: Mohr Siebeck, 2017), 805, 817 vd.; Fleischer, *64 DJT*, F 27: Prinzip der informierten Transaktionsentscheidung; Jürgen Oechsler, “Finanzierung des Angebots,” içinde *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, ed. Ulrich Ehricke, Jens Ekkenga ve Jürgen Oechsler (München: Beck, 2003), § 3 knr. 20; Ulrich Noack ve Timo Holzborn, “Dauer des Bestehens des Emittenten,” içinde *Kapitalmarktrechtskommentar*, ed. Eberhard Schwark ve Daniel Zimmer (München: Beck, 5th edition 2020), § 3 WpÜG knr. 12. Genel olarak bkz. Klaus Hopt, “Europäisches und deutsches Insiderrecht,” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 20, no. 1 (1991): 17, 25 vd.

¹⁷⁵ ErwG 26, Art. 6 Abs. 1 S. 1 ve Art. 18 Abs. 1 lit. b) Prospekt-VO (EU) 2017/1129 t. 14.6.2017, ABl. Nr. L 168, s. 12.

¹⁷⁶ Art. 7 Abs. 1 S. 1 Prospekt-VO (EU) 2017/1129 (dipnot 175).

¹⁷⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2004/25/EG t. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. Nr. L 142,12 - Übernahme-RL 2004/25/EG, bu düzenleme Almanya’da § 3 Abs. 2 WpÜG ile iç hukuka aktarılmıştır.

¹⁷⁸ ErwG 15, 26 Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 t. 26.11.2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl. Nr. L 352, S. 1 (PRIIP-VO 1286/2014).

¹⁷⁹ BGH, Urt. t. 12.7.1982, II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824 - Beton- und Monierbau. Özel durum bildiriyle ilgili olan benzer problemler için bkz., BT-Drucks. 14/8017, s. 87; BT-Drucks. 15/3174, S. 34; Thomas M.J., Möllers ve Franz Clemens Leisch, “Schadensersatz wegen unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung von Insiderinformationen,” içinde *Kölner Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz*, ed. Heribert Hirte ve Thomas M.J. Möllers (München: Heymanns, 2nd edition 2014), §§ 37 b, c knr. 281 vd. Aynı yönde bkz. BGH, Urt. t. 13.12.2011, XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 knr. 56 – IKB; Daniel Zimmer ve Philipp Steinhaeuser, “Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformationen,” içinde *Kapitalmarktrechtskommentar*, ed. Daniel Zimmer ve Eberhard Schwark (München: Beck, 5th edition 2020), §§ 97, 98 knr. 101. Karşıt görüş için bkz. Alexander Hellgardt, “Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformationen,” içinde *Wertpapierhandelsrecht*, ed. Heinz-Dieter Assmann ve Uwe Schneider (Köln: Otto Schmidt, 7th edition 2019), §§ 97, 98 WpHG knr. 40; Günter Seulen, “Haftung für fehlerhafte Sekundärmarktpublizität,” içinde *Handbuch der Kapitalmarktinformation*, ed. Mathias Habersack, Peter Mülbelt ve Michael Schlitt (München: Beck, 3th edition 2020), § 29 knr. 121.

Medeni hukukun önemli sacayaklarından biri olan sözleşme hukuku da, her iki tarafın kendi kaderini tayin etmesi esasına (irade serbestisi ilkesine) dayanmaktadır¹⁸⁰. Bilgilendirme (bilgi) rejimi finans sektöründeki sürdürülebilir finansal ürünler için geçerli olacaksa, tıpkı sermaye piyasası hukukunun diğer hükümlerinde olduğu gibi, yatırımcının karar verme sürecini açıkça belirlemelidir: Yatırımcının, “sürdürülebilirliği” kendisi için bir yatırım hedefi olarak benimseyip benimsemeyeceğine karar verebilmesi için, gerekli bilgilere sahip olması zorunludur. Olumlu bir perspektiften bakıldığında, bunu yapabilmek için yatırımcının, olgulara dayalı olan, yani bilinçli bir yargıya varmayı sağlayacak tüm bilgilere ihtiyacı vardır¹⁸¹. Bu, negatif perspektiften yani tersinden bakıldığında, “yatırımcıya yanıtıcı bilgilendirme yapmaktan kaçınmak, böylece yatırımcının normal şartlarda vermeyeceği yatırım kararları vermesini engellemek” anlamına da gelmektedir¹⁸².

2. Bilgi Aktarımında Yetersiz Araçlar Olarak Etiketleme ve Derecelendirme

Öncelikle cevaplandırılması gereken soru şudur: Acaba hangi araçlar bu tür rasyonel bir yatırımcı kararını sağlayabilir? Taksonomi Tüzüğü, Bilgilendirme Tüzüğü ve yetki devri düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, finansal piyasa katılımcıları tarafından yatırımcılara sunulması gereken bilgilerin kapsamının son derece geniş olduğu görülmektedir. Şirketlerin tek tek ekonomik faaliyetlerinin sınıflandırılması, finansal ürün alanında çok fazla bir fayda sağlamaz. Zira yatırım objesi ekonomik faaliyetler değil, bilakis şirketin kendisidir. Şirketler kural olarak tek bir iktisadi faaliyet değil, çok sayıda ve çeşitli iktisadi faaliyette bulunurlar. Bu durumlarda, şirketin sürdürülebilirlik derecesi belirlenmelidir.

¹⁸⁰ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Alman İmparatorluğu İçin Medeni Kanun (“BGB”) Taslağının Gerekçeleri, Bd. 1, 1866, s. 204: “Hukuk sistemi, hukuki işlemler alanında kendi kaderini özgürce tayin etme hakkının hukuka aykırı bir şekilde zedelenmesine izin veremez.” Werner Flume, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie,” içinde *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960/1*, ed. Ernst von Caemmerer (Karlsruhe: Müller, 1960), 135, 136 vd.; Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 9 knr. 43 vd.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. dipnot 176 vd.

¹⁸² Bakınız dipnot 202.

Birkaç şirkete yatırım yapan finansal ürünler söz konusu olduğunda ise, sürdürülebilirlik derecesi yatırım oranlarına göre yeniden hesaplanmalıdır¹⁸³.

Bu nedenle AB Komisyonu, bireysel (küçük) yatırımcılara yönelik karar vermede yardımcı olması amacıyla, sürdürülebilir finansal ürünler için bir etiket geliştirmeyi amaçlamaktadır¹⁸⁴. Komisyon yukarıda bahsi geçen Ortak Araştırma Merkezi'ni ("Joint Research Centre") bir etiket geliştirmesi hususunda görevlendirmiştir. Bu merkez sürdürülebilir finansal ürünler için bir eko-etiket taslağını da Aralık 2019'da sunmuştur¹⁸⁵. Bir alternatif de derecelendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini (notlarını) benimsemek olabilir. Şimdiye kadar bunlar sadece bir tahvil ihraççısının iflas riskini yansıtmaktaydı. Ancak derecelendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini Bilgilendirme Tüzüğünde yer alan parametrelere aktarması ve böylece finansal ürünler için bir derecelendirme (rating) geliştirmesi düşünülebilir. Derecelendirmelerin en önemli avantajı ise, derecelendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini derecelendirme skalalarında çok ayrıntılı bir şekilde gösterebilmeleridir. Bu avantajdan dolayı, sürdürülebilir/sürdürülebilir olmayan şeklindeki absürt bir tezattan¹⁸⁶ oluşan bir değerlendirme yerine, sürdürülebilirlik 23 değerlendirme notundan ("rating scores") oluşan çok daha rafine bir yöntemle derecelendirilebilir¹⁸⁷. Duruma göre, "sosyal" ve "yönetişim" için de not verilmesi mümkündür. Ancak az önce de söylendiği gibi, şirketler genelde pek çok ekonomik faaliyeti paralel yürüttüklerinden dolayı, başka kompleks durumlar da gündeme gelmektedir.

Ancak, ya hep ya hiç çözümü çerçevesinde etiketleme veya derecelendirme, sürdürülebilir finansal ürünlerin doğasında var olan karmaşıklığın üstesinden gelmeye yeterli değildir. Buna gerekçe olarak şu üç olguyu ileri sürmek mümkündür: İlk olarak, ekolojik (E), sosyal (S) ve yönetim (G) unsurları dikkate alınmalıdır, ancak her zaman birlikte değil¹⁸⁸.

¹⁸³ Stumpp, "Die EU-Taxonomie für nachhaltige Finanzprodukte – Eine belastbare Grundlage für Sustainable Finance in Europa?," 71, 76.

¹⁸⁴ *EU-Kommission*, Aktionsplan (dipnot 11), Nr. 2.2., s. 6.

¹⁸⁵ JRC Technical Reports, "Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products, Technical Report 2.0" (Aralık 2019), https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/sites/default/files/2020-02/20191220_EU_Ecolabel_FP_Draft_Technical_Report_2-0.pdf.

¹⁸⁶ Bu tür itirazlar için bkz. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 5 knr. 31 vd.

¹⁸⁷ Rakamlar (notlar) farklılık göstermektedir; Standard & Poors AAA - D arasında 11 harf kullanmakta, her bir harf + ve - ile tekrar derecelendirilmekte, böylece toplam rakam 23 bulunmaktadır.

¹⁸⁸ Hindistan'da üretilen batarya örneği ile ilgili bkz. dipnot 149.

İkinci olarak, ekonomik faaliyetler aslında az ya da çok sürdürülebilirdir¹⁸⁹. Ve üçüncü olarak, şirketlerin belirli çevresel hedeflere ulaşmak için izledikleri yol, Taksonomi Tüzüğü kapsamında olmayan ve bu nedenle ekolojik bakımdan sürdürülebilir olarak nitelendirilemeyen önlemleri içerebilir.

