



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 83 | Sayı: 2025/1 | ISSN 1300-9885

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

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

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

www.gelincikprojesi.org.tr

ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

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

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



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

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

Yıl: 83 | *Year: 83*
Sayı: 2025/1 | *Issue: 2025/1*
ISSN: 1300-9885

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı

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

T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout

Erhan ÇETİNKAYA

Basım Tarihi | Printing date

2025

Baskı Adedi | Print run

100

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Poyraz Ofset Matbaacılık (Sertifika No: 49893)

www.poyrazofset.com.tr

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

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



ANKARA BAROSU DERGİSİ

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

ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

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

ISSN 1300-9885

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

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor
Av. Osman Umut KARACA

Editörler | Editors

Doç. Dr. Veysel DİNLER Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN Doç. Dr. Salih POLATER

Editör Yardımcıları | Assistant Editors

Doç. Dr. Mehmet Erdem AYBAY Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN Arş. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN
Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYMAZ Arş. Gör. Dr. Ezgi Fulya AKKUŞ

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ

ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi | Coordinator Board Member
Av. Osman Umut KARACA

Merkez Başkanı | Head of the Center
Av. Burak AKİL

Merkez Başkan Yardımcıları | Vice Presidents
Av. Niyazi Berkay KIRCI – Av. Zeki Emre KURT

Merkez Genel Sekreteri | Secretary
Av. Tuba YAKA

Merkez Saymanı | Bookkeeper
Av. Haydar Burak KARAKUŞ

Merkez Divan Üyeleri | Council Members
Av. Batuhan YILMAZ – Av. Kerem Ali ŞENER

Üyeler | Members

1. Av. Nesij AKKAYA
2. Av. Pınar AKGÜL DOĞUSOY
3. Av. Mücevher ÖZKAN
4. Av. Mehtap SAKINCI
5. Av. Ayla SONGÖR
6. Av. Başak BÜYÜKHATİPOĞLU
7. Av. Tuba KOÇDEMİR
8. Av. Burak AKİL
9. Av. Emre İŞLER
10. Av. Celal TOSUN
11. Av. Hatice Kübra EKİCİ
12. Av. Kaan SAYIN
13. Av. Erol Berk GÜRSOY
14. Av. Mert Burak KARACA
15. Av. Yiğit Can KAVUŞAN
16. Av. Mustafa KAYA
17. Av. Burak ÇOĞALAN
18. Av. Çiğdem KELGÖKMEN
19. Av. Serdar AKTUĞ
20. Av. Gözde KAYA
21. Av. Ümran BOZKUŞ ARAÇ
22. Av. Onur ŞAHİN
23. Av. Damla EKER
24. Av. Fatma MUBAREK
25. Av. Begüm Asena TÜRKER
26. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
27. Av. Fatma Asena HÜNER
28. Av. Merve ÇAVUŞOĞLU
29. Av. Semin BELİBAĞLI
30. Av. Çağatay BACANAK
31. Av. Ahmet COŞKUN
32. Av. Elif ŞAHİN
33. Av. Sümeyra ATEŞ BOZ
34. Av. Berra AKTAN
35. Av. Görkem FIRTINA
36. Av. Fatma Tuğçe ALTINTAŞ
37. Av. Merve AKBULUT
38. Av. Halis IRAK
39. Av. İpek Seden BAYKARA
40. Av. Muhammed Nuri ÖZTÜRK
41. Av. Berkay ÖZDEMİR
42. Av. Batuhan ESKİCİNDİL
43. Av. Elif BAYRAM
44. Av. Hatice Betül YAZICI
45. Av. Meltem ŞAHİN
46. Av. Vildan ERASLANOĞLU
47. Av. Merve SÖZEN
48. Av. Hande ŞANKAL
49. Av. Hatice ŞAKALAR
50. Av. Harun SAKINAN
51. Av. İbrahim Mahmut BAŞER
52. Av. Emrah ŞIGAN
53. Av. Ali İhsan GÜÇLÜ
54. Av. Fırat GÖRAL
55. Av. Özge AKTAŞ
56. Av. Ecenur BÜLBÜL
57. Av. Sümeyra ÖRMECİ
58. Av. İrem İLBARS
59. Av. İlgin Naz MALKOÇ
60. Av. Sertap UÇAK
61. Av. Yaren Şeval TÜRKER
62. Av. Firuzan ÖZYAĞCI
63. Av. Murat Can IŞIK
64. Av. Fatih ÇELEBİ

Üyeler | Members

65. Av. Mustafa Doğukan CANER
66. Av. Ela KARABACAK
67. Av. Zeynep Sena ŞEKER
68. Av. Hatice İlbilge ÇAYCI
69. Av. Orhun Mete YILDIRIM
70. Av. Görkem PEK
71. Av. Bengü YILMAZ
72. Av. Esra KARS
73. Av. İrem ODLUYURT
74. Av. Dilruba YILDIZ
75. Av. Buket AY
76. Av. Doğan ERGÜN
77. Av. Alparslan ÖZPEK
78. Av. Melis Çağla UĞURLU
79. Av. Emine Elif GÜNER
80. Av. Ayşe KABLAN
81. Av. Yusuf ALAKÖSE
82. Av. İrem TAŞKIN IŞIKLAR
83. Av. Gupse GÜNAYDIN
84. Av. Esra Sultan ALBAY
85. Av. Deniz DURAN
86. Av. Bağı ÖZMEN
87. Av. Hatice Gülnur KOCAMAN
88. Av. Sıla SAYGIOĞLU
89. Av. Aleyna AKCAKAVAKLI
90. Av. Rahime Reyhan TÜLÜ
91. Av. Duran UMCU
92. Av. Nehir KAPLAN
93. Av. Tuğra Berk ÖZEN
94. Av. Melis Ekin BALDAN
95. Av. Ayşe Nur SAÇIKARA
96. Av. Aybike Hüma BAŞBUĞ
97. Av. Elif ÖZÇOBAN
98. Av. Ahmet ASAN

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

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

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

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

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

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

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

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

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

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

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

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

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

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

6. Atıflar, metin içinde gösterilmez. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden önce verilmelidir.
7. Ankara Barosu Dergisi atıf sistemi olarak Chicago atıf usulünü benimsemektedir. Gönderilecek makalelerde bu hususa uyulması önemle rica olunur.

Başkanın Köşesi..... XVII
Av. Mustafa KÖROĞLU

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

- 1** Milletlerarası Tebligatta Dijitalleşme İçin Bir Adım: Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Elektronik Tebligat Usulünün Değerlendirilmesi 1
Burcu İRGE ERDOĞAN
- 2** E–Sporcunun Çalışma İlişkisinden Kaynaklanan Hakları39
Özgür OĞUZ
Amine Büşra ÇITIR
- 3** Suça İştirak ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda İştirak Hükümlerinin Uygulanması85
Alp ÖZTEKİN
- 4** Amacına Ulaşamayan Bir Hak: Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı 189
Miraç Şamil PEKŞEN
- 5** Türk Ceza Kanunu’nda Mobbing Olgusunun Bağımsız Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi: Hukuki Değerlendirme ve Öneriler231
Celal Hakan KAN
- 6** Ulusal Bağlamda Yumuşak Hukuk: Tanım, Geçerlilik ve Etkinlik Sorunları303
Furkan KARARMAZ
- 7** Doğrudan Yabancı Yatırımların Teşviki Bakımından Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz İktisabı.....377
Gökçe ARIKAN
- 8** On the Nature of and Some Challenges to Parliamentary Sovereignty in The United Kingdom: A Jurisprudential Perspective.....423
Yahya Berkol GÜLGEÇ

- 9** SEGBİS Yolu ile Yapılan Ceza Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Etmesi Meselesi: Suçluların İadesine İlişkin Bir Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararının Tekrar Akla Getirdikleri..... 485
Ahmet Mert DUYGUN
Özgün ÖZYÜKSEL
- 10** 2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğunun Kapsamı 517
Abdülşamet GÜLLER
- 11** Sismik Değişim: Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden İhracı ve Reykjavik Zirvesi Sonrası Konsey'in Geleceği 561
Eray ACAR
- 12** Anayasalaşmanın Kavramsal Boyutları Üzerine Bir İnceleme 597
Semih Batur KAYA
- 13** Bir Orta Çağ Düşünürü Olarak Dante ve Seküler Düşünceye Katkısı..... 629
Alper IŞIK
- 14** Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Aktörlerinin 6284 Sayılı Kanuna Bakışı: Erzurum Örneği..... 661
Enes KELEŞ
Songül SALLAN GÜL

Makaleler

Articles

- 1** Şiddetle Mücadelede Devletin Özen Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler ... 721
Yakın ERTÜRK



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues* 761
(*Vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır.*)



ANKARA BAROSU

Hukukun Üstünlüğü Mücadelesinde Yürümek

Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

“Üç devle savaşıyoruz sevgili Sancho: Adaletsizlik, korku ve cebalet.”

Miguel de Cervantes'in yüzyıllar önce yazdığı bu sözler, bugün de geçerliliğini koruyor.

Hukukun üstünlüğü, bağımsız yargı ve özgür savunma, toplumun teminatıdır. Ancak bugün adaletin sınıdığı günlerden geçiyoruz.

Geçtiğimiz haftalarda Silivri Cezaevi'nde tutuklu bulunan meslektaşlarımızı, gazetecileri ve siyasetçileri ziyaret ettim. Gazeteci Suat Toktaş, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyesi Fırat Epözdemir, Zafer Partisi Genel Başkanı Ümit Özdağ, Tayfun Kahraman, Avukat ve Milletvekili Can Atalay, Osman Kavala, Avukat Selçuk Kozağaçlı ve daha niceleri...

İnsanlar konuştukları için, tweet attıkları için, haber yaptıkları için, mücadele ettikleri için tutuklanıyor. Adaletin sesi duvarların ardında yankılanıyor.

Bugün hukuka ve avukatlara yöneltilen baskıların, herkesin hukuk güvenliğini tehdit ettiğini görmeliyiz. Savunma susturulursa, adalet yok olur. Savunma asla susmadı ve susmayacak. Barolar da bunun için mücadele etmeye devam edecek

Hukukun üstünlüğünün teminat altına alınması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve adaletin herkes için erişilebilir kılınması, hukuk devletinin en önemli unsurları arasında yer almaktadır. Ankara Barosu, yüz yıllık köklü geçmişi ve sarsılmaz değerleriyle, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma görevini her daim yerine getirmiştir. Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılında da Mustafa Kemal ATATÜRK'ün bizlere emanet ettiği bu sorumluluğumuzu aynı kararlılıkla sürdüreceğiz.

Hukuk İçin, Meslektaşlarımız İçin Çalışıyoruz

Adalet mücadelesi yalnızca sözle değil, eylemle mümkündür. Ankara Barosu olarak, meslektaşlarımızın karşılaştığı her türlü zorluğu azaltmak ve mesleğin onurunu korumak için somut adımlar atıyoruz:

✅ Sincan Cezaevi içindeki avukat aracı yenilendi ve meslektaşlarımızın cezaevi içinde daha konforlu bir şekilde ulaşım sağlaması için hizmete sunuldu.

✅ Adliyelerdeki avukat odalarını yenilemeye başladık. Koltuklardan bilgisayarlara kadar, mesleğimize ve meslektaşlarımıza yakışır bir ortam sağlıyoruz. Bu çalışmalarını yaygınlaştırmaya devam edeceğiz.

✓ Adliyeler arası servis hizmetini başlattık. Avukatların bir adliyeden diğerine ulaşımını kolaylaştırarak, mesleğin icrasını daha erişilebilir hale getirdik.

✓ Narin duruşması ve Yenidoğan Çetesi davası gibi önemli toplumsal davaları bizzat takip ediyoruz. Hukukun üstünlüğünün herkes için eşit şekilde uygulanması adına bu tür davalarda aktif rol alıyoruz.

✓ Baroların bağımsızlığı için mücadele ediyoruz. İstanbul Barosu'na yönelik savcılık soruşturması ve görevden alma süreçlerinde İstanbul Barosu'nun yanında durduk. Olağanüstü Genel Kurul sürecinde meslek örgütlerinin bağımsızlığını savunduk.

Avukatların mesleğini onuruyla yapabilmesi, hukukun üstünlüğünü savunabilmesi için attığımız her adım, bu mücadelede bir adımdır.

Ankara Barosu Dergisi: Mücadelenin Sesi

Hukukun değişen dinamiklerini ve güncel meseleleri tartışmak, biz hukukçuların öncelikli görevidir. Bu çerçevede, Ankara Barosu Dergisi'nin 2025/1 sayısında, birbirinden değerli yazarlarımızın kaleme aldığı hukukun farklı alanlarına ışık tutan makaleleri sizlerle buluşturuyoruz.

Günümüzün yükselen konularından e-spor hukuku, spor ve iş hukukunun kesiştiği yeni bir alan olarak inceleniyor. E-sporcuların çalışma ilişkilerinden kaynaklı haklarının ele alınması, spor hukuku ve iş hukuku açısından yeni ve özgün bir tartışma alanı oluşturmaktadır. Ayrıca, Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden ihracı ve Reykjavik Zirvesi sonrasında küresel hukuk düzenindeki dönüşümler mercek altına alınıyor.

Hukukun her alanında yaşanmakta olan değişimleri ve tartışmaları ele almak, adaletin etkin işleyişi için çözüm önerileri geliştirmek ve bu farkındalığı yaygınlaştırmak, hukukun öncülleri olarak bizlerin önemli görevleri arasında yer almaktadır. Hukuk dünyasında güncel meseleleri ve geleceğe dair vizyonumuzu şekillendiren konuları tartışmak, hukukun üstünlüğünü güçlendiren bir yaklaşımın temel taşıdır.

Bu çerçevede, dergimizin 2025/1 sayısında, birbirinden değerli yazarlarımızın kaleme aldığı hakemli ve hakemsiz makaleler ile, hukuk dünyasının çeşitli alanlarında önemli tartışmalara ışık tutan konulara yer veriyoruz.

Bu bağlamda Ankara Barosu Dergisi'nde yer alan makalelerin mesleki çalışmalarınıza ışık tutmasını temenni ediyor, çok değerli katkılar sunan Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, editörlerimize, hakem ve raportörlerimiz ile emeği geçen herkese sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Unutulmamalıdır ki hukukun üstünlüğü mücadelesi fikirlerin ve akademik tartışmaların da yol göstericiliği ile sahada verilen mücadeleyle korunur. Bosna Savaşı

sırasında Aliya İzzetbegoviç, yoğun bombardıman altındaki Saraybosna sokaklarında yürüyerek halkına cesaret verdi. Bir kadın ona “Aliya, korkmuyor musun?” diye sorduğunda şu yanıtı verdi:

“Korkuyorum! İnsanım ben.

Fakat beni yürüten şeyler, korkularımdan büyük.”

Korkularınızdan Büyük Olanı Seçin.

Avukat olmak, korkularına rağmen yürümektir. Haksızlık karşısında susmamaktır. Mücadeleden vazgeçmemektir. Biz buradayız, yan yana, omuz omuza. Daha güçlü bir baro, daha adil bir ülke için mücadele edeceğiz. Başkent Barosu’na yakışanı yapacağız. Çünkü adalet, ancak hepimiz için varsa gerçektir. Korkmadan yürüyün demiyorum size. **Korksanız bile, korkularınıza rağmen yürüyün.**

Unutmayın:

Yürümemizi gerektiren sebepler, korkmamızı gerektiren sebeplerden daha fazla.

Sizlere yakın zamanda ölüm yıl dönümünde mezarı başında andığımız önceki dönem başkanlarımızdan Avukat Sadık ERDOĞAN’ın kelimeleriyle veda etmek istiyorum:

“Adam boyuna yürüyordu. Yürümekten hiç bıkmıyordu. Önüne herhangi bir sorun çıksa da çıkmasa da yürüyecekti. Önemli olan hak düzenini hiç gözden kaçırmamak, Yaşam içerisinde hep en iyiyi, en doğruyu yapabilmeye çalışmaktır.”

Meslektaşlarımdan ilham aldığım sonsuz cesaretle...

En iyiyi ve en doğruyu yapmaya çalışarak...

Saygılarımla,

Ocak 2025

Av. Mustafa KÖROĞLU

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Milletlerarası Tebligatta Dijitalleşme İçin Bir Adım: Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Elektronik Tebligat Usulünün Değerlendirilmesi

Burcu İRGE ERDOĞAN*

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

* Dr. Öğretim Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. birge.erdogan@ogu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-3178-3904.

Makale geliş tarihi: 26 Haziran 2024 **Makale kabul tarihi:** 5 Kasım 2024

Atf önerisi: İrge Erdoğan, Burcu, “Milletlerarası Tebligatta Dijitalleşme İçin Bir Adım: Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Elektronik Tebligat Usulünün Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 1-37. **DOI:** 10.30915/abd.1505258.

MİLLETLERARASI TEBLİGATTA DİJİTALLEŞME İÇİN BİR ADIM: YURTDIŞINDA BULUNAN TÜRK VATANDAŞLARINA ELEKTRONİK TEBLİGAT USULÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Tebliğat, hukukî işlemlerin yetkili merciler tarafından kanunlarda belirtilen usullere uygun olarak ilgisine elektronik ortam dahil olmak üzere yazı ya da ilan yoluyla bildirilmesi ve yapılan bilgilendirmenin belgelendirilmesidir. Tebliğatın hukuka uygun şekilde yapılması adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkının sağlanması bakımından gereklidir. Milletlerarası unsurlu davalarda sınır aşırı tebliğatın usulü hakkında Tebliğat Kanunu ve ilgili uluslararası sözleşmelerde çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Milletlerarası tebliğatın gerçekleştirilme yöntemi konusunda hızlı, pratik ve ekonomik çözüm bulma ihtiyacı halen devam etmektedir. Nitekim tebliğatların muhataba ulaşması oldukça zahmetli ve masraflıdır.

Elektronik tebliğat, Elektronik Tebliğat Yönetmeliği m. 3/1- ç uyarınca, Tebliğat Kanunu ve bu Yönetmeliğe uygun olarak elektronik ortamda gerçekleştirilen tebliğattır. Elektronik tebliğat, 2011 yılında Tebliğat Kanunu'na getirilen m. 7/a ile düzenleme alanı bulmuştur.

Dijital dönüşümün hızla sağlanmasıyla birlikte niteliği gereği elverişli olan tüm sistemlerin elektronik ortama entegre edilmesi şeffaflık ve pratiklik açısından önemlidir. Bu çalışmada Türkiye'den yurtdışına tebliğat usulü ile yurtdışındaki Türk vatandaşlarına daha kolay ve pratik sistemle tebliğat yapılması konusu araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: tebliğat, milletlerarası tebliğat, elektronik tebliğat, Lahey Konvansiyonu, doğrudan tebliğat.

A STEP TOWARDS DIGITALIZATION IN INTERNATIONAL NOTIFICATION: EVALUATION OF THE ELECTRONIC NOTIFICATION PROCEDURE FOR TURKISH CITIZENS ABROAD

ABSTRACT

Notification is the notification of legal proceedings by the competent authorities in writing or by announcement, including electronic media, in accordance with the procedures specified in the law, and the documentation of the notification. Notification in accordance with the law is necessary to ensure the right to a fair trial and the right to be heard. There are various regulations in the Notification Law and the relevant international conventions on the procedure of cross-border notification in cases with international elements. The need to find a fast, practical and economical solution to the issue of international notification still continues. As a matter of fact, it is quite troublesome and costly for notifications to reach the addressee.

Pursuant to Article 3/1- ç of the Regulation on Electronic Notification, electronic notification is notification made electronically in accordance with the Notification Law and this Regulation. Electronic notification was regulated by Art. 7/a of the Notification Law in 2011.

With the rapid digital transformation, it is important to integrate all systems into the electronic environment in terms of transparency and practicality. In this study, the notification procedure from Turkey to abroad and the issue of notifying Turkish citizens abroad with an easier and more practical system will be investigated.

Keywords: notification, international notification, electronic notification, Hague Convention, direct notification.

GİRİŞ

Tebligat yargılamanın ana unsurlarından biridir. Usulüne uygun şekilde yapılmayan tebligat adil yargılanma hakkının ihlali sonucuna yol açar. Bir kişinin hakkında yürütülen bir davadan haberdar edilmesi ve her aşamada mevzuata uygun şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Kişilerin davanın safhalarından haberdar edilmesi ve kendisine belirli konularda ihbar veya bilgilerin yer aldığı konuların resmen iletilmesi tebligat yoluyla mümkündür.

Türk mahkemelerinde yürütülen davalar bakımından yabancılık unsuru bulunmaması durumunda tebligat iç hukukta yürürlükteki Tebligat Kanunu hükümlerine tabidir. Milletlerarası unsurların yer aldığı uyuşmazlıklarda taraflardan birinin adresi yurt dışında ise tebligatın yurt dışına yapılması gerekecektir. Bu durumda uygulanacak hükümler kişilerin Türk vatandaşı olup olmaması ve yabancı ise ilgilinin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında yürürlükte bulunan uluslararası anlaşmaların hükümlerine bağlı olarak farklılık gösterebilecektir. Örneğin tebligata muhatap olan kişi yabancı ise tebligatın usulü ile Türk vatandaşı olması durumundaki usul farklıdır. Ayrıca Türk vatandaşı olsa dahi yabancı bir ülkede ikamet etmesi halinde de tebligat usulü bakımından farklılık meydana gelecektir. Çalışmamamızın konusu dahilinde her iki ihtimalde de açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Tebligat Kanunu ile ikili ve çok taraflı sözleşmelerin uygulanması usulü incelenmiştir.

Çalışmamızda; iç hukukta uygulanan elektronik tebligat usulünün yurtdışında bulunan Türk vatandaşları açısından uygulanması konusunda bir düzenleme olması ihtimalinin tartışılması amaçlanmıştır.

Elektronik tebligat ise Türk hukukunda tebligat hukukunda görece yeni bir düzendir. Tebligatların elektronik ortamda yapılması konusu çalışmamızda işleneceği üzere ayrı bir yönetmeliğe tabi şekilde yapılmaktadır. Dijital çağa ayak uydurmanın ve adil yargılama safhasında hızlı bir erişim imkanı sağlanmasının ne denli önemli olduğu elektronik tebligat sisteminin işleyişindeki uygunlukla bir kez daha görülmektedir. Özellikle sınır aşan iş ve işlemler bakımından da dijitalleşmenin önemine dikkat çekmek istediğimiz bu çalışmada elektronik tebligatın milletlerarası tebligat usulüne dahil edilebilme ihtimali üzerinde durulacaktır.

I. TEBLİGAT HUKUKU ÖNEMİ VE GENEL BAKIŞ

Tebliğat bir hukukî işlemin yetkili makam tarafından ilgili kişinin bilgilendirilmesi amacıyla mevzuata uygun olarak yazı veya ilan yolu ile bildirilmesi şeklinde doktrinde tanımlanabilir^[1]. Türk hukukunda tebligata ilişkin hususlar 7201 sayılı Tebligat Kanunu^[2] başta olmak üzere, Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik^[3], Elektronik Tebligat Yönetmeliği^[4] ve 63/3 sayılı Genelge^[5] ile sair özel kanunlarda kısmen tebligata dair hükümler ve birçok uluslararası sözleşmede yer bulmaktadır^[6]. İdarî ve adlî mercilerde yapılan işlemlerin muhatabına bildirilmesi olarak ifade edebileceğimiz tebligatın bilgilendirme ve belgelendirme olarak iki unsuru içinde barındırdığı kabul edilmektedir^[7]. Tebligat usulî ve şeklî bir işlemdir. Yargılamanın gereği gibi yürütülebilmesi için uygun şekilde yapılmalıdır. Tebligat bir usul işlemi olduğundan hâkim, yargılama

-
- [1] Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Hilal Üçüncü, *Tebliğat Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 6. Baskı, 2023, s.17; İbrahim Özbay ve Taner Emre Yardımcı, *Tebliğat Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Mart 2020, s.15; Timuçin Muşul, *Tebliğat Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, 7. Baskı, 2018, s.85.
- [2] RG, 19 Şubat 1959, Sayı 10139.
- [3] RG, 25 Ocak 2012, Sayı 28184.
- [4] RG, 06 Aralık 2018, Sayı 30617.
- [5] 16 Kasım 2011 tarihli 63/3 sayılı Genelge için bkz. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3#collapse4>
- [6] Posta Hizmetleri Kanunu m. 3/1- c'de "11 Şubat 1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu ile diğer kanunlara göre tebliğ için posta veya elektronik posta yoluyla iletilen gönderiyi" ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Tebligat İşletme Usul ve Esasları 4/1- ğ maddesinde yer alan düzenlemede tebligat: "Hukukî işlemlerin kanunda öngörüldüğü şekilde muhatabına veya muhatap adına kabule kanunen yetkili şahıslara yazılı olarak bildirim ve bu bildirim yapıldığının belgelendirilmesi işlemi" şeklinde ifade edilmektedir.
- [7] Özbay ve Yardımcı, s. 46- 63; Nitekim "... tebligat, bir davaya ilişkin işlemleri o davayla ilgili kişilere bildirmek için, mahkemelerce Kanuna uygun biçimde yapılan bir belgelendirme işlemidir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23 Kasım 2011 tarih ve E 2011/11-554, K 2011/684.

kapsamında tebligatların gereği gibi yapılıp yapılmadığını incelemekle yükümlüdür. Ayrıca belirtmek gerekir ki tebligatın usulî bir işlem olması nedeniyle ve milletlerarası nitelikli uyumsuzluklarda usulî işlemlere *lex fori* hâkimiyeti gereği, tebligatın gereği gibi yapılıp yapılmaması hususunda Türk usul hukuku hükümleri esas alınacaktır.

Tebligatın temel amacı, hukukî işlemlerde kişinin bilgilendirilmesidir, bu sayede yargılamanın hızlandırılması ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Yargıya olan inancın gerçekleşmesi ve kişinin temel hakkı olan adil yargılanma hakkının^[8] yerine getirilmesi için tebligat usulü bir hayli önemlidir^[9]. Tebligat hukuku yargılamada işlemlerinin düzenlenmesi,

[8] Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti olmanın temel şartlarından birisi olup aynı zamanda kişi ve kurumların da yargı organlarına karşı güvencesidir. Konu özellik arz etmekle başka bir çalışmada ayrıca açıklanması uygun görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.73-74.

[9] Yargılama aşamasında tebligatın usulüne uygun olarak yapılması konusunun önemini içeren örnek yargı kararlarına bakacak olursak: “*Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile mümkündür. Davanın tarafları ile vekillerinin davaya ilişkin işlemleri öğrenebilmesi için, tebligatın davanın taraflarına usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin kendilerine bildirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tarafların hukuksal hakları kısıtlanmış olur.*”

Üçüncü Hukuk Dairesi’ nin E. 2018/8032, K. 2019/166, 16 Ocak 2019 (<https://www.yargitayicthahatmerkezi.gov.tr/>) Anayasa Mahkemesi E. 2013/95 K. 2014/176 sayılı 13 Kasım 2014 tarihli kararında da “*Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa’da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir*” ifadelerine yer verilmiştir.

“*Belirtmelidir ki, tebligat; bilgilendirme yanında belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir. Gerek tebliğ işlemi ve gerekse tebliğ tarihi ancak yasa ve yönetmelikte emredilen şekillerle tevşik ve dolayısıyla ispat olunabilir. Bu sebeple tebligatın usul yasalara ile ilişkisinde daima göz önünde tutulmalıdır. Tebligat ile ilgili 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılan yönetmelik hükümleri tamamen şeklidir. Kanun ve yönetmeliğin amacı tebligatın muhatabına en kısa zamanda ulaşması, konusu ile ilgili olan kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususların belgeye bağlanmasıdır. Hal böyle olunca, yasa ve yönetmelik hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur. Kanunun ve yönetmeliğin belirlediği şekilde yapılmamış ve belgelendirilmemiş olan tebligatların geçerli olmayacağı Yargıtay içtihatlarında açıkça vurgulanmıştır.*” Yargıtay

hangi belgelerin tebligata konu olacağı ve tebligatın nasıl yapılacağı gibi konularda net kurallar belirler. Ayrıca, tebligatın gerçekleştirilmiş olduğunun kanıtlanması da bu sürecin önemli bir parçasıdır. Tebligat her ne kadar basit bir usul işlemi gibi görünse de adil yargılanma hakkı^[10] ile bu hakkın önemli bir unsuru olan hukukî dinlenme hakkı^[11] ve usul ekonomisi^[12] açısından

Hukuk Genel Kurulu E. 2015/2827, K. 2016/843, 22 Haziran 2016 (<https://www.yargitayicthatterkezi.gov.tr/>). Benzer yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/12-644, K. 2014/284 12 Mart 2014 tarihli kararında da benimsenmiştir.

- [10] Adil yargılanma hakkı insan haklarına dair temel metinlerde yer almaktadır. Yargılamanın adil şekilde yapılması bakımından AİHS m.6'da ve iç hukukta T.C. Anayasası m. 36'da da güvence altına alınmıştır. Konuyla ilgili milletlerarası usul hukuku görünümünün ayrıntılı açıklaması için bkz. Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, *AİHS ve AİHM Kararlarının Da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.19 vd. Ahmet Cemal Ruhi, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yabancılarla ve Yurt Dışındaki Kişilere Yapılan Tebligat*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.28; Konuyla ilgili örnek için bkz. Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin E. 2016/6768, K. 2019/1854 14 Mart 2019 tarihli kararı (<https://www.yargitayicthatterkezi.gov.tr/>)
- [11] Hukukî dinlenme hakkı kavramı; bilgilenme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarınınca dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içermektedir. Yargılamada hukukî dinlenme hakkı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) m. 27'de yer almaktadır. Hukukî dinlenme hakkı, bilgilenilme hakkı, açıklama ve ispat hakkı, dikkate alınma hakkı olarak değerlendirilir. Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003, s.23. Konuyla ilgili örnek karar için bkz. Yargıtay Yirmi ikinci Hukuk Dairesi'nin (Y. 22. HD) E. 2016/14741 K. 2019/12898 Milletlerarası usul hukukunda hukukî dinlenme hakkı milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklarda önemli yer tutmaktadır. Konuyla ilgili bkz. Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2023, s.85 vd.
- [12] T.C. Anayasası m. 141/4'e göre davaların en az giderle ve mümkün olan sürede sonuçlandırılması yargının görevidir. Yargılamanın, ucuz, basit ve hızlı olması usul ekonomisi gereğidir. Usul ekonomisi makul sürede yargılanma hakkıyla doğrudan ilgilidir. Ejder Yılmaz "Usul Ekonomisi" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, s.243-274. Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesi Kararlarında da yer bulmaktadır. Örneğin; "Ancak yargılamaların makul süre içinde, düzenli bir şekilde ve gereksiz gider yapılmadan yürütülmesini temin etmek ve bu suretle usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmek düşüncesiyle davanın ihbarı belli şartlara ve usul kurallarına bağlanmıştır. Yargılama usullerinin belirlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi, bu suretle iyi adalet yönetiminin sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesi Anayasa'nın

anahtar rol oynamaktadır. Tebligatın uygun şekilde gerçekleştirildiği tarihin tespitinin yargılama süreci açısından sürelerin hesaplanmasında önemi büyüktür. Bir diğer deyişle kanunda yer alan ya da hâkim tarafından belirlenen sürelerin işlemeye başlaması için muhataba usulüne uygun olarak tebligat yapılması gerekmektedir^[13].

Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligatı gerçekleştirmeye yetkili kurum, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'dür. Tebligat çıkarmaya yetkili merciler^[14], Tebligat Kanunu'nu m. 1'de düzenlenmiştir^[15]. Tebligat, Tebligat Kanunu hükümlerinde yer alan şekilde yerine getirilmelidir^[16]. Tebliğ evrakının/davetiyenin bulunduğu tebliğ mazbatalı zarfı teslim alan memur, muhataba ya da muhatap yerine kabule yetkili kişilere tebligatı teslim eder ve zarfın matbu (basılı) tutanak kısmındaki boşlukları Tebligat Kanunu m. 23'te^[17] belirtilen usule uygun şekilde doldurur.

2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir. Dolayısıyla usul ekonomisi ve iyi adalet yönetimi ilkeleri gözetilerek davanın ihbarının belli şartlara ve usul kurallarına bağlanması mümkündür." Şeklinde ifadelerin yer aldığı Saffet Öksüz Başvurusu (Başvuru Numarası: 2021/16758) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2021/16758 E.T. 01.08.2024>.

- [13] Özbay ve Yardımcı, s.18.
- [14] Fatih Tahiroğlu, "Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler", *İÜHFEM*, Cilt 74, Sayı 1, 2016, s.389-396.
- [15] İlgili hükme göre; "*Kazaî merciler, 10 Aralık 2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile vakıf yükseköğretim kurumları, il özel idareleri, belediyeler, köy hükmi şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır.*"
- [16] Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbay ve Yardımcı, s.73; Emel Hanağası ve Muhammet Özekes, *Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku (Ed., Doğan Gökbel)*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 27. Baskı, 2017, s.3.
- [17] "*Tebliğ mazbatası: Madde 23 – Tebliğ bir mazbata ile tevsik edilir. Bu mazbatanın:*
1. *Tebliğ çıkaran merciin adını,*
2. *Tebliğ istiyen tarafın adını, soyadını ve adresini,*

Tebliğat, Tebliğat Kanunu m. 10'a göre tebliğ yapılacak kişinin (muhatabın) bilinen en son adresine yapılır^[18]. İlgilinin bilinen en son adresinin yurtdışında olması ihtimalinde de buraya tebliğat yapılması gerekmektedir. Yurtdışına tebliğatın oldukça zor bir süreç olması ve uzun zaman alması yargılamayı olumsuz etkilemektedir.

Tebliğat Kanunu'nda bulunan düzenlemeler gerçek kişiler esas alınarak yapılmıştır; tüzel kişiler bakımından ise aynı kanunun 12 ve 13'üncü maddelerinde düzenlemeler yer almaktadır. Tüzel kişilere tebliğat kural olarak Tebliğat Kanunu m. 12 ve 13 uyarınca yapılmalıdır. Tüzel kişilikteki adresin kapalı olması veya ulaşılamaması sebebiyle bir şirkete tebliğat yapılamıyorsa ve tebliğat iade edilmişse, Tebliğat Kanunu m. 21/1, 28, 35/4 hükümlerine göre tebliğatın yapılması imkânı doğar. Tebliğat Kanunu m. 7a/12 uyarınca muhatap olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere öncelikle kural olarak elektronik yolla tebliğat yapılması zorunludur. Yine kendisine elektronik yolla tebliğat yapılması zorunlu olan kişilere bu yolla tebliğat yapılması gerektiğinden noterlerin, şirketlerin adreslerinin olup olmadığını UETS (Ulusal Elektronik Tebliğat Sistemi) tarafından hazırlanan elektronik tebliğat adresi rehberinden kendiliğinden

3. *Tebliğ olunacak şahsın adını, soyadını ve adresini,*

4. *Tebliğin mevzuunu,*

5. *Tebliğin kime yapıldığını ve tebliğ muhatabından başkasına yapılmış ise o kimsenin adını, soyadını, adresini ve 22 nci madde gereğince tebellüğe ehil olduğunu,*

6. *Tebliğin nerede ve ne zaman yapıldığını,*

7. *21 inci maddedeki durumun tahaddüsü halinde bu hususlara mütaallik muamelesinin yapıldığını, adreste bulunmama ve imtina için gösterilen sebebi,*

8. *Ek: 11 Ocak 2011 tarihli ve 6099 sayılı Tebliği'n 6. maddesi uyarınca, Tebliğatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı,*

9. *Değişik: 19 Mart 2003 - 4829/7 md., Tebliğ evrakı kime verilmiş ise onun imzası ile tebliğ memurunun adı, soyadı ve imzasını, İhtiva etmesi lazımdır."*

[18] Bilinen en son adres kavramı ikametgâh ile eşdeğer değildir, kişinin ikameti veya işyeri gibi sosyal yaşam alanlarının tamamını kapsayacak niteliktedir. Bilinen en son adres kavramı gerçek ve tüzel kişiler için geçerlidir. Bilinen en son adresin tespiti konusunda tebliğ talep edenin beyanı, muhatabın veya diğer ilgililerin bilgilendirmeleri ile çeşitli belgeler dikkate alınmaktadır. Bilinen son adresin tespitinde yaşanan güçlükler, tebliğatın yapılmasını engellemekte, gecikmelere neden olmaktadır. Bilgi için bkz. Nesibe Kurt Konca, "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *TBB Dergisi*, Cilt 114, 2014, s.246-247.

araştırması gerekir^[19]. Tebligat Kanunu m. 12 ve 13 hükümlerine göre tüzel kişilere tebligat, öncelikle yetkili temsilciye; bunlar birden fazla ise yalnızca birine yapılır (TK m. 12; Yön. m. 20). Gerçek ve tüzel kişilerin ticari işletmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ticari işletmelerinin işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ticari işletmenin o işlemde yetkili ticari temsilcisine yapılan tebligat, geçerli tebligat sayılır (TK m. 12/2; Yön. m. 20/3). Tüzel kişiler adına kendisine tebliğ yapılacaklar, herhangi bir sebeple belirli iş saatlerinde iş yerinde bulunmuyorlar yahut o sırada evrakı bizzat alamayacak bir konumda iseler tebligat, tüzel kişinin o yerde sürekli çalışan memur ya da müstahdemlerinden birisine yapılır (TK m. 13; Yön. m. 21/1).

Tebligat Kanunu'ndaki temel usule göre tebligat evrakı tebliğ mazbatalı zarf ile gönderilmelidir. Tebliğ tutanağında yer alan belirli kısımlar kanunun öngördüğü usule uygun şekilde doldurulur, tebliğin yapıldığı günün tarihi atılır ve imzalanır (TK m. 23)^[20]. İlgiliye yapılan tebligatın ispatı sadece tebliğ tutanağı ile mümkündür. Tebliğ konusuna dair içerik muhataba hatalı olarak bildirilirse bu tebliğ hukukî sonuçlarını doğurmayacaktır. Tebliğ tutanağı, muhataba ya da muhatap yerine kabule yetkili kişilere tebliğin yapıldığını

[19] Levent Börü, “Yargıtay Kararları Işığında Tüzel Kişiliği Olan Şirketin Adresinin Kapalı Olması Durumunda Şirkete Karşı Noterlikçe Çıkarılan İhtarnameinin Tebliği Sorunsalı (TK m. 21/1)”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt13, Sayı 1, 2023, s.56.

[20] Tebligat Yönetmeliği Ek-1 Örnek No: 3 tebliğ tutanağının nasıl olması gerektiği konusunda örnek teşkil eder.

gösteren belgedir^[21]. Tebliğ tutanağı^[22] içeriğinde tebliğin yapıldığına dair kayıtlı birlikte şayet tebliğ yapılmamışsa buna dair bilgiyi de kapsar^[23].

Tebliğatin yapılabilmesi için buna ilişkin giderlerin karşılanması gerekmektedir. Konuyla ilgili Tebligat Kanunu m. 5/1 ve Yönetmelik m. 8/1'e göre, tebligat ücreti veya masrafı söz konusu ise buna ilişkin ücret, aksine düzenleme bulunmadıkça, tebliğ yapılmasını isteyen kişi tarafından peşin olarak ödenir.

II. MİLLETLERARASI TEBLİGAT USULÜ

Günümüzde gerek milletlerarası ticaretin gelişmesi gerekse yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının sayısının artması sebebiyle, birçok farklı alanda yurtdışına tebligat yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda taraflardan birinin yabancı ülkede olması varsayımında tebligatın usul hukuku kurallarına göre yapılması gerekmektedir^[24]. İlgilinin bilinen son adresinin yurtdışında olması ihtimalinde de buraya tebligat yapılması gerekmektedir. Yurtdışına tebligat oldukça zor ve uzun bir sürece yayılması yargılamayı olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle çalışmamızda yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları bakımından tebligatın daha pratik hale getirilmesi hakkında bir düzenlemenin faydalarına değinilecektir. Milletlerarası uyuşmazlıklarda elbette her daim yurtdışında tebligat yapılması gereken kişi gerçek kişi değildir. Ancak merkezi yurtdışında olan bir şirket Türk tabiiyetinde olmayacağından bu çalışmanın kapsamı

[21] “Mahkemeye, davalı erkeğe ön inceleme duruşmasının tebliği için düzenlenen mazbatada tebliğ memurunun imzası bulunmamaktadır. Tebliğ memurunun imzası tebligat mazbatalarında bulunması zorunlu unsurlardandır (Tebliğat Kanunu m.23). Bu durumda ön inceleme duruşmasının davalı erkeğe tebliği usulsüz olup, davalının savunma hakkı kısıtlanmıştır...” Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin E. 2015/23745, K. 2017/3157, 22 Mart 2017 (www.lexpera.com.tr).