3. Rasyonel Yatırımcı Kararını Sağlama Araçları Olarak “Özet” ve “Gereğe”

Bilgi taşkınlığı (bombardımanı) ve yatırımcıların bilgiyi değerlendirme kapasitesinin sınırlı olmasından kaynaklanan sorunların üstesinden gelmek için, sermaye piyasası hukukunun eski araçları tekrar devreye sokulabilir. İzahname Tüzüğü, asıl izahnameye ek olarak yedi DIN A4 sayfasını geçmeyecek bir özet hazırlanmasını şart koşmaktadır¹⁹⁰. Bundan başka özeti anlaşılması kolay olmalıdır; zira özeti muhatabı bireysel (küçük) yatırımcıdır¹⁹¹. Avrupa norm koyucusu, UCITS fon yöneticilerine yatırımcılar için “temel” (=önemli=kilit) yatırımcı bilgilerini bir Temel Yatırımcı Bilgi Formunda (“KIID”= “Key Investor Information Document”) toplama yükümlülüğü getirmişti¹⁹². Daha sonra söz konusu KIID konseptini tüm PRIP'lere (“Packaged Retail Investment Products” = Paketlenmiş Bireysel Yatırım Ürünleri) de uygulandı. Temel bilgi formu üç sayfadan oluşmalı, kısa ve öz bir şekilde formüle edilmeli ve böylece açık, kesin ve anlaşılır bir üslupla yazılmalıdır¹⁹³. Ürün bilgi formu¹⁹⁴ (“Beipackzettel”) Almanya'da ilk kez 2011 yılında uygulamaya konulmuştur¹⁹⁵. Bu konsept finansal ürünlerin

¹⁸⁹ Bkz. II. C.3. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

¹⁹⁰ Art. 7 Abs. 3 S. 1 Prospekt-VO (dipnot 175).

¹⁹¹ ErwG 28, Art. 7 Abs. 3 S. 2 lit. b) Prospekt-VO (dipnot 175).

¹⁹² Art. 78 Richtlinie 2014/91/EU t. 23.7.2014 zur Änderung der Richtlinie 2009/ 65/ EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen, ABI. Nr. L 257, S. 186 (OGAW V). Bu AB Yönergesi Alman hukukuna KAGB §§ 164 Abs. 1, 166, 270 düzenlemelerle aktarılmıştır.

¹⁹³ Art. 8 Abs. 3 lit. d) PRIIP VO (dipnot 178).

¹⁹⁴ Başka bir ifade ile söylemek gerekirse; Almanya'da "paket prospektüsü" olarak adlandırılan ürün bilgi formunun uygulamaya konuluş tarihi 2011'dir.

¹⁹⁵ § 64 Abs. 2 WpHG'den önceki düzenlemeler için bkz. Thomas M. J. Möllers ve Thomas G. Wenninger, “Das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz,” *Neue Juristische Wochenschrift*, no. 24 (2011): 1697 vd.; Möllers, “Europäische Gesetzgebungslehre 2.0: Die dynamische Rechtsharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel von MiFID II und PRIIP,” 325, 333 vd.; Petra Buck-Heeb ve Dörte Poelzig, “Die Verhaltenspflichten (§§ 63 ff. WpHG n.F.) nach dem 2. FiMaNoG – Inhalt und Durchsetzung,” *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 17, no. 12 (2017): 485, 490 vd.

sürdürülebilirliği alanına da aktarılabilir. Finansal piyasa katılımcıları tarafından açıklanan bilgilerin sadece açık ve anlaşılır olması değil, aynı zamanda bir özetinin de bulunması gerekmektedir. Avrupa norm koyucusunun Bilgilendirme Tüzüğü ve Referans Değerleri Tüzüğü ile bu yönde ilerleme kaydetmekte olduğu oldukça memnuniyet vericidir. Mart 2021'den bu yana, finansal piyasa katılımcıları ve danışmanlar, sözleşme öncesi bilgilerde (ör. ürün bilgi formları ile) ve ürün ve şirket düzeyindeki periyodik olarak yayınlanan dokümanlarda, sürdürülebilirlik riskleri ve yatırım stratejilerinin sürdürülebilirlik etkileri hakkında web sitelerinde bilgi (rapor) vermekle yükümlüdür¹⁹⁶. Bu raporlama yükümlülüğünü somutlaştıran RTS¹⁹⁷, (Düzenleyici Teknik Standartlar Direktifi Taslağı) doğru, dürüst, açık, yanıltıcı olmayan, basit ve özlu bir form sağlamayı amaçlamaktadır¹⁹⁸. Benzer bir şeffaflık rejimi iklim kıyaslama ölçütleri için de geçerlidir. Kıyaslama ölçütü sağlayıcıları, 2020/1816 sayılı Yetki Devri Tüzüğü'nün Ek I'de belirtilen şablona uygun olarak, çevresel, sosyal ve yönetim faktörlerinin bireysel kıyaslama ölçütlerinde nasıl dikkate alındığını kısa ve net bir şekilde açıklamakla yükümlüdür¹⁹⁹.

Rasyonel bir karar için diğer bir ön koşul da, risklere işaret etme ve bu değerlendirmeyi *gerektelendirme* yükümlülüğünü hükme bağlayan Prospektüs Tüzüğü'nde bulunmaktadır²⁰⁰. PRIIP Tüzüğü (Prospektüs Tüzüğü) açıkça "W" olarak adlandırılan temel (kilit) soruların cevaplanması yükümlülüğü getirmektedir²⁰¹. Benzer hükümler Avrupa Birliği haksız rekabet hukukunda da yer almaktadır: Buna göre bilgilendirme yanıltıcı olmamalıdır. Ticari hayatta (iş hayatında), "ortalama tüketicinin bilinçli bir işlem kararı alması için duruma göre ihtiyaç duyduğu önemli bilgiler ondan saklanıyorsa ve bu yüzden bu ortalama tüketicinin normal şartlarda almayacağı bir işlem kararı almasına gerçekten neden olmuşsa veya neden olma ihtimali varsa, yanıltıcıdır"²⁰². Haksız ticari uygulamalara ilişkin

¹⁹⁶ Krakuhn, Stiefel ve Gilles, "Nachhaltige Finanzwirtschaft," 133 vd.

¹⁹⁷ Draft Regulatory Technical Standard (dipnot 48).

¹⁹⁸ Art. 8 Abs. 5 UAbs. 2 Offenlegungs-VO (dipnot. 44).

¹⁹⁹ Bkz. yukarıda dipnot 60.

²⁰⁰ Art. 7 Abs. 6 lit. c Prospekt-VO (dipnot 176).

²⁰¹ Örneğin: Riskler nelerdir, hangi maliyetler söz konusudur? Yatırımı sürdürmeye daha ne kadar süre devam etmeliyim, nasıl şikayet edebilirim, vs., karşı. Art. 8 Abs. 3 lit. d) PRIIP-VO (dipnot 178).

²⁰² ErwG 28 ve Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2005/29/EG t. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – Unlautere Geschäftspraktiken-RL, ABl. Nr. L 149, 22.

2005/29/EC sayılı Yönergenin Fransızca versiyonunda da açıkça belirtildiği üzere, bu, gerçek durum, yani bu kararla ilgili tüm hususlar, hakkında bilgi sahibi olarak alınan bir ticari karar anlamına gelmektedir²⁰³. Sürdürülebilirlikle ilgili yanıltıcı reklamlara ilişkin ilk somut vakalar uygulamada görülmeye başlanması oldukça dikkat çekicidir. Alman Rekabet Merkezi ("Wettbewerbszentrale"), ürünlerini "iklim nötr" olarak tanımlayan (etiketleyen) ancak bu amaçla sadece ucuz emisyon sertifikaları satın alan şirketlere karşı yasal işlem başlattı. Rekabet Merkezinin görüşüne göre bu uygulama yanıltıcıdır, çünkü tüketici emisyonlardan tamamen kaçınan ya da azaltan önlem alınması beklentisi içindedir. Buna karşılık, Aldi Süd Marketler Zinciri "ilk iklim nötr gıda perakendecisi oldukları" sloganı ile reklam yapmakta ve eleştirilere karşı kendini, CO2 sertifikalarının satın alınmasının çevreye fayda sağladığına işaret ederek savunmaktadır. Karşı görüşte olanlar ise tam tersine, Aldi marketler zincirinin asıl bu savunmasının yeşil yıkama olduğunu, zira sözü edilen sertifikaların, şirketin başka hiçbir çevre dostu önlem almadan da, sadece bir Euro karşılığında satın alınabileceği gerçeğini dile getiriyorlar²⁰⁴. Yukarıdaki örneklerle devam edecek olursak²⁰⁵: Nükleer enerji karşıtı bir Alman, Fransız yeşil devlet tahvili satın alırsa, bunun nükleer enerjiyle mi yoksa yenilenebilir enerjilerle mi ilgili olduğunu anlayabilmelidir. Başka bir örnek: Yeşil devlet tahvilleri söz konusu olduğunda, bütçe kanunu çerçevesinde yeşil projelerin sadece ilan edilebileceğini, ancak garanti edilemeyeceğini belirtmek gerekir²⁰⁶.

Örneğin Almanya'da "Mavi Melek" ("Blaue Umweltengel") olarak adlandırılan bir eko-etiket yıllardır çevre dostu olma özelliğini daha esaslı ve detaylı gerekçelendirebilmek için bir "açıklama kutusu" kullanmaktadır²⁰⁷.

²⁰³ Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2005/29/EG (dipnot 201), Almanca: "informierte geschäftliche Entscheidung", İngilizcesi "informed transactional decision", Fransızcası: "décision commerciale en connaissance de cause". Tüm bu terimler Türkçeye "bilgilendirilmiş veya bilinçli iş ya da işlem kararı" şeklinde tercüme edilebilir. Almanya'da bu §§ 2 Abs. 1 Nr. 9, 5 Abs. 1 UWG ile iç hukuka aktarılmıştır. Aynı yönde karşı. EuGH, Urt. t. 16.4.2015, C-388/13, EU:C:2015:225, knr. 40 – UPC.

²⁰⁴ Gustav Theile, "Unterlassungsklagen gegen "klimaneutrale" Werbung," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20 Mayıs 2021: 18.

²⁰⁵ Bkz. yukarıda dipnot 125 ve 126.

²⁰⁶ Eleştirel yaklaşım için bkz. Veil, "Europa auf dem Weg zu einem Green Bond Standard," 1093, 1096; Frühauf, "Für den Bund sind die grünen Anleihen billiger," 29.

²⁰⁷ "Mavi Melek yeşil kararları kolaylaştırır çünkü...". Bu konuda bkz. *Umweltbundesamt*, Blauer Engel, erişim: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/flyer_blauer_engel_webversion.pdf.