[22] Doktrinde yer alan, “Tebliğ mazbatası, tebliğin kime, nerede, ne zaman ve hangi koşullarda yapıldığını gösteren bir belgedir.” şeklindeki tanım için bkz. Mustafa Oskay, “Tebliğat Hukuku ile İlgili Sorunlar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 21, Sayı 4, Ekim 1995, s.500- 511.

[23] Özbay ve Yardımcı, s.72.

[24] Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2019, s.179 vd.

dışındadır. Yabancı ülkede tebligat yapılacak kişinin yabancı gerçek kişi olması da bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Çünkü çalışmamızda sunulmak istenen çözüm önerisi elektronik tebligat usulüdür ve sistem olarak bunun sağlanması Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler için mümkün kılınabilecektir. İlerleyen zamanda uluslararası bir dijital dönüşüm çalışması ile daha kapsamlı bir e tebligat usulüne geçilmesi de pek tabii muhtemeldir.

Yabancı ülkelere yapılacak tebligat usulü 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 25-27 ve Tebligat Kanunu Yönetmeliği m. 38-47 arasında düzenlenmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından 26 Aralık 2023 tarihinde çıkarılan Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara Dair Tebliğ^[25] de mevzuatta önemli yer tutmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki Adalet Bakanlığı Dış ilişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün "*Hukukî Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri*"ne ilişkin 63/3 sayılı ve 16.11.2011 tarihli genelgesi bulunmaktadır^[26]. Türkiye Cumhuriyeti iç hukukta yer alan bu düzenlemeler dışında çok taraflı olarak 1954 Tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi^[27] ile 1965 15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi'ne^[28] taraftır. Ayrıca Türkiye'nin çok sayıda yabancı devlet ile tebligat konusunda ikili anlaşmaları mevcuttur^[29].

Türkiye'den yurtdışında bir kişiye yapılması gereken tebligat hakkında izlenecek yöntem açısından temelde iki ayırım yapılması uygundur. Şayet Türkiye ile tebligat yapılacak ülke arasında herhangi bir uluslararası sözleşme yoksa tebligat usulü tamamen 7201 sayılı TK hükümlerine göre yapılacaktır.

[25] RG, 26 Aralık 2023, Sayı 32411. Söz konusu tebliğ 1 Ocak 2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[26] Söz konusu genelge ve işlem şeması için bkz. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3>

[27] RG, 23 Mart 1972, Sayı 14137.

[28] 09 Temmuz 1971 tarihli 1483 Sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. 17 Haziran 1972 tarihli ve 14218 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır ve Türkiye'de 11 Temmuz 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[29] Konuyla ilgili bilgi için bkz. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/S%C3%B6zle%C5%9Fmeler>

Türkiye ile tebligat yapılacak ülke arasında ikili^[30] veya çok taraflı sözleşme bulunması ihtimalinde ise tebligatın seyri değişmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki yurtdışına yapılması gereken tebligatın muhatabı bir Türk vatandaşı ise bu durumda izlenecek yöntem de ayrıca düzenlenmiş ve tebligatın daha hızlı yapılabilmesi için mevzuatta kolaylık getirilmeye çalışılmıştır.

A) TEBLİGAT YAPILACAK ÜLKE İLE TÜRKİYE ARASINDA HERHANGİ BİR SÖZLEŞME BULUNMAMASI HALİNDE MİLLETLERARASI TEBLİGAT

Türk resmi otoriteleri tarafından yabancı ülkede bulunan bir kişiye tebligat, iç hukukta yer alan Tebligat Kanunu ve sair mevzuatta yer alan kurallara göre yapılacaktır. Buna göre yabancı ülkedeki kişilere Tebligat Kanunu m. 25-27 hükümlerine göre tebligat yapılması mümkündür. Ayrıca bu tür tebligatlarda Tebligat Kanunu Yönetmeliği'nin 38-37 maddelerinin de esas alınması gerekmektedir.

Tebligat Kanunu m. 25'e göre: "Yabancı memlekette tebliğ o memleketin salahiyetli makamı vasıtasıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o memleket kanunları müsait ise, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını salahiyetli makamdandır."

(Mülga: 19/3/2003-4829/18 md.)

Yabancı memleketlerde bulunan kimselere tebliğ olunacak evrak, tebligatı çıkaran merciin bağlı bulunduğu vekalet vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığına, oradan damemuriyet havzası nazarı itibara alınarak ilgili Türkiye Elçiliğine veya Konsoloslukuna gönderilir.

(Ek: 6/6/1985 - 3220/8 md.) Şu kadar ki, Dışişleri Bakanlığının aracılığına lüzum görülmeyen hallerde tebligat evrakı, ilgili Bakanlıkça doğrudan doğruya o yerdeki Türkiye Büyükelçiliğine veya Başkonsoloslukuna gönderilebilir."

Ayrıca Yönetmelik madde 38'de "(1) Yabancı ülkelerde bulunanlara tebliğ olunacak evrak, tebligatı çıkaran merciin bağlı bulunduğu bakanlık aracılığıyla Dışişleri Bakanlığına, oradan da o yerdeki Türkiye Büyükelçiliğine veya başkonsoloslukuna gönderilir."

[30] Bunların yanında, Türkiye'nin akdetmiş olduğu iki taraflı hukukî, ticari ve cezai iş birliği sözleşmelerinde de tebligata ilişkin hükümler bulunmaktadır.

(2) *Dışişleri Bakanlığının aracılığına gerek görülmeyen hallerde, tebligat evrakı bakanlıklarca doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliğine veya başkonsoloslughuna gönderilebilir.*

(3) *Dışişleri Bakanlığı ve tebliği çıkararan merciin bağlı olduğu bakanlık tebliğ evrakını, 39, 40, 41, 43 ve 47 nci madde hükümlerine göre düzenlenip düzenlenmediği yönünden inceler, varsa yanlışlık ve eksiklikleri düzelttirir veya tamamlattırır.*^[31]

Bu hükümlerde düzenlenen sistemin adı diplomatik yol veya konsüler yoldur. Yöntemin sıkça tercih edildiği ve oldukça zahmetli ve yavaş ilerlediğini kabul etmek mümkündür. Türkiye'den tebligat yapılacak ülkeye dair usulün belirlenmesinde öncelikle ilgili ülke ile Türkiye arasında ikili veya çok taraflı bir sözleşme bulunup bulunmadığı hususuna bakılır. Taraflar arasında herhangi bir uluslararası sözleşme yok ise bu durumda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanmaya muhtaçtır^[32]. Türk mahkemelerinden yabancı ülkedeki bir kişiye yapılacak tebligat usulü, ilgili düzenlemeye göre şöyledir: Tebliğ edilecek evrak tebligat yapacak makamın bağlı olduğu Bakanlık aracılığı ile Dış İşleri Bakanlığı'na oradan da tebligatı yapacak olan Türk elçilik veya konsoloslughuna gönderilir. Dış işleri Bakanlığının aracı olması gerekmeyen durumlarda ise tebligat evrakı ilgili Bakanlık tarafından doğrudan ilgilinin son adresinin bulunduğu ülkedeki Türk Büyükelçiliği veya Konsoloslughuna gönderilir. Dış temsilciliklere ulaşan tebligat o yerdeki kurallara ve usule uygun olarak ilgiliye tebliğ edilir. Bu konuda yabancı ülkedeki yerel makamlardan destek alınır. İlgili kişiye 30 gün süre verilir ve ilgili bu süre içinde evrakı alabilir veya almaktan imtina ederse tebligat yapılmış sayılır. Özetle, ilgiliye tebligat için verilen 30 günlük sürenin sonunda her halde tebligat yapılmış kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu yöntem oldukça uzun sürebilmektedir, ilgiliyle iletişim kurma imkânı zorlaşabilmektedir.

[31] Maddeye dair örnek yargı kararı için bkz. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nin E. 2019/1108 K. 2019/9021 25 Kasım 2019 tarihli kararı; Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi'nin E. 2021/1407 K. 2021/4022 16 Aralık 2021 tarihli kararı.

[32] B. Bahadır Erdem, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, İstanbul, Beta Basım, 1992, s.79; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, Beta Basım, 595. Bası, 2021, s.23; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, Beta Basım, 16. Bası, 2021, s. 496.

B) TEBLİGAT YAPILACAK ÜLKE İLE TÜRKİYE ARASINDA MİLLETLERARASI ANLAŞMA BULUNMASI DURUMUNDA MİLLETLERARASI TEBLİGAT

1- 1954 Tarihli “Hukuk Usulüne Dair Sözleşme” ye Göre Tebligat Usulü

1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşme^[33], milletlerarası adli yardıma ilişkin olup yabancı ülkede yapılacak tebligatı da bu kapsamda düzenlemektedir. Türkiye Sözleşmeye taraftır. Bu sözleşme tebligatın yanında istinabe, adli yardım ve teminat konularını da düzenlemiştir. Tebligata dair düzenlemeler m. 1-7 arasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemede yer alan tebligat yöntemi olarak konsüler yolun tercih edildiği görülmektedir. Buna göre tebligat talep eden devletin konsolosu tarafından kendisinden talepte bulunan devletin belirleyeceği merkezi makam tarafından yapılır. Bu sözleşmede yer alan hükme göre ülkeler arasında başkaca bir sözleşme varsa bu hükümler uygulanır.

Sözleşme’de yer alan tebligat usulü, konsolosluk yoluyla tebligattır. Buna göre tebligat talebi, talep eden devletin konsolosu tarafından, tebligat devletin sözleşmede belirlediği merkezi makama iletilir. Tebligat talebini alan merkezi makam, tebligatın gerçekleşmesi durumunda ispatlayan belgeyi, tebligatı yapamamış ise bunun sebebini açıklayan belgeyi tebligat talep eden devletin konsolosuna gönderir.

Buna ilaveten 1954 Sözleşmesi sözleşmeye taraf devletlerin kendi vatandaşlarına tebligat yapılması konusunda özel bir düzenleme getirmektedir. Sözleşmenin m.6’ya göre tebligat muhatabının, tebligatı

[33] RG, 23 Mart 1972, Sayı 14137. Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmeye 23 Ekim 1972 tarihinde taraf olmuştur. Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girişi ise 11 Temmuz 1973 tarihidir. Sözleşmeye taraf olan devlet sayısı bugün için kırk dokuzdur. Taraf devletler: Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Belçika, Beyaz Rusya (Belarus), Bosna-Hersek, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İsrail, İsveç, İsviçre, İspanya, İtalya, İzlanda, Japonya, Karadağ, Kazakistan, Kırgızistan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Kuzey Makedonya, Letonya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Moldova Cumhuriyeti, Moğolistan, Mısır, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye, Ukrayna, Vatikan.

Sözleşmenin orijinal metni ve taraf ülkeler için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=33>.

çıkaran devletin vatandaşı olması halinde tebligat, zor uygulanmaması şartıyla diplomasi memurları veya konsolosları tarafından doğrudan doğruya yapılabilir.

2- 1965 Tarihli “Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi”ne Göre Tebligat Usulü

Milletlerarası usul hukukunda tebligat konusunda güncel ve önemli bir sözleşme olan 1965 “*Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi*” sadece tebligat konusunda özel olarak hazırlanmıştır. Bu sözleşme 15 Kasım 1965 tarihinde Lahey Özel Hukuk Konferansında imzalanmış ve 9 Ekim 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir^[34]. Sözleşme Türkiye’de, 17/06/1972 Tarihli 14218 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin meydana getiriliş amacı uluslararası tebligatta zorlukları en aza indirmek ve tebligatın yapılış usulü hakkında pratik bir yol sağlanmaktır. Sözleşmenin başlangıç kısmında; “*yabancı memleketlerde tebliğ edilecek adli ve gayri adli belgelerin muhatabına vaktinde tebliğini sağlayacak uygun vasıtalar ihdas etmek ve bu amaca hizmet için usulleri basitleştirmek ve süratlendirmek sureti ile karşılıklı adli yardımlaşmayı islah etmek üzere iş bu sözleşme imzalanmıştır*” diyerek sözleşmenin amacı açıklanmaktadır.

Sözleşmenin içeriğinde yabancı ülkelere tebliğ edilecek adli ve gayri adli belgelerin ilgiliye zamanında ve usule uygun şekilde tebliğini sağlayacak

[34] Sözleşme metni ve taraf ülkeler için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=17>

2024 yılı itibarıyla taraf ülkeler: Arnavutluk, Andorra, Antigua ve Barbuda, Arjantin, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bahamalar, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Bosna-Hersek, Botswana, Brezilya, Bulgaristan, Kanada, Çin, Kolombiya, Kosta Rika, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Mısır, El Salvador, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, Hindistan, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kazakistan, Kuveyt, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malavi, Malta, Marshall Adaları, Meksika, Monaco, Karadağ, Fas, Hollanda, Nikaragua, Kuzey Makedonya, Norveç, Pakistan, Paraguay, Filipinler, Polonya, Portekiz, Kore Cumhuriyeti, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Saint Vincent ve Grenadinler, San Marino, Sırbistan, Seyşeller, Singapur, Slovakya, Slovenya, İspanya, Sri Lanka, İsveç, İsviçre, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Venezuela, Vietnam.

uygun yöntem geliştirmek bu sebeple de tebligat usulünü basit ve hızlı hale getirmek hedeflenmektedir^[35]. Bu sözleşmenin sağladığı en büyük kolaylık merkezi makam sistemini düzenlemesi ve tek bir kaynaktan tebligat yapılması olanağıdır.

Sözleşme, tebligatın zamanında ve uygun şekilde yapılması amacıyla birtakım kurallar öngörmüştür. Sözleşme ekinde örnek tebliğ talepnamesine yer verilmiştir. Sözleşme ile ülkeler arasındaki tebligat sürecinin farklı olması sebebiyle uğranan aksaklık giderilmeye çalışılmış, tebligatın usul ve esaslarının yeknesaklaştırılması istenmiştir. Sözleşme, taraflar arasında gerekli hukukî belgelerin (mahkeme kararları, dava dilekçeleri, yargılamaya dair evraklar vb.) diğer ülkelerdeki kişilere veya kuruluşlara ulaştırılmasını düzenler^[36]. Sözleşme, tebligatın nasıl yapılacağına dair çeşitli kuralları belirler. Bunlar arasında tebligatın nasıl bir yöntemle yapılacağı, hangi belgelerin tebligat konusu olarak kullanılacağı, tebligatın yapılacağı dil, tebligatın mahkemeler veya yetkili merciler tarafından nasıl düzenlenmesi gerektiği gibi hususlar yer almaktadır.

Sözleşmeye göre yargı mercileri adli evrakları, diğer yetkili makamlar ise gayri adli belgeleri bağlı oldukları devletin resmi makamlarını aracı kılmadan doğrudan tebliğ talep edilen devletin merkezi makamına gönderebilir. Sözleşmedeki yenilik taraf devletlerce, merkezi makam kurulması gerekmesidir. Bu yenilikle birlikte yurt dışına yapılan tebliğler diplomatik usule oranla daha hızlı, kolay ve pratik bir yolla yapılabilecektir. Türkiye adına bu görevi yerine getiren merkezi makam, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'dür^[37].

[35] Ali Gümrah Toker, “15 Kasım 1965 Tarihli ‘Hukukî ve Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’ Uyarınca Tebligat Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s.107-152.

[36] Sözleşme, tebligatın karşı tarafın adil bir şekilde haberdar olmasını sağlamak ve hukukî sürecin adil ve etkin bir şekilde yürütülmesini temin etmek amacıyla tasarlanmıştır. Ayrıca, uluslararası hukukun bu belirli alanında uyumlu bir uygulama sağlamak üzere taraf devletler arasında iş birliğini teşvik eder.

[37] 15 Temmuz 2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 799 uncu maddesiyle, “Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler” ibaresi “Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği” şeklinde değiştirilmiştir.

Sözleşme içeriğinde merkezi makam aracılığı ile pratik yöntemin dışında diğer yollar da yer almaktadır. Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan çekince olanağından bahsetmekte fayda vardır. Sözleşme'nin 8'inci maddesi *“Âkit Devletlerden herbiri adli belgelerin yabancı memleketlerde tebliği işini, zor kullanmaksızın, doğruca kendi diplomatik ve konsolosluk ajanları vasıtası ile yaptırmakta muhtardır. Tebligatın belgenin çıktığı memleketin uyruklusuna yapılması hali müstesna, Devletlerden herhangi biri, kendi topraklarında bu şekilde tebligat yapılmasına muhalefet edebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 8'inci maddesine çekince koyulması durumunda tebliğ talep eden makamın bulunduğu devletin, tebliğin talep edildiği ülkede görevli bulunan diplomatik memurlar veya konsolosluk görevlileri vasıtasıyla tebliğ yapılabilmesi mümkün olmayacaktır.

Sözleşmenin 10'uncu maddesinde sözleşmeyi uygulayan devletlerin tebligatları hakkında olumlu bir düzenleme içermektedir. Bu sözleşmenin 10. maddesinde tebliğ usulleri kapsamında “doğrudan tebliğ” usulü düzenlenmiştir. Doğrudan tebliğ usulünün yapılabilmesi için tebligat yapılacak (muhatap) Sözleşme tarafı ülkenin, bu maddede yer alan tebliğ usulüne çekince koymamış olmalıdır. Şöyle ki; bir devlet bu maddeye çekince koymuşsa artık akit devletin; çekince koyan devlette yaşayan vatandaşına doğrudan tebligat yapması mümkün değildir.

Doğrudan tebliğ usulünü düzenleyen Sözleşme m. 10:

“Talep edilen Devlet itiraz etmedikçe işbu Sözleşme:

- a) Adli belgelerin yabancı memleketlerdeki kişilere doğruca posta vasıtası ile gönderilmesinde;
- b) Menşe Devletindeki adalet görevlileri, Devlet memurları veya Devletin diğer yetkili kişilerinin adli belgelere ilişkin tebligatı doğruca talep edilen Devletteki tebligat yapmağa yetkili kimseler Devlet memurları, Devletin yetkili diğer kişileri aracılığı ile yapmakta;
- c) Bir dava ile ilgili herhangi bir kimsenin, adli belgelere ilişkin tebligatı doğruca talep edilen Devletin tebligat yapmağa yetkili kimseleri, devlet memurları veya o Devletin diğer yetkili kişileri vasıtası ile yaptırmakta muhtar olmasına engel teşkil etmez.”

Türkiye bu sözleşmenin 10/a maddesine çekince koyarak onaylamıştır. Söz konusu madde sözleşmeye taraf ülkede bulunan kişiye tebliğ yapmak isteyen devletin doğrudan tebligat yapılabilmesi olanağıdır. Türkiye bu

uygulamayı önlemek istediği için maddeye çekince koymuştur^[38]. Buna göre, Türkiye'deki bir yabancıya kendi ülkesinin yetkili makamları doğrudan tebligat yapamayacaktır^[39]. Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan 2011 Tarihli

[38] Konuyla ilgili güncel bir Yargıtay Kararında, Yargıtay On birinci Hukuk Dairesi'nin E. 2020/1533 K. 2020/5095 17 Kasım 2020 tarihli kararda: “İlk Derece Mahkemesince, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davaya konu yabancı mahkeme kararının 1965 tarihli Hukuki Ve Ticari Konularda Adli Ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlilere Tebliğine Dair Sözleşmenin 10. maddesine Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin koymuş olduğu çekince doğrultusunda tenfizi istenen kararın davalı tarafa posta yoluyla tebliğ edildiği ve şeklen kararın kesinleştiği, posta yolu ile tebliğ yoluna gidilmesi ile usulüne uygun olarak yapılmayan karar tebliği nedeniyle davalının savunma ve temyiz hakkının kısıtlandığı ve engellendiği, yurtdışında faaliyet gösteren şirkete, yurtiçindeymiş gibi posta yoluyla tebligat yapılmasının kamu düzeninden olan Türk Usul ve Tebliğ Yasalarına aykırılık oluşturduğu, bu durumda MÖHUK'un 50. maddesi gereğince ortada kesinleşmiş bir karar olduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” şeklinde karar verilmiştir. Benzer yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Onikinci Hukuk Dairesinin, E. 2023/1689 K. 2023/1380 21 Eylül 2023 tarihli kararında: “1965 tarihli Adli Yardımlaşmaya İlişkin Lahey Sözleşmesi hükümleri gereğince tebligatların diplomatik yolla yapılması gerekmekte olup bu yolla tebliğ edilmeyen, yani bir başka deyişle adi posta yoluyla yapılan tebligat sonucu bir yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesi mümkün bulunmamaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2016/13566 esas- 2018/4748 karar sayılı emsal ilamu, Romanya'da yürürlükte bulunan kanununun 5/2. maddesinde belgelerin yurt dışına tebliği düzenlenmiştir. Bu madde ile uluslararası tebligatların, öncelikli olarak eğer varsa uluslararası bir sözleşmenin varlığına veya hükümlerine göre gönderilmesi gerektiği belirtilerek tebligatların hangi yollarla gönderilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar söz konusu kanunda tebligatın posta yoluyla doğrudan muhataba gönderilebileceği düzenlenmiş ise de Türkiye ve Romanya'nın taraf olduğu Lahey Sözleşmesi, tebliğ edilecek evrakın doğrudan muhataba posta yoluyla gönderilmesine olanak vermemektedir. Bu nedenlerle Romanya mahkemesi tarafından verilen kararın doğrudan posta yoluyla davalıya gönderilmesinin 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiği açıktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

[39] Türkiye'den yapılacak tebliğlerde, bu maddeye çekince koymayan devletlere doğrudan tebligat usulü ile tebliğ yapılabilecektir. Sözleşmeye çekince koymayan ve doğrudan tebliğ yapılabilecek ülkeler; Amerika Birleşik Devletleri, Arnavutluk, Antigua ve Barbuda, Bahama Adaları, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Birleşik Krallık (İngiltere) ve Kuzey İrlanda, Bosna-Hersek, Botsvana, Çin Hong-Kong ve Macao Özel Bölgeleri, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kolombiya, Letonya, Lüksemburg, Malavi, Pakistan, Portekiz, Romanya, Seyşeller, Slovenya, Saint Vincent ve Grenadines'tir.

63/3 No.lu Genelgede Sözleşmenin 10.maddesine göre tebliğ yapılacağı belirtilmiştir.

Genelgenin doğrudan tebliğe ilişkin düzenlemesi ise şu şekildedir;

“16. 1965 tarihli Sözleşmede kabul edilen tebligat yöntemi, kural olarak merkezî makam aracılığı ile tebligat olup, 8’inci madde ile taraf devletlere konsoloslukları aracılığı ile sadece kendi vatandaşlarına tebligat yapma olanağı tanınmış bulunmaktadır.

17. Sözleşmenin tanıdığı bir diğer tebligat yöntemi de doğrudan posta yolu ile tebligattır. Bu yöntem, sadece Sözleşmenin 10’uncu maddesine çekince koymayan devletler açısından başvurmak mümkündür. Türkiye, 10’uncu maddedeki tebligat yöntemini kabul etmeyeceğini bu maddeye koyduğu çekince ile belirtmiş bulunmaktadır.

18. Sözleşmenin 10/a maddesi uyarınca Ek (5)’da yer alan devletler, ülkelerinde muhataplara doğrudan posta vasıtasıyla tebligat yapılmasını kabul etmişlerdir. Buna göre, tebliği çıkaracak yetkili merci tarafından, tebliği istenen belgelerin Türkçesi ile muhatabın dilinde yapılmış çevirisinin, talepname ekinde, Bakanlığımız aracı kılınmaksızın iadeli taahhütlü posta yolu ile doğrudan muhatabın adresine gönderilmesi mümkündür.”^[40]

Özetle 1965 tarihli Sözleşme’de tebligatın yurtdışına yapılması usulü basit ve hızlı bir hale getirilmesi amacıyla düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşme

[40] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2017/130 K. 2019/1394, 19 Aralık 2019 “Alman mahkemeleri tarafından 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi gereğince merkezî makam aracılığıyla kendisine dava dilekçesi gönderilen ve hakkında dava açıldığı, hangi sürelerde ne şekilde savunma yapabileceği konusunda aydınlatılan davalının mahkemede kendisini savunmaması veya tebligat yapılacak bir temsilci bildirmemesi durumlarında mahkeme tarafından kararın posta yolu ile tebliğ edilmesi, her iki devletin de 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 10. maddesine çekince koyması karşısında davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Alman mahkemesince doğrudan posta yoluyla yapılan karar tebligatının 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne aykırı olması nedeniyle tebligatın geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Bu durumda karar davalıya tebliğ edilmemiş sayılacağından kararın Alman kanunlarına göre de kesinleştiğinden söz edilemeyecektir... Hem Türkiye’nin hem de Almanya’nın 1965 tarihli Lahey Sözleşmesine taraf olması ve her iki ülkenin de anılan Sözleşme’nin 10. maddesine çekince koyması karşısında tenfize konu yabancı mahkeme kararının doğrudan posta yoluyla tebliğ edilmesi yapılan tebliğin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaktadır.” Benzer yönde Yargıtay On birinci Hukuk Dairesi’nin E. 2015/5804 K. 2015/9323, 16 Eylül 2015; Yargıtay On birinci Hukuk Dairesi’nin E. 2016/13566 K. 2018/4748, 25 Haziran 2018. (<https://www.yargitayicthahmerkezi.gov.tr/>)

tebligatın taraf devletler tarafından belirlenen merkezi makamlar aracılığıyla yapılmasını öngörmektedir. Bununla birlikte 8'inci maddesinde yer alan düzenlemede diplomatik temsilciler aracılığıyla tebligat hususu düzenlenmiş ve taraf devletlere bu maddeye çekince koyma imkânı sunulmuştur. Ayrıca aynı sözleşmenin 10/a maddesinde de taraf devletlerin yurtdışındaki kendi vatandaşlarına doğrudan tebligatı mümkün kılmakla birlikte yine devletlere çekince koyma hakkı verilmiştir.

3- Birden Çok Sözleşmeye Aynı Anda Taraf Olunması Halinde Tebligat Usulüne Uygulanacak Hükümler

Türkiye ikili ve çok taraflı sözleşmeye taraftır. Bu sözleşmelerin içinde taraf devletler arasında istinabeyi, tebligatı konu alan sözleşmeler bulunmaktadır. Çalışmamızda tebligata dair değinmeye çalıştığımız çok taraflı sözleşmeler; 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi ve 1965 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Adli veya Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesidir.

1965 tarihli Sözleşme, her iki sözleşmeye taraf olan devletler arasında özel nitelikte hükümler taşımaktadır. Şöyle ki; her iki Sözleşmeye birden taraf olan devletler bakımından tebligat işlemleri, 1965 Tarihli Sözleşmeye göre yerine getirilir. 1954 Tarihli Sözleşmeye taraf olan devletlerin büyük bir çoğunluğu, 1965 Tarihli Sözleşmeye de taraf oldukları için günümüzde, 1954 Tarihli Sözleşmenin tebligata ilişkin hükümlerinin uygulama alanı oldukça azalmıştır.

Türkiye ile tebligat yapılacak yabancı ülke hem 1954 hem 1965 Lahey Sözleşmesinde de taraf olması durumunda öncelik hükmüne göre 1965 tarihli Lahey sözleşmesi uygulanacaktır.

Tebligat yapılması gereken yabancı ülke ile Türkiye arasında hem ikili anlaşma hem de 1965 tarihli Lahey sözleşmesi söz konusuysa sözleşmenin 25'inci maddesinde bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, ülkeler arasında ikili anlaşma bulunması bu sözleşmenin uygulanması için engel değildir. Şöyle ki tebligat gönderecek devlet makamı en pratik ve kolay yol hangi sözleşmeye göre mümkün ise onu tercih etmelidir. Nitekim ikili veya çok taraflı olsun uluslararası tebligat sözleşmelerinin temel amacı, hızlı ve güvenli tebligatın

sağlanması ve adaletin tesis edilmesidir. Bu nedenle tebligat yapılması gereken ülkeyle olan sözleşmesel ilişkide en lehe olan sistem uygulanmalıdır^[41].

63/3 sayılı Genelge Ek 9'da de yer aldığı üzere ülke bazında ikili ve çok taraflı anlaşma bulunması durumunda tebligat usulünün ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin Almanya ile Türkiye arasında 15/05/1930 tarih ve 1622 sayılı Kanunda onaylanan ve 04/06/1930 günü 1511 Tertip sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak her iki devlet arasında 18/11/1931 tarihinde yürürlüğe giren, 1929 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyeye Müteallik Münesabatı Mükabiliyeye Dair Mukavele-name" mevcuttur. Ayrıca Almanya 1965 Lahey'e ve 1954 Lahey'e de taraftır. Mukaveleye göre, tebligata ilişkin talepname talep edilen devletin dilinde düzenlenecek ve tebligatı çıkaran makam, davacı ve davalının isim ve sıfatları, tebliğ muhatabının isim ve adresi ve evrakın niteliği ile ilgili bilgiler yazılacaktır. Talepnameye, tebliğ edilecek evrakın, talep edildiği devletin dilinde düzenlenmiş onaylı tercümeleleri eklenecektir.

Buna göre belirtmek gerekir ki; tebligat yapılacak ülke ile Türkiye arasında birden fazla sözleşmeye taraf olunması durumunda öncelikle 63/3 sayılı Genelge ve Ek9'da yer alan muhtelif ülkeler bakımından yürürlükteki sözleşme uygunluğunun sağlanması gerekmektedir. Bunun tespitinin akabinde uygulanacak sözleşmede yer alan özelliklere uygun usul kurallarına göre tebligatın yapılması esastır.

[41] Bu konu, Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan 63/3 No.lu Genelge'de düzenlenmiştir. Genelge de şu hususa temas etmektedir: "Türkiye ile tebligatın yapılacağı devlet arasında aynı zamanda ikili anlaşma ve çok taraflı sözleşme varsa, kural olarak çok taraflı sözleşmenin uygulanması, ancak ikili anlaşmada çok taraflı sözleşmelere nazaran tebligatı kolaylaştıran ayrı ve özel bir hükmün bulunması hâlinde ikili anlaşma hükümlerinin uygulanması; tereddüt hâlinde de yine ikili anlaşmaya göre işlem yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir"

C) TEBLİGAT KANUNU UYARINCA YURTDIŞINDA İKAMET EDEN TÜRK VATANDAŞLARINA TEBLİGAT

Yabancı ülkede bulunan ve kendisine tebligat yapılacak kişinin Türk vatandaşı olması durumunda^[42] Tebligat Kanunu m. 25/a ya göre^[43] oradaki Türk siyasi memur veya konsolos aracılığıyla yapılabilir. Bu durumda tebliğ edilecek evrak Türkçe hazırlanır. Söz konusu evrak doğrudan Türkiye'nin dış temsilciliğine iletilir, bu yöntemde Adalet Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı aracı kılınmaz. Tebligatın içeriğinde tebliğin konusu, makamı gibi olması gerekli bilgilerin yanında 30 gün içinde temsilcilğe başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ihtarını içeren bildirim ilgili Türk vatandaşına o ülkenin mevzuatına uygun olarak iletilir. Söz konusu tebligat o ülkenin kurallarına uygun şekilde kişiye iletilmesinin ardından 30 gün içinde ilgili tarafından Türk Büyükelçiliği ve Konsoloslukuna başvurmadığı veya başvurmasına rağmen evrakı almaktan kaçınması durumunda tutanak tarihinde tebligat usulüne uygun olarak yapılmış kabul edilir. Tebligat Kanunu m. 25/a da yer alan bu yöntem diplomatik yola bir alternatif olarak geliştirilmiştir. Bu nedenle Tebligat Kanunu m. 25/a da yer alan tebligat usulünün kullanılması zorunlu değildir. Mahkeme veya ilgili kurum gerekli gördüğü takdirde diplomatik yolla da tebligat yapılabilir^[44].

[42] Yabancı ülkede tebligat yapılacak kimsenin resmi memur veya askeri personel olması durumunda TK m. 27'de yer alan “*Yabancı bir memlekette resmi bir vazife ile bulunan Türk memurlarına tebligat, Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla yapılır.*

Yabancı memleketlerde bulunan askeri şahıslara yapılacak tebligat bağlı buldukları Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Kumandanlıkları ile Jandarma Genel Komutanlığı vasıtasıyla yapılır.” hükmüne göre tebligat yapılır.

[43] 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesine göre; yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarına tebligat o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tarafından yapılabilir. Bu itibarla tebliği yapılacak evrak adli mercilerce doğrudan, ilgilinin adresinin bulunduğu yerdeki Türk Büyükelçiliğine veya Türk Başkonsoloslukuna gönderilebilir.

[44] Hatice Özdemir Kocasakal, “Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat”, *GSÜHFD*, Ocak 2009, s.27-63; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Millîlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2024, s.689; Tarık Kurban, *Tebligat Kanunu'nun 25/A Hükmü Uyarınca Siyasi Temsilcilik Aracılığıyla Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Yapılacak Tebligat*, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2024, s.54.

Tebligat Kanunu m. 25/a'ya göre;

“Yabancı ülkede kendisine tebliğ yapılacak kimse Türk vatandaşı olduğu takdirde tebliğ o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslugu aracılığıyla da yapılabilir.

Bu hâlde bildirim Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslugu veya bunların görevlendireceği bir memur yapar.

Tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer aldığı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ibtarını içeren bildirim, muhataba o ülkenin mevzuatının izin verdiği yöntemle gönderilir.

Bildirim o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ edildiği belgelendirildiğinde, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna başvurulmadığı takdirde tebligat otuzuncu günün bitiminde yapılmış sayılır. Muhatap Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır. Evrak bekletilmeksizin merciiine iade edilir.

(Ek fıkra: 11/1/2011-6099/7 md.) Bu maddeye göre kazai merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna gönderilebilir.^{45]}

[45] Yönetmeliği m. 43'e göre; “MADDE 43 – (1) Yabancı ülkede kendisine tebligat yapılacak kişi, Türk vatandaşı olduğu takdirde tebligat, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu vasıtasıyla da yapılabilir.

(2) Bu halde tebligatı Türkiye siyasi memuru veya konsolosu ya da bunların görevlendirecekleri bir memur yapar.

(3) Tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer aldığı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ibtarını içeren bildirim, muhataba o ülkenin mevzuatının izin verdiği yöntemle gönderilir.

(4) Bildirim o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ edildiği belgelendirildiğinde, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna başvurulmadığı takdirde tebligat otuzuncu günün bitiminde yapılmış sayılır. Muhatap Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa, bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır. Evrak bekletilmeksizin merciiine iade edilir.

(5) Tebligat, ek-1'de yer alan (4) numaralı örneğe göre düzenlenecek bir mazbata ile belgelendirilir.

(6) Tebellüğden kaçınma halinde bu husus mazbataya yazılarak tebliğ yapan tarafından imzalanır.

(7) Bu maddeye göre kazai merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluguna gönderilebilir. Türkiye

Dijitalleşmenin bu denli arttığı son yıllarda tebligat usulünde hala ıslak imzalı ve posta yoluyla gönderimin yapılması birçok açıdan olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Gerek posta süreçlerindeki yavaşlık gerekse ekonomik giderler açısından tarafımızca olumsuz karşılanmaktadır. Bizim de katıldığımız doktrinde yer alan bir görüşe göre, bu hükme elektronik imza ile hazırlanan evrakın UYAP^[46] üzerinden dış temsilcilığe gönderilmesi olanağının getirilmesinin faydalı olacağı savunulmaktadır^[47].

Tebliğat Kanunu m. 25/a ya göre tebligatta yurtdışında bulunan bir Türk vatandaşına ulaşması gereken çağrı mektubu ulaştırılmamış ise tebligat yapılmamış kabul edilir^[48]. Nitekim çağrı mektubu lojistik aşamasında aksaklık, kişinin özel nedenlerle adreste bulunmaması gibi çeşitli sebeplerle muhabata ulaşamayabilir. Tebligat yapılacak kimseye herhangi bir sebepten bildirim yapılamaması durumunda tebligat yapılmamış sayılacağından yargılama açısından her iki taraf için de adil yargılama bakımından ciddi sakıncalara neden olabilecektir. Bu nedenle bu çalışmanın devamında açıklayacağımız üzere yurtdışına çıkış aşamasında elektronik tebligata ilişkin işlemlerin yapılmasının artık dijital çağın bir gereği olduğunu düşünmekteyiz.

Büyükelçiliği veya Konsoloslugu tarafından tebliğ işleminin gerçekleştirilmesinden sonra evrak doğrudan ilgili kazaî mercie gönderilir.

(8) Tebligatı çıkaran kazaî merci bu madde hükmüne ya da 38 inci maddeye göre tebliğ yapma hususunda takdir hakkına sahiptir.” şeklinde düzenleme mevcuttur.

[46] Ulusal Yargı Ağı Projesi

[47] Ruhi, 203; Ahmet Cemal Ruhi, “Türkiye’den Yurt Dışına Yapılan Tebligat”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, Haziran 2003, s.523- 540.

[48] Yargıtay On dördüncü. Hukuk Dairesi’nin E. 2016/2213 K. 2018/2306 26 Mart 2018 tarihli kararı; Yargıtay On dördüncü Hukuk Dairesi’nin E. 2015/8497 K. 2017/1262 21 Şubat 2017 tarihli kararı. (<https://www.yargitayictihatmerkezi.gov.tr/>)

D) MİLLETLERARASI TEBLİGATTA İLANEN TEBLİGAT USULÜ

Yurt dışında bulunan kendisine tebligat yapılması gereken kişiye tebligat yapılamaması halinde Tebligat Kanunu m. 28'e göre ilanen tebligat yapılması mümkündür^[49].

TK m. 28'e göre;

“Adresi meçhul olanlara tebligat ilanen yapılır.

Yukarıki maddeler mucibince tebligat yapılamayan ve ikametgahı, meskeni veya iş yeri de bulunamayan kimsenin adresi meçhul sayılır.

Adresin meçhul olması halinde keyfiyet tebliğ memuru tarafından mahalle veya köy muhtarına şerh verilmek suretiyle tesbit edilir. (Değişik ikinci cümle: 19/3/2003-4829/9 md.) Bununla beraber tebliği çıkaran merci, muhatabın adresini resmî veya hususi müessese ve dairelerden gerekli gördüklerine sorar ve zabıta vasıtasıyla tahkik ve tespit ettirir.

Yabancı memleketlerde oturanlara ilanen tebligat yapılmasını icabettiren ahvalde tebliği çıkaran merci, tebliğ olunacak evrak ile ilan suretlerini yabancı memlekette bulunan kimsenin malûm adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla gönderir ve posta makbuzunu dosyasına koyar.”

Buna göre; tebligat yapılacak kişiye, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak tebliğ yapılamamış olmalıdır ve ikameti, mutad meskeni veya işyeri de bulunamayan kişinin adresi meçhul sayılır ve bu kişiye ilanen tebligat yapılma imkanı vardır. İlanen tebligat yapılabilmesi için; tebligat yapılacak kişinin kimliğinin bilinmesi, tebligat yapılacak kişinin adresinin meçhul olması, tebligat yapılacak kişinin adresinin araştırılmış olması, ilanen tebligatın tüm yollar tüketildikten sonra son çare olarak yapılması gerekir. Yabancı ülkede bulunan kişilere yapılacak ilanen tebligatta tebliğ edilecek evrak ile ilan metni o kimsenin bilinen adresine de ayrıca iadeli taahhütlü mektupla gönderilir ve posta makbuzu dosyada saklanır.

Yabancılarla İlanen tebligatın hangi araçlarla yerine getirileceği konusunda farklı yaklaşımlar ileri sürülmektedir. Örneğin ilanen tebligatın gazete yoluyla yapılması halinde söz konusu gazetenin Türkiye sınırları dışında basılan bir gazete mi yoksa Türkiye’de basılan bir gazete de mi olacağı hususu ile ilgili olarak bir düzenleme getirilmemiştir. İlanen tebligatın yurtdışında

[49] Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi’nin E. 2022/4536 K. 2022/5488 26 Eylül 2022 tarihli kararı.

yaşayan Türkler bakımından nasıl yapılacağına ilişkin uygulamada yer alan aksaklıklar ciddi hak kayıplarına neden olmaktadır. İlanen tebligatın tam gerektiği gibi yapılamaması, bu düzenlemenin yeterince açık olmaması ve dolayısıyla da yurtdışındaki muhataba tebligat yapılamaması, davaların çok uzun sürmesine ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden olmaktadır^[50]. İlanen tebligat hususunda da artık sistemin e-devlet üzerinden kişiye iletilmesinin mümkün kılınması ve kişinin hakkındaki ilana ilan.gov.tr adresinden ulaşması mümkün olduğundan ayrıca posta yoluyla zaten ulaşılamayan kişiye tekrar ilan metninin iletilmesi kanaatimizce de çağın gereklerine ve yargılamanın seyrine uygun değildir.