Yıllar öncesinde yargısal içtihatlarda, çevresel uyumluluğa ilişkin genel nitelikteki bilgilendirmeler söz konusu olduğunda, çevresel uyumluluğa ilişkin özel durumların daha detaylı bir şekilde açıklanması talep edilmekteydi²⁰⁸. Yaygın kullanılan tüketici ürünlerinin sürdürülebilirliğine ilişkin bilgiler yanıltıcı beyanlara yol açabileceği göz önünde bulundurulursa, bu durumun daha karmaşık bir konu olan sürdürülebilir finansal ürünler için de geçerli olması gerektiği yadsınamaz bir gerçektir. Henüz taslak halinde olan AB Yeşil Tahvil Standardına uygun olarak çıkarılmak istenen yeşil tahviller, yeşil tahvil bilgi formlarında (“Green Bond Factsheet”) finanse edilecek veya yeniden finanse edilecek yeşil projelerin bir tanımını da yapmalıdır²⁰⁹.

Taksonomi Tüzüğünde de belirtildiği gibi, sürdürülebilir eylem çeşitli çevresel hedeflere, farklı ekonomik faaliyetlere veya çevreyi korumaya yarayan özel tedbirlere yönelik olabilir²¹⁰. Ancak yatırımcı için çevresel önlemin CO2 emisyonlarına mı yoksa biyoçeşitliliğe mi odaklandığı ve hangi özel önlemlerin (yaşam döngüsü, sınıfının en iyisi vb.) alındığı önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, belirli sürdürülebilir finansal ürünler söz konusu olduğunda, sürdürülebilirliğin finansal ürünün veya şirketin ekonomik faaliyetinin gerçekte yüzde kaçında mevcut olduğu da dikkate alınmalıdır.

4. Yeşil Yıkamayı Önlemek Maksadıyla Taksonomi Tüzüğü'ne Rasyonel Yatırımcı Kararı, Özetleme ve Gereçlendirme Konularının Dahil Edilmesi

Bilgilendirme Tüzüğü, Referans Değerleri Tüzüğü ve Taksonomi Tüzüğünden oluşan Yeşil Mutabakatın mevcut bilgi rejimi, devlet ve şirket gibi tahvil ihraç edenleri ve finansal ürün satın alanları göz ardı etmektedir. Bu nedenle uygulama alanı, Bilgilendirme Tüzüğü m. 2 Nr. 1'de yer alan ve kapsamı dar tutulmuş finansal piyasa katılımcıları kavramından daha ileri giderek, borsada işlem gören şirketleri ve devletleri de kapsayacak şekilde genişletilmelidir.

²⁰⁸ BGH, Urt. t. 20.10.1988, I ZR 219/87, BGHZ 105, 277, 281 – Umweltengel; BGH, Urt. t. 19.2.2014, I ZR 230/12, GRUR 2014, 578 knr. 11 – Umweltengel für Tragetasche; BGH, Urt. t. 20.10.1988, I ZR 238/87, GRUR 1991, 546 – Altpapier; bkz. Joachim Bornkamm ve Jörn Feddersen, “Irreführende geschäftliche Handlungen,” içinde *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ed. Helmut Köhler, Joachim Bornkamm ve Jörn Feddersen (München: Beck, 39th edition, 2021), § 5 knr. 2184 vd.

²⁰⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Anhang I Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische grüne Anleihen t. 6.7.2021, COM(2021) 391 final.

²¹⁰ Bkz. yukarıda II.B.1. ve 2. numaralı başlıklar.

Şimdiye kadar, yeşil yıkama riskinden sadece Tüzüğün mülahazalar kısmında (“Erwägungsgründe”) kısaca bahsedilmiştir²¹¹; aynı durum yatırımcının rasyonel karar vermesi konusu için de geçerlidir²¹². “Bilgi taşkınlığı” ve yeşil göz boyama (yıkama) gibi risklerden daha iyi korunmak için norm koyucu, yatırımcının sağlıklı karar verebilmesi konusunu birinci düzey çerçeve düzenleme olan Taksonomi Tüzüğü’nün ilk maddelerinden birinde bir hedef olarak açıkça hükme bağlamalıdır. Norm koyucu, rasyonel bir yatırımcı kararı için gerekli araçlar olarak “özetleme” ve “gerekçeleştirme”-zorunluluğu-da getirmelidir. Bu tür bir gerekçeleştirmenin gerekliliği, her şeyden önce sürdürülebilirliğin çok farklı alanları kapsayabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu gerekçe sunma zorunluluğu, ilgili kanunlarda tüm sürdürülebilir finansal ürünleri kapsayacak şekilde yer almalıdır.

Buraya kadar açıkladığımız ((a) ila (d)) öneriler daha sonra mevcut münferit hükümlere atıfta bulunmak için kullanılabilir; örneğin bilgilerin açık, öz ve kolay anlaşılır olması²¹³, organizasyona ilişkin önlemlerin şirketin internet sitesinde kısa bilgi olarak verilmesi²¹⁴ ve finansal piyasa katılımcılarının yatırım kararı alma süreçlerine etki eden gerekçeleştirme yükümlülüğü gibi (bkz. örneğin Bilgilendirme Tüzüğü m. 3)²¹⁵. Sonuç olarak, özet ve basit bir gerekçe, rasyonel bir yatırımcı kararı sağlamaya yarayan araçlardır. Özellikle çok komplike olmayan etiketleme sayesinde bilgi taşkınlığı ile yeşil yıkama arasında başarılı bir orta yola ulaşılabilir²¹⁶.

D. Mevzuatın Uygulanmasında Yeterince Harmonizasyonun (Uyumlaştırmanın) Sağlanamaması

1. Devlet Denetimi

Taksonomi Tüzüğü’nün 22. maddesi normatif düzenlemelerin uygulanmasını doğrudan AB üyesi devletlere bırakmakta ve etkinlik

²¹¹ Bu mülahazalar için bkz. Taxonomie-VO ErWG 11 cümle 3 (dipnot. 49), ve ErWG 9 cümle 3) ve Klima-Benchmark-VO 2019/2089 CSRD ErWG 2 Uabs. 2, ErWG 13 (dipnot 54).

²¹² ErWG 23 Offenlegungs-VO (dipnot 44): "Sürdürülebilirlik risklerini yatırım karar alma süreçlerine dahil etmek".

²¹³ Art. 10 Abs. 1 Uabs. 2 Offenlegungs-VO (dipnot 44).

²¹⁴ ErWG 23 Offenlegungs-VO (dipnot 44).

²¹⁵ Artt. 6 Abs. 1 Uabs. 2, Abs. 2, 7 Abs. 1 lit. a), Abs. 2 Offenlegungs-VO (dipnot 44).

²¹⁶ Benzer şekilde, ABD’de de zorunlu bir “red light” (kırmızı ışık) ve “green light” (yeşil ışık) bilgilendirme rejimi talep edilmektedir, Esty ve Karpilow, “Harnessing Investor Interest in Sustainability: The Next Frontier in Environmental Information Regulation,” 625, 662.

formülüyle (“etkili, orantılı ve caydırıcı”) yetinmektedir²¹⁷. Bilgilendirme Tüzüğü'nün 14. maddesi de benzer şekilde muğlaktır. Bu da para cezaları, ihtiyati tedbir kararları (menetme kararları), yasaklar ya da “uyarma” konularında herhangi bir uyumlaştırma olmadığı anlamına gelmektedir. Sermaye piyasası hukukundaki diğer düzenlemeler bu konuda çok daha ileri düzeydedir²¹⁸. Taksonomi Tüzüğü'nün 26. maddesine göre bu durum Temmuz 2022'ye kadar gözden geçirilecektir. Bu denetim, daha sonra yapılacak revizyonlar için ideal bir fırsat olacaktır.

2. Üçüncü Taraflarca (Denetçiler, Derecelendirme Kuruluşları vb.) Yapılan Değerlendirme ve Sorumluluk

Özel sektör genellikle daha yenilikçi, bürokrasiden uzak olması nedeniyle daha hızlıdır. Devletin çarkları ise, daha yavaştır ve yükü daha ağırdır. Bu nedenle yeşil yıkamadan kaçınmak için, açıklanan bilgilerin denetçiler veya derecelendirme kuruluşları gibi üçüncü taraflar tarafından izlenmesi ve denetime tabi tutulması daha mantıklı görünmektedir. Üst Düzey Uzman Grubu (HLEG = “High Level Expert Group”) sürekli olarak yeşil tahvillerin sertifikalandırılması ve bu işi yapacak sertifikasyon kuruluşlarının ise ESMA tarafından izlenmesi çağrısında bulunmaktadır²¹⁹. AB Komisyonu, AB Yeşil Tahvil Standardı Tasarısında bu talebi kısmen yerine getirmiştir: Yeşil Tahvil Bilgi Formu (“Green Bond Factsheet”) ve gelirlerin kullanımına ilişkin nihai rapor, ESMA'ya kayıtlı harici bir değerlendirme birimi tarafından değerlendirilmek zorundadır²²⁰. Avrupa hukuku yükümlülükleri uyumlaştırmasına rağmen, hukuki sorumluluğa yönelik taleplerin hükme bağlandığı düzenlemeler Avrupa düzeyinde kural olarak eksik bulunmaktadır. Dolayısıyla, medeni hukuka dayanan sorumluluk taleplerini dile getiren (ileri süren) herkes, kendi milli hukukunun dışına çık(a)mamaktadır. Literatürde, son zamanlarda yeşil tahvillerin sürdürülebilirlik yönleriyle ilgili yanlış veya yanıltıcı bilgilerden kaynaklanan tazminat (sorumluluk) taleplerinin söz

²¹⁷ *Effet utile* olarak etkililik ilkesi hakkında bkz. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 5 knr. 108 vd.

²¹⁸ Örneğin Art. 5 vd. Richtlinie 2014/57/EU t. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie - MAD), ABl. Nr. L 173, S. 179; Art. 15 vd. PRIIP-VO 1286/2014 (dipnot 178).

²¹⁹ TEG, “TEG-Report on Sustainable Finance, Report on EU Green Bond Standard” (Haziran 2019), 39; bu konu için bkz. Veil, “Europa auf dem Weg zu einem Green Bond Standard,” 1093, 1099.

²²⁰ Artt. 8 Nr. 1 lit. b), 9 Nr. 3 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische grüne Anleihen t. 6.7.2021, COM(2021) 391 final.

konusu olup olamayacağını araştıran çalışmalar yapılmıştır²²¹. Olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) milli hukuklar yerine Avrupa Birliği hukuku ile uyumlaştırma tercih edilmeli ve İzahname Tüzüğü ile Derecelendirme Tüzüğü'nün 35a maddesinde hükme bağlanan sorumluluk model olarak alınmalıdır²²². Ancak bu sorumluluğun daha da geliştirilmesi gerekmektedir: Bugüne kadar derecelendirme kuruluşlarının, belirli bir koda (nota) ulaşmalarını sağlayan parametreleri açıklamaları gerekmemiştir. Ayrıca, sorumluluk çok sınırlı bir düzeyde kalmaktadır. Zira sorumluluk kural olarak ancak belirli formal kriterler ihlal edildiğinde gündeme gelmektedir. Bu sorunun çözümü, norm koyucunun sürdürülebilirliğin unsurlarını (gereklerini) net bir şekilde tanımlamasıyla mümkün olabilir. Bunun dışında, haksız rekabet hukukuna göre yanılmadan (yanıltıcı bilgidен) kaynaklanan tazminat talepleri de düşünülebilir.

2016 yılında Frankfurt am Main Eyalet Mahkemesi ("Landgericht"), dondurulmuş kroketlerin "patates tarlasından perakendecinin dondurulmuş gıda reyonuna kadar" %100 iklim nötr olarak reklam edilmesi nedeniyle açılan davada, bu tür reklamların yasaklanmasına (menedilmesine) karar vermiştir. Buna göre, tüm üretim zincirinde gerçekten %100 iklim nötrlüğü sağlanmadığı takdirde tüketicinin yanıltılması söz konusu olacaktır²²³. Baden-Württemberg Eyaleti Tüketici Koruma Merkezi ("*Verbraucherzentrale*"), değerlerin yalnızca tahminlere dayandığı ve bu nedenle yanıltıcı olduğu gerekçesiyle kısa süre önce Deka şirketi tarafından hazırlanan ve web sayfasında kullanıma sunulan bir CO2 hesaplama programından dolayı Deka aleyhine dava açmıştır. Frankfurt am Main Eyalet Mahkemesi'nin kararından önce, Deka hesaplama programını web sitesinden kaldırmıştır; bu yüzden ihtiyati tedbir (menetme) davasının neticede istenilen başarılı sonuca götürdüğü söylenebilir²²⁴.

²²¹ Veil, "Europa auf dem Weg zu einem Green Bond Standard," 1093, 1100.

²²² Art. 35a Rating-VO Nr. 1060/2009 t. 16.9.2009, ABl. Nr. L 302, S. 1 eingeführt durch die Änderungs-Rating-VO (EU) Nr. 462/2013 t. 21.5.2013, ABl. Nr. L 146, S. 1; bu konuda bkz. Thomas M.J. Möllers, "Der Bilanzskandal von Wirecard und das Versagen der Finanzbranche," içinde *50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg*, ed. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Ferdinand Wollenschläger ve Wolfgang Wurmnest (Tübingen: Mohr Siebeck, 2021), 473, 502 vd.

²²³ LG Frankfurt a.M., Urt. t. 31.5.2016, 3-06 0 40/15, juris knr. 22 vd. - 100% klimaneutraler Tiefkühl-Spezialist.

²²⁴ Clara Thier, "Deka nimmt "Impact-Rechner" vom Netz", *Süddeutsche Zeitung*, 25 Şubat 2021, www.sz.de.

Etkinlik açısından, problemin dava yoluyla çözülmesi durumunda, dava usulü ve çerçevesi de önemlidir ve dikkate alınmalıdır. Yatırımcıların rasyonel ilgisizliği sorununa karşı çözüm olarak, mahkemeler nezdindeki taleplerin (hak arayışının) ya ortak vekiller ya da toplu davalar yoluyla ileri sürülmesi düşünülebilir. Temsili davalara ilişkin 2020/1828 sayılı Yönerge (“RL über Verbandsklagen 2020/1828”) uygun çözümler içermektedir²²⁵. Ancak, medeni hukuka dayanan davalar da sorunların çözümünde her derde deva bir yöntem değildir. Zira prosedürel açıdan bakıldığında, davalarda sadece sonradan (ex-post) kontrol yapılmaktadır²²⁶. Bu yüzden Taksonomi Tüzüğü'nün 22. maddesi ve Bilgilendirme Tüzüğü'nün 14. maddesi kamu hukuku ve medeni hukuk yaptırımlarıyla da desteklenmelidir. Bu yaptırımların en önemli fonksiyonu ise caydırıcılıktır.

IV. GENEL BAKIŞ: SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANSAL ÜRÜNLERİN ÖTESİNDE HUKUKUN ROLÜ

A. Bilgi Rejiminin Genişletilmesi - Ürün ve Hizmetler İçin Karbon Ayak İzi

Çevresel bilgi rejimi sürdürülebilir finansal ürünlerle sınırlı kalmamalı, adım adım hayatın tüm alanlarına yayılmalıdır²²⁷. İdeal olan, bireysel vicdanın, başka bir söyleyişle bireysel farkındalığın (bilincin) sadece yatırım hedeflerinin belirlenmesinde değil, aynı zamanda günlük yaşamda da kişinin kendi sürdürülebilir davranışlarında dikkate alınmasıdır. Münferit (bireysel) tüketiciler ancak çevreye zararlı davranışlarının (burada anahtar kelime “CO2 ayak izi”)²²⁸ farkında olurlarsa ve bunu duruma uyarlama, başka bir ifadeyle duruma göre değiştirme imkânına sahip olurlarsa kısa, orta ve uzun vadede faydalı olabilirler. Eğer normatif düzenlemelerin davranışlar üzerinde yönlendirici bir etkisi olması arzu edilirse, çevresel farkındalıktan çevresel

²²⁵ RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher t. 25.11.2020, ABl. Nr. L 409, 1 – Verbandsklagen-RL 2020/1828. Ausführlich zum VW-Dieselskandal und dem Richtlinienentwurf, bkz. Gsell, Möllers, “Enforcement of Consumer Law”.

²²⁶ Telekom davaları hakkında bkz. Thomas M.J. Möllers ve Lisa Wolf, “Die Causa Telekom und das Recht auf effektiven Rechtsschutz – zur überfälligen Reform des KapMuG,” *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 21, no. 5 (2021): 249 vd.

²²⁷ Ayrıca bkz. BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi Hedef 12.8 (Ziel 12.8 UN-Agenda 2030) (dipnot 8) ve “2030'a kadar, her yerde insanların sürdürülebilir kalkınma ve doğayla uyumlu bir yaşam biçimi hakkında ilgili bilgi ve bilince sahip olmasını sağlamak”.

²²⁸ Bu kavram Almandaca “CO₂-Fußabdruck” şeklinde ifade edilmektedir.

eyleme doğru atılması gereken zor adım ancak bu şekilde atılabilir²²⁹. Tüketiciler daha sonra, davranışlarını değiştirmeleri ya da çevreye zarar veren davranışlar için ödeme yapmak isteyip istemediklerine karar vermeleri konusunda, sağlanan bilgiler aracılığıyla “yönlendirilebilirler”.

Buna bir örnek olarak, çevre dostu projeleri teşvik etmek için bir sertifika satın alarak bir uçuşun çevreye zarar veren etkilerinin ihtiyari olarak telafi edilmesi verilebilir²³⁰. Bir başka örnek de İsveçli finansal hizmet sağlayıcısı Klarna'nın kullanıcılara bir satın alma işleminin karbon ayak izini sorgulayabilme imkanı sunmasıdır²³¹. Hala eksik olan şey ise, bir dijital hizmetin karbon ayak izidir, örneğin bir dijital bulut hizmetinin (“Clouddienst”) kullanımı veya kripto para biriminin çıkarılmasıyla ortaya çıkanlar gibi²³². Alternatif olarak, örneğin dizel ya da elektrikli bir otomobil yerine elektrikli bir bisiklet - ya da belki daha da iyisi pedallı bir bisiklet - kullanarak tüketimden tamamen vazgeçmek de düşünülebilir²³³.

²²⁹ Çok sayıda örnek içeren genel bilgiler için bkz. Thomas M.J. Möllers, “Die Rolle der Verhaltensforschung für das Umweltrecht – Ein Beitrag zur Berücksichtigung menschlicher Verhaltensweisen bei der Steuerung umweltgerechten Verhaltens durch Aufklärung und Rechtszwang,” içinde *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, ed. Bernhard Großfeld, Rolf Sack, Thomas M.J. Möllers, Josef Drexl ve Andreas Heinemann (Tübingen: Mohr Siebeck, 1998), 144 vd. (İngilizce versiyon: Thomas M.J. Möllers, “A call for consideration of human modes of behavior when promoting environmentally correct behavior by means of information and force of law,” içinde *Law and evolutionary biology: selected Essays in Honor of Margaret Gruter on her 80th birthday*, ed. Lawrence Frolik (Portola Valley: Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999), 315 vd. aynı görüş için bkz. Eckhard Reh binder, “Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag,” *Neue Juristische Wochenschrift*, no. 20 (1999): 1454.

²³⁰ <https://www.atmosfair.de/de/kompensieren/flug/>. Ayrıca bkz. Marcus Theurer, “So verbessern wir unsere CO₂-Bilanz,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 Aralık 2020: 30.

²³¹ Bkz. Antonia Mannweiler, “Das Gewissen kauft mit ein,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 Nisan 2021: 29.

²³² Christoph Hein, “Singapur verbietet neue Datenzentren,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 Mayıs 2021: 18; Franz Nestler, “Bitcoin sind für Tesla zu umweltschädlich,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 Mayıs 2021: 23.

²³³ Bisiklete binmenin (“personal mobility devices where the propulsion comes from the physical activity of the user”) (yani Türkçe ifadeyle “itici gücün kullanıcının fiziksel aktivitesinden kaynaklandığı kişisel mobilite cihazları”) iklimin korunmasına önemli bir katkı sağlaması şartıdır, Art. 10 Abs. 1 lit. a) Taxonomie-VO i.V.m. Technische Bewertungskriterien bezüglich Klimaschutz bzw. Anpassung an den Klimawandel, C(2021)2800 final (dipnot 48), Annex I, Nr. 6.4.