Yurtdışında bulunan kişilere ilanen tebligat, ilgili ülke ile uluslararası sözleşme bulunması halinde bu sözleşmeye uygun şekilde yapılır. Eğer konuyla ilgili ülke ile Türkiye arasında bir uluslararası sözleşme yoksa Tebligat Kanunu madde 28/3 ve Yönetmeliğin 49/2. maddesine göre yapılır.

Yurtdışında bulunan muhatap eğer Türk vatandaşı ve adresi belirlenemiyorsa muhatabın yurt dışında bulunduğu ya da bulunması ihtimali olan yabancı devlette basım yayım yapan bir gazete vasıtasıyla ilan yapılabilir. Muhatabın yurtdışında olduğu bilinmesine rağmen adresi meçhul ise bu durumda, bilinen son yabancı ülkedeki dış temsilcilik vasıtasıyla adres araştırması sonucunda adresi tespit edilemiyorsa ilanen tebligat yapılır.

İlanen yapılacak tebliğin şekline dair düzenleme, Tebligat Kanunu'nun 29. maddesinde yer almaktadır; hükme göre ilan yolu ile tebliğ, gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılacaktır. Madde metninde “...*İlan alakalının ıtılama en emin bir şekilde vasıl olacağı umulan ve varsa tebliği çıkararan merciin bulunduğu yerde intişar eden birer gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılır...*”e göre ilan yolu ile tebliğin hem gazetede hem de gazetenin yanı sıra elektronik ortamda yapılacağı sonucuna varılmaktadır. Maddede yöntem olarak iki şekilde “*gazetede ve ayrıca elektronik ortamda*” ifadelerine yer verilmiştir. Böylelikle, ilanen tebliğin yapılmasına ilişkin olarak, fiziki ortamın yanı sıra elektronik ortam bir ek imkân olarak getirilmiş olmaktadır. İlanen tebligatın elektronik yolla yapılması bu tebligatın bir elektronik tebligat olduğu anlamına gelmez. Elektronik tebligat, yetkili mercilerce

[50] Gonca Gülfem Bozdağ, “1965 Tarihli, Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu'na İlişkin Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XX, Sayı 2, 2016, s.269-310.

çıkarılan ve kişinin kayıtlı elektronik posta hesabına gönderilen tebligattır. İlanen tebligatta ise bir kimsenin Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabına tebligatın gönderilmesi söz konusu değildir. İlanen tebligatta, bir kimsenin adresinin meçhul olması (bilinmemesi) söz konusudur.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre; Tebligat Kanunu m. 28/3'te yer alan düzenleme açık değildir. Bu hükümden anlaşılan yurtdışındaki bir Türk vatandaşının adresi belirli değil ise ilanen tebligat yurtdışında değil, muhatabın bulunduğu veya bulunması muhtemel olduğu yabancı ülkede dağıtımı yapılan bir Türk gazetesinde ilanın tebligat yapılması şeklinde anlaşılmalıdır^[51]. Nitekim Tebligat Kanunu hükümleri yer bakımından uygulama alanı Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindedir. Muhtelif Yargıtay kararlarında^[52] da görüldüğü üzere kişinin yurtdışında olduğu kesin olmakla adresine ulaşılamıyorsa bulunması kuvvetle muhtemel olan ülkede ilanen tebligat yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.

III. ELEKTRONİK TEBLİGAT

Elektronik tebligat elektronik ortamda oluşturulmuş bir belgenin, tebliğ yapabilen resmi makamın aracılığıyla internetten elektronik posta yoluyla iletilmesidir^[53]. 11.01.2011 tarihinde 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na eklenen 7a maddesiyle elektronik tebligat düzenlenmiştir. Elektronik Tebligat Yönetmeliği (E-Teb. Yön.) 01 Ocak 2019'da yürürlüğe

[51] Ruhi, s.219-221.

[52] Yargıtay On beşinci Hukuk Dairesi'nin E. 1994/3130 K. 1994/1229, 02 Mart 1994; Yargıtay On üçüncü Hukuk Dairesi'nin E. 2004/11450 K. 2004/15075, 21 Ekim 2004. (Ruhi, s.220-221).

[53] Mine Akkan, "Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Dergisi*, Sayı 39, 2018, s.23-89; Ayşe Ece Acar, "Elektronik Tebligat", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt LXXIV, Sayı 1, 2016, s.159-174; Levent Börü, Elektronik Tebligat, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s.183-225; Taner Emre Yardımcı, "Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 77, Sayı 3, 2019 s.1-38; Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usûl Hukuku ve İcra – İflâs Hukuku Açısından Elektronik Tebligat*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024, s.17 vd; İrem İleri, *Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.6.

girmiştir^[54]. Bu yönetmelikte elektronik tebligata ilişkin hususlar detaylı olarak yer almamaktadır. Elektronik tebligata ilişkin yer alan düzenlemede kendisine elektronik tebligat yapılması zorunlu olan kişiler tahdidi olarak sayılmıştır.

“MADDE 5 – (1) Aşağıda belirtilen gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur:

a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar.

b) 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahallî idareler.

c) Özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları.

ç) Kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri.

d) Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar.

e) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları.

f) Kanunla kurulanlar da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri.

g) Noterler.

ğ) Baro levhasına yazılı avukatlar.

h) Sicile kayıtlı arabulucular ve bilirkişiler.

ı) İdareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim.

(2) Birinci fıkra kapsamı dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere, talepleri hâlinde elektronik tebligat adresi verilir. Bu durumda bu kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur.”

[54] RG, 01 Aralık 2018, Sayı 30617.

Türk hukuku bakımından sermaye şirketleri için elektronik yolla tebligat yapılması bir zorunluluktur. Sermaye şirketleri bakımından aranan elektronik tebligat zorunluluğu 19 Ocak 2013 tarihi itibarıyla getirilmiştir. Zorunlu kişiler dışındaki diğer kişiler açısından elektronik tebligat zorunlu değildir, ihtiyaridir. İhtiyari muhataplar bakımından talepleri halinde kendilerine elektronik tebligat adresi verilir ve bu kişilere elektronik tebligat adresinin verilmesi ile tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu olacaktır. Mevzuatta yer alan düzenleme uyarınca tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye elektronik yolla tebligat yapılabilir. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur (E-Teb. Yön m. 5/1-f). Maddenin gerekçesinde, bu düzenleme ile ülkemizde de elektronik tebligat müessesesinin uygulanmasına başlanacağı ifade edilmektedir. Ayrıca elektronik tebligat usulünün netleşmesi ve usulüne dair belirsizliklerin giderilmesi amacıyla yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Elektronik tebligatın yapılmasına dair usul ve esaslar, Elektronik Tebligat Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Elektronik Tebligat Yönetmeliği, 28533 sayılı ve 19.01.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Elektronik tebligat, Elektronik Tebligat Yönetmeliği’nin 3. maddesinin “a” bendinde, “*Bu Yönetmelik kapsamına uygun olarak elektronik ortamda yapılan tebligat*” olarak tanımlanmaktadır. Elektronik tebligat, kayıtlı elektronik posta sistemi vasıtasıyla yapılabilir. Kayıtlı elektronik posta sisteminin teknik ve hukukî yönleri ile bu sistemin işleyişine dair usul ve esasları belirlemek üzere, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu tarafından hazırlanan Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 25 Ağustos 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Muhataba elektronik yolla tebligat yapılabilmesi için onun kayıtlı elektronik tebligat adresinin olması gerekmektedir. Muhataplara elektronik yolla doğrudan tebligat yapılabilmesi için Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi^[55] (UETS)’ne kayıtlı elektronik tebligat adreslerinin onlara teslim edilmesi gerekmektedir.

[55] 7201 sayılı Tebligat Kanunu, değiştirilen 7/a maddesi ve 06 Aralık 2018 tarihinde yayınlanan 30617 sayılı Elektronik Tebligat Yönetmeliği uyarınca yapılan elektronik tebligat işlemlerini yürütmek amacıyla PTT A.Ş tarafından kurulan, işletilen ve güvenliği sağlanan sistem, Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS) olarak adlandırılır. <https://www.etebligat.gov.tr/> E.T. 12 Eylül 2024.

Elektronik tebligatın yapılabilmesi için, tebligatı çıkaran merci, elektronik tebligat mesajını idare tarafından verilen elektronik tebligat adresi aracılığıyla idareye iletir (E-Teb. Yön. T. m. 8). Elektronik tebligatta ilgili tebligatın resmi merciden çıkışından muhatabına ulaşmasına kadar tüm işlem ve delil kayıtları zaman damgası ile belgelendirilmektedir. Zaman damgası, bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıttır (Elektronik İmza Kanunu^[56] m.3/h). UETS, elektronik tebligat mesajını zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştırır (E-Teb. Yön. m. 9/2). Bu nedenle elektronik tebligatta da tıpkı klasik usul tebligattaki gibi tebliğ mazbatası elektronik ortamda kendiliğinden düzenlenir. Örneğin: “28.03.2024 11:53’te tebligat alıcısı tarafından açıldı” gibi.

Tebliğat Kanunu’nda yer alan tebliğat çıkarmaya yetkili kurumlar Elektronik Tebliğat Yönetmeliği m. 1/2’e göre, elektronik tebliğatı çıkarmaya da yetkilidir. Elektronik tebliğatı çıkaran yetkili makam ve mercilerin elektronik tebliğat adresine sahip olmaları ve güvenli elektronik imzalarının bulunması şarttır.

İlgili kişilerin başvurusunun ardından elektronik tebliğat adresi başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde elektronik tebliğat adresini, gerçek kişiler için kimlik bilgilerini, tüzel kişiler için ise tabi oldukları sistem bilgilerini esas almak suretiyle tek ve benzersiz olacak şekilde oluşturur ve UETS’ye kaydeder (E-Teb. Yön. m. 8/1). PTT, zorunlu muhataplar için oluşturduğu elektronik tebliğat adresini, adres sahibine verilmek üzere ilgili kurum, kuruluş veya birliğe gönderir. Teslim işleminin gerçekleştiği kendisine iletdikten sonra, PTT söz konusu bu adresleri tebliğat çıkarmaya yetkili makam ve mercilerin kullanımına sunar (E-Teb. Yön. m. 8/2).

Elektronik Tebliğatın yapılamaması durumunda alternatif yöntemle başvurulması için elektronik tebliğatın yapılmamasının zorunlu bir sebebe bağlanması gerekmektedir. Zorunlu sebeplerin neler olduğu mevzuatta yer almamakla birlikte Tebliğat Kanunu m. 7-a değişikliğini yapan Kanunun^[57] gerekçesinde zorunlu sebebin varlığı için elektronik postaların engellenmesi,

[56] RG, 23 Ocak 2004, Sayı 25355.

[57] 6099 Sayılı Tebliğat Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 19 Ocak 2011, Sayı 27810.

teknik altyapının zarara uğraması, istem dışı engellemeler gibi irade dışı durumların söz konusu olmasından bahsedilmiştir. Elektronik yolla tebligat zorunlu sebeplerin varlığından dolayı yapılamazsa tebligatın amacını ortadan kaldırmamak için, Tebligat Kanunu'nda belirtilen standart usulde tebligat yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki elektronik tebligatın zorunlu ve mümkün olduğu hallerde klasik yöntemle tebligat yapılmaması gerekir. Nitekim Yargıtay kararlarında da “7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin birinci fıkrası tebligatın elektronik yolla yapılmasını zorunlu kılıp posta yolu ile yapılan tebligat yok hükmünde olduğundan borçlu vekilinin gerekçeli istinaf isteminin süresinde olduğunun kabulü gerekir.”^[58] şeklinde ifadeler rastlamak mümkündür. Konuyla ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce mevzuat tarafından zorunlu olarak elektronik tebligat yapılması düzenlenen kişi veya kurumlara elektronik tebligat yapılmasına engel durum yok iken elektronik tebligat yapılmadan doğrudan posta yoluyla tebligat yapılması usul ve yasaya aykırıdır.

Elektronik tebligatın temel amacı TK m.7/a gerekçesinden de anlaşılacağı üzere teknolojik gelişmelere ayak uydurularak yargılamanın hızlı yapılmasını sağlamaktır. Bununla birlikte usul ekonomisine katkı sağlanması ve adil yargılanma hakkına hizmet ettiği açıkça ortadadır. Nitekim elektronik tebligatın daha hızlı ve az maliyetli bir yol olduğunu belirtmekte fayda vardır. Yargılamanın hızlandırılması yanında e- tebligatın bir diğer amacı, diğer tebligat usullerinde yaşanan aksaklık ya da usulsüzlüklerin engellenmesidir^[59].

Elektronik Tebligat'ın yerine getirilmesinde esas alınmak üzere; Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesi kapsamında bazı ilkelere yer verildiği görülmektedir. Bu ilkeler e- tebligatın amacını temel almaktadır; bunlar: teslim, belgelendirme ve bilgilendirmenin sağlanması, bilgi güvenliğinin sağlanması, kişisel verilerin korunması, hizmet kalitesinin sağlanması, iş birliği ve entegrasyon sağlanması, ulusal ve uluslararası standartların sağlanmasıdır. Elektronik tebligatın amacına ulaşabilmesi açısından elektronik ortamın buna elverişli olması gerekmektedir. Teknik

[58] Yargıtay On ikinci Hukuk Dairesi'nin E. 2019/13554 K. 2019/18558 26 Aralık 2019; Yargıtay On ikinci Hukuk Dairesi'nin E. 2019/13554 K. 2019/18558, 25 Eylül 2019; Yargıtay On ikinci Hukuk Dairesi'nin E. 2014/16889 E. 2016/3826 K. 30 Mart 2016 (<https://www.yargitayictihatmerkezi.gov.tr/>)

[59] Mehmet Köksal, *Tebligat Hukuku Şema-Ders Kitabı*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, Eylül 2018, s.28.

altyapısının eksiksiz olarak oluşturulması büyük önem taşımaktadır. Elektronik Tebligat Yönetmeliği m. 20/3 gereği, e- tebligata ilişkin verilerin güvenli şekilde saklanması hususunda PTT münhasıran sorumlu tutulmuştur. Bu kapsamda verilerin kanuna uygun şekilde saklanması konusunda gerekli güvenli dijital ortamın sağlanması zorunludur.

SONUÇ

Tebligat, yargılamadaki en önemli usul adımlarından biridir. Usulüne uygun yapılmayan tebligat adalete erişimin engellenmesine neden olmaktadır. Her kişi savunma hakkı ve adil yargılama hakkına sahiptir. Bu kapsamda bir kimsenin yargılamaya erişim olanağının olması hem Anayasal güvence altındadır hem de uluslararası hukuk bakımından AİHS ile adil yargılanma hakkı ana başlığı altında düzenlenmiştir. Tebligatın bilgilendirme ve belgelendirme amaçları bulunmakla birlikte mevzuata uygun şekilde yapılması zorunludur. Milletlerarası tebligat bakımından hem iç hukuktaki düzenlemelere hem de ilgili uluslararası anlaşmalara hâkim olmak ve hukukun gerektirdiği şekilde sınıraşan tebligat yapmak şarttır.

Dijital dönüşümle birlikte yargılama safhalarında da teknolojik gelişmelerden faydalanılması adil yargılanmaya destek niteliğindedir. Özellikle yargılamada hız kazanılması ve iletişim sağlanması konusunda edinilen kolaylıklar, yargılamanın amacı olan hakka ulaşım konusunda olumlu gelişmelerdir. Bilindiği gibi Türk hukukunda tebligat yöntemi olarak elektronik tebligat sistemi geliştirilmiştir. Halen yürürlükte olan sisteme göre kanunda sayılan kişi ve kurumlar bakımından elektronik tebligat zorunludur. Diğer kişiler açısından ihtiyari olarak sistem devam etmektedir. Yargılamadaki hızlı ve pratik tebligat imkanının gelişmesi hem ulusal yargı sistemini iyileştirmiştir hem de basılı kâğıt israfı ve kargo masraflarından imtina edilmektedir. Böylelikle çevre zararlarının önlenmesine de katkıda bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, çevresel sürdürülebilirlik konularının bu denli hassas ve önemli olduğu günümüzde yurtdışına tebligatın mevcut usulle yapılması çevre tahribatı bakımından da zararlıdır. Tebligat bildirimine yönelik kâğıt kullanımından lojistik aşamasında karbon salınımında rol oynadığı bir gerçektir. Bu nedenle dijital dönüşümün hem yargılama hızı ve pratikliği hem de çevre zararlarını en aza indirmek noktasında gerekli olduğu kaçınılmazdır. Dolayısıyla en azından yurtdışındaki Türk vatandaşlarına

tebligat hususunda elektronik tebligatın zorunlu hale gelmesinin faydalı olacağını vurgulamak isteriz.

Buna göre iç hukuk açısından değindiğimiz elektronik tebligatın milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarda da uygulanma olanağı olup olmadığı konusunda bir çalışmanın yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki, yabancı ülkelere yapılacak tebligat bakımından elektronik tebligatın mümkün olabileceği varsayımında; elektronik tebligatın hızlı ve profesyonel olması sebebiyle, yargılama sürecini olumlu etkileyeceği ve adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı gibi konularda destekleyici olacağı düşüncesindeyiz.

Uygulanması konusunda ise Türk vatandaşlarının çeşitli sebeplerle yurtdışı çıkışlarında pasaport işlemleri sırasında bir elektronik tebligat sistemine dahil edilmesinin zorunlu tutulması ve bu yöntemle ilgili kişilerin adresini takip zorlukları ile postadan kaynaklanan negatif etkilerden uzaklaşmak adına önemli bir adım olabileceğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda Elektronik Tebligat Yönetmeliğinde yer alan elektronik tebligatın zorunlu tutulduğu kişilere yurtdışında yaşayan veya belirli bir süre için yurtdışına bulunan Türk vatandaşlarının dahil edilmesinin olumlu bir adım olabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Ayşe Ece, “Elektronik Tebligat”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt LXXIV Sayı 1, 2016, 1s. 59-174.
- Akkan, Mine, “Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, *Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Dergisi*, Sayı 39, s. 23-89.
- Aktepe Artık, Sezin, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Atalı, Murat İbrahim Ermenek ve Hilal Üçüncü, *Tebligat Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2023.
- Bozdağ, Gonca Gülfem, “1965 Tarihli, Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu’na İlişkin Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XX, Sayı 2, 2016, s. 269-310.
- Börü, Levent, “Elektronik Tebligat”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s. 183-225.
- Börü, Levent, “Yargıtay Kararları Işığında Tüzel Kişiliği Olan Şirketin Adresinin Kapalı Olması Durumunda Şirkete Karşı Noterlikçe Çıkarılan İhtarnameinin Tebliği Sorunsalı (TK m. 21/1)” *Hacettepe HFD*, Cilt 3 Sayı 1, 2023, s. 50-75.
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2021.
- Erdem, B. Bahadır, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, İstanbul, Beta Basım, 1992.
- Ersen Perçin, Gizem, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- Hanağası, Emel ve Muhammet Özokes, *Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, (Ed., Doğan Gökbek), Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2017.
- İleri, İrem, *Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Köksal, Mehmet, *Tebligat Hukuku Şema-Ders Kitabı*, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Eylül 2018.

- Kurban, Tarık, *Tebligat Kanunu'nun 25/A Hükmü Uyarınca Siyasi Temsilcilik Aracılığıyla Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Yapılacak Tebligat*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2024.
- Kurt Konca, Nesibe, *Medenî Usûl Hukuku ve İcra – İflâs Hukuku Açısından Elektronik Tebligat*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024.
- Kurt Konca, Nesibe Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *TBB Dergisi* (2014) Cilt 114, s. 239-274.
- Muşul, Timuçin, *Tebligat Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2021.
- Oskay, Mustafa, “Tebligat Hukuku ile İlgili Sorunlar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 21, Sayı 4, Ekim 1995, s. 500- 511.
- Özbay, İbrahim ve Taner Emre Yardımcı, *Tebligat Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Mart 2020.
- Özdemir Kocasakal, Hatice, “Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat”, *GSÜHFD*, (2009/1), s. 27-63.
- Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003.
- Özel, Sibel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı. İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2024.
- Ruhi, Ahmet Cemal, “Türkiye’den Yurt Dışına Yapılan Tebligat”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1- 2, (Haziran 2003), s. 523- 540.
- Ruhi, Ahmet Cemal, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yabancılara ve Yurt Dışındaki Kişilere Yapılan Tebligat*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ruhi, Ahmet Cemal, *Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Sarıöz Büyükalp, Ayşe İpek, *AIHS ve AIHM Kararlarının Da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2018.

- Tahiroğlu, Fatih, “Tebliğat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebliğat Çıkarmaya Yetkili Merciler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 74 Sayı 1, 2016, s. 389-396.
- Toker, Ali Gümrah, “15 Kasım 1965 Tarihli ‘Hukukî ve Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’ Uyarınca Tebliğat Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13 Sayı 2, 2023, s. 107-152.
- Yardımcı, Taner Emre, “Yeni Elektronik Tebliğat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebliğat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 77/3, 2019, s. 1-38.
- Yılmaz, Ejder, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57 Sayı 1, 2008, s. 243-274.

E-Sporcunun Çalışma İlişkisinden Kaynaklanan Hakları

Özgür OĞUZ*
Amine Büşra ÇITIR**

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

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ooguz1@anadolu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-9930-9109.

** Av. Arb. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Doktora Öğrencisi, Konya Barosu, aminebsrk@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-8003-4056.

Makale geliş tarihi: 5 Temmuz 2024 **Makale kabul tarihi:** 15 Ekim 2024

Atıf önerisi: Oğuz, Özgür ve Amine Büşra Çıtır, “E-Sporcunun Çalışma İlişkisinden Kaynaklanan Hakları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 39-83. **DOI:** 10.30915/abd.1511050.

E-SPORCUNUN ÇALIŞMA İLİŞKİSİNDEN KAYNAKLANAN HAKLARI

ÖZ

Küreselleşmenin spor alanını etkilemesinin sonucunda yeni spor dalları ortaya çıkmış, rekabetçi bir ortamda oynanan video oyunları da önceleri amatör olarak oynanmakta iken bu süreçte profesyonel şekilde oynamaya başlamıştır. Bu noktada video oyunlarını profesyonel şekilde oynayanların bir diğer deyişle, profesyonel elektronik sporcunun çalışmasını bağıtlayan sözleşmeden doğan hukuki sorunların ele alınması gerekmiştir. Çalışmamızda e-sporcunun çalışma ilişkisinde kaynaklanan hakları göz önüne alınarak e-sporcu ile kurulan sözleşmeye uygulanacak kanun, sözleşmenin kurulması, devamı ve feshi, e-sporcunun sosyal güvenlik hakkı, sendika hakkı ve ulaşılabilir olmama hakkı gibi hususlar incelemeye tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: elektronik spor, e-spor, spor hukuku, oyuncu, profesyonel sporcu.

E-SPORTS PLAYERS' WORKER RIGHTS

ABSTRACT

As a result of globalization affecting the field of sports, new sports branches have emerged, and video games played in a competitive environment, which were previously played as amateurs, started to be played professionally in this process. At this point, it was necessary to address the legal problems arising from the contract that binds the work of professional electronic athletes, in other words, those who play video games professionally. In our study, considering the rights of the e-athlete arising from the employment relationship, issues such as the law applicable to the contract established with the e-athlete, the establishment, continuation and termination of the contract, the e-athlete's right to social security, the right to a union and the right to disconnect were examined.

Keywords: electronic sports, e- sport, sports law, gamer, professional athletes.

GİRİŞ

Teknolojik gelişme ve değişimler ile oyunlar yeni bir boyut kazanarak dijital ortama geçiş yapmıştır. Pandemi döneminin getirdiği eve kapanma sürecinde dahi dijital platformlarda etkinliklerin devam ettiği gözetildiğinde video oyunu ya da bilgisayar oyunu içeren e-spor, her yaş grubuna hitap etmiş ancak özellikle gençlerin dikkatini fazlasıyla çeken bir alan olmuştur^[1]. Sosyal medya platformlarında canlı yayınlanan e-spor liglerinin izlenmesinde görülen artış, e-spor hukukunun bilişim hukuku ve teknoloji hukuku açısından önemini göstermiş, gittikçe büyüyen e-spor sektörüne iş hukuku kuralları çerçevesinde bakmak ve bağımlı çalışan e-sporcunun çalışma ilişkisinde doğan haklarına açıklık kazandırma gereği doğmuştur. Çalışmamız bu noktada, iş hukuku açısından göze çarpan noktaları ele almıştır. Taşıdığı benzer özellikler sebebiyle, profesyonel futbolcu sözleşmeleri ile kıyaslanmıştır. Yarışmalara bağımsız bir şekilde bir kulübe bağlı olmaksızın bireysel olarak katılan e-sporcuların zevkli bir uğraşı şeklinde faaliyette bulunduğu gözetilerek işçi olarak kabulü mümkün olmadığından, amatör sporcular çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır; ilk bölümde e-spor üzerinde durulmuş; ikinci bölümde ise e-sporun iş hukukundaki yansımaları ele alınarak e-sporcu ile kurulan sözleşmeye uygulanacak kanun, sözleşmenin kurulması, devamı ve feshi, e-sporcunun sosyal güvenlik hakkı, sendika hakkı ve ulaşılabilir olmama hakkı gibi hususlar incelemeye tabi tutulmuştur.

[1] Oyun oynayanların %75'i 18-34 yaş aralığındayken, %44'ü üniversite öğrencisidir. Memduh Kocadağ, "Elektronik Spor Kariyeri Ve Eğitim", *Doğu Anadolu Sosyal Bilimlerde Eğilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2017, s.55; Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Dijital Oyunlarda Farkındalık (Fırsat ve Riskler) Çalıştayı 2021 Sonuç Raporu, s.6 vd, www.guvenlioyuna.org.tr/rapor-detay/19/2021-dijital-oyunlarda-farkndalk-frsat-ve-riskler-calstay-sonuc-raporu (Erişim Tarihi 28.02.2024); Ali Paslı et al., *E-Spor: Hukuki Bakış*, Ankara, Seçkin, 2021, s.73; Metin Argan, Alper Özer ve Erkan Akın, "Elektronik Spor: Türkiye'deki Siber Sporcuların Tutum Ve Davranışları", *Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri*, Cilt 1, Sayı 2, 2006, s.6.

I. E-SPOR KAVRAMI ÜZERİNE

Teknoloji alanında yaşanan gelişmeler spor alanına da yansımış, bu durum elektronik spor adı altında yeni bir spor dalı olarak karşımıza çıkmıştır^[2]. Elektronik spor, en geniş anlamıyla rekabetçi bir ortamda oynanan video oyunlarıdır (*competitive gaming*)^[3]. Elektronik oyun (*electronic game*), siber oyun (*cyber game*), bilgisayar oyunu (*computer game*), çevrimiçi oyun (online game), video oyunu (*video game*), sanal oyun (*virtual game*), oyun sporları (*game sports*), elektronik spor (*electronic sports*) gibi ifadelerle anılan kavram esasen elektronik spordur^[4]. Elektronik spor, sporun yeni formu olarak lanse edilen ve bilgisayar/konsol/mobil platformlar üzerinden, çevrimiçi veya çevrimdışı, bireysel ve/veya takım olarak oynanan rekabetçi çok oyunculu, dijital oyunların çeşitli modlarıyla oynanan bir alan olarak tanımlanabilir^[5]. E-spor, diğer spor dallarına oranla sporcuların hareketleri fiziksel olmaktan ziyade taktiksel ve zihinseldir^[6].

- [2] E-spor terimini Eurogamer evangelisti Mat Bettington'un e-sporu geleneksel sporlarla karşılaştırdığı Çevrimiçi Oyuncular Derneği'nin (OGA) lansmanında 1999'da yayınlanan bir basın bülteninde ortaya koyduğu ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Meltem Paşaoğlu, *E-Spor Oyuncularının Problem Çözme Becerileri, Katılım Motivasyonu Ve Yarışma Kaygılarının İncelenmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Serdar Kocaekşi) Anadolu Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 715283), s.7; Micheal G. Wagner, "On the Scientific Relevance of eSports", *In International Conference On Internet Computing*, Sayı 6, 2006, s.437-442.
- [3] Oğuzcan Akgöl, "Spor Endüstrisi ve Dijitalleşme: Türkiye'de Espor Yapılanması Üzerine Bir İnceleme", *TRT Akademi*, Cilt 4, Sayı 8, 2019, s.206.
- [4] Gençlik ve Spor Bakanlığı, Gençlik Araştırmaları Haber Bülteni, Sayı 5, 2018, s.9, www.guvenlioyna.org.tr/uploads/ck-editor/family-reports/GSB%20E-SPOR.pdf. (Erişim Tarihi 27 Şubat 2024). E-spor oyun kategorileri ve türleri için bkz. Paşaoğlu, *op. cit.*, s.14 vd.; Münevver Temir, "Espor Alanında Faaliyet Gösteren Profesyonel Sporcu İle Bağlı Olduğu Spor Kulübü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 18, Sayı 70, 2021, s.628.
- [5] Gençlik ve Spor Bakanlığı, Gençlik Araştırmaları Haber Bülteni, Sayı 5, 2018, s.6, www.guvenlioyna.org.tr/uploads/ck-editor/family-reports/GSB%20E-SPOR.pdf (Erişim Tarihi 27 Şubat 2024); Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.17 vd.; Argan, Özer ve Akın, *op. cit.*, s.3.
- [6] Detaylı bilgi için bkz. Alp Kaan Kilci ve Serhat Yalçınar, "Dijital Spor Oyunları Oynama Motivasyonu'nun Ahlakî Karar Alma Tutumlarına Etkisi: Espor Oyuncuları

E-spor isminin yazımında tutarlılık olmaması dünyada tartışılan bir konu haline gelmiş, bu kapsamda, Amerikan şirketi Associated Press tarafından yayımlanan ‘AP Stylebook 2017’de ‘espor’ tire olmadan tanımlanmış ve bu tanımlama dünya genelinde tartışmayı bitirmişse de burada belirtildiği haliyle espor olarak yazılmasının doğru olduğu, bir organizasyon veya etkinliğin biçimsel ismi olarak eSpor veya e-Spor formatlarının da kullanılabileceği ifade edilmiştir^[7]. Elektronik spor kavramının kısaltması konusunda ülkemizde birlik bulunmamakta ise de çalışmamızda Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından hazırlanan ‘E-Spor Raporu’nda “e-spor” yazımının tercih edilmesi, Türkiye E-Spor Federasyonu’nun kuruluş isminin e-spor içermesi gözetilerek e-spor yazımına yer verilmiştir.

Türkiye’de profesyonel anlamda ilk e-spor takımı 2015 yılında Beşiktaş Jimnastik Kulübü tarafından kurulurken, izleyen yıllarda büyük spor kulüpleri ve çeşitli yatırımcılar da bu alana dahil olmuştur^[8]. Gelenen noktada e-spor; kişilere profesyonel sporcu, antrenör, hakem, yayıncı, analist, insan kaynakları, organizatör, etkinlik yöneticisi, finansman, hukukçu gibi pek çok kariyer imkânı sunduğundan, birçok üniversitede e-spor ile ilgili bölümler açılarak bu alanda burslar verilmektedir^[9].

Üzeri ne Bı r Araştırma”, *International Social Sciences*, Cilt 6, Sayı 1, 2020, s.3641-3649; Hakkı Mert Doğu, “E-spor ve E-Spor Hukukunda Sporcu Sözleşmeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 2, 2020, s.445; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.35.

- [7] Gençlik ve Spor Bakanlığı, Gençlik Araştırmaları Haber Bülteni, Sayı 5, 2018, s.7, www.guvenlioyna.org.tr/uploads/ck-editor/family-reports/GSB%20E-SPOR.pdf (Erişim Tarihi 27 Şubat 2024).
- [8] Ahmet Önder, “Oyundan İşe, Oyunculuktan İşçiliğe: E-Spor Oyuncularının Emek Süreçlerine Dair Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Emek Araştırma Dergisi*, Cilt 12, Sayı 19, 2021, s.53-68; Mertkan Üçüncüoğlu ve Veli Ozan Çakır, “Modern Spor Kulüplerinin Espor Faaliyetlerine İlgili Gösterme Nedenleri Üzerine Bir Araştırma”, *İnönü Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s.38.
- [9] Temir, *op. cit.*, s.630; Gençlik ve Spor Bakanlığı, Gençlik Araştırmaları Haber Bülteni, Sayı 5, 2018, s.27; www.guvenlioyna.org.tr/uploads/ck-editor/family-reports/GSB%20E-SPOR.pdf. (Erişim Tarihi 27 Şubat 2024); “Bahçeşehir Üniversitesi ApplyBAU nedir?”, <https://applybau.com/applybau-nedir>. (Erişim Tarihi 6 Mart 2024).

II. E-SPOR HUKUKU AÇISINDAN SPORCU SÖZLEŞMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sporcu sözleşmesi, sporcu ile spor kulübü arasında imzalanan, sporcunun ilgili spor branşında hem kendisinin hem kulübün başarılar elde etmesi için yarıştığı ve bunun karşılığında da kulübünden belli bir miktar ücret aldığı sözleşmedir^[10].

Spor dallarının amatör veya profesyonel olması mümkün olduğu gibi spor hukuku bakımından da sporcuların amatör veya profesyonel olması mümkündür^[11]. Profesyonel sporcu kazanç elde etmek, yaşamını sürdürmek amacıyla sporu bir meslek olarak yaparken, amatör sporcu spor icra eder^[12]. Sporun amatörlükten profesyonelliğe geçişiyle önceleri sadece hobi olarak görülen e-spor da daha sonraları bir meslek haline gelmiştir^[13]. Ancak ne var ki e-spor müsabakalarının sanal bir alanda yapılması ve görünen fiziksel aktivitenin sınırlı olması nedeniyle öğretilerde, e-sporun bir spor dalı olmadığı görüşleri ileri sürülmektedir^[14]. Çalışmamızın kapsamını

- [10] Doğu, *op. cit.*, s.447; Oğuz Sadık Aydos, “Sporcu Sözleşmesinin Feshi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 62, 2013, s.645; Şeref Ertaş ve Hasan Petek, *Spor Hukuku*, İstanbul, Yetkin, 3. Baskı, 2017, s.396; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Onikilevha, 5. Baskı, Kasım 2023, s.10.
- [11] Erkan Küçükgüngör, “Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1999, s.40; Gençlik ve Spor Bakanlığının Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı ve Sporcu Lisans, Vize ve Transfer Yönetmeliği doğrultusunda spor dalları bakımından profesyonelliğe izin vermesi mümkünse de ülkemizde hukuken sadece futbol branşında profesyonellik kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Temir, *op. cit.*, s.636-637; Aydos, *op. cit.*, s.645.
- [12] Küçükgüngör, *op. cit.*, s.40; Aydos, *op. cit.*, s.645; Faruk Baştürk, *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu*, İstanbul, Beta, 1. Baskı, 2007, s.7; Durmuş Ali Genç, *Spor Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Alfa, 1. Baskı, 1998, s.40; Ahmet Sevimli ve Yakub Kızılkaya, “Profesyonel Futbolcunun İş İlişkisinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Kurallar Ve Yetkili Merciler”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 63, 2019, s.1032.
- [13] Ufuk Aydın *et al.*, “Türkiye’de Profesyonel Sporcuların Çalışma Koşulları ve Örgütlenme Eğilimleri”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 4, Sayı 55, 2017, s.1875.
- [14] Detaylı bilgi için bkz. Jim Parry, “E-sports are Not Sports”, *Sport, Ethics and Philosophy*, 2018, s.14; E-spor, Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından bir spor dalı olarak kabul edilmekte; bu nedenle resmi kulüpler, ligler, turnuvaların mevcudiyeti ile lisanslı oyuncular sporcu sayılmaktadır. Ayrıca bkz. Rüstem Mustafaoğlu, “e-Spor, Spor ve

genişletmek anlamına geleceğinden e-sporun spor olarak kabul edildiğini söylemekle yetiniyoruz.

A) SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN UYGULANACAK KANUN

E-sporun yaygınlaşması, e-spor hukukunun doğumunu getirmiş, bu aşamada ülkemizde faaliyet gösteren e-sporcunun hukuki statüsü ve hangi kanun kapsamında olduğu konusunda farklı değerlendirmeler gündeme gelmiş; e-sporculara, İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı tartışılmış, ilgili federasyonlar tarafından çıkartılan talimatlar doğrultusunda ortaya çıkan uyumsuzlukların giderilmesi gerekmektedir. Zira her bir spor dalına ait federasyon; o spor dalının faaliyetlerini ulusal ve uluslararası kurallara göre yürütmek, organize etmek ve geliştirmek amacıyla kurulmuş olduğundan sporcu sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde öncelikle federasyonların ilgili spor dalına ait özel ve güncel düzenlemeleri mevcutsa bu düzenlemeler uygulanacaktır^[15].

Öğretideki bir görüşe göre, sporcuları İş Kanunu kapsamı dışında bırakan m. 4/1-g hükmü ve bu sözleşmelerin hizmet sözleşmesi olduğu kabulünde, işçilere sağlanan bütün menfaatlerden sporcuların da yararlandırılması gereğiyle sporcu sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir^[16].

Fiziksel Aktivite”, *Ulusal Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2018, s.88; Kocadağ, *op. cit.*, s.51; Temir, *op. cit.*, s.631; Doğaner Doğanay, *Türkiye’deki Esportcuların Haklarının ve Esport Ekosistemi İçerisinde İşlenen Kişisel Verilerinin Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Leyla Berber), İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 748634), s.11; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.30 vd.

[15] Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.12; Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 22.11.2018 tarih ve E. 2015/24584, K. 2018/21216 sayılı karar.

[16] Durmuş Ali Genç, *Futbol Kulüplerinin Stratejik Yönetimi Beşiktaş Örneği*, Ankara, Bağırhan Yayinevi, 1999, s.82.

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, sporcuların kulübü başarıya ulaştırmak için en üstün performanslarını göstermeyi üstlenmeleri sebebiyle sporcu sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi gerekir^[17].

Bizim de katıldığımız görüşe göre, sporcular İş Kanunu çerçevesinde bir işçi sayılmadığından, sporcu ile kulübü arasındaki ilişki de İş Kanunu kapsamında bir iş sözleşmesi kabul edilmek yerine TBK m. 393 ve devamı maddelerinde düzenlenen hizmet sözleşmesi olarak ele alınmalıdır^[18]. İş Kanunu m. 4/1-g bu kanunun kapsamında olmayan iş ve iş ilişkilerini sıralarken sporcuların İş Kanunu kapsamında olmadığını açıkça belirtmiştir^[19]. Yargıtay bir kararında, ilgili maddede yer alan hükmün, sporcular ile kulüpler arasında var olan sözleşmenin, iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemeyeceğini belirtmiştir^[20]. Bu noktada bilindiği üzere, bir sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığını tespit etmek açısından işgörme, ücret ve bağımlılık unsurlarının varlığı aranmaktadır^[21]. Bu üç unsur da aslında e-sporcu sözleşmesinde yer almaktadır. Öyle ki e-sporcu, işveren ile yaptığı sözleşme gereğince, ücret karşılığı oyun oynayarak verilen işi görmektedir. Bağımlılık işçinin mesleğine, konumuna ve diğer etkenlere göre farklı yoğunlukta olabileceğinden yapılan işin nitelikli bir iş olması göz önüne alındığında, e-sporcuya işverenler tarafından işin görülmesine yönelik doğrudan emir ve talimatlar verilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Ancak bu durum bağımlılık unsurunun ortadan kalktığı anlamına gelmez. Çünkü e-sporcu işverenin genel emir ve talimatları

[17] Ertaş ve Petek, *op. cit.*, s.404; Hasan Petek, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi*, İstanbul, Yetkin, 1. Baskı, 2002, s.48.

[18] Nuri Çelik *et al.*, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, Yenilenmiş 36. Baskı, 2023, s.166; Ramazan Çağlayan, *Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri)*, Ankara, Asil Yayın, 1. Baskı, 2007, s.41-42; Aydos, *op. cit.*, s.648; Onur Aksoy, *Profesyonel Futbolcunun İş Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Aziz Can Tuncay) Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 289755), s.12; Emincan Akbulut, "İş Hukuku Bağlamında Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Temel Unsurları", *İş ve Hayat*, Cilt 3, Sayı 5, 2017, s.360;

[19] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.165; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi, 10. Baskı, 2019, s.80.