B. Piyasanın Düzeltilmesi

Yukarıdaki açıklamalarda görüldüğü üzere, dış maliyetlerin içselleştirilmesi ve hedeflerin net olarak tanımlanması, ancak bu hedeflere nasıl ulaşılabileceği sorusunun konunun muhataplarına bırakılması yararlı ve gereklidir²³⁴. Bunun bir örneği, uluslararası toplum tarafından kabul edilen karbondioksit emisyonları oluşturmaktadır. Dış çevresel maliyetler içselleştirilmediği sürece piyasa başarısızlığı kaçınılmazdır. İşte bu noktada uluslararası toplum müdahale etmelidir. İhtiyaç duyulan şey katı hedefler değil, esnek piyasa araçlarıdır. Nihayetinde, karbondioksit emisyonları uluslararası toplum tarafından uygun bir şekilde fiyatlandırılmalıdır²³⁵. Almanya'da bu tür bir aracın madeni yağ vergisi şeklinde yıllardır uygulandığı bilinmektedir. Emisyon ticaretinde piyasa katılımcıları çevreyi korumak için iki seçenektten birini tercih edebilirler: Çevreyi korumak için kendi önlemlerini alabilirler ya da bunun yerine üçüncü kişilerin çevre sertifikalarını satın alabilirler²³⁶. Emisyon ticaretinde sertifikaların fiyatı artmakta²³⁷ ve bu çevre dostu davranışlar için özendirici etki yaratmaktadır. Emisyon ticareti sistemlerinin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması önemli bir adımdır²³⁸. Diğer taraftan da, toplu taşıma veya özel sektörün fotovoltaik ("Photovoltaik") sistemlerden elektrik üreterek şebekeye vermesi gibi çevre dostu davranışlar ödüllendirilmektedir.

Bu nedenle kural koyucu otorite olarak devletten veya uluslararası toplumdan fiyatlandırma, sübvansiyon ve sosyal destek seçenekleri arasında tercih yaparak, düzenleme yapması beklenmektedir. Fiyatlandırma mekanizmasında, yüksek fiyatı karşılayamayanlar devre dışı kalacaktır. Halihazırda Avrupa Birliği ölçeğinde emisyon ticaretinin sanayi, elektrik ve

²³⁴ Paris Anlaşması için bkz. yukarıda dipnot 5.

²³⁵ BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündeminin 12.c Hedefi (dipnot 8): Fosil yakıtların verimsiz bir şekilde sübvansiyon edilmesine son verilmesi ve bunun yerine vergilendirilmesi. Aynı şekilde Sustainable Finance Beirat, "Shifting the Trillions" (2021), 16 vd., https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_Abschlussbericht-2021.pdf.

²³⁶ Bu politika AB, ABD ve Çin'de elektrikli otomobiller için geçerli. Tesla gibi tamamen elektrikli otomobiller üreten üreticiler, bedelsiz çevre sertifikalarını üçüncü kişilere satabilir ve bunun sonucunda kar elde edebilirler.

²³⁷ Fiyat 2018'den bu yana on kat artarak CO2 ton başına 50 Avro'ya yükseldi, bkz. Hendrick Kafsack ve Niklas Záboji, "CO₂-Handel am Wendepunkt," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29 Nisan 2021: 17.

²³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sachverständigenrat, "Jahresgutachten 2019/2020," Anh. 1: Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik.

hava taşımacılığı sektörlerinin ötesine geçerek ulaşım, inşaat ve tarımı da kapsayacak şekilde genişletilmesine karşı bir direnç gözlemlenmektedir²³⁹. Her gün belirli bir mesafeyi gidip gelmek zorunda olan yolcular gibi, münferit grupların sosyal olarak desteklenmesi gerekebilir²⁴⁰.

CO2 emisyonlarını azaltmanın maliyeti genellikle çok daha az ekonomik kaynağa sahip olan gelişmekte olan ülkeler bakımından daha da büyüktür²⁴¹. Hindistan ve Çin örneklerinde, son yıllarda ekonomik büyümenin çevrenin korunmasından daha öncelikli hale geldiği görülmektedir. Burada *kazan-kazan* modelleri geliştirilmelidir; örneğin güneş ve rüzgar enerjisi tesislerinin inşası ve ilgili altyapı için mali destek sağlanmalıdır²⁴². Hedefe ancak yenilenebilir enerjilerin maliyetinin fosil yakıtların maliyetinden daha uygun olması halinde ulaşılacaktır²⁴³. Hatta, dezavantajlı ülkeleri desteklemek için uluslararası bir iklim fonu kurulması da düşünülebilir²⁴⁴. Özetle, çevre dostu faaliyetlerin maliyetlerini sübvans eden, çevreye zararlı davranışların maliyetlerini arttıran ve sosyal kaygıları da dikkate alan dengeli bir sisteme ihtiyacımız var.

²³⁹ Helmut Bünder, Christian Geinitz ve Hendrick Kafsack, "Rückschlag für den Emissionshandel," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5 Mayıs 2021: 15.

²⁴⁰ Bkz. Sachverständigenrat, "Jahresgutachten" (2019/2020), Anh. 1, 109 vd.

²⁴¹ Bu, 50 yaşın üzerinde olan ve ilgili emisyonları üreten Mercedes-Benz araçları ile sembolize edilmektedir.

²⁴² Almanya'nın Kazakistan'a yönelik olarak yenilenebilir enerjileri desteklemesi hususunda bkz. https://www.german-energy-solutions.de/GES/Redaktion/DE/Publikationen/Marktanalysen/2019/zma_kasachstan_2019_solar-wind.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

²⁴³ Danimarkalı siyaset bilimci Lomborg, bu yöndeki araştırma harcamalarının acilen artırılmasından yana, bkz. Patrick Bernau ve Anna Steiner, "So retten Sie die Welt nicht," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 Ocak 2019: 21.

²⁴⁴ BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi Hedef 13.a (dipnot 8): "Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Tarafı olan gelişmiş ülkelerin, anlamlı iklim eylemi ve şeffaf uygulama bağlamında gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere 2020 yılına kadar tüm kaynaklardan yılda 100 milyar dolar toplama taahhüdünü yerine getirmesi ve Yeşil İklim Fonu'na mümkün olan en kısa sürede gerekli mali kaynakları sağlayarak tam olarak faaliyete geçirmesi." Ayrıca bkz. Hedef 1; Svea Junge, "Die Zukunft der Globalisierung," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 Mayıs 2021: 17. Bununla bağlantılı sorunlar için bkz. Gabriel Felbermayr ve Klaus M. Schmidt, "CO₂-Grenzausgleich: Klimacub statt Klimafestung," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 Mayıs 2021: 18.

C. Kamu ve Özel Kullanım Haklarının Kısıtlanması

Biyolojik çeşitliliğin ve ekosistemlerin korunması ve yeniden canlandırılması için, hafif “yönlendirme” yöntemlerinden biri olan bilgi aktarımının yanı sıra daha sıkı tedbirlerin de alınması gerekmektedir. Demokratik sistemlerdeki yasa koyucular, örneğin şu an rağbet görmese bile yeşil elektrik olarak rüzgar enerjisini yaygınlaştırmak için teklifler ve yasaklar yoluyla da sürdürülebilirliği uygulamaya koymalıdır. Almanya'da güneş enerjisi tesislerinin veya rüzgâr parklarının inşasının önünde engel teşkil eden Aziz Florians-Prensibine²⁴⁵ şimdiki kadarkinden daha sert bir şekilde karşı konulmalıdır²⁴⁶. Herkes yeşil elektrik veya hızlı bir internet bağlantısı istiyor, ancak hiç kimse kendi ön bahçesinde bu iş için gerekli olan uzun direkleri istemiyor²⁴⁷. Bu bağlamda kamu ve özel kullanım haklarının (aynı hakların) kısıtlanması hususu değerlendirilmelidir. İklimin ve biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik küresel “kamu malları” (“public goods”)²⁴⁸ fikri, özellikle sömürünün önlenmesi veya sınırlandırılması yoluyla dünyanın bazı münferit bölgelerinin korunması amacıyla uluslararası düzeyde uygulanmalıdır. Antarktika Antlaşması²⁴⁹ kapsamında münferit bölgelerin veya Afrika'daki Serengeti gibi çeşitli milli parkların korunması buna örnek

²⁴⁵ Almanca “Sankt-Florian-Prinzip” olan bu ilke, politikada potansiyel tehdit ve tehlike durumlarına karşı kişinin kendisi çözüm bulmak yerine, başkasına havale etme veya başkasından bekleme tarzındaki davranışlarını ifade etmek için kullanılır. Türkçede bilindiği üzere benzer şekilde, “politikada bir sorunun çözülmesi istenmiyorsa, çözüm alt komisyonlara havale edilir” ifadesi kullanılır. Almanya’da Aziz Florian Prensibi, halkın belirli bir çoğunluğu önemli altyapı tesislerinin inşasını onaylayıp kabul etmesine rağmen, bazı dezavantajlarından dolayı bunların kendi yakınlarına yapılmasına karşı çıkması olgusunu vurgulamak için kullanılır. İngilizcede buna karşılık gelen “not in my backyard” ifadesi kullanılır.

²⁴⁶ İtfaiyecilerin koruyucu azizine göre: "Aziz Florian, benim evimi koru, diğerlerini ateşe ver!" Bavyera'da elektrik hatlarının genişletilmesine dair kurgusal bir örnek için bkz. Thomas Schmitt, Jörn Hamacher, Anna Pflaum, Rena Tilsner ve Matthias Wolf, “Alles nur Wutbürger/Nimbies? Eine Analyse der jüngsten Konflikte zur Neuplanung von Stromtrassen in Bayern,” *Mitteilungen der Fränkischen Geographischen Gesellschaft*, no. 61/62 (2015/16): 83 vd.

²⁴⁷ İngilizcesi “not in my backyard” – Nimby. Nimby-Konzeptine ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. Maarten Wolsink, “Wind power and the NIMBY-myth: institutional capacity and the limited significance of public support”, *Renewable Energy* 21, no. 1, (2000): 49 vd.

²⁴⁸ OECD, “Public Goods and Externalities. Agri-environmental Policy Measures in Selected OECD Countries” (2015), <https://oecd-library.org>.