[20] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 14 Eylül 2015 tarih ve E.2015/17745, K.2015/25607 sayılı karar.

[21] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.165; Senyen Kaplan, *op. cit.*, s.83.

altında işgörme borcunu yerine getirmektedir^[22]. Ne var ki e-sporcular, kendi adlarına işçi istihdam edemezler, bağımsız çalışanlarda görülmeyecek şekilde tek bir işverene sahiptirler, gelirlerinin büyük çoğunluğunu aynı işverenden kazanmaktadırlar. Bunun yanı sıra, işverenlerin belirlediği turnuvalarda mücadele etmek zorunda olup bu turnuvalara katılmak veya katılmamak konusunda kararları işveren verdiğinden e-sporcunun işi reddetme olanağı bulunmamaktadır^[23]. Sayılanlarla beraber, İş Kanunu'nda yer almasa da TBK'daki tanımda hizmet sözleşmesinin bir diğer unsuru olarak zaman unsuru bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesi işçinin zamanının tümünü işverene ayırmak zorunda olduğu bir borç ilişkisi de kurmaz. Bu nedenle, zaman unsurunun varlığı bakımından hizmet sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli, kısmi veya tam süreli olmasının bir önemi bulunmamaktadır. E-spor alanında faaliyet gösteren profesyonel sporcu emeğini harcayarak belirli bir uğraşta bulunmayı üstlenmekte ise de tek bir işi yapmadığı gibi belirli bir sonuç meydana getirme borcu altında da olmadığından e-sporcunun sözleşmesinde de zaman unsurunu görmekteyiz^[24].

Kanaatimizce e-sporcular işçi sayılılar da hizmet sözleşmesi ile bağtlanacak ve İş Kanunu uygulanmayacaktır. Yargıtay, yukarıda bahse konulu kararında, sporcular ile kulüpleri arasında çıkan uyuşmazlıkların federasyonun kendi özel yasalarında veya hukuk talimatlarında belirlenen özel kurullar ve tahkim ile çözümlenmesi gerektiğini, bu nedenle sporcuların işvereni olan kulüplerle ilgili uyuşmazlıklarda öncelikle bağlı olduğu federasyonun kurullarına başvurması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda bahsedilen husus, maalesef ki, e-sporcular için geçerli olmayıp e-sporcuların etkin bir kurul, federasyon ve tahkim gibi imkanlara sahip olmadığını, kuralların çoğu zaman oyun yapımcısı şirketler tarafından konulmasına karşın kurallara aykırılık hâlinde de yapılacak denetimin oyun yapımcısı şirketin kendisi

[22] Roshan Patel, “Esports Player Positions, and the Benefits on Unionization”, *Sport Journal*, Cilt 20, Sayı 9, 2017, s.240.

[23] Emre Ünal ve Namık Hüseyinli, “Yeni Bir Meslek Grubu: E-Spor Oyuncuları ve Çalışma Hakları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2022, s.567.

[24] Temir, *op. cit.*, s.652; Akbulut, *op. cit.*, s.371.

tarafından yapıldığını belirtmeliyiz^[25]. Profesyonel e-sporcu olmak için eğitim hayatlarını yarıda bırakma ihtimali bulunan binlerce sporcunun var olduğunu düşündüğümüzde, bu sektörde gerekli mevzuatın olmaması oyun ilişkisinde yapımcının keyfi olarak ceza uygulamasına fırsat verecektir.^[26] Kuralı koyanın, denetim yapanın, ceza verenin ve itirazları değerlendirenin aynı kurum olması hukuk mantığı ile bağdaşmayan bir durumdur^[27].

En nihayetinde e-sporcular ile işveren kulüpleri arasında imzalanan profesyonel e-sporcu sözleşmesine öncelikle TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri; burada düzenlenmeyen konularda TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümleri, uygun düşüğü ölçüde uygulanır. TFF Statüsü ve talimatları normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alan düzenleyici işlemlerdir. Bu düzenlemelerin profesyonel e-sporcu sözleşmesine uygulanabilir olduğundan bahsedebilmek için hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri başta olmak üzere TBK ve diğer Kanunlara uygun olmaları aranır. Bu hükümlerin yorumunda iş hukukunun genel ilkelerinden biri olan işçi yararına yorum ilkesinin geçerli olduğuna da kuşku yoktur. Bunların yanı sıra İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Ülkemizde Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda bir suç olarak nitelendirilen şikenin, dijital oyunlar bağlamında suç olarak uygulanması da mümkündür.

İş Mahkemeleri Kanunu m.5/1-a uyarınca iş mahkemeleri TBK'da düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakmakla görevli hale geldiğinden profesyonel

[25] 2022 College League of Legends Season Official Rules, rsaa.riotgames.com/wp-content/uploads/2021/11/2022-College-LoL-Season-Rules.pdf. (Erişim Tarihi 28.02.2024).

[26] Martin Chandler, "The Costs of Squadding Up: Determining the Employment Status of High-Profile Esports Streamers", *San Diego International Law Journal*, Cilt 22, Sayı 1, 2020, s.158; Kelsey F. Ridenhour, "Traditional Sports and Esports: The Path to Collective Bargaining", *Iowa Law Review*, Cilt 105, 2019, s.1881.

[27] League of Legends adlı oyunun yapımcısı Riot Games, kuralları kendisi belirlediği gibi cezaların uygulanmasına da kendisi karar vermektedir. Konuyla alakalı 2022 College League of Legends Season Resmi Kuralları ve denetim mekanizmasının bağlantısı şu şekildedir; rsaa.riotgames.com/wp-content/uploads/2021/11/2022-College-LoL-Season-Rules.pdf. (Erişim Tarihi 28.02.2024).

e-sporcu sözleşmeleriyle kurulan iş ilişkileri bakımından görevli mahkeme, iş mahkemesidir^[28].

B) SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

1- İşveren

E-sporcu, oyun yapımcıları veya turnuva düzenleyicisi tarafından düzenlenen liglerde, turnuvalarda bir e-spor kulübüne bağımlı olarak çalışmaktadır. Bu noktada oyun yapımcılarının gerek kulüpler gerekse sporcular üzerinde pek çok söz hakkı mevcuttur. Bunları; kulüplerin e-sporculara verebileceği asgari ücreti belirlemek, oyun yapımcısı veya turnuvayı düzenleyen organizasyonun kulüp ile e-sporcunun çalışma şartlarını birlikte düzenlemek, turnuvaları lig sistemlerine göre düzenleyerek gerek görürse sporcunun oynayacağı ligleri coğrafi olarak sınırlamak, e-sporcuların kullanabilecekleri donanımların standartlarını belirlemek, video yayın platformlarında sporcunun kendi tercihiyle yayın yapmasını yasaklamak hatta e-sporcuların kulüp değişimlerini uygun kabul etmedikleri durumlarda oyuncuları cezalandırabilmek olarak örneklendirebiliriz^[29]. Yapımcının hazırladığı şablon sözleşme örnekleri ile kulüp ve e-sporcu arasındaki sözleşme hakkında kendisinin bilgilendirilmesini talep hakkına sahip olması ise kulüp kadrolarının yönetimi ve reklam yapılması hususlarında da söz hakkına sahip olduğunu göstermektedir^[30]. Tüm bunlara karşın konu profesyonel e-sporcunun sözleşmesi bağlamında değerlendirildiğinde, işveren statüsünde kulüp bulunmaktadır.

Özetle, e-sporcu sözleşmesinin hizmet sözleşmesi kapsamında kabul edilmesi görüşü neticesinde e-sporcu bağımlı çalıştığı işverenin emir ve talimatı ile yayıncılara röportaj vermekte, antrenman yapmakta, müsabakalara katılım sağlamakta, internet üzerinden yayın yaparak çalışmasını sürdürmekte

[28] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.156; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.11.

[29] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.568; Amadeus Hunter Bayliss, “Not Just a Game: the Employment Status and Collective Bargaining Rights of Professional ESports Players”, *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, s.372; Jackson Wong, “More Than Just a Game: The Labor and Employment Issues Within Esports”, *UNLV Gaming Law Journal*, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s.134.

[30] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.569.

ve belirlenen turnuvalarda mücadele etmek zorundadır. Yapımcılar, Asya-Avrupa olacak şekilde oynanan ligleri de sınırlayabileceği gibi bir futbol oyunu liginde yarışan e-sporcunun bir savaş oyunu liginde oynamasını da sınırlayabilecektir. Bu sayılı durumlardan yola çıkarak öğretilde, e-spor çalışma ilişkisinde oyun yapımcısı ve lig düzenleyicisi üçüncü kişi açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tesis edildiği veya franchising sözleşmesi kurulduğu ileri sürülmektedir^[31].

2- E-Sporcu

E-sporun spor olarak kabulüne karşın Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu nezdinde bir profesyonellikten bahsetmek ne yazık ki mümkün değilse de e-spor çalışanlarının amatör olarak nitelendirilmesi de hakkaniyetli olmayacaktır. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 2013/11 sayılı Genelgeye göre, *“herhangi bir spor dalını kendisine meslek edinen ve bundan kazanç sağlayan kişilere profesyonel sporcu denilmekte, bu kişiler kulüplerinin gösterdiği yerlerde tespit edilmiş çalışma saatlerine tabi olarak ve işveren veya vekilinin emir ve talimatı altında antrenman ve müsabakalar yaptıklarına, mukabilinde önceden yapılmış anlaşma ile tespit edilmiş ücretleri aldıklarına göre, anılan kimselerin işverenle hukuki ilişkileri bir hizmet akdine dayanmaktadır.”* gereğince e-sporcu gelir elde etme amacıyla kulüp bünyesinde sporunu icra ediyorsa profesyonel sporcu olarak kabul edilmelidir. Halihazırda hukuk kuralları çerçevesinde ele alındığında, e-spor, spor olarak kabul edilmeseydi dahi e-sporcunun bir işveren veya kulüp bünyesinde bağımlı çalışarak işgörme ilişkisinden kaynaklanan çalışma haklarından yararlandırılması gereklidir. Faaliyetin sporla ilgili oluşunun sporcu ile kulüp arasındaki bağın iş ilişkisi sayılmasına engel oluşturmayacağı yargı kararlarında da belirtilmiştir^[32]. Sanal bir dünyada yapımcı ve işveren tarafından belirlenen düzenlemeler sınırı içinde oyuncular işverene bağımlı olarak oyun oynayarak işverene kâr sağlamaktadırlar^[33]. E-sporcular da klasik sporcular gibi çok yoğun bir şekilde antrenman yapmakta ve reflekslerini dinç tutmaya çalışmaktadırlar^[34].

[31] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.569.

[32] Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 5 Ekim 2015 tarih ve E.2014/15655, K.2015/26568 sayılı karar.

[33] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.569.

[34] Önder, *op. cit.*, s.68.

Türkiye E-spor Federasyonu Başkanlığı Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Talimatnamesinde iki önemli düzenleme yer alır. Bunlardan ilki e-spor kulüplerine bir sezonda en fazla on yabancı uyruklu sporcu transfer ve tescil hakkı olup diğeri e-spora başlama ve lisans verilme yaşının altı olarak belirlenmesidir.

E-sporcu sözleşmesine niteliği uygun düştüğü ölçüde Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı 24 ve 25. maddelerde yer alan ve tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerin uygulanması gerekmektedir.^[35] Bu bağlamda e-sporcuların çalışma süreleri, dinlenme hakları, ücret hakları, çalışma ilişkisinde ortaya çıkacak diğer hakları ve yükümlülükleri mevcut düzenlemeler ve genel hükümler çerçevesinde yorumlanarak belirlenebilir.

Bir spor kulübüne hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak spor faaliyetinde bulunan profesyonel sporcular, İş Kanunu kapsamı dışında ise de spor kulübünde iş sözleşmesiyle çalışan ancak sporcu kabul edilmeyen işçiler İş Kanunu'na tabidirler. Örneğin bir spor kulübünde antrenör, teknik direktör, doktor ve diğer sağlık personeli, masör, sayman, malzemeci veya menajer olarak iş sözleşmesi ile çalışan kişiler İş Kanunu kapsamındadırlar^[36]. Amatör sporcular ise, zevkli bir uğraşı ile hobilerini gerçekleştirdiğinden işçi niteliğine haiz olmadıkları gözetildiğinde İş Kanunu hükümlerinden yararlanamayacaklardır^[37].

[35] Doğu, *op. cit.*, s.449; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.15.

[36] Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Nisan, 5. Baskı, 2017, s.31.; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Lykeion, Güncellenmiş 6. Baskı, 2022, s.73.

[37] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.72; Güven ve Aydın, *op. cit.*, s.31; Baştürk, *op. cit.*, s.7.

C) E-SPORCUNUN BORÇLARI

1- İşgörmeye Borcu

Hizmet sözleşmesinin iktisadi değer taşımasına bakılmaksızın işgörmeye edimi üstlenilmiş olmalıdır^[38]. Bu edim bedensel, bilimsel, düşünsel, teknik ve sanatsal olabilir^[39]. E-spor oyuncularının çalışma ilişkisi içinde işverene bağımlı olarak işgörmeye yükümlülüğü içinde oldukları görülmektedir. Kanaatimizce işgörmeye edimini yerine getirmek için hazır bekleyen e-sporcu fiilen bir iş yapmasa dahi işgörmeye edimini yerine getirmiş kabul edilmelidir^[40]. Bir diğer deyişle, e-spor alanında faaliyet gösteren profesyonel sporcunun yaptığı iş, bir hizmet edimini (oyun oynama) bir spor kulübüne bağlı olarak ücret karşılığında yerine getirmekten ibarettir. Dolayısıyla, bu sözleşmelerde e-sporcu, sözleşmesinin asli edimi olan bir işi görmeyi taahhüt etmektedir^[41]. İş görme borcunun kendi içerisinde unsurlarına bakıldığında; işçinin işi kendisinin yapması, işçinin çalışma koşullarına uyması ve işçinin işi özenle yapması sayılabilir^[42]. Sporcunun iş görme ediminin karşılığı, müsabakalara katılmak ise de profesyonel seviyede oyun oynamasını sağlayan antrenmanlara katılmak, teknik ve taktik bilgilerini geliştirmek, sezon öncesi kamplara katılmak, varsa düzenlenmiş olan eğitimlere ve toplantılara katılmak, antrenman ve e-spor müsabakalarında kullanması için verilen araç ve gereçleri özenle kullanmak, yayıncı kuruluşlara röportaj vermek gibi borçları da bulunmaktadır^[43]. Söz konusu borçların yerine getirilmesi, işçinin işgörmeye borcu içerisinde ele alınan özen borcunun da bir gereğidir^[44]. Bununla beraber TBK'da düzenlenen hükümler neticesinde ortaya çıkan rekabet yasasından

[38] Seza Reisoğlu, *Hizmet Akdi Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, 1968, s.40.

[39] Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, Yenilenmiş 21. Baskı, 2021, s.233; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.213.

[40] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.81.

[41] Temir, *op. cit.*, s.642.

[42] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.302 vd.; Akbulut, *op. cit.*, s.362.

[43] Baştürk, *op. cit.*, s.12; Temir, *op. cit.*, s.642; Mustafaoğlu, *op. cit.*, s.57.

[44] Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.214.

farklı olarak profesyonel e-sporcu sözleşmesi çerçevesinde düşünülmesi gereken rekabet etmeme borcu, işgörme borcunun içerisinde ele alınan sadakat borcunun bir sonucudur^[45]. Bu borç e-sporcunun aynı ligde başka takımla sözleşme yapmama veya bazı takımlar ile sözleşme yapmama gibi şekillerde karşımıza çıkabilmektedir^[46].

Uygulamada, e-sporcular oyun evi (*gaming house*) olarak bilinen mekanlarda vakit geçirerek yeri geldiğinde konaklamakta, bireysel ya da takım antrenmanları yapmakta ve mücadele etmekte böylece iş görme edimini yerine getirmektedirler^[47].

2- Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu

Bağımlılık, hizmet sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayan önemli bir unsurdur^[48]. E-spor alanında faaliyet gösteren profesyonel sporcunun çalışma şekline, yerine, zamanına, işyerindeki davranışlarına müdahale, hatta işyeri dışındaki davranışlarına dahi müdahale işverenin sporcu üzerindeki yönetim yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır^[49].

Sporcu bağımlılık unsuru kapsamında kamp dönemlerinde kulüp tesislerinden ayrılmama, kulüpten izinsiz sportif faaliyetlere katılmama,

[45] Temir, *op. cit.*, s.642.

[46] Yakub Kızılkaya, *Profesyonel Futbolcunun İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Sonuçları*, İstanbul, Beta, 1. Baskı, 2009, s.27; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.214-215.

[47] *Gaming house* ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Önder, *op. cit.*, s.60; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.207; Gaming House (Oyun Evi) Faydaları, www.adanzyeespor.com/2019/09/gaming-houseoyun-evi-faydalar.html. (Erişim Tarihi 01.03.2024).

[48] Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku*, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, 3. Baskı, 1984, s.74; Reisoğlu, *op. cit.*, s.52; Senyen Kaplan, *op. cit.*, s.84; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.27; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin, 27. Baskı, Eylül 2024, s.41; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 6. Baskı, 2021, s.119; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.83.

[49] Başak Baysal ve Deniz Ugan Çatalkaya, “Profesyonel Futbolcu sözleşmesinin Sona Erdirilmesi”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s.16; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.218; Akbulut, *op. cit.*, s.364.

müsabakalara takım olarak gitme vb. yönde verilen emir ve talimatlara uyma ile yükümlü olup aksi hallerde de disiplin cezası ile karşılaşabilecektir^[50].

Türk Borçlar Kanunu'nun teslim ve hesap verme borcu başlıklı m. 397'de yer alan "İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür." hüküm uyarınca e-spor oyuncusunun antrenmanlarda kullanılmak üzere kendi kullanımına sunulan üçüncü kişilerden teslim aldığı ekipmanları takımına teslim etmesi gerekmektedir^[51].

3- Fazla Çalışma Borcu

E-sporcuların dinlenme sürelerinin yasal sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması açısından mevzuatta ve uygulamada boşluklar bulunmaktadır. Sporcular, mevzuatta günlük asgari dinlenme sürelerini dahi kullanamamakta, normal çalışma sürelerinin çok üzerinde çalışmış olmalarına rağmen çalışmalarının karşılığı ücreti alamamakta aynı şekilde hafta tatili, yıllık ücretli izin, ara dinlenmesi gibi haklarından mahrum kalmaktadır. Sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilerek e-sporcuya TBK hükümlerinin uygulanması, TBK'da normal çalışma süresi belirlenmemiş olması ve İş Kanunu'nda yer alan fazla çalışmaya dair hükümlerin uygulanmaması bu mahrumiyetin doğmasının bir sebebidir. Bu kapsamda normal çalışma süresinin sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde; e-sporcunun hangi saatlerde idman veya antrenman yapacağı, karşılaşmaların kaç saat süreceği, yayının kaç saat süreceği gibi hususların ayrı ayrı belirlenmesi e-sporcunun haklarının korunmasına katkı sağlayacaktır. Ancak bu sürelerin kararlaştırılmış olmaması halinde benzer durumdaki e-spor oyuncularının ortalama çalışma saatlerinin emsal alınması gerektiği kanaatindeyiz^[52].

E-sporcunun TBK gereğince fazla çalışabilecek durumda olması ve fazla çalışmadan kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırı olmaması koşuluyla

[50] Aksoy, *op. cit.*, s.51; Ahmet Bayrak, *Profesyonel Futbolcuların İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Haluk Hadi Sümer), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 783642), s.28.

[51] Paslı *et al*, *op. cit.*, s.216.

[52] Ibid, s.217.

takımın talep ettiği fazladan çalışmayı yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu anlamda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, e-sporcunun işverenin emir ve talimatı ile yayın yapması halinde yayında geçirdiği sürenin çalışma süresinden sayılarak fazla çalışma sayılması gerektiğidir. Bununla beraber e-sporcunun kendi isteğiyle yayın yapması halinde, yayında geçirdiği süre çalışma süresi sayılmayacaktır.

D) E-SPORCUNUN HAKLARI

1- Ücret Hakkı

İş Kanunu'na göre (genel anlamda) ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve parayla ödenen tutardır^[53]. Dolayısıyla ücret ödeme borcu, işçinin işgörme borcu karşısında yer alan ve işverenin iş sözleşmesinden doğan başlıca borcudur^[54]. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, taraflar serbest iradeleriyle diledikleri ücret türünü kararlaştırabilirler. Türk Borçlar Kanunu m. 401 uyarınca ücretin açıkça belirtilmediği durumlarda asgari ücretten az olmamak kaydıyla emsal ücret üzerinden ödenmesi gerektiği belirtilmiştir^[55]. Profesyonel e-sporcu istihdam eden kulübün en önemli yükümlülüğünü (borcunu) oluşturan ücret, e-sporcunun en temel hakkıdır.

E-spor dalında faaliyet gösteren profesyonel sporcular ile yapılan sözleşme hükümleri incelendiğinde sözleşme kapsamındaki ücret ödemelerinin; temel garanti ücret, performans primleri ve turnuvalardan elde edilen gelirlerden dağıtılan turnuva primleri başlıkları altında yoğunlaştığı görülmektedir^[56].

[53] Güven ve Aydın, *op. cit.*, s.136-137.

[54] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.333 vd.; Süzek, *op. cit.*, s.234; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.293 vd.; Akbulut, *op. cit.*, s.367; Sümer, *op. cit.*, s.80.

[55] Süzek, *op. cit.*, s.234; Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi 21 Aralık 2020 tarih ve E.2017/2201, K.2020/19373, sayılı kararıyla “İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.” karar vermiştir.

[56] Esporcu sözleşmelerinin esaslı unsuru: ÜCRET, playerbros.com/esporcusozlesmelerinin-esasli-unsuru-ucret (Erişim Tarihi 27 Şubat 2024); Temir, *op. cit.*,

Sporcuya ne şekilde bir ödeme yapılacağı, ödeme miktarı, ödenecek para birimi, ödeme zamanı ve yeri, ödeme şekli, oyuncunun ücret dışında hak edişlerine yönelik hakları vb. koşulları sözleşmede belirlenmelidir. Sözleşmede bu hususların belirlenmiş olması daha sonra doğacak sorunların önünü kesecektir. Bununla beraber performans ve turnuva primleri bakımından hangi ölçüdeki performansın ne oranda bir prim ile ödüllendirileceği düzenlenebileceği gibi tipik olarak; lig atlama, liglerde elde edilen sıralamalara veya turnuvalarda tur atlama, müsabakayı kazanma, deplasman galibiyeti alma, belirli sayıda müsabaka kazanma, şampiyon olma, finale kalma gibi aşamalara ilişkin olarak da belirlemeler yapılabilecektir^[57]. IP'nin sahibinin kim olduğu, IP'nin nasıl, nerede veya ne zaman kullanılabileceği hususunda da işveren tarafından konulacak kısıtlamalara yer verilmelidir.

İnternet üzerinden yayın yapılan platformlarda, izleyicilerin yayıncı e-sporcuya bağış yapması sonucunda üçüncü kişilerden doğrudan elde edilen gelirin işverene mi yoksa sporcuya mı ait olacağı tartışma konusu olmuş; e-sporcunun, tamamen kendi kişisel tercihi ile yayın yaparak gelir elde etmesi durumunda, işverenin bu gelir üzerinde herhangi bir talep hakkı olmadığı; yapılan yayının işverenin emir ve talimatı altında yapılması durumunda işgörme ilişkisi sebebiyle yayın gelirlerinin bir kısmının veya tamamının prim olarak e-sporcuya ödenebileceğinin sözleşmede belirlenip belirlenmemesine göre dikkate alınacağı öğretilmiştir^[58].

2- İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasını İsteme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu m. 417 gereğince “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*” İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 2 gereğince de kamu ve özel sektöre ait tüm işlerde ve işyerlerinde işveren ve işveren

s.647; Paşlı *et al.*, *op. cit.*, s.219.

[57] Temir, *op. cit.*, s.648; Akbulut, *op. cit.*, s.368.

[58] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.571; Kocadağ, *op. cit.*, s.53.

vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanların faaliyet kollarına bakılmaksızın iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması gerekir^[59]. İş sağlığı ve güvenliği çalışanlarının yaptıkları işten, çalışma koşullarından ve kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelere karşı yaşamının ve sağlığının etkin olarak korunmasını ve çalışanların daha sağlıklı ve güvenli çalışabileceği ortamın sağlanmasını ifade eder^[60]. Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tarafından yayınlanan, Sağlık Ekiplerinin Yapılanmaları ve İşleyişleri Talimatı^[61] ve ekleri, Türkiye E-spor Federasyonu açısından, sporcuları koruyucu iş sağlığı ve güvenliği talimatları bağlamında örnek niteliğindedir. Bu anlamda spor kulüpleri, sporcuların eğitimi ve sağlığı için gerekli tedbirleri almak, gereken ekipmanları sağlamak, gerekli personeli, doktorları temin etmek ve sakatlık halinde gereken tedaviyi yaptırmakla yükümlüdür.

İş sağlığı ve güvenliği kuralları açısından ele alındığında, sürekli teknolojik cihazlarla çalışan e-sporcuların sağlığının tehlikede olduğu görülecektir. Teknolojik cihazların yaydığı mavi ışık nedeniyle karşılaşılabilecek göz hastalıkları, sürekli oturma nedeniyle karşılaşılabilecek fizyolojik sorunlar, fare ve klavye kullanma nedeniyle ortaya çıkan elde titreme benzeri sorunlar ve uyku problemleri ile daha birçok durum e-sporcular için risk ve tehlike arz etmektedir^[62]. Sosyalleşme gibi ihtiyaçların giderilememesi nedeniyle ortaya çıkan stres ve diğer psikososyal riskler de e-sporcuların karşılaştıkları tehlikelerdendir. Aşırı çalışmanın e-sporcular üzerinde oluşturduğu fiziksel ve psikolojik baskı da dikkate değerdir^[63].

[59] Ufuk Aydın, “Profesyonel Futbolcuların Örgütlenme Deneyimleri Işığında Atipik İstihdam Biçimlerinde Çalışanların Sendika ve Toplu Sözleşme Hakkı”, *Kocaeli Barosu, Kocaeli Üniversitesi ve Türk Barolar Birliği tarafından düzenlenen “Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları” Sempozyumu*, Kocaeli, 4 Mayıs 2013, s.160.

[60] Yalçın Bostancı, “Futbol Kulüplerinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi”, in Tacar Çağlar (Ed.), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. İsmail İnan” Armağanı*, Ankara, Ankara Barosu, 2013, s.135.

[61] Sağlık Ekiplerinin Yapılanmaları Ve İşleyişleri Talimatı, <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Saglik-Ekiplerinin-Yapilanmalari-ve-%C4%B0sleyisleri-Talimati.pdf> (Erişim Tarihi 27 Şubat 2024).

[62] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.574.

[63] Önder, *op. cit.*, s.63; Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.574; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.224; Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru-Atipik İş İlişkileri Açısından*

Türkiye E-Spor Federasyonu Sporcu Lisans, Vize ve Transfer Talimatında işyeri kavramının düzenlenmemesi sebebiyle İş Kanunu temel hükümleri aracılığıyla işyerinin tespiti yapılmakta, bu noktada karşımıza iş organizasyonu kavramı çıkmaktadır^[64]. İş organizasyonu; işin görüldüğü yer ile buna bağlı yerleri, eklentileri ve araçları kapsadığından, işyeri kavramına göre daha geniş olup işin görüldüğü yer, bir e-spor karşılaşması şeklinde aleni bir hizmetin ortaya konulabilmesi için gerekli tüm örgütlenmenin yapıldığı kulüp merkezleri ve e-spor müsabakalarına gidilirken sporcular tarafından kullanılan vasıtalar, işin görüldüğü yer olarak kabul edilmeli; e-spor açısından işyerine bağlı yerler ise takımların müsabakalara hazırlandıkları kulüp tesisleri ve kamp merkezleri, kulübe ait veya kulüp tarafından kiralanılan salonlar olarak ele alınmalı ayrıca işyerine eklenti durumundaki soyunma odaları, duşlar, dinlenme odaları, kamp yapılan alanda bulunan otel odaları eklenti olarak iş organizasyonuna dahil edilmelidir^[65]. Oyun evleri, e-sporcuların konaklaması amacıyla kullanılmasının yanı sıra işyeri niteliği taşımaktadır^[66]. Uygulamada oyun yapımcısı ve turnuva düzenleyicisi tarafından seçilen donanımların iş sağlığı ve güvenliği için uygun olmaması hâlinde, kuralların belirlenmesinde yapımcılar ve düzenleyicilerin karar verici olması sebebiyle işverenler çoğu zaman bu kuralları değiştirememekteyse de ilgili donanımların iş sağlığı ve güvenliğine aykırı olması ve neticede iş kazası ile meslek hastalıklarının ortaya çıkması halinde sorumluluğun kime yükleneceği; oyun yapımcısı ve turnuva düzenleyicisi ile işveren arasındaki ilişkinin illiyet bağının ortadan kalkıp

Değerlendirilmesi, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2016, s.340.

[64] İşin yönetimi ve gerçek denetiminin kimde olduğu, işletme riskinin kim tarafından üstlenildiği, çalışanın işi reddetme hakkının bulunup bulunmadığı, işin görülmesinde ücret ödenerek istihdam edilen yardımcı eleman kullanılıp kullanılmadığı, münhasıran aynı iş sahibi için çalışılıp çalışmadığının belirlenmesi iş ilişkisinde bağımlılık unsurunun tespitine yarayan ek ölçütlerden bazılarıdır. Söz konusu ek ölçütler hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğan, *op. cit.*, s.206 vd.; Süleyman Başterzi, “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 17, 2010, s.182 vd.

[65] Aksoy, *op. cit.*, s.22; Temir, *op. cit.*, s.651; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.223.

[66] Önder, *op. cit.*, s.60 vd.

kalkmadığı sorularını gündeme getirmektedir^[67]. E-sporcunun, müsabaka ve turnuva dışında da antrenman veya işverenin talimatıyla yapılan yayın sırasında kullandığı donanım ve ekipmanlar nedeniyle, işyerinde karşı karşıya kalabileceği iş kazalarından ve meslek hastalıklarından işverenin sorumlu olduğu açıktır. Çünkü antrenman ve yayın sırasında kullanılacak donanım ve ekipmanlar üzerinde, işveren tam bir tasarruf yetkisine haizdir^[68].

3- Dinlenme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu m. 421 gereğince işveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür. Bu kapsamda hizmet ilişkisinin işveren tarafı olan e-spor takımı özellikle oyunculara en az haftada bir tam günü izin vermelidir.

E-spor oyuncusu ve takımı arasındaki hizmet ilişkisinde sporcunun yıllık periyotlarla izne ayrılması da gündeme gelecektir. Profesyonel sporcuların yıllık izinleri Anayasanın 50. maddesi gereği çalışanlara tanıdığı dinlenme hakkı kapsamında bulunduğu e-sporcunun her yıl belirli bir süre ücreti ödenerek dinlendirilmesi suretiyle sağlığının korunması ve çalışma gücünün yenilenmesi sağlanmaktadır^[69]. Bir yıl boyunca bağlı olduğu kulüp için çalışan, idman yapan, karşılaşmalara katılan futbolcunun yeni sezon başlamadan önce hem fiziksel hem de ruhsal olarak kendini dinlendirmesi sezonu başarılı bir şekilde geçirmesine olanak sağlayacak ve bu başarıdan kulüp de yararlanacaktır^[70]. Türk Borçlar Kanunu uyarınca işveren, en az bir yıl çalışmış olan sporculara yılda en az iki hafta ve on sekiz yaşından küçük işçiler ile büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür. Bununla beraber TBK m. 423 gereğince işçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık

[67] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.575.

[68] Ünal ve Hüseyinli, *op. cit.*, s.575.

[69] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.819 vd.; Süzek, *op. cit.*, s.866 vd.; Namık Hüseyinli, *İş Hukukunda Dinlenme ve İzin Hakları*, Ankara, Adalet, 2020, s.21 vd., s.152 vd.; Nezihe Binnur Tulukçu, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı*, Ankara, Adalet, 2012, s.9.

[70] Aksoy, *op. cit.*, s.38.

ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir. İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde düzenleme yapılamaz.

4- Sosyal Güvenlik Hakkı

Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı 59. maddesine göre Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder ve başarılı sporcuyla korur^[71]. Anayasanın 60. maddesi ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağını ve teşkilatı kuracağını hüküm altına almıştır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 4/1'e göre hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı kabul edilirler ve Kanun kapsamında 4/1-a sigortalısı kabul edilmek için çalışma veya iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesine dayanması, işin işverene ait organizasyon kapsamında yerine getirilmesi ve çalışanın sigortalı sayılanlar arasında olması gerekir^[72]. Belirtilmelidir ki; profesyonel sporcular Kanunda açık bir şekilde sigortalı sayılanlar başlığı altında yer almamakla birlikte, sigortalı sayılmayanlar başlığı altında da yer almamakta bu sebeple profesyonel sporcular 4/1-a

[71] Serkan Öner, *Sporla Sosyal Güvenlik* (Yüksek Lisans Tezi (Danışman Turgut Kaplan), Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 298693), s.58.

[72] Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Canıkkioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta, 19. Baskı, 2021, s.80-81; Aziz Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, İstanbul, Legal, 2. Baskı, 2009, s.137; Sevde Bulun Tokbaş, *Bağımsız Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakkı*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2024, s. 130.

kapsamında sigortalı kabul edilmektedirler^[73]. Bununla birlikte, kulüpten herhangi bir ücret almadan spor yapan amatör sporcuların, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından sigortalı olarak sayılması mümkün değildir^[74].

Profesyonel e-sporcunun sigorta primleri kendisinden yapılan kesintilerle beraber kulübü tarafından ödenmektedir^[75]. Primi ödenen profesyonel futbolcu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun kısa vadeli ve uzun vadeli sigorta hükümleri çerçevesinde kanunda belirtilen süre ve prim ödeme şartları gerçekleşmiş ise iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası, hastalık sigortası, bayan futbolcu ise analık, malullük ve yaşlılık, ölüm sigortalarından faydalanabilir.

5- Sendikalaşma Hakkı

Anayasa m. 51'e göre çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz^[76]. Sendikalar Kanunu m. 1'de, bu kanunun amacının, çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi için, işçiler ve işverenler tarafından meydana getirilen sendikalar ile konfederasyonlara ilişkin esasların düzenlenmesi olduğu belirtilmiştir. Sendikalar Kanunu açısından, sendika kurabilmek ve sendikaya üye olabilmek için işçi veya işveren sıfatına sahip olmak gerekmektedir. Sendikalar Kanunu'nun "Sendika Üyesi Olamayacaklar" başlıklı 21. maddesinde sayılanlar arasında sporcular yer almamaktadır. Bu anlamda kulüplerinden ücret almak suretiyle spor faaliyetinde bulunan profesyonel e-sporcuların İş Kanunu kapsamı dışında

[73] Ali Nazım Sözer, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, İstanbul, Beta, 2. Baskı, 2015, s.67; Aksoy, *op. cit.*, s.39.

[74] Aksoy, *op. cit.*, s.40.

[75] Aydın *et al.*, *op. cit.*, s.1881.

[76] Barış Öztuna, "Profesyonel Türk Sporcularının Sendikal Hakları", *International Journal of Sport Culture and Science*, Cilt 4, Sayı 2, 2016, s.472-473; Sümer, *op. cit.*, s.190-191.

tutulması sendikal haklar bakımından bir engel teşkil etmemekte; sporcuların sendikaya üye olmalarında, bir profesyonel sporcu sendikasının toplu iş sözleşmesi yapmasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır^[77].

Profesyonel sporcu sendikaları; işçi niteliği taşıyan sporcuların karşılıklı yardım ve dayanışmalarını sağlamak için kurulmuş işçi örgütleridir. Ulusal ve uluslararası düzeyde örgütlenmenin en güçlü ve bilinen örneği Uluslararası Profesyonel Futbolcu Sendikaları Federasyonu (FIFPro)'dur^[78]. E-spor ile ilgili kuruluşlar arasında yer alan Uluslararası E-spor Federasyonu (IeSF) ise anti-doping ve rekabet ile ilgili e-sporu düzenleyen kuralları oluşturmuştur. Bu kapsamda geçtiğimiz yıllarda IeSF Dünya Şampiyonası düzenlemiştir. Global Esports Federation da e-spor ekosistemini geliştirmeyi ve özellikle oyuncular için sorumluluk sahibi ve adil oyun, bütünsel sağlık, eğitim ve kariyer yıllarına odaklanmayı amaçlar^[79]. Türkiye E-Spor Federasyonu, Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesinde Nisan 2018 kurulmuştur. Türkiye'de bir sektör olarak profesyonel sporda sendikalaşma ise son derece zayıftır^[80].

6- Ulaşılabilir Olmama Hakkı

E-sporcunun çalışma sürelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla beraber değerlendirilmesi gereken bir diğer durum ise, ulaşılabilir olmama haklarının sürekli ihlal ediliyor olmasıdır. Ulaşılabilir olmama hakkı, günümüz çalışma hayatında özellikle telefon, bilgisayar, tablet gibi iletişim araçları ile işçinin dinlenme süreleri içerisinde veya çalışma süreleri dışında iş ve özel hayatı arasındaki dengenin bozulmasına sebep olan ve işverenle bağlantının kesilmesine olanak tanıyan bir hak olarak gündeme gelmektedir^[81]. E-sporcu, teknolojik cihazlarla bağlantıyı kesmemekte, iş ile bağlantıda kalınması

[77] Baştürk, *op. cit.*, s.36; Aksoy, *op. cit.*, 41; Küçükgüngör, *op. cit.*, s.50; Petek, *op. cit.*, s.156.

[78] Sendika ve Futbol, <https://futbolekonomi.com/index.php/haberler-makaleler/genel/289-recep-cengiz/4834-sendika-ve-futbol.html>. (Erişim Tarihi 27.02.2024).

[79] Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.39-40.

[80] Aydın *et al.*, *op. cit.*, s.1881.

[81] Detaylı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, "Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimî Ulaşılabilirlik", *in* Ender Demir/Beste Gemici Filiz (Ed.), *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Ankara, Seçkin, 2021, s.317-325;

halinin devamı sebebiyle stres başta olmak üzere birçok psikososyal risk ile karşı karşıya kalmaktadır^[82]. Söz konusu bu durumun devamının sözleşmenin feshini dahi getirebileceği unutulmamalıdır.

III. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

E-sporcunun hizmet sözleşmesinin sona ermesi birkaç farklı şekilde ortaya çıkar. Sona ermeyi; e-sporcu ile kulübünün karşılıklı anlaşması; tarafların sözleşmeyi bir süreye bağlamaları halinde, bu sürenin bitimi; e-sporcu ya da kulübün fesih hakkını kullanması olarak sıralayabiliriz. Değirmeliyiz ki tarafların ne kadar süre beraber çalışacağı, işin erken tamamlanması veya sözleşmenin feshedilmesi halinde bunun ne şekilde olacağı bir diğer deyişle haklı veya haksız feshin koşulları ve ceza koşulunun ne olacağı konuları sözleşmede detaylı bir biçimde düzenlenmesi hak kayıplarının önüne geçecektir.

A) FESİH DIŞI SEBEPLERLE SONA ERME VE HUKUKİ SONUÇLARI

1- Sözleşme Süresinin Dolması

Türk Borçlar Kanunu m. 430 gereğince, sona erme süresinin belli olduğu belirli süreli iş sözleşmesinde, kural olarak belirlenen sürenin dolmasıyla sözleşme kendiliğinden sona erer^[83]. Türk Borçlar Kanunu m. 430/1’de, “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.” yer almaktadır. Hükümden anlaşıldığı üzere; belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin geçmesiyle, sürenin bitiminden önce sözleşmenin sona ereceğine

Amine Büşra Çıtır, “İşinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 20, Sayı 79, 2023, s.833-866.

[82] Paşaoğlu, *op. cit.*, s.37 vd.; Doğan, *op. cit.*, s.345.

[83] Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.609; Süzek, *op. cit.*, s.535; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 3. Baskı, 2023, s.244; Başbuğ ve Yücel Bodur, *op. cit.*, s.184.

dair bir bildirimde bulunmaya gerek olmaksızın sözleşme kendiliğinden son bulur^[84].