²⁴⁹ 1.12.1959 tarihli Antarktika Antlaşması (Antarktis-Vertrag), bu konuda bkz. Gesetz zum Antarktis-Vertrag t. 22.12.1978, BGBl. II (1517) ve Antarktika'nın Deniz Canlılarını Koruma Sözleşmesi (CCAMLR = Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources) t. 20.5.1980.

teşkil etmektedir. Buna karşılık Amazon yağmur ormanlarının yok edilmesine karşı alınan koruma önlemleri ise hala son derece yetersizdir²⁵⁰. Glasgow'da düzenlenen 26. İklim Değişikliği Konferansında 110 ülke ormanların korunmasına yönelik yeni bir anlaşma imzaladı. Ancak bu anlaşmanın yakın gelecekte uygulamaya konulup konulmayacağını zaman gösterecek. Uluslararası toplumun, çevreye daha fazla zarar verilmesini önlemek için, ilgili ulus devletten belirli kullanım haklarını süresiz olarak satın alması gerekecektir²⁵¹.

Toplumun sürdürülebilirliği içselleştirmeye teşvik etmek ve konforlu, sürdürülemez yolları terk etme arzusunu desteklemek her bir birey için süreklilik arz eden önemli görevlerden biri olmaya devam etmektedir. Şeffaflık, bireyler arasında sürdürülebilir davranış bilincinin oluşturulmasında önemli bir yapı taşıdır. Avrupa Birliği bilgi rejimi burada yolun sadece yarısını katetmiştir: Hukuki düzenlemenin hedefleri arasına yatırımcı kararı konusu dahil edilmeli ve uygun araçlar olan “özetleme” ve “gerekçeleştirme” kullanılarak yeşil yıkamadan kaçınılmalıdır. O zaman bu model hayatın diğer alanlarına da aktarılabilir.

D. Tezlerimizin Özeti

Çalışmamızdaki tezler şu şekilde özetlenebilir: Çevrenin korunması 21. yüzyılın temel ödevidir. Finansal piyasaların olaya dahil edilmesi başka bir ifadeyle devreye sokulması, satranç oyunundaki gibi, çok zekice bir hamle olacaktır. Çünkü uluslararası toplum tek başına yetersiz kalmaktadır; zaten piyasalar da artık buna reaksiyon vermektedir, başka bir ifadeyle oyuna iştirak etmektedir. Finansal piyasalar, sürdürülebilir finansal ürünlerle çevrenin korunmasına katkıda bulunabilir. AB'nin geleceğe yönelik bu göreve ilişkin hassasiyeti ve yaklaşım tarzı, özellikle uygun bilgi aktarımı yoluyla yatırımcının sürdürülebilir finansal ürünlere yönelik ilgisini uyandırma çabaları son derece dikkate ve takdire şayandır. Ancak yatırımcının sınırlı

²⁵⁰ Yazarı belirsiz, “Glasgow Leaders Declaration on Forests and Land Use (2021),” <https://ukcop26.org/glasgow-leaders-declaration-on-forests-and-land-use/>; eleştirel yaklaşım için bkz. Joachim Müller-Jung, “Sie wollen den Wald retten,” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, December 3, 2021: 2.

²⁵¹ BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi Hedef 15.b (dipnot 8): “Sürdürülebilir orman yönetimini finanse etmek için tüm kaynaklardan ve tüm düzeylerden önemli miktarda kaynak seferber edilmesi ve gelişmekte olan ülkelere kullanımını artırmaları için uygun teşvikler sağlanması, özellikle ormanların korunması ve yeniden ağaçlandırılması amacıyla.” Ayrıca bkz., die Arbeit der UN Environment Programme World Conservation Monitoring Centre, erişim: <https://www.unep-wcmc.org/>.

düzye rasyonel davranması, mevcut işlem maliyetleri ve yanıltıcı bilgi riski (“greenwashing”) gibi hususlar dikkate alınması gereken dezavantajlardır. Taksonomi Tüzüğü, çevresel sürdürülebilirliği çevresel hedefler aracılığıyla tanımlayarak, çeşitli çevre dostu ekonomik faaliyetler arasında ayırım yaparak ve çevresel hedeflere nasıl ulaşabileceğini göstermek için, çeşitli kriterler kullanarak bu dezavantajları bertaraf etmeye çalışmaktadır. Ancak, finansal piyasa katılımcıları bilgi tekelleri olan devletler ve borsada işlem gören şirketler tarafından sağlanan bilgilere bağımlıdır, bu durum da yeşil yıkama riskini artırmaktadır.

Sürdürülebilirliğin net bir şekilde ortaya konması, yani tanımlanması önemli bir ilk adımdır. İkinci adımda, ayrıntıya girerek daha fazla açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yasa koyucu kilit piyasa oyuncularını unutmamalıdır. Yeşil yıkama riskinden kaçınmak için mevcut düzenleyici yaklaşımların dört alanda optimize edilmesi gerekmektedir:

(1) Taksonomi Tüzüğü'nün “ya hep ya hiç ilkesi” teknolojiye yeterince açık değildir ve yeşil yıkamayı teşvik etmektedir.

(2) Bilgilendirme Tüzüğü'nün konu bakımından ve şahıs bakımından uygulama alanı, finansal piyasa katılımcılarının dar bir tanımıyla sınırlıdır; tahvil ve hisse senedi sağlayıcıları olarak devletleri ve borsada işlem gören şirketleri büyük ölçüde normatif düzenlemelerin dışında bırakmaktadır. Ancak, finansal piyasa katılımcıları bilgi tekelleri olarak devletler ve borsaya kayıtlı şirketler tarafından sağlanan bilgilere bağımlı (muhtaç) olduklarından, bu durum yeşil yıkama riskini artırmaktadır.

(3) Hepsinden önemlisi, sürdürülebilir finansal ürünü talep eden yatırımcı yeterince normatif düzenlemelere henüz konu olmamıştır. Yatırımcı, çevre üzerinde olumlu bir etki yaratmak amacıyla sürdürülebilir bir finansal ürüne yatırım yapmaktadır. Yeşil Mutabakatta yer alan bilgilendirme rejiminin etkili olabilmesi için, bu kararın hukuken korunması gerekmektedir. Avrupa Birliği sermaye piyasası hukuku ve haksız rekabet hukukunda, rasyonel yatırımcı kararı ilkesi veya müşterinin (yatırımcının) bilgilendirilmiş kararı gibi ilkeler, uzun yıllardır yanıltıcı bilgilere karşı korumayı sağlayan somut örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır. Sermaye piyasası hukukunda bilgi taşkınlığını ve yatırımcının kısıtlı algılama kapasitesi sorununu çözmeye yönelik araçlar yıllardır bilinmektedir: Kısa özet ve sürdürülebilir önlemin gereçesi. Düzenlemelerde yatırımcının unutulması olarak nitelendirilebilecek önemli hatanın bir an önce düzeltilmesi gerekmektedir.

Norm koyucu, yatırımcının sürdürülebilir finansal ürün lehine vereceği kararını sağlam temellere dayandırmasını temin yükümlülüğünün (bilgilendirilmiş karar) yanı sıra özet ve gerekçe sunma yükümlülüğünü de düzenlemelerde açıkça yer vermeli ve bu şekilde yeşil yıkama sorunu somutlaştırmalıdır.

(4) Normatif düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin daha somut ve ayrıntılı düzenlemeler halen eksiktir. Burada, devlet kurumlarının idari para cezası içeren yasakları, ihtar veya ihtiyati tedbir (ilgili fiilin menı) gibi klasik yöntemleri kullanmaları gerekmektedir. Ayrıca yeşil yıkama durumunda mevcut Avrupa sorumluluk kuralları temel (esas) alınmak suretiyle, sorumluluk (tazminat) ve ihtiyati tedbir (menetme) mekanizmaları Avrupa düzeyinde işletilebilir.

Küresel ısınmayı durdurmak istiyorsak, kendimizi finans sektörüyle sınırlandırmamalıyız. Çevre bilincini (“karbon ayak izi”) arttırmak ve ideal olarak vatandaşların çevresel davranışları üzerinde daha güçlü bir etki yaratmayı mümkün kılmak için, bilgi rejimi günlük yaşamın diğer alanlarına da aktarılmalıdır. Bu tür bir bilgi aktarımıyla, en azından vatandaşların, başka bir anlatımla bireysel tüketicinin günlük yaşamlarındaki tüketime yönelik davranışlarını, ister et, ister plastik tüketimi veya uzak mesafeli seyahatler olsun, değiştirme şansı doğacaktır. Dışsal maliyetleri içselleştirmek için uluslararası toplum sabit CO2 limitleri belirlemeli, CO2 emisyonlarına bir fiyat koymalı, sürdürülebilir davranışları sübvansetmeli ve özellikle uluslararası bağlamda sosyal konuları dikkate almalıdır.

KAYNAKÇA

- Adams, Michael. *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1985.
- Akerlof , George A. “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism.” *Quarterly Journal of Economics* 84, no. 3 (1970): 488-500.
- Assmann, Heinz-Dieter. “Konzeptionelle Grundlagen des Anlegerschutzes.” *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 1, no. 2 (1989): 49-63.
- Bernau, Patrick ve Anna Steiner. “So retten Sie die Welt nicht.” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 13 Ocak 2019: 21.
- Bianchi, Robert ve Michael Drew. “Sustainable stock indices and long-term portfolio decisions.” *Journal of Sustainable Finance and Investment*, no. 2 (2012): 303-305.