Türk Borçlar Kanunu m. 430/2’te yer alan “*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.*” hükmü gereğince sözleşme süresinin sona ermesine rağmen iş ilişkisinin sürdürülmesi, sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi anlamına gelmektedir^[85].

Türk Borçlar Kanunu m. 430/3 gereğince “*Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen ay başında hüküm ifade eder.*” Bu istisnai hal dışında iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyularak feshinde kural sona erdirilecek iş sözleşmesinin belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmesi olma niteliğine sahip olmasıdır^[86]. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilmektedir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen ay başında hüküm ifade edecektir. Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, bu durumda sözleşme, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin bu nedenlerle belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmesi halinde, belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır^[87].

Türk Borçlar Kanunu m. 430/4’e göre “*Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa,*

[84] Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, in Ali Cengizoğlu (Ed.), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu*, Ankara, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 26-27 Nisan 2013, Basım 2016, s.433.

[85] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.469, s.484; Süzek, *op. cit.*, s.536; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.226-227; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2012, s.312.

[86] Seçkin Nazlı, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s.271.

[87] Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.227.

sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.” Sözleşmeye konulacak bildirim koşuluna uymamanın yaptırımını, ihbar tazminatının gündeme gelmesi değil, sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 432 gereğince taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı bulunmaktadır. Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak işçi lehine yorum ilkesi gereği sözleşmeyle artırılabilir^[88].

2- Ölüm

Taraflardan birinin ölümü halinde, sözleşmenin akıbeti hususu Türk Borçlar Kanunu'nda belirli-belirsiz süreli ayrımı yapılmaksızın düzenlenmiştir^[89]. Türk Borçlar Kanunu m. 440 gereğince iş görme edimi yükümlüsü işçinin ölümü ile sözleşme sona erer. İş sözleşmesi, sözleşmenin niteliği gereği taraflar arasında kişisel ilişki kurar. Sözleşme doğrudan işçinin emeği ile bağlı olduğundan işçinin ölümü kanundan doğan bir sona erme sebebidir^[90]. İşçinin ölümü halinde, mirasçıları ile sözleşmenin devam etmesi mümkün değildir^[91].

[88] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.485; Güven ve Aydın, *op. cit.*, s.183; Polat Soyer, “İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önelllerinin Eşitliği İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, s.667.

[89] Esra Baskan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s.57.

[90] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.233; Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.466; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *op. cit.*, s.255; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Ankara, Gazi, Yenilenmiş 4. Baskı, 2011, s.147.

[91] Ebru Erener, *Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul, Onikilevha, 1. Baskı, 2017, s.95.

Profesyonel e-sporcu sözleşmeleri bakımından da sporcunun ölümü nedeniyle sözleşme kendiliğinden sona erer^[92]. İş sözleşmesinin yapılmasında işçinin nitelikleri ve kişisel özelliklerinin etkili olması işçinin ölümü ile sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuracaktır^[93]. Sözleşmenin fesih bildiriminin ayrıca işveren veya mirasçılarca yapılmasına gerek yoktur^[94].

İşverenin ölümü halinde, TBK m. 441'de yer alan “*İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçuları alır.*” hükmü gereğince, iş sözleşmesi kural olarak sona ermez^[95]. Bu durumda; işverenin yerini, TMK m. 599'te yer alan külli halefiyet gereğince, mirası reddetmeyen veya mirastan yoksun olmayan mirasçuları alır^[96]. Mirasçılar ücret ödeme borcunu, işçiler ise iş görme edimlerini mirasçılara karşı yerine getirmekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, işin görülmesini işçiden isteme hakkı, işverenin ölümü halinde mirasçılarına geçer^[97]. Maddenin devamında “*Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.*” ifadesi yer almaktadır^[98]. Profesyonel e-sporcu sözleşmesine bakıldığında, işveren durumundaki spor kulüplerinin tüzel kişi oldukları görülmektedir. Tüzel kişilerin ölüm hali mümkün değildir.

[92] Emirhan Çeviker, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi Ve Sona Ermenin Sonuçları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s.64.

[93] Süzek, *op. cit.*, s.537.

[94] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.469.

[95] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.234; Başbuğ ve Yücel Bodur, *op. cit.*, s.184.

[96] Süzek, *op. cit.*, s.538; Başkan, *op. cit.*, s.68; Erener, *op. cit.*, s.98; Güven ve Aydın, *op. cit.*, s.166; Başbuğ ve Yücel Bodur, *op. cit.*, s.184; Ercüment Özkara, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Beta, 1. Baskı, 2008, s.45; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2024, s.70-72; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, 2. Baskı, 1978, s.41 vd.; Ali Güzel, “İşyeri Devrinin Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni*, Cilt 1, Sayı 1, 1996, s.31.

[97] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.469.

[98] Konuyla alakalı detaylar, çalışmamızın özünden uzaklaşmaya sebebiyet vereceğinden madde metnine yer vermek suretiyle değinilmiştir.

Ancak işveren sıfatına sahip olan kulüpler açısından başta gelen sona erme hali, kulüplerin tüzel kişiliğini kaybetmesidir^[99].

Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu spor kulüplerinin sona ermesi, faaliyetinin yasaklanması ve tescilinin iptali başlıklı m. 9 spor kulüplerinin tüzel kişiliklerinin kaybedilmesinin ve tescil iptalinin hangi hallerde gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Buna göre a) *İlk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış ve zorunlu organların oluşturulmamış olması.* b) *Tüzük gereğince yönetim kurulunun oluşturulmasının olanaksız hâle gelmesi.* c) *Olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamaması durumunda kulüpler tüzel kişiliklerini kaybederler.* Söz konusu düzenlemenin 2. fıkrasında ve devamında yukarıda geçen durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde Bakanlık veya spor kulübünün herhangi bir üyesi spor kulübünün sona erdiğinin tespitini mahkemeden isteyebilecektir. Her zaman genel kurul, spor kulübünün feshine karar verebilir. Bakanlık; tescile ilişkin şartları kaybeden, organlarını bu Kanuna aykırı olarak oluşturan ve Bakanlık tarafından yapılan yazılı ihtar rağmen bu aykırılıkları ihtar tarihinden itibaren üç ay içinde gidermeyen veya taahhüt ettiği hiçbir spor faaliyetine izinsiz ve mazeretsiz olarak üst üste üç yıl katılmayan spor kulüplerinin spor faaliyetlerine katılmasını yasaklayabilir.

Spor anonim şirketinin tescil işlemlerinin iptali ise Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu m. 14/4'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre Bakanlık; tescile ilişkin şartları kaybeden, organlarını bu Kanuna aykırı olarak oluşturan ve Bakanlık tarafından yapılan yazılı ihtar rağmen bu aykırılıkları ihtar tarihinden itibaren üç ay içinde gidermeyen, taahhüt ettiği hiçbir spor faaliyetine izinsiz ve mazeretsiz olarak üst üste üç yıl katılmayan, spor anonim şirketlerinin Bakanlık nezdindeki tescillerini iptal eder.

3- Bozucu Şartın Gerçekleşmesi

Bir sözleşme akdeden kişiler, ileride gerçekleşecek bir şarta bağlı olarak yaptıkları sözleşmenin neticelerini doğurmamasını ya da doğmuş olan neticelerin ortadan kaldırılmasını düzenleyebilirler. Bu halde şarta bağlı bir ifa yükümlülüğü bulunmaktadır. Taraflar arasında belirlenen koşullar sayesinde

[99] Furkan Aktı, *Profesyonel Sporcu Sözleşmelerindeki Anlaşmazlıklar Ve Çözüm Yolları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Yunus Emre Karakaya), Fırat Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 754711), s.77 vd.

sözleşmelerin bilahare gerçekleşen olaylara uygun olarak uyarlanması sağlanmaktadır^[100]. Türk Borçlar Kanunu m. 173'e sözleşme tarafları, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan veya ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir olayı sözleşme bitme anı olarak belirlemişlerse, sözleşmeyi bozucu şarta bağlanmış oldukları kabul edilmektedir^[101].

Profesyonel e-sporcu sözleşmesine bakıldığında, takımın bir alt lige düşmesi, bir üst lige çıkması, e-sporcunun belirli başarıyı sağlayamaması, e-sporcunun belirli sayıda müsabakada yer alamaması, e-sporcunun bonservis bedelini ödemesi, diğer bir takımın bonservis bedelini ödemesi, e-sporcunun transfer teklifi alması vb. durumların sözleşmelerde bozucu şart olarak yer aldığı görülmektedir^[102].

Bozucu şartlar spor dünyasında sözleşmeyi sonlandırmak için taraflar açısından kullanılan argümanlar olarak algılanmakta; kulüp için önceki yıla göre maliyetini yüksek bulduğu sporcu ile yolu ayırmak için bir sebep olabilmekte; sporcu içinse başka takıma geçmek için bir sebep sayılabilmektedir^[103]. Bu kapsamda doğan uyuşmazlıklarda bozucu şartın dürüstlük kuralını ihlal etmemesi için iyi bir değerlendirme yapılmalı ve bozucu şartın gerçekleşme anı ile sözleşmenin sona erme durumu bu değerlendirmenin sonucuna göre belirlenmelidir.

4- İmkânsızlık

İmkânsızlık; sözleşme gereğince yapılması gereken edimin ifasının herkes açısından ya da borçlu kişi açısından mümkün olmadığı hallerde subjektif veya objektif imkânsızlık, imkânsızlık halinin devam edip etmemesine göre geçici ya da sürekli imkânsızlık, imkânsızlık halinin mevcut hukuki işlemlerde oluşturduğu etkiye göre kısmi veya tam imkânsızlık, borçlu olan kimsenin kusur haline göre kusursuz ya da kusurlu imkânsızlık, imkânsızlığın meydana gelme vaktine göre sonraki veya başlangıçtaki imkânsızlık olarak

[100] Aktı, *op. cit.*, s.82.

[101] Baştürk, *op. cit.*, s.195; Çeviker, *op. cit.*, s.66; Mustafa Özen, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi (Profesyonelliğe Geçiş ve Transfer) Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Ulusal ve Uluslararası Çözüm Mercii ve Yolları*, İstanbul, Adalet, 3. Baskı, 2022, s.119.

[102] Bayrak, *op. cit.*, s.61; Çeviker, *op. cit.*, s.66.

[103] Kızılkaya, *op. cit.*, s.77; Bayrak, *op. cit.*, s.62.

tezahür edebilmektedir^[104]. Türk Borçlar Kanunu m. 136’da borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borcun sona ereceği belirtilmiştir. İmkânsızlık doğal bir olaydan meydana gelebileceği gibi kişinin kendisinden veya üçüncü bir kişinin fiilinden meydana gelebilir^[105].

Sporcunun askerlik durumu, sporcunun fiil ehliyetini yitirmesi, trafik kazası geçirerek malul duruma düşmesi, kulübün spor faaliyetlerinde uzun süreli menedilmesi, sezon başı kontrollerde sağlık raporu alamaması, kulübün TESFED tarafından tescil edilmemesi veya lisansının onaylanmaması vb. durumlar imkânsızlık hallerine örnek olarak sayılabilir^[106].

5- Tarafların Anlaşması (İkale)

Karşılıklı sona erdirmeye; işçi ve işverenin sözleşmenin sonlandırılması noktasında karşılıklı oluru ve beyanı ile sonuç doğurur. İkale sözleşmesi olarak da nitelendirilen bu sözleşme iş sözleşmesini sona erdiren hallerden birisidir^[107]. Belirli veya belirsiz süreli olarak ayırt edilmeksizin sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, taraflar kurdukları sözleşmeyi her zaman anlaşarak sonlandırabilir^[108]. İrade sakatlıkları^[109] (hata, hile, korkutma)

[104] Aktı, *op. cit.*, s.81.

[105] Kızılkaya, *op. cit.*, s.75.

[106] Bayrak, *op. cit.*, s.68; Hasan Özgür Türe, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Cem Özcan), İzmir Ekonomi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 516060), s.85-86.

[107] Şeref Dede ve Muhammed Buğra Can, “Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları ile Birlikte İkale Sözleşmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 93, Sayı 5, 2019, s.74; Resul Kurt ve Muzaffer Koç, *İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2021, s.122; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.232.

[108] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.458; Güven ve Aydın, *op. cit.*, s.166; Akyiğit, *op. cit.*, s.247; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.621; Süzek, *op. cit.*, s.533; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, *op. cit.*, s.148; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, *Kamu-İş*, Cilt 11, Sayı 4, 2011, s.1.

[109] Süzek, *op. cit.*, s.535; Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.458; Taşkent, *op. cit.*, s.3; Serkan Elmas, “Türk İş Hukukunda İkale”, *Kamu-İş*, Cilt 11, Sayı 1, 2009, s.95.

ile işçinin iradesinin sarsıldığı durumlarda ikâle sözleşmesi geçersiz sayılacaktır^[110].

Kanun'da ikâle sözleşmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay, ikâle sözleşmesinin kötüye kullanımının önüne geçmek istemiş ve sözleşmenin menfaat dengesinin sağlanması için işçiye makul bir fayda sağlanması gerektiğini kabul etmiştir^[111]. Makul faydanın tanımı, somut olay kapsamında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın ibranameler için kabul ettiği esasların, özellikle işçinin bilgilendirilmesi esasının ikâle için de uygulanması gerektiği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür^[112]. Makul faydayı sağlamayan ikâlenin, feshi gizleme amaçlı yapıldığı gerekçesiyle gerçekte bir ikâle olmadığı; işverenin feshi ile sözleşmenin sona erdiği kabul edilmektedir^[113]. Fesih talebinin işçiden gelmesi halinde ise uygulamada makul yarar aranmamaktadır^[114].

Profesyonel e-sporcu sözleşmesinin, sözleşme tarafları olan sporcu ile kulüpleri arasında karşılıklı anlaşma yolu ile sona erdirilmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Taraflar karşılıklı anlaşma sözleşmesi yaparak daha önce aralarında yapmış oldukları profesyonel futbolcu sözleşmesinden

[110] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 13 Haziran 2013 tarih ve E.2013/5291, K.2013/18260; 21 Nisan 2008 tarih ve E.2007/31287, K.2008/9600; 21 Mart 2013 tarih ve E.2013/1458, K.2013/9845; Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 19 Haziran 2012 tarih ve E.2012/282, K.2012/13883; 11 Mart 2014 tarih ve E.2013/34057, K.2014/5502. İrade sakatlığının ispatlanamaması halinde ikâlenin geçerli sayılacağı yönünde bkz. Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 27 Eylül 2011 tarih ve E.2011/876, K.2011/1287.

[111] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.233; Güven ve Aydın, *op. cit.*, s.167; Başbuğ ve Yücel Bodur, *op. cit.*, s.183; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, 621.

[112] Süzek, *op. cit.*, s.534; Taşkent, *op. cit.*, s.4; Ergun İnce, "İkale (Sözleşmeyi Sona Erdirme) Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 18, 2010, s.92; Mustafa Alp, "İş Hukukunda İkâlenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 17, 2008, s.37.

[113] Bozkurt Gümrükçüoğlu, *op. cit.*, s.261.

[114] Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.623-624; Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 23 Eylül 2019 tarih ve E. 2019/2019, K.2019/16546; Bursa Bölge Adliye Mahkemesi Onikinci Hukuk Dairesi, 10.11.2021, 255/375.

doğan alacak ve borçlardan karşılıklı olarak vazgeçmekle birlikte alacak ve borçlu sıfatlarına son vermektedirler.

B) FESİH İLE SONA ERME VE HUKUKİ SONUÇLARI

1- Haklı Nedenle Sona Erme

Taraflardan her biri haklı sebeplerle hizmet sözleşmesini derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinde fesih sebebini diğer tarafa yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, TBK m. 435/2 uyarınca haklı sebeptir. Bununla beraber TBK m. 437 gereğince haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür.

Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı kapsamındaki fesih sebeplerinin niteliğinin uygun düştüğü durumlarda e-sporcu için uygulama alanı bulması mümkün olup e-sporcunun harici yazılım veya cihazlarla hile yapması veya doping uygulaması, şike ve bahis eylemlerine başvurması; sportmenlik ve centilmenlik dışı değerlendirilebilecek, bu durum ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller kapsamında ele alınacağından e-sporcunun hizmet sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine neden olabilecek niteliktedir^[115]. Oyuncunun doping, hile veya şike nedeniyle turnuvalardan yasaklanması hallerinde veya oyuncunun sözleşme kapsamındaki oyun faaliyetlerini engelleyecek şekilde bedeni bir engelini meydana gelmesi hallerinde kulübün hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecektir.

Profesyonel Futbolcuların Statüleri ve Transferleri Talimatı m. 27'ye göre aşağıda yazılı haller ilgili kulübün birinci fıkranın “c” bendi dışındaki hükümler uyarınca sözleşmenin derhal fesih hakkını kullanması için yukarıda yazılı hallerin gerçekleşmesinden ve/veya bu durumun öğrenilmesinden itibaren 30 gün içerisinde futbolcuya noterden göndereceği bir Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı 16 ihtarname ile sözleşmenin

[115] Doğu, *op. cit.*, s.451; Paslı *et al.*, *op. cit.*, s.228.

haklı nedenle feshedildiğini bildirmesi gerekmektedir. İlgili süre geçtikten sonra haklı nedenle fesih hakkı ortadan kalkar.

“Özellikle aşağıdaki haller sözleşmenin feshi için haklı neden teşkil eder: a) Futbolcunun futbol faaliyeti dışında vaki hastalık veya istirahat halinin altı ayı aşması, b) Futbolcunun en az altı ay müddetle kesinleşmiş hak mahrumiyeti veya müsabakadan men cezası almış olması, c) Futbolcunun bu talimatın 25. maddesinde sayılan yükümlülüklerini ağır surette ihlal etmesi, d) Futbolcunun, Futbol Menajerleri ile Çalışma Talimatı’na aykırı davranışları nedeniyle kesinleşmiş en az 4 resmi müsabakadan men cezası almış olması.” Birinci fıkranın “c” bendi uyarınca futbolcunun ağır surette ihlali bulunması ya da futbolcunun sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesi halinde, ilgili kulüp sözleşmeyi feshetmek arzusunda ise, futbolcuya noterden keşide edeceği bir ihtarname ile edimini 7 günden az olmamak kaydıyla uygun bir süre içerisinde yerine getirmesini bildirmek zorundadır. Futbolcu, söz konusu mehile rağmen edimlerini yerine getirmediği takdirde, kulüp mehilin sona ermesinden itibaren ancak 7 gün içinde noterden keşide edeceği bir ihtarname ile sözleşmesini feshedebilir^[116].

Benzer şekilde spor kulübünün antrenmanlar için gerekli imkân, ortam ve ekipmanları sağlayamaması, şike nedeniyle turnuvalardan yasaklanması gibi durumlarda oyuncu haklı sebebe dayanarak hizmet sözleşmesini sebebini yazılı olarak bildirmek koşuluyla derhal feshedebilecektir. Kulüplerin sporcunun oynama hakkı veya daha geniş ifade ile etkin çalışma hakkı kapsamında aktif ve verimli bir çalışma ortamı sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır. Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı kapsamındaki fesih sebeplerinin niteliğinin uygun düştüğü durumlarda e-sporcu için uygulama alanı bulması mümkündür^[117]. Türkiye Futbol Federasyonu Profesyonel Futbolcuların Statüleri ve Transferleri Talimatı m. 28’de kulübün, futbolcunun ücretlerini ödememesi, futbolcunun sosyal güvenlik haklarını ihlal etmesi veya sözleşmeden kaynaklanan diğer edimlerini yerine getirmemesi halinde, futbolcu sözleşmesini feshetmek arzusunda ise, kulübüne ve bilgi için TFF’ye noterden keşide edeceği bir ihtarname ile ücretinin 30 gün içerisinde ödenmesini ve/veya sosyal güvenlik haklarının da aynı süre içerisinde yerine getirilmesini bildirmek zorunda

[116] Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.15.

[117] Doğu, *op. cit.*, s.451.

olduğu belirtilmiştir. Kulüp, söz konusu mehle rağmen ücretini ödemediği ve/veya sosyal güvenlik haklarını yerine getirmediği takdirde, futbolcu mehlin sona ermesinden itibaren 7 gün içinde sözleşmesini feshedebilecektir^[118]. TFF Profesyonel Futbolcuların Statüleri ve Transferleri Talimatı Futbolcunun Fesih Hakkı Başlıklı m. 28/5'te 23 yaş üstü bir profesyonel futbolcu, sezon sonunda, kulübünün oynadığı resmi müsabakaların %10'undan daha azında görevlendirildiği takdirde sözleşmesini sportif haklı sebeple feshetme hakkına sahip olabilir. Böyle bir fesih, futbolcunun durumu ve somut olayın şartları göz önüne alınarak değerlendirilir.

2- Haklı Sebep Olmaksızın Sona Erme

Kulübün haklı bir sebebe dayanmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshetmesi halinde oyuncunun TBK m. 438 kapsamında tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilecektir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilecektir. Bu kapsamda dava boyutuna ulaşan ihtilaflarda hâkim, bütün durum önünde tutarak, ayrıca işçinin altı aylık ücretinden fazla ile miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine de karar verebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu m. 439 kapsamında işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer.

[118] Pashi *et al.*, *op. cit.*, s.237.

SONUÇ

Günümüzde teknolojiadaki değişim ve gelişim spor alanında da kendisini göstermiştir. E-spor adı altında ortaya çıkan ve dünyada özellikle gençleri etkisi altına alan spor branşının, belirli kurallar çerçevesinde yapılması ihtiyacı sebebiyle e-spor hukuku adı altında genç ve yeni bir spor hukuku dalı doğmuştur. E-spor öğretide, dijital veya internet ortamında takım halinde veya bireysel olarak amatör ve profesyonel düzeyde oynanan ve kendine has kurallara sahip bir spor dalı olarak tanımlanmaktadır. E-sporcu sözleşmesi, e-spor oyuncusu ile kulübü arasında imzalanan bir spor hukuku sözleşmesidir. E-sporun bireysel olarak yapılabilmesi mümkün olduğu gibi bir kulübe bağlı olarak yapılması hali de mümkündür. Bu durumda e-sporun bir ücret karşılığında ve bağımlılık ilişkisi içinde yerine getirilmesi halinde taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığı öğretide tartışılmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, e-sporcular, İş Kanunu m. 4 uyarınca kapsam dışında bırakıldığından profesyonel e-sporcu sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi ise de kulüp ile profesyonel sporcunun arasındaki ilişkinin bir iş ilişkisi olduğu gerçeğini değiştirmez. Çalışmamızda ayrıntılı olarak bahsettiğimiz üzere, işvereni kulübün emir ve talimatı ile müsabakalarda mücadele eden, yayıncılara röportaj veren, kulübün sağladığı oyun evlerinde antrenman yaparak müsabakalara hazırlanan, internet üzerinden yayın yapan e-sporcunun hizmet sözleşmesinin TBK kapsamında yorumlanması, pek çok kez hak mahrumiyetlerine yol açacaktır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ve İş Hukuku'na ilişkin diğer mevzuat hükümlerinin halihazırda uygulanmasının mümkün olduğu açıktır. Ne var ki bu sözleşmeye ilişkin olarak TESFED tarafından çıkartılan talimatların, sözleşmesel ilişkiyi tam anlamıyla düzenlemediği de ayrıca dile getirilmelidir. Kanaatimizce e-sporcu sözleşmesine ilişkin TESFED tarafından detaylı bir düzenleme çıkarılıncaya kadar, Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda düzenlenen profesyonel futbolcu sözleşmesine ilişkin hükümlerin, niteliği uygun düştüğü ölçüde e-sporcu sözleşmelerine uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Ülkemizin e-spor alanındaki gelişmeleri takip ettiğini, üniversitelerde açılan kurs ve bölümlerden, spor kulüplerinin oluşturduğu takımlardan anlamamız mümkündür. Ne var ki, yabancı oyun kaynaklarının sistematığı

altında gerçekleştirilen bu spor dalının en kısa sürede diğer spor branşları gibi diğer ülkelerin seviyesine çıkarabilmeliyiz. Geleceğin teknoloji ile çerçevesi gözü önüne alındığında yerli üretim oyunlar ile alanda var olma mücadelesi gösterilmeli, mevcut sporcular gerek sponsor bulma sürecinde gerekse kulüp ile ilişkilerde desteklenmeli, tekelleşmenin önüne geçilerek bu sayede gençlerin fırsat tanınmalıdır. Bir spor dalının gelişiminde devletin desteğinin önemi gözden kaçırılmamalı, spor hukuku bağlamında mevzuat çalışmasının e-spora katkı sağlayacağı ele alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emincan, “İş Hukuku Bağlamında Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Temel Unsurları”, *İş ve Hayat*, Cilt 3, Sayı 5, 2017, s.356-377.
- Akgöl, Oğuzcan, “Spor Endüstrisi ve Dijitalleşme: Türkiye’de Esport Yapılanması Üzerine Bir İnceleme”, *TRT Akademi*, Cilt 4, Sayı 8, 2019, s.206-244.
- Aksoy, Onur, *Profesyonel Futbolcunun İş Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Aziz Can Tuncay) Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 289755).
- Aktay, Nizamettin ve Kadir Arııcı ve Emine Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Ankara, Gazi, Yenilenmiş 4. Baskı, 2011.
- Aktı, Furkan, *Profesyonel Sporcu Sözleşmelerindeki Anlaşmazlıklar Ve Çözüm Yolları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Yunus Emre Karakaya), Fırat Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 754711).
- Akyiğit, Ercan, *Bireysel İş Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 3. Baskı, 2023.
- Alp, Mustafa, “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 17, s.26-46.
- Alpagut, Gülsevil, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimî Ulaşılabilirlik”, in Ender Demir/Beste Gemici Filiz (Ed.), *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Ankara, Seçkin, 2021, s.317-338.
- Argan, Metin, Alper Özer ve Erkan Akın, “Elektronik Spor: Türkiye’deki Siber Sporcuların Tutum Ve Davranışları”, *Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri*, Cilt 1, Sayı 2, 2006, s.1-11.
- Aydın, Ufuk, “Profesyonel Futbolcuların Örgütlenme Deneyimleri Işığında Atipik İstihdam Biçimlerinde Çalışanların Sendika ve Toplu Sözleşme Hakkı”, *Kocaeli Barosu, Kocaeli Üniversitesi ve Türk Barolar Birliği tarafından düzenlenen “Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları” Sempozyumu*, Kocaeli, 4 Mayıs 2013.

- Aydın, Ufuk *et al.*, “Türkiye’de Profesyonel Sporcuların Çalışma Koşulları ve Örgütlenme Eğilimleri,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 4, Sayı 55, 2017, s.1873-1912.
- Aydos, Oğuz Sadık, “Sporcu Sözleşmesinin Feshi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 62, 2013, s.643-690.
- Baskan, Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s.55-72.
- Başbuğ, Aydın ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 6. Baskı, 2021.
- Başterzi, Süleyman, “Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 17, 2010, s.175-198.
- Baştürk, Faruk, *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu*, İstanbul, Beta, 1. Baskı, 2007.
- Bayliss, Amadeus Hunter, “Not Just a Game: the Employment Status and Collective Bargaining Rights of Professional ESports Players”, *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, s.359- 410.
- Bayrak, Ahmet, *Profesyonel Futbolcuların İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Haluk Hadi Sümer), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 783642).
- Baysal, Başak ve Deniz Ugan Çatalkaya, “Profesyonel Futbolcu sözleşmesinin Sona Erdirilmesi”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s.3-33.
- Bostancı, Yalçın, “Futbol Kulüplerinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi”, *in* Tacar Çağlar (Ed.), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. İsmail İnan” Armağanı*, Ankara, Ankara Barosu, 2013, s.135-156.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat, 1. Baskı, 2012.

- Bulun Tokbaş, Sevede, *Bağımsız Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakkı*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2024.
- Çağlayan, Ramazan, *Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri)*, Ankara, Asil Yayın, 1. Baskı, 2007.
- Chandler, Martin, “The Costs of Squadding Up: Determining the Employment Status of High-Profile Esports Streamers”, *San Diego International Law Journal*, Cilt 22, Sayı 1, 2020, s.152-188.
- Çelik, Nuri *et al.*, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, Yenilenmiş 36. Baskı, 2023.
- Çeviker, Emirhan, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi Ve Sona Ermenin Sonuçları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Çıtır, Amine Büşra, “İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 20, Sayı 79, 2023, s.833-866.
- Dede, Şeref ve Muhammed Buğra Can, “Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları ile Birlikte İkale Sözleşmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 93, Sayı 5, 2019, s.73-85.
- Doğan, Sevil, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru-Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2016.
- Doğanay, Doğaner, *Türkiye’deki Esportcuların Haklarının Ve Esport Ekosistemi İçerisinde İşlenen Kişisel Verilerinin Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Leyla Berber), İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 748634).
- Doğu, Hakkı Mert, “E-spor ve E-Spor Hukukunda Sporcu Sözleşmeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 2, 2020, s.443-453.
- Ekonomi, Münir, *İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku*, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, 3. Baskı, 1984.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Onikilevha, 5. Baskı, Kasım 2023.
- Elmas, Serkan, “Türk İş Hukukunda İkale”, *Kamu-İş*, Cilt 11, Sayı 1, 2009, s.85-106.

- Erener, Ebru, *Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul, Onikilevha, 1. Baskı, 2017.
- Ertaş, Şeref ve Hasan Petek, *Spor Hukuku*, İstanbul, Yetkin, 3. Baskı, 2017.
- Genç, Durmuş Ali, *Futbol Kulüplerinin Stratejik Yönetimi Beşiktaş Örneği*, Ankara, Bağırğan Yayınevi, 1999.
- Genç, Durmuş Ali, *Spor Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Alfa, 1. Baskı, 1998.
- Güven, Ercan ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Nisan, 5. Baskı, 2017.
- Güzel, Ali, “İşyeri Devrinin Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni*, Cilt 1, Sayı 1, 1996, s.26-51.
- Güzel, Ali, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta, 19. Baskı, 2021.
- Hüseyinli, Namık, *İş Hukukunda Dinlenme ve İzin Hakları*, Ankara, Adalet, 2020.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2024.
- İnce, Ergun, “İkale (Sözleşmeyi Sona Erdirme) Sözleşmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 18, 2010, s.86-97.
- Kızılkaya, Yakub, *Profesyonel Futbolcunun İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Sonuçları*, İstanbul, Beta, 1. Baskı, 2009.
- Kilci, Alp Kaan ve Serhat Yalçınır, “Dijital Spor Oyunları Oynama Motivasyonu'nun Ahlakî Karar Alma Tutumlarına Etkisi : Espor Oyuncuları Üzerine Bir Araştırma”, *International Social Sciences*, Cilt 6, Sayı 1, 2020, s.3641-3649.
- Kocadağ, Memduh, “Elektronik Spor Kariyeri Ve Eğitim”, *Doğu Anadolu Sosyal Bilimlerde Eğilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2017, s.49-63.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, 2. Baskı, 1978.
- Kurt, Resul ve Muzaffer Koç, *İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2021.

- Küçükgüngör, Erkan, “Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1999, s.39-52.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Lykeion, Güncellenmiş 6. Baskı, 2022.
- Mustafaoğlu, Rüstem, “e-Spor, Spor ve Fiziksel Aktivite”, *Ulusal Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2018, s.84-96.
- Nazlı, Seçkin, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s.269-292.
- Önder, Ahmet, “Oyundan İşe, Oyunculuktan İşçiliğe: E-Spor Oyuncularının Emek Süreçlerine Dair Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Emek Araştırma Dergisi*, Cilt 12, Sayı 19, 2021, s.53-68.
- Öner, Serkan, *Sporda Sosyal Güvenlik* (Yüksek Lisans Tezi (Danışman Turgut Kaplan), Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 298693)).
- Özen, Mustafa, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi (Profesyonelliğe Geçiş ve Transfer) Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Ulusal ve Uluslararası Çözüm Mercii ve Yolları*, İstanbul, Adalet, 3. Baskı, 2022.
- Özkaraca, Ercüment, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Beta, 1. Baskı, 2008.
- Öztuna, Barış, “Profesyonel Türk Sporcularının Sendikal Hakları”, *International Journal of Sport Culture and Science*, Cilt 4, Sayı 2, 2016, s.469-476.
- Parry, Jim, “E-sports are Not Sports”, *Sport, Ethics and Philosophy*, 2018, s.3-18.
- Paslı, Ali *et al.*, *E-Spor: Hukuki Bakış*, Ankara: Seçkin, 2021.
- Paşaoğlu, Meltem, *E-Spor Oyuncularının Problem Çözme Becerileri, Katılım Motivasyonu Ve Yarışma Kaygılarının İncelenmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Serdar Kocaekşi) Anadolu Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 715283)).

- Patel, Roshan, “Esports Player Positions, and the Benefits on Unionization”, *Sport Journal*, Cilt 20, Sayı 9, s.232-248.
- Petek, Hasan, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi*, İstanbul, Yetkin, 1. Baskı, 2002.
- Reisoğlu, Seza, *Hizmet Akdi Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, 1968.
- Ridenhour, Kelsey F. “Traditional Sports and Esports: The Path to Collective Bargaining”, *Iowa Law Review*, Cilt 105, 2019, s.1857-1897.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi, 10. Baskı, 2019.
- Sevimli, Ahmet ve Yakub Kızılkaya, “Profesyonel Futbolcunun İş İlişkisinde Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Kurallar Ve Yetkili Merciler”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 63, 2019, s.1029-1058.
- Sözer, Ali Nazım, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, İstanbul, Beta, 2. Baskı, 2015.
- Soyer, Polat, “İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önellere Eşitliği İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlan’a Armağan Sayısı, 2016, s.667-674.
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin, 27. Baskı, Eylül 2024.
- Sümer, Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, in Ali Cengizoglu (Ed.), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu*, Ankara, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 26-27 Nisan 2013, Basım 2016.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, Yenilenmiş 21. Baskı, 2021.
- Taşkent, Savaş, “İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, *Kamu-İş*, Cilt 11, Sayı 4, 2011, s.1-7.
- Temir, Münevver, “Espor Alanında Faaliyet Gösteren Profesyonel Sporcu İle Bağlı Olduğu Spor Kulübü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 18, Sayı 70, 2021, s.623-670.
- Tulukçu, Nezihe Binnur, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı*, Ankara, Adalet, 2012.

- Tuncay, Aziz Can ve Ömer Ekmekçi, *Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, İstanbul, Legal, 2. Baskı, 2009.
- Türe, Hasan Özgür, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Cem Özcan), İzmir Ekonomi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 516060)
- Üçüncüoğlu, Mertkan ve Veli Ozan Çakır, “Modern Spor Kulüpleri nin Espor Faaliyetlerine İlgi Gösterme Nedenleri Üzerine Bir Araştırma”, *İnönü Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s.34-47.
- Ünal, Emre ve Namık Hüseyinli, “Yeni Bir Meslek Grubu: E-Spor Oyuncuları Ve Çalışma Hakları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2022, s.563-578.
- Wagner, G. Micheal, “On the Scientific Relevance of eSports”, *In International Conference On Internet Computing*, Sayı 6, 2006, s.437-442.
- Wong, Jackson, “More Than Just a Game: The Labor and Employment Issues Within Esports”, *UNLV Gaming Law Journal*, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s.123-152.

Suça İştirak ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlarda İştirak Hükümlerinin Uygulanması

Alp ÖZTEKİN*

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

* Avukat, Ankara Barosu, Doktora Öğrencisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, alpozztekin@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-8748-1534.

Makale geliş tarihi: 10 Temmuz 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Kasım 2024

Atf önerisi: Öztekin, Alp, “Suça İştirak ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlarda İştirak Hükümlerinin Uygulanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 85-186. **DOI:** 10.30915/abd.1514241.

SUÇTA İŞTİRAK VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

ÖZ

Hukukumuz İştirak noktasında ikilik sistemini benimsemiş ve suç ortaklarının konumlarını fail/müşterek fail, yardım eden ve azmettiren şeklinde düzenlemiştir. Yardım eden daha az cezalandırılacak, azmettiren ise fail gibi cezalandırılacaktır. Kanunda failliğin bir varyasyonu olarak düzenlenen “irade üzerinde hakimiyete dayalı” dolaylı faillik ise suç ortaklığı kavramı içerisinde tam olarak değerlendirilemez. Bir Suç ortağının müştereken işlenen bir suçtan sorumlu tutulabilmesi için öncelikle kasıtlı İştirak iradesine sahip olması ve ardından suçun işlenmesine nedensel bir katkıda bulunması gerekir. Kast ve taksir kombinasyonu olan Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, 24 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 23’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Failin ağırlaşan neticeden sorumlu tutulabilmesi için kasıtlı hareket ile Ağır netice arasında nedensellik bağı bulunmalı, ayrıca failde en az taksir derecesinde bir kusur olmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş, Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda İştirak hükümlerinin uygulanabileceği yönündedir. Bu suçlarda İştirak iradesi ancak kasten işlenen suç için oluşabilir. Taksiri bulunan suç ortaklarının yalnızca bu neticeye yönelik sübjektif olarak Ağır neticeden sorumlu tutulması mümkündür. Ancak bunun mümkün olabilmesi için Ağır neticeye neden olan fiilin İştirak iradesi kapsamında kalması ve bağlılık kuralına dair 40’inci maddede koşulan “objektif-sübjektif tipiklik ve hukuka aykırılık” şartlarını taşıması gerekir. Dolaylı fail açısından ise araç kişi için İlliyet bağı dışında böyle bir şart bulunmamaktadır. Dolaylı failin meydana gelen Ağır neticeye yönelik taksiri varsa bundan sorumlu tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: ağır netice, iştirak, suç ortağı, illiyet, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç.

**PARTICIPATION IN THE CRIME AND APPLICATION
OF PARTICIPATION PROVISIONS TO CRIMES
AGGRAVATED BY CONSEQUENCE**

ABSTRACT

Our law has adopted the duality system at the point of complicity and regulated the positions of the Accomplices by dividing them as perpetrator/joint perpetrator, aider and instigator. It has been decided that the aider will be punished less, while the instigator will be punished like the perpetrator. Indirect perpetration “based on control over the will”, which is regulated in the law as a variation of perpetration, cannot be fully evaluated within the concept of complicity. In order to be held responsible of an accomplice for a crime committed jointly, the Accomplice must first have the will of intentional Participation and then make a Causal contribution to the commission of the crime. Crimes aggravated by consequence, which are a combination of intent and negligence, are regulated under Article 23 of the Turkish Penal Code. In order for the perpetrator to be held responsible for the Aggravated consequence, there must be a Causal link between the intentional act and the Aggravated consequence, and the perpetrator must be at least negligent. The predominant opinion in the doctrine is that the provisions on Participation can be applied in Crimes aggravated by consequence. In these crimes, the will to participate can only be formed for the offense committed intentionally. It is possible to hold the Accomplices who only have negligence towards this result subjectively responsible for the Aggravated consequence. However, in order for this to be possible, the act causing the grave consequence must be within the scope of the will to participate and must meet the conditions of “objective-subjective typicality and illegality” stipulated in Article 40 on the rule of adherence. In terms of indirect perpetrator, there is no such condition except for the causal link in terms of the person used as a tool. If the indirect perpetrator has negligence towards the severe consequence, the indirect perpetrator will be held responsible for this.

Keywords: aggravated consequence, participation, accomplice, causal, crimes aggravated by consequence.

GİRİŞ

Modern ceza hukuku sistemlerinde subjektif sorumluluk esasının benimsenmesiyle birlikte, suçların ancak kasten yahut taksirle işlenebileceği şeklinde bir “kusur teorisi” doğmuştur. Ancak bir de suçların kast ve taksirin bir arada bulunması sonucunda işlenebildiği durumlar vardır. Bu tür durumlarda fail kasıtlı olarak fiilini işlemeye başlar fakat taksir sonucunda kastettiği neticeden farklı bir netice meydana gelir. Hukuk sistemimiz, kasıtlı bir suç işlerken taksir dolayısıyla sebep olunan neticeden sorumluluğa dair özel bir düzenlemeyi, bu neticenin kastedilenden daha ağır yahut farklı olması durumuna yönelik TCK’nin 23’üncü maddesinde yapmış ve bu tür durumları “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” şeklinde isimlendirmiştir. Kasten işlenmeye başlanan bir suçta neticeye taksirle sebep olunması, bir unsur olarak “kasıtlı iştirak iradesini” içeren suçta iştirak kurumu içerisinde bu tür suçları hayli tartışmalı bir noktaya taşımıştır. Bu tür suçlara iştirak hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ve iştirak türleri olan müşterek faillik, azmettiren ve yardım eden konumundaki suç ortakları ile dolaylı faillerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan ne şekilde sorumlu tutulacağı, doktrinde başlı başına bir tartışma konusu yapılmıştır. Tartışmalar ağırlıklı olarak iştirak hükümlerinin bu tür suçlara uygulanabileceği ve ağır neticeden, neticeyi doğrudan gerçekleştiren ve gerçekleştirilmeyen müşterek failer ya da şeriklerin “taksiri bulunuyorsa sorumlu olacağı” şeklinde bir nihayete varsa da konu özelinde tartışılması gereken pek çok husus, sorumluluk doğana kadar gerçekleşmesi gereken de pek çok şart söz konusudur. İşbu makalede evvela iştirak kurumu detaylı olarak açıklanmış, bilahare neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara dair önemli noktalar aktarılmış ve nihai olarak bu suç tiplerine iştirak hükümlerinin uygulanması noktasındaki hususlar detaylı olarak değerlendirilmiştir. Çalışmada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanması konusunda ele alınabilecek her türlü tartışma yapılmaya çalışılmış ve konu olabildiğince detaylı olarak okuyucuya sunulmuştur.

I. GENEL ÇERÇEVESİYLE TÜRK HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK

A) TÜRK CEZA HUKUKUNUN BENİMSEDİĞİ SUÇA İŞTİRAK FELSEFESİ

1- Suça İştirakte Cezalandırmanın Esası ve Düzenlemelerin Kanunilik İlkesi Bağlamında Sorumluluğu Genişletici Bir Araç Oluşu

İştirak, Arapça kökenli bir kelime olarak, ortaklık anlamına gelmektedir^[1]. Suça iştirak da modern dilde suç ortaklığı demektir. Eski çağlardan beri belirli suçlara bugününün anlayışıyla fail yahut şerik olarak ortaklık etmek cezalandırılmış^[2], suç ortaklığının cezalandırılmasının bir genel hüküm şeklinde ceza kanunlarına girişi ise 16. yüzyılda, Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nun ceza kanunu olan 1532 tarihli Constituto Criminalis Carolina ile olmuştur^[3]. İştirak kurumundaki gelişmeler neticesinde artık salt tipik hareketleri gerçekleştirenler değil, atipik hareketleri gerçekleştiren suç ortakları da cezalandırılır olmuştur. Doktrinde, suç ortaklarının cezalandırılmasındaki fikri esasın ne olduğuna dair pek çok görüş ortaya atılmış, mesele çağlar boyunca akılları meşgul etmiştir^[4]. Bu görüşlerin genel çerçevesi, iştirakin haksızlığının nereden doğduğuna ve bunun bağımsız bir haksızlık mı yoksa tipik fiili gerçekleştiren failin sebep olduğu haksızlığa bağlı bir haksızlık mı teşkil ettiği noktasında olmuştur^[5].

Bu görüşlerden görece önemli olanlarının ilki, suç ortaklarının cezalandırılmasındaki esas sebebin, “birlikten kuvvet doğar” inancıyla suçun ortaklaşa işlenmesi için haksızlık bilinci içerisinde anlaşmak durumu

[1] TDK. “Sözlük.”.

[2] Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, J. Guttentag, 7. Auflage, 1896, s.195.

[3] Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 6. Baskı, 2021, s.551; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 13. Baskı, 2018, s.498.

[4] Pellegrino Rossi, *Traité de Droit Pénal Vol 2*, Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, s.184.

[5] Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Ankara, Adalet, 2020, s.57.

olduğudur^[6]. İkinci olarak denilmiştir ki suç, ortakların her birinin katkısının toplamı olan bir bütünün sonucudur. Öyleyse suçun oluşumuna maddi yahut manevi bir katkısı bulunduğu yani başka bir deyişle suçun oluşumunda kriminolojik bir rol oynadığı için ortaklar cezalandırılır^[7]. Bu iki görüşü bir arada dile getiren görüşler de dile getirilmiştir^[8]. Bir diğer görüş ise failin suçu işleyerek esas hukuki değer ihlalini oluşturduğu ve şeriklerin kendi haksız eylemlerinden değil, failin gerçekleştirdiği haksızlığa yaptıkları katkı dolayısıyla adeta haksızlığa eklemledikleri için cezalandırıldıklarıdır^[9]. Sair bir görüş ise şeriklerin fiillerinin de ayrı birer haksızlık oluşturduklarını ve fakat aynı zamanda failin haksız fiiline de eklemlediklerini, cezalandırılmalarının sebebinin bu olduğunu belirtmektedir^[10]. ABD doktrininde dile getirilen

- [6] Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Ankara, Yetkin, 2009, s.46-47 vd.; TCK'nin benimsediği felsefenin bu yönde olduğuna dair bkz. *Ibid.*, s.51.
- [7] Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, USA, 7. Baskı, 2014, s.327-328; Aydın, *op. cit.*, s.36-37 vd.; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2016, s.478; Konuya dair ayrıca bkz. "... *Türk Ceza Kanunu aslında faillik, azmettirme, yardım etme biçiminde bir ayırım yaparak, ismini söylemeden nedensel katkıyı göz önüne almış olmasına rağmen, "ortak hakimiyet" gibi kesin ne anlama geldiği belli olmayan bir kavrama sığınarak, suçta iştirakte nedensel katkının değeri konusunda temel bir hataya düşmüş, dolayısıyla iddiasının aksine hiç de adil olmayan bir çözüme neden olmuştur.*" (Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.144-145).
- [8] "Suça iştirak müessesesinin hukuki esası, ceza normunda suç olarak tanımlanan bir fiilin işlenmesine anlaşma ve işbirliği içinde katılan her failin suç işleme kastını, dolayısıyla tehlikelilik halini ortaya koyması, az veya çok yapmış olduğu hareketlerle suçun işlenmesine katkı sağlamasına dayanır." (Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul, Vedat, 2006, s.115).
- [9] Aydın, *op. cit.*, s.43-44; Meral Ekici Şahin, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 3, Eylül 2015, s.643; Bilgehan Savaşçı Temiz, "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s.2491.
- [10] Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, İstanbul, Beta, 2017, s.947-951; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 5. Baskı, 2018, s.687.

bir görüş ise bu tür durumların cezalandırılmasının adaletin gereği olduğu ve başka bir gerekçe aranmayacağıdır^[11].

Kanun koyucu otoritenin bunlardan salt birini benimsemiş olmasından ziyade, bunlardan pek çoğunu bir arada benimsemiş olabileceğini dile getirmek, sanıyoruz ki daha mantıklı bir görüş olacaktır. Kesin olan husus şudur ki soygundaki gözcünün yahut kullanılacak silahları temin eden kaçakçının veya bunları soyguna azmettiren banka çalışanının filleri, hırsızlık suçunun tipikliği içinde yer almadığı için ancak kanunda bu yönde açık bir hüküm olması durumunda yaptırımlara tabi tutulabilecektir. Zira kanunilik ilkesi bunu gerektirir. Öyleyse iştirak hükümlerinin kanunilik ilkesi gereğince cezai sorumluluğu genişleten, maddi ceza normuna bağlı/ onu tamamlayıcı nitelikteki genel hüküm düzenlemeleri olduğunu söylemek gerekir^[12]. Bu durumun bir diğer sonucu, cezai sorumluluğun genişlemesinin sınırının iştirak hükümlerinin sınırı olmasıdır. Bir suça katılım noktasındaki davranışlar, kanunda açıkça düzenlenen hallerin ötesinde geçemez ve örneğin kıyasa başvurularak; suç işlenmesine kasten ilham kaynağı olmak gibi hususlar iştirak hükümlerine göre cezalandırılmaz^[13].

[11] Audrey Rogers, “Accomplice Liability for Unintentional Crimes: Remaining Within the Constraints of Intent”, *L.A. Law Review* 31, 1998, s.1355.

[12] Aydın, *op. cit.*, s.51-52-53; İçel, *op. cit.*, s.552; Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 16. Baskı, 2022, s.745; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Ankara, Adalet, 2017, 542; Temiz, *op. cit.*, s.2490; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018, s.320; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.325-326; Faruk Erem, “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 3, Sayı 1, s.62-63; Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi Cilt 1*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2010, s.635; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.861; Akbulut, *op. cit.*, s.652; Ali Rıza Töngür ve Hikmet Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 2020, s.312; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, İstanbul, DER, 14. Baskı, 2019, s.747-751; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta, 8. Baskı, 2014, s.464.

[13] Christiane Hennau, Jacques Verhaegen, Dean Spielmann ve Annabelle Bruyndonckx, *Droit Pénal Général*, Bruxelles, Bruylant, 3. Edition, 2003, s.276.

2- Suçlu Sayısınca Suçun Oluşmayışı ve Tek Bir Suçun Birden Fazla Suç Ortağı Tarafından İşlenişini

Kanunun genel hükümlerinde bulunan suçta iştirak düzenlemeleri özel hükümlerde yer alan maddi ceza normuna bağlı düzenlemeler olduğundan, ortada birden fazla suç ortağı tarafından işlenen tek bir suç bulunur ve her ortak aynı suçta yönelik katkısı dolayısıyla cezalandırılır^[14]. Oluşan suç ile şerikleri birbirine bağladığı söylenen^[15] fakat kanaatimizce atipik hareketleri gerçekleştiren müşterek faileri de oluşan suçta bağlayan bağluluk kuralı da bu düzenden doğar. Türk hukukunda benimsenen sistem de budur^[16].

3- Suç Ortaklarının Cezalandırma Noktasında Ayrımı

İştirakte suç ortaklarının neden ve hangi düzenlemeler ile cezalandırılacağı meselesinin yanında, suç ortaklarının hangi ağırlıkta cezaları hak ettikleri meselesi de kanun koyucuları ve hukukçuları çağlar boyunca meşgul

[14] Soyaslan, *op. cit.*, s.476-477-478; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.744.

[15] Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.748.

[16] Lakin esasında bu bir zorunluluk değil, tercih meselesidir. Zira örneğin bir suçta azmettirmek, ceza kanunlarının özel hükümlerinde ve tıpkı TCK'nin 214'üncü maddesindeki suç işlemeye alenen tahrik suçu gibi düzenlenebilir. Suç öncesi ve suç sırasındaki yardım da TCK'nin 280 ve 281'inci maddelerindeki düzenlemelerdeki, suçtan sonra yapılan yardımlarda olduğu gibi ayrı birer suç olarak düzenlenebilir ve atipik faileri gerçekleştiren müşterek failer için de benzer bir suç normu oluşturulabilir. Diğer bir olasılık ise genel hükümlerde bir özel ceza normu düzenlenerek, her türlü iştirak eyleminin kendi başına cezalandırılır olduğunu belirtmektir. Suça iştirak değil "iştirak suçları" kuramı olarak adlandırılacak bu tür bir sistematiğe doğal olarak iştirake teşebbüs de cezalandırılacak, karşılıklı anlaşma kaldırılarak tek taraflı iştirak iradesi sübjektif tipikliğe, iştirakteki maddi katkı da objektif tipikliğe dönüşecek, cezalandırılabilir olan suçta katılım değil, ortağın kendi eylemine bağlı anti-sosyalliği olacaktır. Bu kuram bağluluk kuralını kaldıracağından, failin fiilini nasıl işlediğinin ve suçun işlenişindeki kast ya da hukuka aykırılık gibi unsurların bilinmemesinden kaynaklı olarak diğer ortakların cezalandırılabilirliğinin tartışmalı hale gelmesini de önleyecektir. Bkz. Kai Hamdorf, *Beteiligungsmodele im Strafrecht*, Freiburg, Edition Iuscrim, 2002, s.26-27-241 vd.; Ayrıca bkz. Pierre-Louis Bodson, *Manuel de Droit Pénal*, Liege, Faculte de Droit, D'economie et de Sciences Sociales de Liege, 1986, s.327-328.

etmiştir^[17]. İştirak düzenlemelerinin bazı suçlarda da olsa sistemli biçimde uygulandığı ilk görünüm Roma ceza hukukunda olmuştur. Burada suça yönelik katkısının ehemmiyeti yahut ortağın katkı noktasındaki iradesine bakılmaksızın, tüm ortaklar aynı şekilde yani fail gibi cezalandırılmıştır^[18]. Fail-şerik ayrımını yapmanın cezalandırmada değil, ortakların nitelendirilmesi noktasında bir önem arz ettiği ve hakimlere uygulamada büyük bir kolaylık sağlayan bu sisteme, iştirakte teklik sistemi denilmektedir^[19]. Bu sistem, common law ağırlıklı eski İngiliz ceza hukukunda ve 23 Şubat 1810 tarihli Napoleon Ceza Kanunu'nda da benimsenmiştir^[20]. Ölçülülük ilkesine aykırı ve hakkaniyetsiz olduğu söylenebilecek bu sistemin^[21], modern devletlerin kanunlarında benimsenebildiği de görülmektedir. Örneğin eyaletlerden kimisinde aykırı düzenlemeler olsa da 25 Haziran 1948 tarih ve 18 sayılı ABD Federal Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesinde teklik sistemi benimsenmiştir^[22].

Olmaması gereken ve ölçülülük ile hakkaniyete uygun düşen yöntem, suç ortakları arasında bir ayırım yaparak cezalandırmaya gitmektir^[23]. Bu tür sistemlerden ilki, failerin veya şeriklerin yahut hepsinin aynı alt ve üst sınırlar içerisinde cezalandırılması fakat hakimnin cezanın bireyselleştirilmesi noktasında suç ortakları arasında ayırım yapabilmesine dair sistemdir^[24].

[17] Erem, *Suçta İştirak*, *op. cit.*, s.63-64; Özbek, *op. cit.*, s.636; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.861-862.

[18] Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.17; İçel, *op. cit.*, s.553; Demirbaş, *op. cit.*, s.497.

[19] Aydın, *op. cit.*, s.66-67 vd.; Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker&Humblot, 5. Auflage, 1996, s.645; Hamdorf, *op. cit.*, s.44-45.

[20] Rossi, *op. cit.*, s.185; Ayrıca bkz. "Napoleon Penal Code", (E.T. 5 Şubat 2024 https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode2.html).

[21] Faruk Erem, *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1980, s.64-65; Doktrinde ABD'deki teklik sistemi "rezalet" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Michael G. Heyman, "Due Process Limits on Accomplice Liability", *Minnesota Law Review*, No 36, 2015, s.132.

[22] Bkz. "US Code Title 18" (E.T. 5 Şubat 2024, <https://law.justia.com/codes/us/2010/title18/parti/>).

[23] Rossi, *op. cit.*, s.187-188-189-215; Erem, *Ümanist Doktrin*, *op. cit.*, s.64; Klasik okulun haksızlığa bağlı ölçülülük ilkesinin zıttı olan pozitivistlerin tehlikeliliğe bağlı ayrımı da iştirak noktasında bu yöndedir. Bkz. *Ibid.*, s.64.

[24] Demirbaş, *op. cit.*, s.499; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.323-324.

Örneğin 7 Mart 2008 tarihli Norveç Ceza Kanunu'nun 15'inci maddesinde^[25] ve 1 Mart 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 121-6'ncı maddesinde bu sisteme yönelik düzenlemeler mevcuttur^[26]. Azmettirenin fail gibi cezalandırılması dışında aynı sistem, 1 Ocak 1935 tarihli Tayvan Ceza Kanunu'nun 29, 30 ve 31'inci maddelerinde de düzenlenmiştir^[27].

Fail ve şeriklerin cezalarının farklılaşabilmesi noktasındaki bir diğer sistem, iştirak hükümlerinde fail ve şeriklerin ayrı ayrı cezalandırılmalarının; doğrudan şeriklere yönelik, azmettiren fail gibi cezalandırıldığı için^[28] çoğu zaman da salt yardım edenler yönünden getirilen ceza indirimi düzenlemeleri ile gerçekleştirildiği ikilik sistemidir. TCK'nin benimsediği sistem bu

[25] “Norwegian Penal Code”, (E.T. 5 Şubat 2024, <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>).

[26] “Code Penal”, (E.T. 5 Şubat 2024, <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>); Fransa'da teklik sistemi 19. yüzyılın ikinci yarısında yumuşatılarak, bu sisteme geçilmiştir. Sisteme dair ayrıntılar için bkz. Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, Paris, Dalloz, 25. Edition, 2017, s.323-324.

[27] “Taiwan Penal Code”, (E.T. 5 Şubat 2024, <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001>).

[28] Ekseriyetle hukuk sistemleri azmettirenin fail gibi cezalandırır. Bu düzenlemelerin sebeplerine yönelik görüşler için bkz. Ingeborg Puppe, “Der Gemeinsame Tatplan der Mittäter”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6, 2007, s.236; Azmettirenin fail gibi cezalandırılıyor oluşunun ne haksızlığın ağırlığı ne tehlikelilik ne de sair bir kurama göre mantıklı olamayacağını, durumun tamamen dogmalaşmış bir hata olduğu yönünde bkz. Garofalo, *Kriminoloji*, Çev. Muhittin Göklü, İstanbul, Albaraka, 2022, s.344-345.

yöndedir^[29]. Alman^[30], İsviçre^[31], Çin^[32] ve Belçika^[33] ceza hukukunda da bu sistem benimsenmiştir.

4- Fiil Ceza Hukukunun, Fail Ceza Hukukuna Ağır Basması

a) Anti-sosyallik İçerisindeki Kişinin İştirake Teşebbüsünün Cezalandırılmaması

Faillerin anti-sosyalliğinin değil, tipik suçların işlenmesiyle ortaya çıkan hukuki değer ihlallerine bağlı haksız fiillerinin cezalandırıldığı fiil ceza hukukunun varlığının iştirak hükümleri noktasındaki en önemli görünümü, bir suça müşterek fail olarak katılmak, yardım etmek yahut azmettirmek için elinden geleni yapan fakat başarılı olamayan ve toplum açısından tehlikeli olduklarını açıkça kanıtlamış kişilerin cezalandırılmayıdır. Türk ceza hukukunda benimsenen durum budur^[34].

b) Teşebbüs Aşamasına Gelmemiş Suçlara İştirakin Cezalandırılmaması

Fiil ceza hukukunun uygulanma esasları gereğince, atipik hareketleri gerçekleştiren diğer suç ortakları elinden gelen her şeyi yapmalarına rağmen

[29] Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.466; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 9 Haziran 2009 tarih ve E. 1-10/149, Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.746; Ayrıca bkz. *Ibid.*, s.746; İçel, *op. cit.*, s.553; Akbulut, *op. cit.*, s.653; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2018, s.449.

[30] Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2*, Yener Ünver (Ed.), Hakan Hakeri, Yener Ünver vd. (Çev.), Adalet, Ankara, 2015, s.224-225; Elvan Keçecioglu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", *TBB Dergisi*, Cilt 65, 2006, s.75; Hamdorf, *op. cit.*, s.45.

[31] 21 Aralık 1937 tarih ve 311 sayılı İsviçre Ceza Kanunu'nun 24'üncü maddesinde azmettirenin fail gibi cezalandırılacağı düzenlenmiş, 26'ncı maddesinde ise yardım edenin daha düşük ceza ile cezalandırılacağı belirtilerek, ikilik sistemine gidilmiştir. Bkz. "Swiss Criminal Code", (E.T. 5 Şubat 2024, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en)

[32] 7 Ocak 1979 tarihli Çin Ceza Kanunu'nu da aynı sistemi benimsemiştir. Bkz. "Criminal Law of the People's Republic of China", (E.T. 5 Şubat 2024, <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china>).

[33] Oliver Michiels ve Elodie Jacques, *Principes de Droit Pénal*, Bruxelles, SPF Justice 4. Edition, 2015, s.105.

[34] Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2018, s.436; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.329.

asil tipik hareketi gerçekleştirmesi gereken failin suçu gönüllü olarak işlememesi (*icra hareketlerine başlamaması*) durumunda, suçun işlenmesi için tüm çabayı göstermiş ortaklara yönelik de hiçbir yaptırım uygulanamaz. Bu durum bağluluk kuralı ve kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Örneğin suça yardım eden sıfatıyla katılacak kişi suç aletlerini teslim ederek suça katkısını tamamladıktan sonra fail suçu teşebbüs aşamasında dahi işlemeyebilir. Failin suçu işleyip işlememesi, bu noktada şerik konumundaki ortağın her türlü etkisinden bağımsızdır. Aynı şekilde, tutulan bir kiralık katilin daha sonra parayı az bularak suçu işlememesi ve hatta azmettiricisini ihbar etmesi durumunda da benzer bir sonuç doğmaktadır^[35]. Türk ceza hukukunda da etkisiz/akim kalmış azmettirme yahut yardım etme veya müşterek faillik cezalandırılmaz.

Sair ortaklar yönünden değil ise de azmettirenlere yönelik bugün için Çin Ceza Kanunu'nun 29'uncu maddesinde “Azmettirilen kişi azmettirildiği suçu işlememişse, azmettiren kişiye daha hafif veya hafifletilmiş bir ceza verilebilir.” denilerek, azmettirenin anti-sosyalliğinin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. 13 Kasım 1998 tarihli Alman Ceza Kanunu (*StGB*) da 30'uncu maddesinde de bu tür hareketlerin cezalandırılacağını düzenlemiştir^[36]. Norveç ve

[35] Bouloc, *op. cit.*, s.310-311; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht*, Berlin, De Gruyter, 4. Auflage, 1992, s.285; Alfred Bertauld, *Cours de Code Pénal et Leçons de Législation Criminelle*, Paris, Cosse et Marchal, 1864, s.427-429-431-445; Rossi, s.198-199; Bodson, *op. cit.*, s.312; Yves Cartuyvels, Christine Guillain ve Olivia Nederlandt, *Droit Pénal Général (Partie II)*, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2021, s.23-24-27; Karl Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, Berlin, O. Liebmann, 1890, s.144-145-146-147 vd.; Jean Constant, *Traité Élémentaire de Droit Pénal Vol. 1*, Liege, Imprimerie Nationale, 1965, s.340-341-363-364; Ayrıca bkz. Çelen, *op. cit.*, s.259-260 vd.; Somut bir hukuki değer ihlali yaratmayan, salt anti-sosyallikten kaynaklı durumlarda ilgililerin cezalandırılmaması doğrudur. Fakat ceza yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi toplumun savunulması adına daha uygun bir çözüm olacaktır. Bu konuda bkz. Raffaele Garofalo, *op. cit.*, s.346; Ayrıca bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.486.

[36] Maddenin ilk fıkrasında akim kalmış azmettirme hareketleri teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilir kılınmış fakat cezada indirimle gidileceği belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise bir suç işleyeceğini potansiyel suç ortaklarına azmettirme niteliğinde olmadan beyan etmek, azmettirenin teklifini kabul etmek, suç işleme kararını vermiş bir kişinin kendisinin buna teşvik edilmesi arzusuna (*örneğin para istemesi*) dair teklifini kabul etmek ve müşterek faillerin bir suç işlemeye dair anlaşmaları, tek başına cezalandırılabilir hususlar olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Otto, *op. cit.*, s.299-300; Jescheck, *op. cit.*, s.703-704-705; Muhammed Demirel ve Melik Kartal, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi*

Danimarka'da ise her türlü suç ortaklığı biçimine teşebbüs sorumluluk doğurmaktadır. Yani bağlılık kuralı şeklinde bir müessese uygulanmamakta, cezalandırılabilir olan eylem suçun iştirak halinde işlenmesi değil, iştirak eylemlerinin kendisi kabul edilmektedir^[37].

B) SUÇA İŞTİRAKİN ŞARTLARI

1- Birlikte İşlenecek ve UNSURLARI BELİRLİ BİR SUÇA KASTEN KATILMAYA YÖNELİK İŞTİRAK İRADESİ

Suça iştirak, birden fazla kişinin kasten birlikte suç işleme iradesini gerektirir^[38]. Müşterek faillerde bu irade, suçu diğer ortaklarla birlikte bilfiil işleme şeklinde, yardım edende failere maddi-manevi katkı sağlayarak suçun oluşumunu isteme şeklinde ve azmettiren ise bu yönde bir kararı olmayan faili suç işlemeye ikna şeklinde görülür^[39]. Bu sebeple böyle bir iradeye sahip olamayacak tüzel kişiler değil, salt gerçek kişiler suça iştirak edebilirler^[40]. Bu irade ya birden fazla suç ortağının bir araya gelerek anlaşması yahut bir veya birden fazla kişinin, failin haberi olmaksızın onunla birlikte suç işleme iradesiyle hareket etmesi şeklinde görülür^[41]. Doktrindeki ağırlık görüşe

Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2019, s.465; Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Salih Oktar (Çev.), Ankara, Yetkin, 2021, s.280-281 vd.; Z. Özen İnci, "Alman Ceza Kanunu m.30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, Aralık 2020, s.933-934-935-945-950-971 vd.; Bu tür fiillerin esasında genel hükümlerde düzenlenmiş maddi ceza normları olduğunu söylemek gerekir. Zira suça iştirak noktasında ortada işlenişine iştirak edilmiş, bu kişilerin bağlanabileceği bir suç yoktur. Salt bu fiiller ayrık birer suç teşkil etmektedir.

[37] Hamdorf, *op. cit.*, s.234-235-239-240-241-242 vd.

[38] Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck, 6. Auflage, 2013, s.390; Constant, *op. cit.*, s.321-322-323; Hennau, Verhaegen, Spielmann ve Bruyndonckx, *op. cit.*, s.283-284; İştirakte kastın çifte fonksiyonu mevcuttur. Zira kast iştirak iradesinin yanında, fiilin gerçekleştirilmesi aşamasında da bulunmalıdır. Bkz. Ali Tanju Sarıgül, *Suçta İştirak*, Ankara, Seçkin, 2022, s.239; Çelen, *op. cit.*, s.111; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz, 1992, s.421.

[39] Yardım eden için bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.483.

[40] Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.349.

[41] Jescheck, *op. cit.*, s.695.

göre asli fail ile ortak bir iradeye varmaksızın onun fiiline katkı sağlamak ancak yardım etme durumunda mümkün olabilecek ve müşterek faillikte daima ortak iştirak iradesi gerekecektir^[42]. TCK'nin 37'nci maddesinin gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır^[43].

Suç ortaklığı kararı veya iştirak iradesi olarak isimlendirilebilecek bu anlaşmanın, suçun hazırlık hareketleri aşamasında gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi suça başlanıp netice meydana gelene ve kesintisiz suçlarda ise suç tamamlanıncaya kadar da anlaşma iradesinin ortaya konulması mümkündür^[44]. İştirak iradesi açıkça tarafların detaylı bir suç planı yapması şeklinde, ortada bir plan olmaksızın “kaba taslak biçimde” işlenecek suçun belirlenmesi şeklinde yahut ortaklardan kiminin ayrıntılı plandan kaba taslak haberdar edildiği şekilde gerçekleşebileceği gibi örtülü biçimde de oluşabilir. Lakin örtülü de olsa bu iradenin, kaş-göz-baş-el hareketleri yahut mimik gibi eylemler ile dışa vurulması şarttır^[45].

[42] Akbulut, *op. cit.*, s.680; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.874; İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 13. Baskı, 2017, s.533-553; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.784; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.751; Frister, *op. cit.*, s.390; Hinüber ve Tegtmeier, *op. cit.*, s.80.

[43] Türk hukukuna yönelik aksi yönde görüş için bkz. Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.337-338; Soyaslan, *op. cit.*, s.486-487 vd.; Çelen, *op. cit.*, s.102; StGB yönünden bkz. Dennis Bock, “Zur Darstellung der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) in der Fallbearbeitung”, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 5, 2020, s.428; Puppe, *op. cit.*, s.236.

[44] Bouloc, *op. cit.*, s.321-322; Otto, *op. cit.*, s.269; Jescheck, *op. cit.*, s.678; Rossi, *op. cit.*, s.218-219; Akbulut, *op. cit.*, s.679-680; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.864; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.457; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.554; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.335; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 26. Baskı, 2021, s.500-501; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.469; Bock, *op. cit.*, s.428; Puppe, *op. cit.*, s.234; Zincirleme iştirak teorisine göre suça sonradan müdahale eden ortak, öncekilerden faydalandığı için onun önceden gerçekleşmiş fiilleri ve neticelerini de zımnen onayladığı yani önceye yönelik de bir iştirak iradesinin bulunduğu kabul edilir. Teoriye dair bkz. *Ibid.*, s.234; Gropp, *op. cit.*, s.427-428; Teoriye dair eleştiriler için bkz. Otto, *op. cit.*, s.270.

[45] Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.20; Demirbaş, *op. cit.*, s.506; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2 Şubat 2010 tarih ve 1-239/14, Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.751; Bock, *op. cit.*, s.428; Puppe, *op. cit.*, s.234; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.469; İçel, *op. cit.*, s.557-558.

Ortada detaylı bir suç planı olmasa veya bir ortak ayrıntılı planın detaylarını bilmiyor olsa bile iştirak iradesine konu suç tamamen aynı olmalıdır. Bu da suçun objektif tipikliği içerisindeki unsurların tüm ortaklarca aynı şekilde bilinmesini ve istenmesini gerektirir^[46]. Bu durum da “suça ancak kasten iştirak edilebileceği” sonucunu doğurmaktadır. Örneğin birileri basit yaralama, diğerleri (*gerçek olmayan*) neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarına yönelik iştirak iradesi geliştirmişler ise burada ortak noktada buluşan bir iradeden söz edilemez. Doğal olarak taksirli yahut fail-mağdur-konu-hareket-netice noktalarının taraflarca farklı anlaşıldığı durumlarda ortak noktada buluşmadan ve bir anlaşmadan söz edilmesi de zaten mümkün olmamaktadır^[47]. Doğrudan kast gerekli olmadığından, suç olası kastla da işlenebiliyor ise iştirakte olası kast yeterli olacaktır^[48].

2- Suçun İşlenişine Katkı Sağlamak Gereği

Suç ortaklarının tüm bu eylemleri suçun oluşumuna bir katkı sağlamakta ve böylece tek bir suç, tüm bu eylemlerin birlikteliğinden meydana gelmektedir^[49]. Suça iştirak hükümleri gereğince bir ortağın ceza sorumluluğunun doğabilmesi için ortada en aşağı teşebbüs aşamasında kalmış

[46] Rossi, *op. cit.*, s.193.

[47] Demirbaş, *op. cit.*, s.506; Akbulut, *op. cit.*, s.680; Mahmutoglu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.938-939; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.818-819-820 vd.; Erem, *Suçta İştirak, op. cit.*, s.66; Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.85; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.530-531-532 vd.; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.336; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, op. cit.*, s.566; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 500-501; Soyaslan, *op. cit.*, s.485-486 vd.; Her suçun bir neticesinin olmadığı görüşü kabul edilecek ise bu noktada netice yerine suçun hukuki konusunun ihlalinin istenmesi gerekir. Bkz. Mustafa Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *TBB Dergisi*, Sayı 70, 2007, s.240.

[48] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.439; Akbulut, *op. cit.*, s.685; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.530-531-532 vd.; İçel, *op. cit.*, s.558; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.753; Suçun işlenmesi için özel kast yahut saik arandığında ise ortaklarda bu subjektif bilincin de mevcut olması gerekir. Müsterek faillik yönünden bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.455; Akbulut, *op. cit.*, s.680; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2010, s. 675.

[49] Erem, *Suçta İştirak, op. cit.*, s.71-72.

bir suçun varlığı gerekir. Bu durum bağıllık kuralının bir gereğidir. Öyleyse bir yahut birden fazla ortağın suça konu tipik eylemleri gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır. Tipik hareketleri gerçekleştirmeyen müşterek fail, azmettiren yahut yardım eden ortakların işlenen suçtan sorumlu tutulabilmeleri için ise suçun oluşumuna yönelik maddi yahut manevi bir nedensel katkı sağlayan, kasten gerçekleştirdikleri eylemlerinin varlığı gerekir^[50].

a) Müşterek Failerin Katkısı

TCK'nin 37'inci maddesinin birinci fıkrasında “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” denilmiştir^[51]. TCK'nin gerekçesinde ise bu konuda fiil/suç^[52] üzerinde

[50] Rossi, s.189-193; Jescheck, s.679; Khristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, Verlag Franz Vahlen, 4. Auflage, 2002, s. 808-809-810-811; Otto, *op. cit.*, s.286; Buradaki nedensellik, fiil-netice arasında aranan illiyet bağı noktasında değil, ilgili tipik/atipik/hazırlık hareketi ve sair nitelikteki eylemlerin suçun oluşumu hususunda bir sebep teşkil etmelerine yönelik bir gerekliliğe dair nedenselliklerdir. Bkz. Puppe, *op. cit.*, s.239; Bir görüşe göre katkının neticeye yönelik maddi anlamda tesirli olması yani örneğin suçun, verilen silahla işlenmesi şart koşulur. Bkz. Erem, *Suçta İştirak*, *op. cit.*, s.71-72; İçel, *op. cit.*, s.556-557; Soyaslan, *op. cit.*, s.485-486; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.333; Katıldığımız bir diğer görüşe göre ise bu nedensel katkı neticeye dair maddi anlamda tesire yönelik değil, maddi ve/veya manevi katkı şeklinde tezahür edecek bir nedenselliklerdir. Böyle olunca da verilen silahın kullanılmamış olması gibi hususlar direkt olarak ortağın sorumsuzluğunu doğurmayacak, eğer bu tür fiiller suçun işlenmesine manevi (*iradeyi kuvvetlendirici*) etkilerde bulunmuş ise nedensel katkı oluşmuş kabul edilecektir. Bkz. Renout, *op. cit.*, s.203; Demirel, *Yardım Etme*, *op. cit.*, s.136-137; Mahmutoglu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.940-941; Akbulut, *op. cit.*, s.716; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.553; Önder, *op. cit.*, s.420; Yargıtay bir kararında, cinsel istismar suçu için başka bir eve kaçırılan ve burada istismara uğrayan mağdur ve failin yanında evde bulunan üçüncü kişiyi, sosyal durumu gereğince olaya müdahale veya dahli imkanı bulunmadığını ve bu yönde kanıt olmadığını gerekçe göstererek, suça ne maddi ne de manevi bir katkısının olmaması sebebiyle sorumsuz tutmuştur. Bkz. Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 10391/10980, Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, s.684.

[51] StGB'deki düzenleme de aynı mahiyette olup, doktrinde bu durum eleştirilmekte ve sanki müşterek failerin tipik fiili birlikte gerçekleştirmesinin gerektiği gibi bir anlam çıktığı, halbuki atipik fiilleri gerçekleştirenlerin de müşterek fail olabildiği belirtilmektedir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.221.

[52] Fiil üzerinde müşterek hakimiyet şeklinde adlandırılan hususun esası, suç üzerinde müşterek hakimiyettir. Bkz. Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Hukuk Akademisi, 2021, s.711-712-713; “Öğretideki görüşler de dikkate

müşterek hakimiyet teorisinin benimsendiği zikredilmektedir^[53]. Bu teoriye göre ise biri yaralarken diğerinin tutması gibi suçu tek bir failin işlemesi halinde suçun teşebbüs aşamasına dahi varamayacağı atipik bir fiil, müşterek faillik için olası kabul edilir^[54]. Öyleyse ilgili fıkradaki “fiili birlikte gerçekleştirmek” şeklindeki husustan anlaşılması gereken, “suçu fail sıfatıyla birlikte işlemek” olmaktadır^[55]. Teorideki müşterek hakimiyet kavramı, suçun başarıyla işlenebilmesi yönünden o eylemin vazgeçilmez bir önem taşımasıdır^[56]. Ortağın eylemi bu düzeyde kalmıyor ise suça yardım eden sıfatıyla katılıp katılmadığı incelenmelidir.^[57] Doktrinde bir görüşe göre müşterek faillerin suça katkı sağlayan eylemlerinin tipik olması gerekmez de bunlar hazırlık hareketi şeklinde gerçekleşemez^[58]. Katıldığımız diğer bir görüşe göre ise iştirakin her türlüünün hazırlık hareketlerinden doğması mümkündür^[59].

Müşterek faillerin fiil/suç üzerinde müşterek hakimiyet kurmaya müsait eylemlerinin, ayrıca suçun oluşumuna maddi yahut manevi bir katkı sağlaması

alındığında müşterek faillik için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir: ... 2- Suçun işleniş üzerinde birlikte hâkimiyet kurulmalıdır.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15 Eylül 2015 tarih ve E. 2013/823, K. 2015/278); Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19 Mart 2013 tarih ve E. 2013/1-81, K. 2013/91.

- [53] Alman hukukundaki baskın teori de budur. Bkz. Frister, *op. cit.*, s.398-399.
- [54] Bertauld, *op. cit.*, s.441; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.332-333-334; Atipik hareketler yönünden bkz. Akbulut, *op. cit.*, s.675; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.817.
- [55] Doktrinde bu husus, müşterek failliğin objektif/maddi unsuru şeklinde nitelendirilebilmektedir. Bkz. Töngür ve Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 315.
- [56] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.818-819-820 vd.; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.332-333-334.
- [57] Muhammed Demirel, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Mayıs 2017, s.132.
- [58] Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 489; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.864; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.528; Çelen, *Yardım Etme*, 192.
- [59] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.768; Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, 222; Bock, *op. cit.*, s.429; Frister, s.398-399.

gerekir. Failin suçta katkısının kesin olduğu fakat bu katkının somut olarak bir işe yaramaması ihtimali bulunduğu durumlarda, neticede maddi bir katkı doğmasa bile müşterek faillik oluşacaktır. Örneğin bir geçit töreninde tek güzergah varsa ve bu yolun çeşitli noktalarına bomba konulmuşsa, salt patlayan bombayı koyan değil, bombacıların her biri müşterek fail olacaktır. Fakat ortada çeşitli güzergahlar var ise ve suçta katkı da kesin değil, tesadüfe bağlanmış ise burada müşterek faillik söz konusu olmaz ve salt mağdurun geçtiği yola pusu kuran veya bomba koyan kişi fail olur^[60].

b) Şeriklerin Katkısı

Yardım etme gerek hazırlık hareketleri gerekse suçun işlenişi sırasında gerçekleştirilecek ihmali yahut icrai fiillerle, suçun işlenişine maddi yahut manevi bir katkı sağlamak şeklinde tezahür eder^[61]. Yardım etmenin hangi çerçeve fiiller ile gerçekleştirilebileceği TCK'nin 39'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir^[62]. Azmettirenin katkısı ise karşı tarafı suç işlemeye azmettirmekten ibarettir. Azmettiren yönünden maddi yahut manevi bir katkı ayırımına gitmek mantıklı olmayacağından, burada azmettirmenin ikna yönünden "etkililiği" değerlendirmeye alınmalıdır. Örneğin basit ricalar yahut tavsiyeler, azmettirme açısından yeterli etkiye sahip kabul

[60] Puppe, *op. cit.*, s.241; Benzer yönde bkz. Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.527.

[61] Rossi, s.214; Kühn, *op. cit.*, s.869-870; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 487; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.917-918; Akbulut, *op. cit.*, s.716; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.553; Hakeri, *op. cit.*, s.489; Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.28; O. L. von Hinüber ve Werner Tegtmeier, *Strafrecht*, Leipzig, Kohlhammer, 9. Auflage, 1943. s.75-76.

[62] Manevi katkı, fıkranın a bendindeki "Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.", maddi katkı ise b ve c bentlerindeki, "Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak; Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak." eylemleridir. Yardım eden ortağın suçta yönelik katkısı, "o katkı olmasaydı suç kuvvetle muhtemel işlenemezdi" şartına bağlı değildir. Örneğin bir suçta suç aletini temin eden ve yardım eden sıfatına sahip olacak kişinin bu fiili olmasa da pekala fail başka birinden silahı temin edebilecektir. Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, *op. cit.*, s.776.

edilmeyecektir^[63]. Yine sessiz kalmak gibi ihmal suretiyle işlenen fiiller de azmettirme açısından yeterli etkiye sahip olamaz^[64].

C) SUÇA İŞTİRAK DERECELERİ

Suçta ortak olarak katılmanın yani suçta iştirakin objektif ve sübjektif şartları yukarıda zikredildi. Bu başlık altında açıklanacak olan, suç ortaklarından kimlerin suçta müşterek fail, kimlerin yardım eden ve kimlerin azmettiren konumunda bulunduğu. Bu noktada suçta iştirak dereceleri; azmettiren, yardım eden ve müşterek faillik şeklinde üçe ayrılarak incelenmiştir^[65].