- Bornkamm, Joachim ve Jörn Feddersen. “Irreführende geschäftliche Handlungen.” İçinde *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Editör Helmut Köhler, Joachim Bornkamm ve Jörn Feddersen. München: Beck, 39th edition, 2021.
- Braumberger, Gerald ve Georg Merk. “‘Jetzt reicht’s!’.” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 Mayıs 2021.
- Breuer, Wolfgang, Michaela Haase ve Claudia Breuer. “Editorial.” *J.Bus.Econ.* 83, no. 6 (2013) 551-554.
- Brosig, Isabella. *Benchmark-Manipulation: Eine ökonomische und regulatorische Analyse des LIBOR-Manipulationskandals*. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Buck-Heeb, Petra ve Dörte Poelzig. “Die Verhaltenspflichten (§§ 63 ff. wPnG n.F.) nach dem 2. FiMaNoG – Inhalt und Durchsetzung.” *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 17, no. 12 (2017): 485-495.
- Bünder, Helmut, Christian Geinitz ve Hendrick Kafsack. “Rückschlag für den Emissionshandel.” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 5 Mayıs 2021: 15.
- Bueren, Eckart. “Sustainable Finance.” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 48, no. 5 (2019): 813-875.
- Calabresi, Guido. *The Costs of Accidents*. Connecticut: Yale University Press, 1977.
- Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost.” *J.L. & Econ.* 3 (1960): 1-44.
- Eidenmüller, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 4th edition 2015.
- Esty, Daniel ve Todd Cort. “Guest Editors’ Introduction Rethinking Environmental/Social/Governance Metrics for the Mainstream Investor.” *J. Environ. Investing* 8, no. 1 (2017): 8-10.
- Esty, Daniel C. ve Quentin Karpilow. “Harnessing Investor Interest in Sustainability: The Next Frontier in Environmental Information Regulation.” *Yale J. on Reg.* 36 (2019): 625-692.
- Felbermayr, Gabriel ve Klaus M. Schmidt. “CO₂-Grenzausgleich: Klimaclub statt Klimafestung.” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 28 Mayıs 2021: 18.
- Fleischer, Holger, “Corporate Social Responsibility – Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht.” *Die Aktiengesellschaft* 62, no. 15 (2017) 509-525.
- Fleischer, Holger. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*. München: Beck, 2001.
- Fleischer, Holger. *Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002 Band I: Gutachten Teile F und G - Abteilung Wirtschaftsrecht: Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?*. München: Beck, 2002.

- Flume, Werner. "Rechtsgeschäft und Privatautonomie." İçinde *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960/1*, Editör: Ernst von Caemmerer, 135-238. Karlsruhe: Müller, 1960.
- Frühauf, Markus. "Neue grüne Bundesanleihe trifft auf großes Interesse." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 12 Mayıs 2021: 23.
- Frühauf, Markus. "EU-Anleihen sorgen für Paukenschlag." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 21 Ekim 2020: 23.
- Frühauf, Markus. "Für den Bund sind die grünen Anleihen billiger." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20 Nisan 2021: 29.
- Fuest, Clemens, Hans Peter Grüner ve Volker Wieland. "Europäische Zentralbank auf grünen Abwegen." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 15 Mayıs 2021: 22.
- Geier, Bernd ve Katharina Hombach. "ESG: Regelwerke im Zusammenspiel." *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, no.1 (2021): 6-14.
- Geisel, Adrian ve Jennifer Spieles. "Eigenschaften von Green Bonds und ihre Bilanzierung nach IFRS." *Recht der Finanzinstrumente*, no. 4 (2018): 328-335.
- Gerg, Stephan. *Nudging: Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das hoheitliche Einwirken auf die innere Autonomie des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- Grodsky, Jamie. "Certified Green: The Law and Future of Environmental Labeling." *Yale Journal on Regulation* 10, no. 1 (1993): 147-219.
- Grundmann, Stefan. *Europäisches Gesellschaftsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2nd edition 2011.
- Gsell, Beate ve Thomas M.J. Möllers. "The Enforcement of Consumer Law and Capital Markets Law." İçinde *Enforcing Consumer and Capital Markets Law*, Editör: Beate Gsell ve Thomas M.J. Möllers, 465-476. Antwerpen: Intersentia, 2020.
- Hein, Christoph. "Singapur verbietet neue Datenzentren." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 12 Mayıs 2021: 18.
- Hellgardt, Alexander. "Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformationen." İçinde *Wertpapierhandelsrecht*, Editör: Heinz-Dieter Assmann ve Uwe Schneider. Köln: Otto Schmidt, 7th edition 2019.
- Henrichs, Joachim. "Die Grundkonzeption der CSR-Berichterstattung und ausgewählte Problemfelder." *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 47, no. 2-3 (2018): 206-229.
- Herlyn, Estelle ve Magdalene Lévy-Tödter, ed. *Die Agenda 2030 als Magisches Vieleck der Nachhaltigkeit*. Essen: Springer Gabler, 2020.
- Hopt, Klaus. "Europäisches und deutsches Insiderrecht." *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 20, no. 1 (1991): 17-73.

- Ipsen, Nils ve Lars Röh. "Mysterium Taxonomie." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, no. 41 (2020): 2001, 2005.
- Junge, Svea. "Die Zukunft der Globalisierung." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 12 Mayıs 2021: 17.
- Kafsack, Hendrik ve Christian Geinitz. "EU schafft im Klimaschutz Fakten." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 21 Nisan 2021: 15.
- Kafsack, Hendrick ve Niklas Záboji. "CO₂-Handel am Wendepunkt." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 29 Nisan 2021: 17.
- Kahl, Wolfgang. "Art. 192 AEUV." İçinde *EUVAEUV*, Editör: Rudolf Streinz. München: Beck, 3th edition 2018.
- Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Grioux, 2011.
- Kahneman, Daniel. *Schnelles Denken, langsames Denken*. München: Penguin, 2012.
- Kanning, Tim. "Jetzt soll die Geldanlage ganz CO₂-neutral werden." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 24 Haziran 2021: 25.
- Kanning, Tim ve Antonia Mannweiler. "Ein Dax für das gute Gewissen." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 5 Mart 2020: 25.
- Klemm, Thomas. "Die Bundesanleihe wird grün." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 20 Ağustos 2020: 29.
- Kohler, Jürgen. "Schnittstellen von Umweltschadengesetz und privatrechtlicher Umwelthaftung." *Umwelt- und Technikrecht* 104 (2010).
- Kowsmann, Patricia, Corinne Ramey ve Dave Michaels. "Authorities Probing Deutsche Bank's DWS Over Sustainability Claims." *Wall Street Journal*, 25 Ağustos 2021. <https://www.wsj.com/articles/u-s-authorities-probing-deutsche-banks-dws-over-sustainability-claims-11629923018>.
- Köndgen, Johannes. "Die Ad hoc-Publizität als Prüfstein informations-rechtlicher Prinzipien." İçinde *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Editör: Rainer J. Schweizer, Herbert Burkert ve Urs Gasser, 791-817. Zürich: Schulthess, 2002.
- Köndgen, Johannes. "Sustainable Finance: Wirtschaftsethik – Ökonomik – Regulierung." İçinde *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag*, Editör: Katharina Boele-Woelki, Florian Faust, Matthias Jacobs, Thilo Kuntz, Anne Röthel, Karsten Tom ve Birgit Weitemeyer, 671-701. München: Beck, Vol. 1 2019.
- Krakuhn Joachim, Stiefel Kristina ve Gilles Elena. "Die nachhaltige Finanzwirtschaft: Ausgewählte Reportingpflichten auf der Internetseite von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen nach der Offenlegungsverordnung und dem finalen Entwurf des technischen Regulierungsstandards." *Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung*, no. 3 (2021): 133-134.

- Kremer, Dennis. "Das taugen nachhaltige ETF." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 27 Aralık 2020: 33.
- Kremer, Dennis. "Wie grün sind Fonds?." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 8 Ağustos 2021: 28.
- Krohn, Philipp ve Antonia Mannweiler. "Ohne Richtschnur im Dschungel der Nachhaltigkeit." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 3 Nisan 2021: 31.
- Lanoie, Paul, Jérémy Laurent-Lucchetti, Nick Johnstone ve Stephan Ambec. "Environmental Policy, Innovation and Performance: New Insights on the Porter Hypothesis." *J. Econ. & Mgmt. Strategy* 20, no. 3 (2011): 803-841.
- Larcker, David F. ve Edward M. Watts. "Where's the greenium?." *J. of Account. & Eco.* 69, no. 2/3 (2020): 101312.
- Lehmann, Kai. "Nachhaltig? Ja...Nein...Vielleicht! Zur mangelnden Vergleichbarkeit von ESG-Ratings." *Flossbach von Storch-Studie*, 28 Kasım 2019. www.flossbachvonstorch-researchinstitute.com.
- Leisner, Walter. *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*. Berlin: Duncker und Humblot, 1997.
- Löffler, Kristin Ulrike, Aleksandar Petreski ve Andreas Stephan. "Drivers of green bond issuance and new evidence on the "greenium"." *Eurasian Econ Rev* 11 (2021): 1-24.
- Lomborg, Björn. "Wie Klimaklagen den Armen Schaden." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 27 Mayıs 2021: 17.
- Lutter, Marcus, Walter Bayer ve Jessica Schmidt. *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*. Berlin: De Gruyter, 6th edition 2017.
- Mannweiler, Antonia. "Blätter, Globen und Sterne." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 13 Mart 2021: 30.
- Mannweiler, Antonia. "Grüner, grüner, am grünsten." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 27 Şubat 2020: 27.
- Mannweiler, Antonia. "Das Gewissen kauft mit ein." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 21 Nisan 2021: 29.
- Mayer, Justus. "Das System des Europäischen Handelsrechts." İçinde *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, Editör: Martin Gebauer ve Christoph Teichmann. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- Mock, Sebastian. "Berichterstattung über *Corporate Social Responsibility* nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, no. 38(2017): 1195-1203.
- Möllers, Thomas M.J. "A call for consideration of human modes of behavior when promoting environmentally correct behavior by means of information and force of law." İçinde *Law and evolutionary biology: selected Essays in Honor of Margaret*

Gruter on her 80th birthday, Editör: Lawrence Frolik, 315-350. Portola Valley: Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999.