1- Müşterek Faillik

Birden fazla suç ortağı tarafından işlenen bir suçta kimin müşterek fail olduğunu tespit etmek son derece önemlidir. Azmettiren ve müşterek fail ayrımını yapmak görece basittir. Bu noktada belirtilmesi gereken tek husus, bir kimsenin diğer suç ortağını azmettirdikten sonra suçta bilfiil katkıda bulunması durumunda salt fail olarak suçtan sorumlu tutulmasının doğru olacağıdır^[66]. Dolaylı fail ile müşterek fail ayrımını yapmak noktasında da tartışılabilir pek bir husus bulunmamaktadır. Buradaki önem arz eden esas husus, müşterek faillik ve yardım eden sıfatları arasındaki ayrımın nasıl yapılacağıdır.

[63] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit., s.775-776-777; Çelen, Yardım Etme*, 107.

[64] Von Liszt, *op. cit., s.205; Öztürk ve Erdem, op. cit., s.438*.

[65] Aynı yönde bkz. Rossi, *op. cit., s.195*; Doktrin de suçta iştirak dereceleri noktasındaki çatı ayrım, faillik ve şeriklik noktasında yapılmaktadır. Kimi görüşler failliği doğrudan faillik-müşterek faillik-dolaylı faillik, şerikliği ise azmettirme-yardım etme olarak ayırır. StGB'deki düzenleme de bu yöndedir. Bkz. Demirbaş, *op. cit., s.501*; Özbek, *op. cit., s.638*; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, op. cit., s.545*; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit., s.515-547-548*; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit., s.199-200*; Kimi görüşler faillik çeşitleri arasında yan yana failliği de eklemektedir. Bkz. Öztürk ve Erdem, *op. cit., s.416*; Dülger, *op. cit., s.700*; Bir görüşe göre ise TCK'de iştirak kurumu; faillik, azmettirme ve şeriklik olarak üç unsura ayrılmıştır. Bkz. Soyaslan, *op. cit., s.481*; Diğer bir ayrım ise failliğin müşterek fail ve dolaylı fail olarak, şerikliğin de azmettirme ve yardım etme şeklinde incelenmesidir. Bkz. Hakeri, *op. cit., s.488*.

[66] Artuk ve Gökçen, *op. cit., s.773*.

Suçun tipikliği içerisinde yer alan fiili doğrudan gerçekleştiren ve örneğin bir kimseyi birlikte döven ya da banka kasasını birlikte boşaltan kişilerin müşterek faillik sıfatını taşıyacağı açıktır^[67]. Esas mesele hazırlık hareketlerini ve atipik hareketleri gerçekleştirenler yani bir hırsızlıkta şoförlük veya gözcülük yapan yahut detaylı hırsızlık planını oluşturan ya da alarmin şifresini veren ortakların konumunu belirlemektedir. Özgü suçlar yönünden bu ayrımı yapmak pek de zor değildir. Zira özgü suçlarda, normun aradığı özelliği taşımayan kişiler fail değil ancak şerik sıfatını taşıyabilirler^[68]. Özgü suç özelliği taşımayan suç tiplerinde ise bu ayrımı yapmak pek kolay değildir.

Ayrımı yapmaya dair ortaya konan teorilerden ilki, objektif teori olarak adlandırılan ve ortakların suça yönelik katkılarının etkililik derecesine göre faillik-yardım eden ayrımı yapan teoridir. Maddi objektif teoride doğrudan katkının kuvvetine, etkililiğine ve bu katkıyı gerçekleştirenin suça yönelik arz ettiği tehlikeye bakılır^[69]. Şekli objektif teoride ise tipik hareketleri kasten icra eden ortaklar fail, diğerleri yardım eden sayılır^[70]. İkinci teori, Alman

[67] Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.25.

[68] Bkz. Constant, *op. cit.*, s.324-325 ; Frister, *op. cit.*, s.375; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.559; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 7748/6953, Mehmet Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 2*, Ankara, Seçkin, 2011, s.1713; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.897; Akbulut, *op. cit.*, s.681; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, E. 2014/4395, K. 2014/5995, *Ibid.*, s.681; Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.319; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.349-350; Özgü suçlar olan insan üzerinde deney ve işkence suçlarına yönelik bkz. Nur Bilge Kul, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ahmet Gökçen), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2019, (Tez No: 544641), s.113; Ezgi Aygün Eşitli, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Metin Feyzioğlu), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2012, (Tez No: 308787), s.189; Aysun Altunbaş, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Fatma Nur Centel), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, (Tez No: 317374), s.409; Özgü suçlara dair TCK'nin 40'inci maddesinin ikinci fıkrasının eleştirisi için bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.495.

[69] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.417; Soyaslan, *op. cit.*, s.480-481; Maddi objektif teoriyi salt nedensellik bağımlı içeren her türlü katkı olarak açıklayan görüş için bkz. Önder, *op. cit.*, s.417.

[70] Jescheck, *op. cit.*, s.648-649; Kühl, *op. cit.*, s.765-766; Von Liszt, *op. cit.*, s.203-204; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.450; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.416; Soyaslan, *op. cit.*, s.480-481; Keçecioglu, *op. cit.*, s.77; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 4. Auflage, 2015, s.398-399.

Federal Mahkemesi'nin ağırlıklı olarak kararlarına esas aldığı sübjektif teoridir. Bu teoride salt suç ortağının iradesine bakılır. Yani bir ortak eğer failin suçu işleyişine yardım etmeyi değil de suçu faille birlikte müşterek biçimde işlemeyi arzu ederek eylemlerini gerçekleştirmiş ise fail sayılacak, aksi durumda yardım eden olacaktır^[71].

Temel teorilerden üçüncüsü ise hukukumuzda da benimsenen^[72], fiil/suç üzerinde müşterek hakimiyet teorisidir. Alman hukukunda da doktrindeki hakim görüş budur^[73]. Bu teoride müşterek faillik için suçun işleniş üzerinde müşterek bir hakimiyet sahibi olmak gerekir^[74]. Bu hakimiyet değerlendirmesinde; ilgili ortağın fiili olmasaydı, suçun başarıya ulaşması yahut teşebbüs derecesinde kalmış ise bu noktaya varmasının tehlikeye girip girmeyeceği hususu temel ölçüttür. Bu ölçüte göre değerlendirme yapılırken “*bu hareket olmasaydı suç asla işlenemeyecekti*” değil, “*bu hareket olmasaydı suçun işlenmesi tehlikeye girebilecekti*” ya da “*suçun gidişatı ve*

[71] Jescheck, *op. cit.*, s.650; Kühn, *op. cit.*, s.767-768; Von Liszt, *op. cit.*, s.202-203; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.450; Özbek, *op. cit.*, s.639; Gropp, *op. cit.*, s.399; Keçecioğlu, *op. cit.*, s.79; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.417; Önder, *op. cit.*, s.417-418; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.221; Bock, *op. cit.*, s.429; Frister, *op. cit.*, s.396-397; Von Liszt, *op. cit.*, s. 202; Birkmeyer, *op. cit.*, s. 15-20-25 vd.

[72] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.452-456; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.418-419; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/1-239, K. 2010/14, Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.516-517; Dülger, *op. cit.*, s.700; Şen, *op. cit.*, s.117; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.547; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.474; Tayyip Eroğlu, *Suçta İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik*, (Doktora Tezi, Danışman Ahmet Gökçen), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2022, (Tez No: 740734), s.104; Çelen, *op. cit.*, s.99; Ayrıca bkz. TCK m.37, Gerekece.

[73] Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2*, *op. cit.*, s.239-240.

[74] Doktrinde fiil/suç üzerinde müşterek hakimiyet kurabilecek türden bir katkıya “fonksiyonel katkı-fonksiyonel hakimiyet” de denilmektedir. Bkz. Çelen, *op. cit.*, s.189-190; Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.317; Akbulut, *op. cit.*, s.675; Bu ayrım, Alman hukukundaki hakimiyet teorisinin; salt fiil üzerinde hakimiyeti tipik fiili gerçekleştiren asli failde, irade üzerinde hakimiyeti başkasını araç olarak kullanan dolaylı failde, fonksiyonel hakimiyeti ise suçun birlikte işlendiği bir durumda ortağın fonksiyonunun “onun eylemi olmaz ise suçun işlenmesi tehlikeye girebilirdi” şeklinde önem arz ettiği durumlarda mevcut olacağını belirtmesinden ileri gelmektedir. Bkz. Keçecioğlu, *op. cit.*, s.79; Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, De Gruyter, 8. Auflage, 2011, s.306.

başarısı büyük ölçüde failin suça yönelik katkısını gerçekleştirmesine bağlıdır” denilmelidir^[75]. Bu değerlendirme dosyadaki deliller üzerinden *ex ante* biçimde yapılır. Öyleyse bu değerlendirmeye göre gözcünün olduğu bölgeden bir kişi bile geçmemesi ya da objektif kriterlere göre ortağı yardım eden konumuna yerleştirecek basit eylemlerin gerçekleşmesi durumlarında, “*bunlar olmasaydı suçun işlenmesi tehlikeye girebilecekti*” denilebiliyorsa, bu kişiler de müşterek fail olarak suçtan sorumlu tutulabileceklerdir^[76]. Bu yönde bir katkı sağlayamayanlar ise yardım eden olarak değerlendirilecektir^[77].

[75] Otto, *op. cit.*, s.259-260; Gropp, *op. cit.*, s.402-403-404; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.519-520-521-522; Jescheck, *op. cit.*, s.651; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.865; Akbulut, *op. cit.*, s.672; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.452; Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.313; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.818-819-820 vd.; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.418-419; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.347-348; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.201-221 vd.; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.332-333-334; Dülger, *op. cit.*, s.711-712-713; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.474; İçel, *op. cit.*, s.566-567; Şen, *op. cit.*, s.116; Aydın, *op. cit.*, s.61-62; Matthias Krüger, “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1, (2011): 1-8, 4; Roxin, *op. cit.*, s.279-307-308 vd.; Yargıtay bu noktada “ortağın fiilinin suça konu diğer fiilleri tamamlar nitelikte olması” şeklinde bir yorumda bulunmaktadır. Bkz. “*dolayısıyla sanık Şahabettin’in eyleminin, uyuşturucu maddeyi bizzat taşımakta olan Eyüp’un fiilini tamamlar mahiyette olduğu ...*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02 Nisan 2013 tarih ve E. 2012/10-1323, K. 2013/117).

[76] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.872-873; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.457; Sarıgül, *op. cit.*, s.110-111; Her bir katkı burada kendi özelinde değerlendirilmeli ve suç aletini temin gibi hususlar direkt olarak yardım etmeye, gözcülük yahut şoförlük gibi hususlar da direkt olarak müşterek failiğe dahil edilmemelidir. Bkz. Bock, *op. cit.*, s.430; Akbulut, *op. cit.*, s.676; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.527-528; Bu teoriye göre örgüt lideri hazırlık aşamasında suça yönelik fonksiyonel bir katkı sağlamış ise müşterek fail olarak sorumlu olmalıdır. Bkz. Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.222; Aksi yönde bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.870-871; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.522-523-529; Hukukumuzda ise TCK’nin 220’nci maddesinin beşinci fıkrası gereğince örgüt yöneticileri, örgütün işlediği her suçtan ayrıca fail olarak sorumlu tutulur. Benzer yönde bkz. Çin Ceza Kanunu m.26; Salt belirli bir çete içerisinde yer almanın, çete lideri olmanın veya benzer topluluklardaki liderliğin diğer mensupların işlediği suçlardan doğrudan cezai sorumluluğu doğurması, esas olarak kolektif sorumluluğun bugüne kalan artıklarıdır. Bunlardan kimisi iştirak kurumu içerisine, kimisi basın suçları yahut sair mevzuat içerisine gizlenmiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Boulloc, *op. cit.*, s.328-329 vd.

[77] Çelen, *op. cit.*, s.105-209.

Meseleye dışarıdan bakıldığında, biri tutarken diğersinin vurması yahut tecavüz etmesi gibi durumlarda basitçe fiil/suç üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu söylenebilir^[78]. Fakat çoğu zaman bu denli açık bir yorum yapmak, eldeki deliller ile mümkün olmayabilir ve hakimın adeta *ex ante* biçimde akıl okuma yoluna gitmesi gerekebilir. Bu teori tipik-atipik eylemler ve kanaatimizce hazırlık hareketleri noktasında da faillik-şeriklik açısından bir ayırım yapmadığı^[79] için evvela tipik fiili gerçekleştiren fakat suça sonradan dahil olan ortakların konumunu şüpheli bırakmaktadır^[80]. Atipik hareketlerin müşterek faillik yaratabilmesinden kaynaklı bir diğer tartışmaya açık alan da icrai hareket ile işlenebilen suçlara ihmali hareket ile yapılan katkıdır^[81].

[78] Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *op. cit.*, s.244; Yargıtay Birinci Ceza Dairesi E. 2007/692, K. 2008/579, Özbek, *op. cit.*, s.659; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 2006/5223-6921, Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, 695; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, E. 1980/2671, K. 1980/3102, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 2*, 1603; Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, E. 2007/22321, K. 2008/1638, Özbek, *op. cit.*, s.657; Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, E. 1979/6677, K. 1979/6701, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 2*, *op. cit.*, s.1605; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, E. 1990/3543, K. 1990/3664, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 2*, *op. cit.*, s.1606; Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, E. 2006/22264, K. 2008/6274, Özbek, *op. cit.*, s.657; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, K. 650/3485, *Ibid.*, s.660; İçel, *op. cit.*, s.567; Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, E. 1980/3286, K. 1980/3575, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 2*, *op. cit.*, s.1603.

[79] Bock, *op. cit.*, s.429; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.222.

[80] Örneğin yerde tekmelenen ve kalkmaya ya da karşılık vermeye takati kalmamış birine sonradan oradan geçen kişi de diğerleriyle etkileşim halinde tekme atmaya başlasa, bu sonradan eklenen ortağın fiili olmasaydı da suçun işlenişinin hiçbir şekilde tehlikeye girmeyeceği çok açıktır. Sanıyoruz ki böyle bir durumda bunlar her halde müşterek fail olarak kabul edilmelidir.

[81] Normalde ihmali hareket ile işlenebilen suçlarda ihmali fiiller ile müşterek faillik mümkündür. Bkz. Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.557; Krüger, *op. cit.*, s.1-6-7; Fakat bu teoriye göre atipik hareketler de müşterek faillik yaratabildiği için icrai hareket ile işlenebilen suçlarda ihmali hareket gerçekleştiren ortağın konumunun müşterek faillik olabileceği hususu tartışmaya açılmaktadır. Bunların ancak şerik olabileceği yönünde bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.460; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.542-543; Zıt bir yorumun da yapılabileceği yönünde bkz. Krüger, *op. cit.*, s.5-6-8.

2- Şeriklik

a) Azmettirme

Objektif tipikliğine konu unsurları belirli bir suç işlemeye iradesi bulunmayan (*omnimodo facturus*) birini^[82], bu unsurları belirli^[83] aynı^[84] kasıtlı^[85] suçta hür iradesiyle^[86] işlemeye kasten ve etkin araçlarla^[87] karar verdiren kimse, azmettiren olarak nitelendirilir. Azmettirmek tek başına

[82] Bilahare suç işlemekten vazgeçen ve *omnimodo facturus* durumundan çıkan kişinin azmettirilebileceğine yönelik bkz. Puppe, *op. cit.*, s.235; *Omnimodo facturus* durumundaki birini azmettirmeye çalışmak ise ancak yardım etmeyi doğurabilir. Bkz. Rossi, *op. cit.*, s.214; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.437; Hinüber ve Tegmeyer, *op. cit.*, s.77.

[83] Otto, *op. cit.*, s.293; Genel bir kışkırtma, ahlaksızlığa yahut suç işlemeye eğilim kazandırma hareketleri azmettirme olarak kabul edilmez. Bkz. Rossi, *op. cit.*, s.199-200; Detaylı bir suç planı anlatılması gerekmez. Salt objektif tipiklik içerisindeki unsurların belirli olması yeterlidir. Bkz. Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.328; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.548; Failde önceden bir cinayet işlemek fikri mevcut olabilir. Fakat kiralık katillerin durumu gibi “X’i öldürmek” şeklinde bir irade ancak azmettirme sonucu oluşabilecek ise burada azmettirme meydana gelebilecektir. Bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.482; Demirel ve Kartal, *op. cit.*, s.466; Yağız Yavuz, “Azmettirmenin Özel Oluşum Şekilleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Mayıs 2023, s.139-140; Azmettirmede aracı kullanmanın mümkün olduğu yönünde bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.881; Suçun basit halini işlemeye karar vermiş birini, suçun nitelikli haline azmettirmenin mümkün olduğu yönündeki görüşler için bkz. Kühl, *op. cit.*, s.849-850 Aksi yönde bkz. Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.438.

[84] Azmettiren ile failin iradelerinin unsurları belirli aynı suç üzerinde uyuşması gerekir. Bkz. Von Liszt, *op. cit.*, s.206.

[85] Taksirli suç işlemeye azmettirmenin mümkün olmadığına yönelik bkz. Otto, *op. cit.*, s.290.

[86] Azmettirilen failde hür irade bulunmuyor ve azmettirme cebir içeriyorsa, burada dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Bkz. Von Liszt, *op. cit.*, s.205; Bodson, *op. cit.*, s.316.

[87] Jescheck, *op. cit.*, s.686-687-688-689; Kühl, *op. cit.*, s.853-854; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.880-881-885-886; Hafızoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.350; Çelen, *op. cit.*, s.107; Azmettirmeye yönelik fiillerin sonuca etkili olma potansiyeli taşıması gerekir. Bkz. Özbek, *op. cit.*, s.664; Rica etmenin azmettirme sayılmayacağına dair bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2002/6-231, K. 2002/381, Çelen, *op. cit.*, s.107.

cezalandırılabilir bir fiil olarak kabul edilmediğinden^[88], bu fiil ancak failin fiiline bağlanarak cezalandırılabileceği için failin suçu işlemesi yahut teşebbüs aşamasına kadar getirmesi, sorumluluk için şarttır^[89]. Azmettiren aynı zamanda suçta yardım eden ortak ise azmettiren şeklinde sorumlu tutulacaktır. Zira azmettirme, yardım etmeye üstün bir davranıştır. Faillik de azmettirmeye üstün geleceğinden, kişi aynı zamanda müşterek fail ise azmettiren değil, fail olarak sorumlu olur^[90]. Birden fazla kişinin birlikte azmettiren olması^[91] yahut karşılıklı azmettirme de mümkündür^[92]. Bir kişi kendisine yönelik işlenecek bir suçta başkasını azmettirdiğinde ise mağdur sıfatı, azmettirme sıfatının bulunmasına ve cezalandırmaya engel olacaktır. Zira bir kişi aynı suçtan hem mağdur hem de fail olamayacağına göre azmettiren de olamaz^[93].

b) Yardım Etme

Suçta yardım eden konumunda ortak olmanın hangi şartlarda gerçekleşebileceğine dair çerçeve eylem tipleri, TCK'nin 39. maddesinin ikinci taahhidi olarak düzenlenmiştir. Kanunilik ilkesi gereğince bu konuda kıyas yapılamaz^[94]. Bunlar; “Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını

-
- [88] Genel eğilim bu olmakla birlikte, yukarıda Almanya gibi bu durumun istisnalarına yönelik uygulamaların bulunduğu hukuk sistemlerinden örnekler verilmiştir.
- [89] Rossi, *op. cit.*, s.196-198; Von Liszt, *op. cit.*, s.207-208; Özgenc, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.550.
- [90] Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.775.
- [91] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.459.
- [92] Örneğin bir grup genç, tatil parası biriktirmek için hırsızlık yapma kararı alarak birbirlerini azmettirseler ve fakat gidip birbirleri ile bağlantısız suçlar işleseler, müşterek fail değil salt azmettiren olacaklardır. Bkz. Puppe, *op. cit.*, s.236.
- [93] Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, Haziran 2012, s.663.
- [94] Bouloc, *op. cit.*, s.312; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.918-919; Bazı kanunlarda ise böyle bir düzenleme yer almadığı için hakimın takdiri mecburen devreye girmektedir. Örneğin StGB m.27’de nelerin yardım etme sayılacağına dair bir düzenleme bulunmamakta, salt kasıtlı yardım edenlerin sorumluluğu öngörülmektedir. Bkz. Demirel, *Yardım Etme, op. cit.*, s.122.

vaat etmek^[95], “Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak” ve “Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”^[96] şeklindeki eylemlerdir^[97].

Yardım eden, suçu doğrudan işlemeyen fakat suçun işlenmesini atipik fiili ile kolaylaştıran ortaktır^[98]. Hakimiyet teorisi gereğince bu tür atipik fiilleri gerçekleştirenler direkt yardım eden olarak nitelendirilmeyecek ve fonksiyonel katkı durumunda müşterek fail olarak nitelendirileceklerdir^[99]. Yardım etmenin salt faillere yönelik olması gerekmez. Diğer yardım eden konumundaki ortaklara yardım etmek de mümkündür^[100]. İhmali hareketlerle bir suçta yardım etmek de pekala mümkündür^[101]. Ancak böyle bir durumda önlememe, kasayı kapatmama, kapıyı kapatmama gibi ihmali hareketlerden sorumlu tutulabilmek için garantörlük şarttır^[102].

[95] Teşvikte belirli suçu işleme iradesi mevcuttur fakat henüz açıkça ortaya konmamıştır. Kararı kuvvetlendirmede ise artık açıkça ortaya konmuş bir irade kuvvetlendirilmektedir. Bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.931-932-933; Özbek, *op. cit.*, s.681.

[96] Örneğin uyuşturucuyu getirecek kurye ile irtibat kurma görevini gerçekleştiren kişi yardım edendir. Bkz. Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi, E. 2009/21635, K. 2010/11716, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 2, op. cit.*, s.1667.

[97] Gizli soruşturmacı azmettiremez, azmettirir ise suçtan sorumlu olacaktır. Fakat destekleyici fiillerde bulunabilir ve yardım eden konumunda bulunabilir. Böyle bir durumda CMK m.139 gereğince sorumsuzdur. Bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.491-492-494.

[98] Rossi, *op. cit.*, s.194-195.

[99] Çelen, *op. cit.*, s.105-209; Örneğin suç işlenmeden önce silahı temin eden kişi yardım eden olurken, kavga sırasında karşı tarafı öldürmesi için bıçağını çıkarıp arkadaşına veren kişi müşterek faildir. Bkz. Şen, *op. cit.*, s.116.

[100] Bouloc, *op. cit.*, s.320; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.920; Hakeri, *op. cit.*, s.495.

[101] Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.775; Frister, *op. cit.*, s.404.

[102] Soyaslan, *op. cit.*, s.488; Türk hukuku yönünden aksi yönde bkz. Aksi yönde bkz. Hakeri, *op. cit.*, s.491; StGB'nin 13'üncü maddesinde bir genel hüküm olarak, suçlara yönelik neticeleri engellemeyen kişilerin ancak garantörlük konumları varsa bu fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilecekleri belirtilmiştir. Bu ihmal suretiyle iştirak için de bir ön şart sayılır. Bu konuda bkz. Krüger, *op. cit.*, s.1-2.

D) BAĞLILIK KURALI

Suçta iştirak kurumu genel hükümlerde düzenlendiği için ortada birden fazla ortağın işlediği çok sayıda iştirak suçu değil, tek bir suç mevcuttur. Tüm ortaklar da ortaklıktaki konumları çerçevesinde, işlenen yahut en azından teşebbüs aşamasına kadar getirilen bu tek suçtan iştirak hükümleri gereğince sorumlu tutulur. Böyle bir durum da tipik hareketleri gerçekleştirmeyen suç ortaklarının suç ile bağlanmasını gerektirdiğinden, esasında bağlılık kuralı iştirak hükümlerinin tabiatından kaynaklı bir durumdur^[103]. Aksi halde kanunilik ilkesi gereğince bu diğer ortakların suçtan sorumlu tutulması mümkün olmaz^[104]. Öyleyse bağlılık kuralının kanunda açıkça düzenlenmesine gerek yoktur.

TCK'ni 40'inci maddesinde ise bağlılık kuralı adı altında sorumluluğa yönelik bazı ayırık durumlar düzenlenmiştir. Madde, taksirli suçları dışlayarak tipik + hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiil şartı getirmiş ve böylece sorumluluğu daraltmış^[105], ayrıca cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerin

[103] Bertauld, *op. cit.*, s.427-429-431-445; Bodson, *op. cit.*, s.310-311.

[104] Çelen, *op. cit.*, s.71-73 vd.; Temiz, “*op. cit.*”, s.2489.

[105] Sınırlı bağlılık kuralı olarak isimlendirilen bu teoriye dair bkz. Otto, *op. cit.*, s.285; Kühl, *op. cit.*, s.757; Keçecioglu, *op. cit.*, s.76; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.477; Mahmutoglu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.958; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.547-548-549-558; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.784; Soyaslan, *op. cit.*, s.495; Özbek, *op. cit.*, s.690; Eski kanunlarda klasik okulun ve 1810 Napoleon Kanunu'nun etkisiyle; ekseriyetle özgür seçim imkanına bağlı kusur yeteneği/kusurluluk niteliği, suçun manevi unsurunun bir ön şartını oluşturuyordu. Yani kusurluluk suçun bir unsuru kabul ediliyordu. Fakat kusurluluğu ve hatta kastı bulunmayan faillerin suç ortaklarının cezalandırılabilmesi adına; tipik fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesi, ortakların iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilmesi için yeterli görülüyordu ki aslında suç oluşmadığı için burada faillerin anti-sosyalliğine bağlı ayrı suçlar yaratılmış ve bunlar cezalandırılmış oluyordu. Aslında bu, hukuka uygun davranan araç şahsın eylemleri durumu haricinde, bugünkü anlayışla dolaylı failliğin bağlılık kuralı çerçevesinde cezalandırılması gibi bir durum yaratıyordu. Bu sisteme yönelik bkz. Bertauld, *op. cit.*, s.445-446; Bugünkü Fransız hukukunda, eski teorisinin aşağı yukarı aynı olan “suçluluğun ödünç alınması” teorisi mevcuttur. Bu teoride faile yönelik kast dahil bütün subjektif cezasızlık yahut beraat halleri, şeriklerin sorumluluğundan tamamen bağımsız olduğu gibi şeriklerin sorumluluğu için failin bilinmesi bile gerekmemektedir. Temel şart, tipik eylemin objektif olarak cezalandırılabilir yani (*objektif*) tipik + hukuka aykırı olmasıdır. Müşterek failler için ise bu teori uygulanmadan da sorumluluğun doğacağı kabul edilmektedir. Fransız hukukunda şerikler de fail gibi cezalandırılabilirdiği için failin kastının yokluğu gibi

diğer ortaklara sirayet etmeyeceğine yönelik de bir düzenlemeye gitmiştir. Maddede düzenlenen diğer hususlar ise suçun teşebbüs aşamasına gelmesi gereği ve özgü suçlarda müşterek faillik olamayacağıdır^[106]. Bağlılık kuralı hem şerikleri ve hem de atipik hareketleri gerçekleştiren yani hırsızlıkta gözcülük yapan ortak gibi müşterek failleri kapsamaktadır. Öyle ki evi soymak için camı kırıp içeri giren ve hırsızlık yapan ortağın işlediği hırsızlık suçunda bağlılık kuralı harici hiçbir kural, köşe başında bekleyen gözcü suç ortağını hırsızlığa teşebbüsten veya hırsızlıktan fail olarak cezalandırmak için yeterli değildir^[107].

E) CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLERİN DİĞER SUÇ ORTAKLARINA TESİRİ

Bu başlık altında bahsedilecek olanlar, suçun niteliğini etkileyerek ağırlaştırılan yahut hafifleten nitelikli haller değil, haksız tahrik yahut cezayı azaltan yaş küçüklüğü gibi salt cezayı hafifleten yahut kaldıran ve cezanın bireyselleştirilmesinde gündeme gelen durumlardır^[108]. TCK'nin 40'ıncı

durumlarda aslında burada dolaylı faillğe benzer bir durum yaratılmış olmaktadır. Bkz. Renout, *op. cit.*, s.195-196-197-198; Bouloc, *op. cit.*, s.309-310-311-312; Fransız Yargıtay'ının uyuşturucu taşıdığını bilmeyen araç sürücüsünün beraat ettiği fakat yardım eden konumundakinin şerik olarak cezalandırıldığı 2003 tarihli kararı için bkz. *Ibid.*, s.311; Teorinin Belçika hukukundaki uygulamasına yönelik bkz. Bodson, *op. cit.*, s. 313; Michiels ve Jacques, *op. cit.*, s.105.

[106] Doktrinde bu duruma bağlılık kuralının çifte fonksiyonu denilmiş ise de (*Eroğlu, op. cit.*, s.210) özgü olmayan birinin fail sıfatını taşıyamayacağını söylemek için böyle bir maddeye gerek olmadığını düşünüyoruz. Böyle bir madde ancak özgü suçlardaki diğer kişilerin de fail olarak cezalandırılabilmesi için gerekebilir. Ayrıca bkz. Otto, *op. cit.*, s.276.

[107] Bağlılık kuralının ancak suçla doğrudan temas halindeki müşterek failler yönünden söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.456; Doktrindeki ağırlıklı görüş ise bağlılık kuralının yalnızca şerikleri kapsadığı ve müşterek faillik için ortada diğer failin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş/teşebbüs aşamasında kalmış bir suçunun/failinin varlığının gerekmediğidir. Bkz. Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.515-516-519; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, op. cit.*, s.548; Eroğlu, *op. cit.*, s.208-211; Çelen, *op. cit.*, s.105; Akbulut, *op. cit.*, s.679; Fransız hukukundaki ödünç alma kuramı yönünden de benzer görüşler mevcuttur. Bkz. Bouloc, *op. cit.*, s.286.

[108] Doktrinde suçta etki eden nedenler tabiri, salt nitelikli haller için kullanılabilmekte ve haksız tahrik gibi hususlar bu kavramdan ayrı tutulabilmektedir. Bkz. Şahin, *op. cit.*, s.652-653; Bazı görüşlere göre ise suçta etki eden nedenler, nitelikli halleri ve haksız

maddesi salt cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerin diğer ortaklara sirayet etmeyeceğini düzenlediği için cezayı azaltan yahut ağırlaştırılan sair hususlar yönünden yetersiz kalmaktadır^[109].

Tamamen sübjektif bir nitelik arz eden ve cezanın bireyselleştirilmesinde gündeme gelen; olası kast, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik hali, kısmi akıl hastalığı ve etkin pişmanlığa bağlı cezanın hafifletilmesi durumları hiçbir şekilde diğer suç ortaklarına sirayet etmemelidir^[110]. TCK'nin 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, aynı mağdura yönelik zincirleme şekilde aynı suçun işlenmesi halinde ise suçun birden fazlasına katılan suç ortağındaki iştirak iradesinin suçların zincirleme biçimde işleniyor olması bilincini de kapsamalı gerekir^[111]. Suçlardan salt birine iştirak etmiş ortakların durumundaysa, ortak katıldığı suçun zincirleme biçimde işlenen birden fazla suçun bir bölümü olduğunu bilse bile bu artırımın yapılmaması gerekir^[112]. Failleri farklı olan zincirleme biçimde işlenen suçlarda eğer şerikler aynı

tahrik gibi genel hükümlerde düzenlenen ve ceza yahut sorumluluk üzerinde etkili olan etkin pişmanlık harici halleri de kapsar. Bkz. Atacan Köksal, *Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler*, (Doktora Tezi, Danışman Muharrem Özen), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, (Tez No: 800934), s.3-24-25-36-37-40; Kanaatimizce cezayı etkileyen ve genel hükümlerde düzenlenen bu gibi durumlar ve etkin pişmanlık gibi haller ile suç tipi içerisinde temel suça bağımlı nitelikli bir hal olarak düzenlenen suçun farklı görünüşleri arasında her yönden farklılık vardır. Bu sebeple suç ortaklarına sirayet etme ihtimali bulunan nitelikli haller aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

- [109] Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.338; Şahin, *op. cit.*, s.666-678; Örneğin cezayı kaldıran etkin pişmanlık durumu bu madde içerisinde değerlendirilebilecekken, cezayı azaltan tipteki bir etkin pişmanlıkta ne olacağı düzenlenmemiştir. Bkz. Köksal, *op. cit.*, s.245; Etkin pişmanlık yönünden ayrıca bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.498.
- [110] Benzer yönde bkz. Köksal, *op. cit.*, s.245-246-252; Haksız tahrik açısından ayrıca bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 1998/1361, K. 1998/2191, Köksal *op. cit.*, s.252.
- [111] İdris Şeker, *Zincirleme Suç*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Berrin Akbulut), Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, (Tez No: 249737), s.86; Aksi yönde bkz. Türkan Yalçın Sancar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", *TBB Dergisi*, Sayı 70, 2007, s.256.
- [112] Aynı yönde bkz. Sancar, *op. cit.*, s.256; Şeker, *op. cit.*, s.73.

ise bu durumda şeriklerin cezası da TCK'nin 43'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince artırılacaktır^[113].

F) İŞTİRAK BENZERİ KURUMLAR

1- Yan Yana Faillik

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme iradesinin mevcudiyeti gerekir. Eğer bir suçu birlikte işleyen birden fazla kişinin hiçbirinde iştirak iradesi yoksa, bu durum doktrinde yan yana faillik olarak adlandırılmaktadır^[114]. Bu tip bir durumun kasıtlı suçlarda da taksirli suçlarda da gündeme gelmesi mümkün olup, bu durumda her fail salt kendi fiilinden sorumlu tutulacak, fail sayısınca suç oluşacaktır^[115]. Örneğin iki kişinin birbirlerinden habersizce ve birbirlerini görmeden aynı anda bir evi kundaklamaları durumunda yan yana faillik gündeme gelecektir^[116].

2- Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi Gereken Suçlar

Bazı suçlar zorunlu olarak birden fazla kişinin katılımını gerektirir. Rüşvet suçu, bu konudaki tipik örnektir^[117]. Bunlar çok failli suçlar yahut zorunlu

[113] Şeker, *op. cit.*, s.73.

[114] Özbek, *op. cit.*, s.644; Çelen, *op. cit.*, s.101; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.750; Aydın, *op. cit.*, s.29-30-31.

[115] Bouloc, *op. cit.*, s.306; Hinüber ve Tegtmeyer, *op. cit.*, s.76; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.432-433; Eroğlu, *op. cit.*, s.108; Aydın, *op. cit.*, s.31; Böyle olunca da salt bir failin suçu etkili biçimde işlemiş olması yahut birden fazla failin ancak birlikte neticeyi doğurabilmiş olmaları, tüm faillerin neticeden direkt olarak sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin iki kişi mağdura birbirlerinden habersiz biçimde öldürücü olmayan dozda zehir verseler, tek başına hareketleri yeterli olmadığı için öldürmede illiyet bağı kurulamayacağından, bu kişiler yönünden ancak kasten yaralama yahut öldürmeye teşebbüs suçu oluşabilecektir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.90-91.

[116] Puppe, *op. cit.*, s.238.

[117] Hinüber ve Tegtmeyer, *op. cit.*, s.76; Constant, *op. cit.*, s. 343-344; Özbek, Doğan, vd. 496; Fuhuş gibi bazı suçlar da birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleşmesi zorunlu olan suçlar olmakla birlikte, bu suçlar çok failli değildir. Zira fuhuşa sürüklenen kişi suçun aynı zamanda faili konumunda değil, mağdurdur. Bkz. Demirbaş, *op. cit.*, s.495.

iştirak suçları şeklinde nitelendirilebilmektedir. Tek faille de işlenebilen suçlar ise muhtemel iştirak suçları olarak nitelendirilmektedir^[118]. Çok failli suçlarda tüm failer aynı yönde hareket ediyor ise (*örgüt kurma gibi*) bunlara birleşme suçu, karşılıklı olarak birbirlerine yönelik hareket ediyorlar ise (*rüşvet gibi*) bunlara da karşılaşma suçu denilmektedir^[119]. Bu tür suçlara da şerik olarak iştirak mümkündür^[120]. Fakat zorunlu çok failli suçlarda, suçun oluşumu için gereken faillere ve fiillerine yönelik fail-yardım eden ayrımı yapılmaz. Müşterek faillik açısından TCK'deki iştirak hükümleri salt muhtemel iştirak suçlarına uygulanabilir hükümlerdir^[121].

3- Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik kurumu, dolaylı failin bir başkasının iradesi üzerinde hakimiyet kurarak, onu suçta araç olarak kullanmasına bağlı oluşur^[122]. Bu durum cebir ve tehdit altındakiler, akıl hastaları yahut küçükler gibi doğru ile yanlış olması gerektiği kadar ayırt edememe noksanlıklarından faydalanılanlar, kandırılan/hataya düşürülenler, zaruret halinde bırakılarak suç işlemek durumunda bırakılanlar, bilgisi olmadan irade serbestisi sonlandırılan ve örneğin içkisine ilaç atılanların durumunda yahut iftira atılması üzerine kolluk ya da yargı mensuplarının mecburen görevlerini yapması gibi durumlarda meydana gelebilir^[123]. Bu durumlar kusurluluğu

[118] Soyaslan, *op. cit.*, s.476; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.316; Şen, *op. cit.*, s.115; Doktrinde suçu doğrudan işleyenlerden her biri fail oluyorsa bu suçların çok failli, olmuyorsa zorunlu iştirakin söz konusu olduğu suçlar şeklinde isimlendirileceği belirtilmiştir. Bkz. Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.512.

[119] Otto, *op. cit.*, s.298; Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.311; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, op. cit.*, s.537-538.

[120] Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.312; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.745; İzzet Özgenç, "Kavgı Suçu(TCK m.464) Üzerine Düşünceler", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 76, Sayı 19, Ekim 1993, s.486; Soyaslan, *op. cit.*, s.503-504; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.513-514.

[121] Hafızoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.325.

[122] Frister, *op. cit.*, s.409; Jescheck, *op. cit.*, s.642-663-664; Köhl, *op. cit.*, s.772-773 vd.; Roxin, *op. cit.*, s.143-144-145-306-337 vd.; Otto, *op. cit.*, s.270-271.

[123] *Ibid.*, s.271; Puppe, *op. cit.*, s.235; Jescheck, *op. cit.*, s.669; Köhl, *op. cit.*, s.773-774-787-788; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.544; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.464-465; Yılmaz, *Dolaylı Faillik, op.*

yahut hukuka aykırılığı kaldıran sebepler olduğu için araç şahıslar, işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılmazlar^[124].

Öyleyse dolaylı fail ile suçu işleyen araç arasında, işlenen suça yönelik herhangi bir iştirak iradesi yoktur^[125]. Dolaylı faillik ile şerikliğin yahut müşterek faillik ayrımı da işte bu iştirak iradesinden geçer^[126]. Öyleyse dolaylı faillik müessesesinin, suç ortaklığı yahut suça iştirak şeklinde nitelendirilmesi doğru olmayacaktır^[127]. Kandırılan yahut cebirle suç işlemeye zorlanan kişiler için dolaylı faillik bir iştirak kurumu değilse de^[128] isnat yeteneğine sahip olmayanların, kasten işledikleri suçlarda esasında müşterek fail, dolaylı faillerin ise azmettiren olabileceğini söylemek gerekir. Şüphesiz ki bu kişilerin de aldatılması yahut cebren zorlanması mümkün olduğundan, bunlara yönelik her türlü eylemin özünde bir iştirak teşkil edeceğini söylemek de mümkün olamaz^[129].

cit., s.133; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.765; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.205; Kendi malı olduğunu söyleyerek kandırdığı kişilere aslında hırsızlık yaptırılan faile dair karar için bkz. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, E. 2018/1867, K. 2019/76, Nüsri Yüksel, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak Şekli Olarak Faillik*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Sinan Altunç), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2021, (Tez No: 702721), s.61.

[124] Keçecioglu, *op. cit.*, s.81; Çin Ceza Kanunu m.28'de olduğu gibi kimi hukuk sistemlerinde ise araç şahısların da hafifletilmiş cezalar ile suçtan sorumlu tutulabilecekleri düzenlenmiştir.

[125] Erem, *Suçta İştirak*, *op. cit.*, s.67.

[126] Puppe, *op. cit.*, s.234.

[127] Constant, *op. cit.*, s.333; Şen, *op. cit.*, s.121; Aksi yönde bkz. Zahit Yılmaz, *Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, (Doktora Tezi, Danışman Yusuf Yaşar), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018, (Tez No: 506501), s.131-132.

[128] Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.326-327.