- Möllers, Thomas M.J. “Der Bilanzskandal von Wirecard und das Versagen der Finanzbranche.” İçinde *50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg*, Editör: Arnd Koch, Michael Kubiciel, Ferdinand Wollenschläger ve Wolfgang Wurmnest, 479-513. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.
- Möllers, Thomas M.J. “Die Rolle der Verhaltensforschung für das Umweltrecht – Ein Beitrag zur Berücksichtigung menschlicher Verhaltensweisen bei der Steuerung umweltgerechten Verhaltens durch Aufklärung und Rechtszwang.” İçinde *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, Editör: Bernhard Großfeld, Rolf Sack, Thomas M.J. Möllers, Josef Drexl ve Andreas Heinemann, 144-177. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- Möllers, Thomas M. J. “Europäische Gesetzgebungslehre 2.0: Die dynamische Rechtsharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel von MiFID II und PRIIP.” *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, no. 2 (2016): 325-357.
- Möllers, Thomas M.J. “Gesellschafts- und Unternehmensrecht”. İçinde *Europarecht*, Editör: Reiner Schulze, Andre Janssen ve Stefan Kadelbach, § 19 knr. 98. Baden-Baden: Nomos, 4th edition 2021.
- Möllers, Thomas M.J. *Juristische Methodenlehre*. München: C.H. Beck, 4th ed. 2021.
- Möllers, Thomas M.J. “Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht – Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigem Recht.” *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 26, no. 3 (1997): 334-367.
- Möllers, Thomas M.J. *Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht: Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- Möllers, Thomas M.J. “Zur methodischen Arbeit mit allgemeinen Rechtsprinzipien – aufgezeigt am europäischen Kapitalmarktrecht.” İçinde *Festschrift für Theodor von Baums*, Editör: Helmut Siekmann, 805-827. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- Möllers, Thomas M.J. “Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts - Brent Spar und Mururoa.” *Neue Juristische Wochenschrift* 49, no. 21 (1996): 1374-1378.
- Möllers, Thomas M.J. ve Franz Clemens Leisch. “Haftung von Vorständen gegenüber Anlegern wegen fehlerhafter Ad-hoc-Meldungen nach § BGB § 826 BGB.” *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 55, no. 35 (2001): 1648-1662.
- Möllers, Thomas M.J. ve Franz Clemens Leisch. “Schadensersatz wegen unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung von Insiderinformationen.” İçinde *Kölner Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz*, Editör: Heribert Hirte ve Thomas M.J. Möllers. München: Heymanns, 2nd edition 2014.

- Möllers, Thomas M.J. ve Erhan Temel. "Sermaye Piyasasında Bilgi Taşkınlığı (Kısa Finansal Raporların Hayata Geçirilmesine Dair Ampirik, Psikolojik ve Karşılaştırmalı Hukuk Temeline Dayalı Bir Öneri)." *BATİDER* 32, 4 (2016).
- Möllers, Thomas M. J., ve Thomas G. Wenninger. "Das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz." *Neue Juristische Wochenschrift* 64, no. 24 (2011): 1697-1702.
- Möllers, Thomas M.J. ve Lisa Wolf. "Die Causa Telekom und das Recht auf effektiven Rechtsschutz – zur überfälligen Reform des KapMuG." *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 21, no. 5 (2021): 249-255.
- Möslein, Florian ve Karsten Sørensen. "The Commission's Action Plan for Financing Sustainable Growth and Its Corporate Governance Implications." *European Company Law Journal*, no. 6 (Aralık 2018): 221-231.
- Müller-Jung, Joachim. "Sie wollen den Wald retten." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 3 Aralık 2021: 2.
- Nees, Daniel. "Klimaschutz durch die EZB? Reichweite und Grenzen des Mandats der EZB in Bezug auf den Erwerb sogenannter "grüner" Anleihen." *Europarecht*, no. 2 (2021): 119-137.
- Nestler, Franz. "Bitcoin sind für Tesla zu umweltschädlich." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 14 Mayıs 2021: 23.
- Noack, Ulrich ve Timo Holzborn. "Dauer des Bestehens des Emittenten." İçinde *Kapitalmarktrechtskommentar*, Editör: Eberhard Schwark ve Daniel Zimmer. München: Beck, 5th edition 2020.
- Oechsler, Jürgen. "Finanzierung des Angebots." İçinde *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, Editör: Ulrich Ehricke, Jens Ekkenga ve Jürgen Oechsler. München: Beck, 2003.
- Oehler, Andreas, Matthias Horn ve Stefan Wendt. "Why Self-Commitment Is Not Enough: On a Regulated Minimum Standard for Ecologically and Socially Responsible Financial Products and Services." İçinde *Designing a Sustainable Financial System*, Editör: Thomas Walker, Stefanie Kibsey ve Rohan Crichton, 405-421. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2018.
- Park, Stephen Kim. "Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution." *Journal of Environmental Investing* 8, no. 1 (2017): 1-48.
- Papon, Kerstin. "Hohe Umsätze mit gutem Gewissen." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 24 Ocak 2020: 25.
- Pigou, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan, 4th edition 1932.
- Rehbinder, Eckhard. "Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag." *Neue Juristische Wochenschrift*, no. 20 (1999): 1454-1454.

- Reich, Sandra. "Status Quo: Sorgfaltspflichten und Verantwortung in der Lieferkette nach der EU-Konfliktmineralien-VO." *Die Aktiengesellschaft*, no. 4 (2021): R 100.
- Renneboog, Luc, Jenke Ter Horst ve Chendi Zhang. "Socially responsible investments: Institutional aspects, performance, and investor behavior." *Journal of Banking and Finance*, no. 9 (Eylül 2008): 1723-1734.
- Rogers, Everett ve Rekha Agarwala-Rogers. *Communications in Organisations*. New York: Free Press, 1976.
- Rotman, Robin, Chloe Gossett ve Hope Goldmann. "Greenwashing No More: The Case for Stronger Regulation of Environmental Marketing." *Administrative Law Review* 72, no. 417 (2020).
- Schäfer, Hans-Bernd ve Claus Ott. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Wiesbaden: Springer Gabler, 6th edition 2020.
- Schäfer, Henry. "Sustainable Finance – A Conceptual Outline." *University of Stuttgart Working Paper*, no. 3 (August 2012).
- Scheid, Oliver ve Sean Needha. "Sustainable Finance: Überblick über die Gesetzesinitiativen und deren Auswirkungen auf die Unternehmensberichterstattung." *Zeitschrift für internationale Rechtsauslegung*, no. 1 (2021) 35-40.
- Schmitt, Thomas, Jörn Hamacher, Anna Tilsner Pflaum ve Matthias Wolf Rena. "Alles nur Wutbürger/Nimbies? Eine Analyse der jüngsten Konflikte zur Neuplanung von Stromtrassen in Bayern." *Mitteilungen der Fränkischen Geographischen Gesellschaft*, no. 61/62 (2015/16): 83-98.
- Seulen, Günter. "Haftung für fehlerhafte Sekundärmarktpublizität." İçinde *Handbuch der Kapitalmarktinformation*, Editör: Mathias Habersack, Peter Mülbart ve Michael Schlitt. München: Beck, 3th edition 2020.
- Siedenbiedel, Christian. "Die Pflicht zur grünen Geldpolitik." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 18 Haziran 2021.
- Simon, Herbert. "A Behavioral Model of Rational Choice." *The Quarterly Journal of Economics* 69, no. 1 (1955): 99-118.
- Simon, Herbert. *Models of Bounded Rationality*. Cambridge: MIT Press, 1982.
- Smith, Adam. *Theory of Moral Sentiments*. London: Henry G. Bohn, 2nd edition 1761.
- Stumpp, Maximilian. "Die EU-Taxonomie für nachhaltige Finanzprodukte – Eine belastbare Grundlage für Sustainable Finance in Europa?." *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 31, no. 1 (2019): 71-80.
- Sunstein, Cass. "Nudging: A Very Short Guide." *Journal of Consumer Policy* 37, no. 4 (Aralık 2014): 583-588.

- Talbot, Kevin M. "What Does "Green" Really Mean?: How Increased Transparency and Standardization Can Grow the Green Bond Market." *Vill. Envtl. L.J.* 28, no. 1 (2017): 127-145.
- Thaler, Richard ve Cass Sunstein. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Connecticut: Yale University Press, 2008.
- Thaler, Richard ve Cass Sunstein. *Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt*. Berlin: Econ, 2011.
- Theile, Gustav. "Unterlassungsklagen gegen "klimaneutrale" Werbung." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 20 Mayıs 2021: 18.
- Theurer, Marcus. "Von wegen Klimaneutral." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 14 Şubat 2021: 20.
- Theurer, Marcus. "So verbessern wir unsere CO₂-Bilanz." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 Aralık 2020: 30.
- Thier, Clara. "Deka nimmt "Impact-Rechner" vom Netz." *Süddeutsche Zeitung*, 25 Şubat 2021, www.sz.de.
- Van Dam, Cees. *The Shell Case (t.b.c.)*. Athens: ECFR, 2021.
- Veil, Rüdiger. "Europa auf dem Weg zu einem Green Bond Standard." *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 24 (2020): 1093-1101.
- Veil, Rüdiger. "Nachhaltigkeitsförderung durch Finanzmarktrecht." *İçinde Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, Editör: Martin Burgi ve Florian Möslein, 319-342. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.
- Vetter, Jochen. "Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität – Muss sich Ethik lohnen? –." *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 47, no. 2-3 (2018): 338-378.
- Weber, Olaf. "Financial Sector Sustainability Regulations and Voluntary Codes of Conduct: Do They Help to Create a More Sustainable Financial System?." *İçinde Designing a Sustainable Financial System*, Editör: Thomas Walker, Stefanie D. Kibsey ve Rohan Crichton, 383 vd. Berlin: Springer, 2018.
- Webber, Gregoire. "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, no 1 (2010): 179-202.
- Wolff, Johanna. *Anreize im Recht: Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.
- Wolsink, Maarten. "Wind power and the NIMBY-myth: institutional capacity and the limited significance of public support." *Renewable Energy* 21, no. 1, (2000): 49-64.
- Yazarı belirsiz. "Dunkelgrüner Fonds sucht Anleger: Wiwin-Fondsmanager kritisiert "Mogelpackungen" vieler nachhaltiger Anlagen und will es besser machen." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31 Mart 2021.

Yazarı belirsiz. “Schon mehr als 40 ETFs im Test: Autsch! So wenig grün sind die neuen Lieblinge der Finanzbranche.” *ECOREporter*, 7 Nisan 2021, <https://www.ecoreporter.de/artikel/nachhaltige-etfs-im-test-wie-grun-sind-die-neuen-lieblinge-der-finanzbranche/>.

Yazarı belirsiz. “The green meme.” *Economist*, 20 Mayıs 2021.

Zeitler, Franz-Christoph ve Silke Wolf. “Nachhaltigkeit in der Finanzwirtschaft.” *Positionspapier Wirtschaftsbeirat München*, Mayıs 2020, www.wbu.de.

Zetzsche, Dirk. *Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft*. Berlin: Heymann, 2006.

Zimmer, Daniel ve Philipp Steinhäuser. “Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformationen.” İçinde *Kapitalmarktrechtskommentar*, Editör: Daniel Zimmer ve Eberhard Schwark. München: Beck, 5th edition 2020.