[129] Aksi yönde bkz. Erem, *Suçta İştirak*, *op. cit.*, s.80; TCK m.37/2, bu tür durumları külliyen dolaylı faillik içerisinde değerlendirmiştir. (*Hafızoğulları ve Özen*, *op. cit.*, s.331) Halbuki ne kast ne de araç olma durumu bu tür insanlar için bir karine değildir. Zira bir monomani yahut kleptomani durumunda suç arzusuna hakim olamamaktan kaynaklı kasten işlenen bir suç söz konusu olabilecekken, şizofreni hastası kendisine saldırıldığını sanıp sokak ortasında boşluğa ateş edebilir ve kast derecesinde bir bilinci olmadan suç işleyebilir. Öyleyse dolaylı faillik kurumu, kasıtlı iştirak iradesiyle suç işleyen bu gibileri açısından bir iştirak kurumu olarak kabul edilebilir. (*Soyaslan*, *op.*

Bağlılık kuralı da dolaylı failliğe uygulanamayacağından, araç şahsın fiili hukuka uygun olsa bile dolaylı fail cezalandırılacaktır. Fakat dolaylı failde suçu araç şahıs vasıtasıyla işleme kastı, bu eylemlerine yönelik hukuka aykırılık ve isnat edilebilirliğin unsurları mevcut olmalıdır^[130]. TCK'nin 37'nci maddesine göre dolaylı fail, asli fail gibi cezalandırılır. Lakin isnat yeteneği bulunmayanları araç olarak kullananların cezası ağırlaştırılacaktır^[131]. Asli faillik ile dolaylı failliğin birleşmesi yani örneğin bir kişinin çocuğunu rehin aldığı bir banka çalışanını zorlayarak onunla birlikte bilfiil bankayı soyması gibi durumlarda, kişinin kendi fiiline yönelik failliği, araç şahsa yönelik de dolaylı failliği gündeme gelmeli ve iki ayrı suç için fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Böyle bir durumda isnat yeteneği bulunmayanlar ile suçu birlikte işleyen kişinin cezasını arttırmak gerektiğinden, fikri içtima kuralları uygulanmaz ise bir dogma gibi “*dolaylı faillik, asli faillikten önce gelir*” şeklinde bir teori yaratılması gerekecektir^[132].

cit., s.484-485) Ancak TCK'nin 37'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince hakkında güvenlik tedbirine hükmedilecek olan kasıtlı iştirak iradesine sahip akıl hastasını fail, dolaylı faili de azmettiren olarak suçtan sorumlu tutmak mümkün değildir. Öyleyse bu durumda mecburen dolaylı faillik kurumu uygulanacak fakat bu kınanamayan şahıslar da suçtan sorumlu tutularak, tehlikelilikleri dolayısıyla ıslah yahut tedavi edici güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Benzer yönde bkz Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 8. Baskı, 2017, s.508; Aksi yönde ve bu durumda iştirak hükümlerinin uygulanabileceğine, dolaylı failliğin oluşmayacağına dair bkz. Yılmaz, *Dolaylı Faillik*, *op. cit.*, s.255-256 ve Çelen, *op. cit.*, s.104.

[130] Kühl, *op. cit.*, s.776-784; Frister, *op. cit.*, s.375; Jescheck, *op. cit.*, s.665; Dolayısıyla taksirli dolaylı faillik söz konusu olamaz. *Ibid.*, s.664; Aynı yönde bkz. Gropp, *op. cit.*, s.412.

[131] Bir kimse 13 yaşında isnat yeteneği bulunmayan birini suçta araç olarak kullanmaktaysa dolaylı failliği gündeme gelmekte, aynı çocuğun isnat yeteneği mevcut olduğunda ise azmettiren olmaktadır. Şahsın sübjektif iradesi burada önemli olup, isnat yeteneği bulunmadığını düşündüğü bir çocuğu azmettirdiğinde hatası gereği dolaylı fail değil, azmettiren olacaktır. Böylece ağırlaştırılmış bir ceza bu şahsa uygulanamayacaktır. Aynı örnek, dışarıdan bakıldığında akıl hastası olduğu düşünülen reşit bir kişi için de verilebilir. Bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.471.

[132] İşte dolaylı faillikte isnat yeteneği temelinde bir kast tartışmasına girmeyip, bunların her birini araç olarak gören kanunun yarattığı en ilginç problem budur. İsnat yeteneği mevcut ise 12 yaşından bir gün yaşlı bir çocukla birlikte hırsızlık yapan kişinin cezası arttırılmayacak ve çocuk da suçta müşterek fail olacak, aynı suç çocuğun 12 yaşını doldurmasına bir gün kala işlense bu sefer kişinin cezası TCK'nin 37'nci maddesi

4- Kitlesele Hareketlerde Yer Alma Durumu

Linç etme, toplu yağmalama gibi çok sayıda kişinin galeyana gelerek gerçekleştirdiği, kitlesele hareketlerde yer alarak birlikte suç işleme gibi bir durumda, taraflardan kimisi birbiri ile ortak bir irade içerisinde suçu işleyebileceğinden, direkt olarak yan yana faillikten bahsedilemez. Fakat bu tür suçlarda herkese yönelik direkt olarak iştirak halinde işlenmiş suç nitelemesi de yapılamaz^[133]. Bu tür durumlarda evvela iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilir, bilinçli bir suçlular grubu yahut olayları başlatan tek bir asli fail yer alır ki bunlar cezalandırılabilir konumdadır. Fakat ikinci olarak, bu tür suçlarda bir de galeyana gelen bir grup bulunur. İşte bu ikinci grupta galeyana gelmeden kaynaklı özgür iradelerinin geçici olarak sakatlanması ve suçun isnat edilebilirlik şartlarının kalkması gündeme gelir^[134].

II. TÜRK HUKUKUNDA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLAR

A) NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ KAVRAMI

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail bir fiil ortaya koymakta ve bu fiili, failin bildiği ve istediği yani kastettiği neticeden daha ağır yahut başka bir neticeyi doğurmaktadır^[135]. Alman hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış

gereğince artırılacak ve çocuk da suçta araç kabul edilecektir. Mantık çerçevesinde bu durumun izahı, sanıyoruz ki mümkün değildir.

[133] Gabriel Tarde, *Les Crimes des Foules*, Rapport Presente au Troisieme Congres International d'Anthropologie Criminelle, 1892, s.28-29-30-34; Yılmaz, *Dolaylı Faillik*, *op. cit.*, s.26.

[134] Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s.135; Tarde, *op. cit.*, s.28-34; Bir görüşe ise göre bu durumda taraflar birbirinden haberdar biçimde suçu işlese de iştirak iradesi oluşmaz ve herkes kendi fiilinden sorumlu tutulur. Fakat asli faillerin fiillerine iştirak mümkündür. Bu yönde bkz. Aydın, *op. cit.*, s.31-32; Tarde bu tür durumlarda kişilerde özgür irade bulunmasa bile cezasızlık durumunun, kitle suçlarının işlenmesini kolaylaştırabileceği için tercih edilmemesi ve alternatif uygulamalara gidilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bkz. Tarde, *op. cit.*, s.25-34.

[135] “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” (TCK m.23); “Kanunun bir suçun belirli bir sonucuna bağlı olarak daha ağır bir ceza öngörmesi halinde, fail ya da iştirakçi, bu sonuçla ilgili olarak ancak en azından taksirli olması halinde daha ağır cezaya çarptırılabilir.”(StGB m.18), “Strafgesetzbuch”, (E.T. 5 Şubat 2024, <https://www.>

suçlar, suçun nitelikli halleri arasında^[136], Türk hukukunda ise temel suçun bir nitelikli hali değil, bağımsız birer suç tipi olarak incelenmektedir^[137]. Kıyas yasağı gereğince, failin ağırlaşmış yahut başkalaşmış neticeden dolayı ayrı bir suçtan cezalandırılabilmesi için özel hükümlerde, ayrı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinin varlığı gerekir^[138]. Öyleyse bu suç tiplerinde öncelikle ağırlaşmış neticeyi meydana getiren failin tipikliği içinde kaldığı bir temel norm, bir de ağırlaşmış neticeyi düzenleyen ve cezayı ağırlaştırır^[139] diğer bir düzenleme bulunmaktadır^[140].

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bazı hususlar önemlidir. Fikri içtima kurallarının uygulanmasına gerek olmasa da^[141] neticesi sebebiyle ağırlaşmış

gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0149); Ayrıca bkz. Hakeri, *op. cit.*, s.243.

[136] Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1*, Yener Ünver (Ed.), Hakan Hakeri, Yener Ünver vd. (Çev.), Ankara, Adalet, 2014, s.100; Joachim Renzikowski, *Restriktiver Taterbegriff und Fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, s.292.

[137] Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir kombinasyonları ve bağımsız birer suç tipleridir. Diğer kombinasyonlar ise suçun nitelikli halidir. Bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.390-391-397-905.

[138] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.390.

[139] Zaten temel halden ağır bir ceza tatbik edildiğinden, bu tür suçlarda bilinçli taksire yönelik ayrı bir ceza artırımı yapılmaz. Bkz. Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, Adalet, 2015, s.236; Nazmiye Özenbaş, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası*, Ankara, Adalet, 2017, s.348.

[140] Özenbaş, *op. cit.*, s.8; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.326; Cezalarda oran failin fiili ile ortaya koyduğu tehlikelilik bağlamında bir anti-sosyalliğine bağlanmış olsaydı, bu tür suçlarda ağır neticeye taksirle sebep olunduğu için kastedilen temel suç tipinden faili cezalandırmak gerekirdi. Cezalarda oran failin ıslah olma sınırına göre ayarlansaydı da cezalardaki alt ve üst sınırları kaldırmak gerekirdi. TCK'nin 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında da dile getirilen, cezanın haksızlığın ağırlığına göre verilmesi sebebiyle ceza, kastedilen temel suçun cezasından ağır, taksirle sebep olunan neticenin tipikliği içerisinde kaldığı diğer temel suçun cezasından ise hafif olmaktadır. Ayrıca bkz. Özbek, *op. cit.*, s.306; Apaydın, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 62.

[141] Hakeri, *op. cit.*, s.244; Kast-taksir kombinasyonu şeklinde beliren bu tür suçlarda, aşağıda açıklandığı üzere failin ağır neticeye yönelik taksirinin bulunmaması durumunda sorumluluk temel normdan doğmaktadır. Taksiri bulunduğu ise iki ayrı suçun unsurları oluşmakla birlikte, sorumluluk neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan doğmaktadır. Öyleyse bu durumda fikri içtima değilse de buna benzer bir

suçlarda ağırlaşan neticeye tek hareket ile sebep olunması gerekir. Örneğin fail yumruk atar ve mağdurda kalp krizi tetiklenir, evine giden mağdur sabaha karşı hastaneye kaldırılrsa da kurtarılamaz ve ölür. Yani burada ölüm neticesi yumruktan bağımsız olarak gerçekleştirilen bir fiil, örneğin yumruk atan failin hırsını alamayıp gece de mağdurun evini kurşunlaması sonucu oluşmaz. Yine neticeye kasten sebep olunmadığı için bu tür suçlar nitelikli hallerden ve bileşik suçtan da farklılaşır^[142]. Hedefte sapma halinde ise suçun maddi konusu farklı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta ise aynıdır^[143].

B) KAST-TAKSİR KOMBİNASYONU YAPISI

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ikili bir yapı bulunur. Bunlardan birincisi, hareketin yöneldiği temel neticenin tipikliği içerisinde yer aldığı kasten yaralama suçu gibi bir temel normdur. İkincisi ise işlenmek istenilen temel norma konu suçun neticesinden daha ağır yahut başka bir neticeyi içerisinde barındıran, ölüm neticeli neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu gibi istemeden sebep olunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipidir^[144]. Örneğin fail ölüm neticesine kasten sebep olsa, kasten ölüme neden olma suçu oluşacaktır. Fakat fail yaralama kastıyla hareket eder yani temel suç tipini işlemek isterken istemediği halde ölüm gerçekleşir ise bu sefer neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu oluşacaktır^[145].

durumun bulunduğu açıktır. Buradaki taksire bağlı olarak sorumluluğun farklı suçlar arasında değişebiliyor oluşuna dair sistematik, TCK'nin fikri içtimaya dair düzenlemesinden değil, doğrudan TCK'nin 23'üncü maddesinden kaynaklanmaktadır. Benzer yönde bkz. Önder, *op. cit.*, s.177-178; Kimi suçlarda ağırlaşmış ceza direkt olarak öngörülmez ve bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi yaratılmayarak, gerçek içtima uygulanacağına dair bir düzenlemeye girilmez. Bu tür durumlarda iki suçtan ayrı ayrı cezalandırma yapılacağı için bu tür durumlarda ortada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi bulunmaz. Bu konuda bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.404.

[142] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.390; Doğan, *op. cit.*, s.289.

[143] Kasten gerçekleştirilen fiilin yöneldiği suçun maddi konusu ile ağırlaşan neticenin üzerinde olduğu maddi konu aynı olmalıdır. Bkz. Özenbaş, *op. cit.*, s.10.

[144] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.326; Özbek, *op. cit.*, s.306-307.

[145] Seydi Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu", *TBB Dergisi* 58, (2005): 73-119, 106; Aynı durumun terk suçuna yönelik değerlendirmesi için bkz. Özlem Yerener

Mülga kanunda bu tür suç tipleri bakımından objektif sorumluluk yeterli görülüyordu^[146]. Yürürlükteki kanunda ise subjektif sorumluluk sistemine uygun biçimde taksir şartı getirilmiştir^[147]. Failde temel suça yönelik doğrudan ya da olası kast, ağırlaşan yahut başkalaşan neticeye yönelik ise en azından taksir mevcut olmalıdır^[148]. Failde ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur bulunmuyorsa, bu halde fail suçun temel halinden sorumlu tutulacaktır^[149]. Öyleyse neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, özünde birer kast-taksir kombinasyonu olmaktadır^[150]. Bu tür kast-taksir kombinasyonları

Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 65, Sayı 2, Temmuz 2011, s.65.

- [146] Alacakaptan, *op. cit.*, s.165; Mülga kanun döneminde de subjektif sorumluluk taraftarı olan görüş için bkz. Özgenç, “Kavga Suçu”, *op. cit.*, s.492-493.
- [147] Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.285-286-287; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.326; Özbek, *op. cit.*, s.302.
- [148] Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın’a Armağan 21*, Sayı 2, Ocak 2016, s.373; Dülger, *op. cit.*, s.464; Alacakaptan, *op. cit.*, s.165; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.285-286-287; Uzman olmadığı için kardeşindeki kalp yetmezliğini bilmesi beklenemeyecek failin yaralama kastıyla hareket ederken neticeye taksirle sebep olduğuna ve bu yüzden de kasten adam öldürmeden değil, ölüm neticeli neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan cezalandırılmasına dair bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1997/1-70 K. 1997/97, 06.05.1997.
- [149] Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 2006/7389, Mehmet Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1*, Ankara, Seçkin, 2011, s.636; Şüphesiz ki failde temel suça yönelik bir kast da olmayabilir. Örneğin intiharı önlemek için üzerine atlanan kişiye istemeden verilen zarar bu yöndedir. Bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 903/2268, 9.6.2004, Kaymaz, *op. cit.*, s.100-101; Böyle bir durumda ne kasten yaralamadan ne de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumluluk doğmayacaktır.
- [150] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.390-391-397-905; Özbek, *op. cit.*, s.306-307; Bengünür Kavlu, “Sonucu Nedeniyle Ağırlaşmış Suçlar”, *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum 9*, no. 26 (2020): 606-575, 579-580-582; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.371; Dülger, *op. cit.*, s.458; Hakeri, *op. cit.*, s.243; Cengiz Apaydın, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2022, s.62; Samet Can Olgaç, *Kasten Yaralama Neticesinde Ölüme Neden Olma Suçu*, Ankara, Seçkin, 2016, s.30-37 vd.; Özgenç, “Kavga Suçu”, *op. cit.*, s.492-493; Önder, *op. cit.*, s.177; Alman ceza hukuku ve StGB m.18 yönünden de durum aynıdır. Bkz. Renzikowski, *op. cit.*, s.292; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.331; Gropp, *op. cit.*, s.326.

için gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı kullanılır^[151]. Gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ise kast-kast kombinasyonları ile taksir-taksir kombinasyonlarıdır^[152]. Bazı maddelerde gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, aynı fıkra içerisinde düzenlenmiştir. Bu tür suçlarda ağırlaşan neticeye kasten de sebep olunsa taksirle de sebep olunsa, aynı fıkradan hüküm kurulmaktadır^[153].

C) SÜBJEKTİF ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK ŞARTI

Hukukumuzda benimsenen sübjektif sorumluluk sistemi, özünde “*bir insanın ancak özgür iradesiyle sebep olduğu bir kötülüğün cezasını çekmesi gerektiği*” fikrine dayanır ve doğuda İslam hukuku ve batıda bilahare gelişen klasik okulun görüşlerinde felsefi temellerini bulur. Bu sistemde insanın özgür iradesiyle suça yönelmesi, temel kınanabilir ve kusuru doğuran husustur^[154]. Sübjektif sorumluluk sisteminde taksir yani özen yükümlülüğüne aykırılığın sorumluluktaki aşağı sınır oluşu; özgür irade sahibi olan ve kendisine suç isnat edilebilen kişilerin bu özgür iradeleri ile suça yönelmelerinin, neticenin istenmediği yahut öngörülmediği durumlarda mantiken en aşağı sınırdaki “özen yükümlülüğüne aykırılık” düzeyinde olabileceği hususundan doğmaktadır.

[151] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, op. cit., s.242; Mahmutoglu ve Karadeniz, op. cit., s.401; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, op. cit., s.318.

[152] Doğan, op. cit., s.17-29; Özbek, op. cit., s.307; Bunlar esas olarak suçun nitelikli halleri olup, bağımsız birer suç tipi değildirler. Bkz. Özenbaş, op. cit., s.345; Mahmutoglu ve Karadeniz, op. cit., s.390-391-397-905.

[153] Dülger, op. cit., s.461; Özenbaş, op. cit., s.344-345; Bu durum, cezalarda bir orantısızlık oluşturmaktadır. Ayrıca bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, op. cit., s.223.

[154] Frister, op. cit., s.31-32-33-85; Ayrıca bkz. Jescheck, op. cit., s.420-421; Ukubatta kasame diyeti haricinde genel olarak sübjektif sorumluluk esas geçerlidir. Bu konuda bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta, 20. Baskı, 2023, s.175-176; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Filiz, 14. Baskı, 2022, s.223; Klasik okulda irade serbestisi ve sübjektif sorumluluk felsefesine yönelik ayrıca bkz. Soyaslan, op. cit., s.60; Hafizoğulları ve Özen, op. cit., s.112; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tabiki Ceza Hukuku Cilt 1*, İstanbul, DER, 14. Baskı, 2016, s.73-74-75; Öztürk ve Erdem, op. cit., s.61.

Ötesi objektif yahut kolektif sorumluluğa girecektir^[155]. Bir kimsenin hareketlerinin neticelerini öngörmesinin mümkün olmadığı bir durumda ise bu kişinin özgür iradesiyle bir hukuka aykırılık gerçekleştirdiğinden bahsedilemez. Öyleyse taksir yönünden yapılacak bir değerlendirmede, neticenin fail yönünden subjektif olarak öngörülebilir olması şarttır^[156]. Dolayısıyla fail, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçta ağırlaşan neticeyi subjektif olarak öngörme imkanına sahip değil ise neticeden sorumlu tutulamaz ve şartları var ise ancak temel suçtan cezalandırılabilir^[157].

D) OBJEKTİF ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK KARİNESİ

Taksirli sorumluluk için objektif kıstaslara göre değerlendirilen bir özen yükümlülüğüne aykırılık gerekir^[158]. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin kasten işlemeye giriştiği bir temel suç normu bulunduğu ve bir suç işlemek her daim özen yükümlülüğüne aykırılık doğuracağından,

[155] Rossi, *op. cit.*, s.1-2-3-4-5-70-71 vd.

[156] Özbek, *op. cit.*, s.302; Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2, op. cit.*, s.96-125; Çelen, *op. cit.*, s.396; Yargıtay On ikinci Ceza Dairesi, E. 2011/15869, K. 2012/5011, İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1*, Ankara, 2013, s.296, 297; Ayrıca bkz. Erdener Yurtcan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Cilt 1*, (Ankara: TBB Yayınları, 2015), 342; Yargıtay ise çoğu kararında failin neticeyi öngörüp öngörememe ihtimaline dair bir değerlendirme yapmamaktadır. Bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 2007/1247, Malkoç, *op. cit.*, s.301; Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 2001/4728, K. 2007/1109, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1, op. cit.*, s.669; Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 2006/6399, K. 2007/4534, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1, op. cit.*, s.674; Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, K. 2006/2130, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1, op. cit.*, s.674; Yargıtay'ın taksirin varlığı için neticenin objektif olarak öngörülebilir olmasının yeterli olduğunu belirttiği farklı yöndeki kararları için bkz. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, E. 2010/6651 ve Yargıtay Üçüncü Ceza Daire E. 2010/6651 ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/1-197, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1, op. cit.*, s.642.

[157] Hakeri, *op. cit.*, s.250.

[158] Renout, *op. cit.*, s.153; Özbek, *op. cit.*, s.275; İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2005, s.318; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.252; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.328; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.234-235

neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların sübjektif tipikliği yönünden ayrıca objektif özen yükümlülüğü değerlendirilmesi yapılmaz^[159].

E) AĞIRLAŞAN NETİYECE YÖNELİK İLLİYET BAĞI ŞARTI

Failin fiili sonucunda yarattığı ve suçun tipikliği içerisinde kalan bir sonuç olan netice^[160] ile fiil arasında, illiyet bağının bulunması gerekir^[161]. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinden faili sorumlu tutabilmek için de taksiri sonucunda sebep olduğu ağır netice ile temel suça yönelen kasıtlı fiili arasında illiyet bağının mevcudiyeti gerekir. Ağır netice ile illiyet bağı kurulamıyor ise fail, unsurları oluşmuş ise kastettiği temel suç tipinden sorumlu tutulabilecektir^[162]. İlliyet bağı meselesinin çözümü, özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinde son derece önemlidir^[163]. Kanunlar genelde belirli bir teori ortaya koyamadığı için mesele yüzyıllardır tartışmalı olmuştur^[164].

[159] Dülger, *op. cit.*, s.465; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.327-328; Alman hukukunda ve Federal Mahkeme uygulamasında da durum böyledir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.333.

[160] Renout, *op. cit.*, s.134; Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.142; Alacakaptan, *op. cit.*, s.81; İlliyet bağı karinesi doğmaması için harekete bitişik olsa yahut tipiklik içerisinde neticeye yer verilmese bile her suçun bir neticesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca bkz. Erem, *Ümanist Doktrin*, *op. cit.*, s.49; Konuya dair farklı görüşler külliyatı için bkz. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, *op. cit.*, s.99,100, 101.

[161] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.221; Renout, *op. cit.*, s.135.

[162] Özbek, Doğan vd. *op. cit.*, s.491; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.329; Kavlu, *op. cit.*, s.585; Hakeri, *op. cit.*, s.246.

[163] Alacakaptan, *op. cit.*, s.166.

[164] Michael Moore, "Causation in the Law", in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Ed. Edward N. Zalta) Winter 2019 Edition, s.2-3 vd.; Alacakaptan, *op. cit.*, s.82.

Türk hukuku yönünden ağırlıklı görüş^[165]; Larenz, Honig ve Roxin'in şart teorisinin katı etkilerinin yumuşatılması adına geliştirdiği^[166] ve ekseriyetle Alman^[167] hukukunda benimsenen, illiyet bağıını “şart teorisi”^[168] + neticenin faile objektif olarak isnat edilebilir olması” çerçevesinde kuran yaklaşımdır^[169]. Bu teoride şart teorisine göre kurulan illiyet bağının tehlikelilik, risk ve sair nesnel kriterlere göre objektif/nesnel olarak faile isnat edilip edilemeyeceği

[165] Benimseyen görüşler için bkz. Çelen, *op. cit.*, s.349; Apaydın, *op. cit.*, s.74; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.227-329; Hakeri, *op. cit.*, s.246; Dülger, *op. cit.*, s.462; Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.145; Akbulut, *op. cit.*, s.312; Mahmutoğlu ve Karadeniz *op. cit.*, s.424; Demirbaş, *op. cit.*, s.271, 272; Özbek, *op. cit.*, s.215; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.212.

[166] Guerra ve Civello, *op. cit.*, s.5-6-9.

[167] Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1, op. cit.*, s.127-148; Bugün için Anglo-Amerikan ekolünde de benzer bir uygulama mevcuttur. Bkz. Moore, *op. cit.*, s.5-6-7 vd.

[168] On dokuzuncu yüzyılda Maximilian von Buri'nin oluşturduğu ve Von Liszt'in iradi fiiller ile sınırlandırarak günümüzdeki halini verdiği şart teorisine göre hareket ile netice arasında doğa bilimlerine göre bağ kurabilen tüm şartların, bir bütün olarak neticeye sebep olduğu kabul edilir. Yani “şartlardan biri gerçekleşmemiş olsa idi netice yine de gerçekleşir miydi” sorusunun cevabı aranır ve örneğin bir kişinin elini sertçe sıkması sonucu tetiklenen kalp rahatsızlığı nedeniyle mağdur ölür ise illiyet bağı kurulacaktır. Yakında ölecek olan ağır bir hastanın durumu gibi doğal sonucun vaktinden önce gerçekleştirilmesi durumunda ise illiyet bağının oluştuğu kabul edilir. Üçüncü kişinin bağımsız bir fiili yahut fiilden bağımsız olarak gerçekleşen kalp krizi gibi sebepler neticeyi fiilden bağımsız olarak meydana getiriyor ise illiyet bağı kesilecektir. Bu teori kendi başına uygulandığında, sorumluluk çok fazla genişleyebilmektedir. Bkz. Renout, *op. cit.*, s.135-136; Carlos Augusto Casanova Guerra ve Gabriele Civello, “Critical Reflections on the Theory of Objective Imputation: Towards a Renewed Classical View of Causality and Criminal Culpability, Dalla Comunita Internazionale”, *Archivio Penale* 3, 2018, s.2-3-4-5; Alacakaptan, *op. cit.*, s.83-84; Özbek, *op. cit.*, s.311-316-317-318-319-320 vd.; Özgenç, *TCK Gazi Şerhi, op. cit.*, s.212-213-214-215 vd.; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.147-148-149-150-151 vd.; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.188-189-190-191-192-193 vd.; Önder, *op. cit.*, s.194-196-197-198 vd.; Michael Heidelberger, “From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding, Historical Perspectives on Erklären and Verstehen”, in Uljana Feest (Ed.), *New Studies in the History of Science and Technology: Archimedes, Vol. 21*, London, Springer, 2010, s.247-248.

[169] Dülger, *op. cit.*, s.332; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.88-92 vd.; Özbek, *op. cit.*, s.324; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.422; Demirbaş, *op. cit.*, s.256; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.190.

ortaya konulur^[170]. Objektif isnat edilebilme koşulları yani illi fiilin hukuken ne zaman bir risk yahut tehlike yaratacağına dair yeknesak bir kurallar bütünü bulunmayıp, konuya dair farklı görüşler ileri sürebilmektedir^[171]. Örneğin boğulması için iskeleden atılan şahsın kafasını iskele demirine çarpıp ölmesi^[172], yıldırım düşeceği hesaplanarak fırtınalı bir havada uçuş yapması için ikna edilen kişinin uçağın düşmesi sonucu ölümü^[173], kavgada yaralanan kişinin hastanede çıkan yangın sonucunda ölmesi^[174], failden

[170] Özbek, *op. cit.*, s.317-318-319-320-321-322 vd.; Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1, op. cit.*, s.127-148; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.188-189-190-191 vd.; Özgenç, *TCK Gazi Şerhi, op. cit.*, s.212-213-214-215 vd.; Akbulut, *op. cit.*, s.312; Demirbaş, *op. cit.*, s.271, 272; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.231-232-233 vd.; Guerra ve Civello, *op. cit.*, s.8; Kühl, *op. cit.*, s.43-44-45-46 vd.

[171] Genel eğilim ise şudur: Bazı risk gruplarına tüm toplum tarafından müsamaha gösterildiği farz edilir ve bir sanayi tesisinde veya hastanede ameliyat sırasında hukuki ve mesleki her türlü önlem alınsa ve iş gerektiği gibi yapılsa dahi bazı “izin verilen” risklerin daima oluşabileceği fikri kabul görür. İşte bu tür riskler dahilindeki neticeler faile objektif olarak isnat edilemez. Yükümlülüğe aykırılık ile neticenin bir ilişkisinin bulunmaması yahut neticenin gerçekleşme ihtimalinin artırılmamış olması durumları da objektif olarak faile isnat edilebilir olmayan hallerden bir diğeridir. Diğer bir koşul ise yetersiz miktarda zehir koymak gibi netice açısından tek başına objektif olarak risk oluşturmayan hareketlerin faile isnat edilemeyeceğidir. Fail mevcut bir riski azaltmış fakat mağdur yine de bu fiilden zarar görmüş ise veya mağdurun kendi hareketi sonucu neticeye sebep olmaması durumunda da objektif isnat edilebilirlikten söz edilemeyecektir. Bkz. Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1, op. cit.*, s.144-145-150-165 vd.; Akbulut, *op. cit.*, s.333-334-340-350-362 vd.; Dülger, *op. cit.*, s.33-435-340-445 vd.; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.93-94-95-96 vd. Dülger, *op. cit.*, s.33-435-340-445 vd.; Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 903/2268, 9.6.2004, Kaymaz, *op. cit.*, s.100-101; Alman Federal Mahkemesi’nin ilgili kararları için bkz. Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, “Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif İsnadiyet”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı 21, no. 1, Mart 2015, s. 48-49-50-51 vd.

[172] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.230.

[173] Guerra ve Civello, *op. cit.*, s.9; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.94-95.

[174] Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.145.

korkan mağdurun kendini balkon aşağı atması^[175] gibi durumlarda objektif isnat edilebilirliğin söz konusu olmadığı kabul edilir^[176].

Hukukumuzda yakın geçmişe kadar ekseriyetle benimsenmiş fakat günümüzde nispeten daha az destek gören ve Spinoza'dan esinlenen Johannes von Kries'in Olasılık Teorisinin İlkeleri adlı eserinde temellenen^[177] uygun sebep teorisinde ise kesin bir istatistiki bilgi aranmadan; hareketin objektif olarak öngörülebilir bir neticeye sebep olma olasılığının nesnel ölçütler bağlamında "mümkün" olması aranır. Objektif bir bakış açısı olarak da eşyanın tabiatı, hayatın olağan akışı, istatistik gibi ölçütler kullanılır^[178]. Ayrıca olayda illiyet bağıını kesen mücbir sebep, mağdurun ya da üçüncü

[175] Alman Federal Mahkemesi'nin ilgili kararı için bkz. Uğurlubay, *op. cit.*, s.48; Yargıtay ise ateşe verilen bir evin içindekilerin yangından kurtulmak için balkondan atlayarak öldükleri bir olayda, illiyet bağıını mevcut kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi, 02 Mayıs 2007 tarih ve E. 2007/1323, K. 2007/3405.

[176] Seyir halindeki minibüsten indiği sırada fail hızını azaltmadığı için düşerek ölen mağdurun durumunda faile neticenin isnat edilemeyeceğine yönelik bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 2008/3565, Doğan, *op. cit.*, s.164; Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/12-271, K. 2017/278, Akbulut, *op. cit.*, s.315; Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 01 Ocak 2012 tarih ve E. 2010/6651 K. 2012/32108.

[177] Michael Heidelberger, "Origins of The Logical Theory of Probability: von Kries, Wittgenstein, Waismann" *International Studies in the Philosophy of Science* 15, No. 2, Haziran 2010, s.37-38-39 vd.; Soyaslan, *op. cit.*, s.334; Heidelberger, *Causality*, *op. cit.*, s.249.

[178] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, *op. cit.*, s. s.188-189-190-191-192-193-204-205 vd.; Demirbaş, *op. cit.*, s.271-272-273 vd.; Heidelberger, *Probability*, *op. cit.*, s.39; Heidelberger, *Causality*, *op. cit.*, s.249-250-251 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.257-258-259-260-261 vd.; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.147-148-149-150-151 vd.; Özbek, *op. cit.*, s.316-317-318-319-320 vd.; Alacakaptan, *op. cit.*, s.85-86; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 15. Baskı, 2013, s.540-541 vd.; Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, *op. cit.*, s.212-213-214-215 vd.; Failyden kaçarken takılıp düşen mağdurda oluşan yaralanma neticesine yönelik bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1993/4-153, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1*, *op. cit.*, s.626; Karara aksi yönde görüş için bkz. Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.113; Alkol bağımlılığının da yaralama fiiline eklenmesiyle tetiklenen kalp krizi sonucu ölüme yönelik bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27 Nisan 1992 tarih ve E. 1992/1-109, K. 1992/126; On beş gün iş ve güce engel olacak biçimde (*bacak kaslarını keserek*) bıçakla yaralamaktan ibaret olan eylemde, doktorun yanlış tedavisi sonucu bacağı kesilmesiyle neticelenen olaya yönelik bkz. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 18 Aralık 1997 tarih ve E. 1997/10728, K. 1997/11390; İşkence ve dayaktan kurtulmak için intihar eden şahısların ölümüne yönelik bkz. Yargıtay Ceza Genel

kişinin fiili gibi unsurlar da olayda bulunmamalıdır^[179]. Uygun sebep teorisi, şart teorisinin aksine illiyet bağının kapsamını objektif kriterlere bağlayarak fazlaca daraltabilir ve neticenin gerçekleşeceğini sübjektif olarak hesaplayanları objektif değerlendirmeler nedeniyle sorumsuz tutabilir^[180].

Hukukumuzda benimsenen üçüncü teori^[181], karma illiyet bağı teorisi. Bu teoride illiyet bağı evvela objektif ve daha sonra ise sübjektif kıstaslara göre değerlendirilir. Yani objektif olarak uygun bulunmayan sebep fail tarafından uygun görülerek harekete geçilmiş ve netice meydana gelmiş ise illiyet bağı var kabul edilecektir. Esasında böyle bir durumda objektif takdirde bir hata olduğu da ortaya çıkmış olur. Objektif yönden uygun bulunan bir sebep fail yönünden uygun bulunmamış ise bu halde illiyet bağı oluşacaktır

Kurulu, 12 Mayıs 1980 tarih ve E. 1980/1-151, K. 1980/206, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30 Ocak 2001 tarih ve E. 2000/1-250, K. 2001/1.

[179] Eren, *Borçlar Hukuku*, 540-541 vd.; Hırsız kovalamak amacıyla trenden atlayan şahsın öldüğü olaya dair örnek için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18 Nisan 2000 tarih ve E. 2000/1-76, K. 2000/81; Belirtmek gerekir ki fiil neticeyi gerçekleştirmeye objektif olarak uygun ise Yargıtay uygulamasında illiyet bağının kesilmesi durumu kabul edilmemektedir. Bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 1994/561, K. 1994/567, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1, op. cit.*, s.753; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/1-186, K. 2009/147, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, K. 1973/1952 ve Yargıtay 1. Ceza Dairesi, K. 1978/3828 ve Yargıtay 1. Ceza Dairesi, K. 1976/289 ve Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, K. 1976/1672 ve Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, K. 2005/532, Tan, *TCK Genel Hükümler Cilt 1, op. cit.*, s.619-715-716-717; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16 Nisan 2013 tarih ve E. 2013/1-26, K. 2013/150.

[180] Bir yandan teorinin sınırlarını daraltmak, bir yandan da genellemelerin dışında hareket edebilen kişilerin sorumlu kılınabilmesi adına Francesco Antolisei, beşeri illiyet teorisini ortaya atmış ve insanın hükmedebildiği durumlardan sorumlu olacağını, aksi yöndeki davranışların tipiklik içerisinde değerlendirilmeyeceğini ve neticeyi gerçekleştirmeye objektif olarak elverişsiz olan bütün fiillerin doğrudan atıpkı olarak nitelendirilemeyeceğini, bu durumda model ajan ölçütünün en ileri bilim ve tecrübeye göre olağan görülebilme noktasına çıkartılması gerektiğini söylemiştir. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s. 180-181-182-183; Erem, *Ümanist Doktrin, op. cit.*, s.50-51-53; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.151-152-153 vd.; Alacakaptan, *op. cit.*, s.87.

[181] Karma nedensellik teorisini benimseyen görüşler için bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.222-223-224 vd.; Soyaslan, *op. cit.*, s.335; Alacakaptan, *op. cit.*, s.88-89-166.

fakat böyle bir durumda suçun sübjektif tipikliği oluşmayacağı için failin sorumluluğu doğmaz^[182].

III. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARA İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI VE BU NOKTADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A) İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARA UYGUNLACAĞI YÖNÜNDEKİ GENEL KABULÜN AÇIK NORMATİF DAYANAĞININ BULUNMAYIŞI

İştirak hükümlerinin neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlara uygulanması noktasındaki temel sorun, TCK'nin 23'üncü maddesinde neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından şeriklerin açıkça zikredilmemiş olmasıdır^[183]. Doktrindeki genel kabul, neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanacağıdır^[184]. Yüksek yargı uygulaması da bu yöndedir^[185]. Fakat bunun normatif bir dayanağı yoktur. Zira neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlara dair TCK'nin 23'üncü maddesinde "... kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için ..." şeklinde bir ifade mevcut olup, madde ile ne faillığe ne de şerikliğe işaret etmeyen muğlak bir durum yaratılmıştır. Her ne kadar doktrinde "kişinin"

[182] Dönmez ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.225-226-227-228; Soyaslan, *op. cit.*, s.335; Önder, *op. cit.*, s.202-203-204.

[183] Soruna dair benzer görüşler için bkz. Ümit Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlanmış Yaralama (TCK M.87)*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Hakan Hakeri), Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, (Tez No: 249959), s.23.

[184] Eroğlu, *op. cit.*, s.201; Meral Balcı, "Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme", (Doktora Tezi, Danışman Zeynel Temel Kangal), Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2021, (Tez No: 680812), s.352-353-354-355; Şerife Büşra Şener, "Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlanmış Yaralama Suçu", (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Seydi Kaymaz), Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, (Tez No: 740350), s.98; Çelen, *op. cit.*, s.396; Olgaç, *op. cit.*, s.239.

[185] Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, E. 2008/6619, Doğan, *op. cit.*, s.284; Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 67/307, 18.01.2022, Şener, *op. cit.*, s.100

ifadesinin şerikleri de kapsayacağı şeklinde bir yorum^[186] mevcut olsa da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan suç ortaklarının da sorumlu olacağını açıkça düzenlemek mantıklı olmalıdır^[187]. Zira konu basitçe geçirilebilecek bir konu değildir. Şeriklerin yahut ağır neticeye sebep olmayan faillerin istemedikleri ve hatta öngörmedikleri ve diğer ortaklarının gerçekleştirdiği bu ağır neticeden ne şekilde sorumlu tutulacaklarını belirlemek, bir hukuk devletinde esasında belirlilik ilkesi gereğince seçilmiş parlamentonun görevi olup, bu görev içtihat yoluyla çözüm bulması için farklı bir kuvvet olan yargıya bırakılmamalıdır^[188].

Şu haliyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli ilk şart, TCK'nin 23'üncü maddesinin şerikleri de kapsadığına dair tarihsel yahut amaçsal bir yorum yapmaktır. Öyleyse maddenin lafzındaki "kişi" kelimesinin anlamı, yorum yoluyla ortaya çıkartılmalı ve bunun tüm suç ortaklarını kapsadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Doktrindeki ağırlık görüş ve uygulama bu yönde olduğu için ve kanunun genel gerekçesi yahut parlamento tutanaklarından da aksi bir anlam çıkartılmadığından, böyle bir yorumu yapmak doğru olacaktır^[189].

B) NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARIN KASITLI SUÇ TİPLERİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

StGB'nin 11'inci maddesinin ikinci fıkrasında, "*Bir fiil, failin davranışıyla ilgili olarak kast gerektiren ancak bu fiilden kaynaklı belirli bir sonuç için taksirin yeterli olduğu bir suçun yasal unsurlarını oluşturuyorsa, bu kanunun amaçları açısından kasıtlı sayılır.*" denilerek, bu tür suçlar kasıtlı suç tipleri olarak nitelendirilmiştir. Doktrinde de bu düzenlemenin taksirli ve kasıtlı suçlara iştirak ayırımında önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir^[190]. Türk

[186] Balcı, *op. cit.*, s.352-353-354-355; Şener, *op. cit.*, s.98; Eroğlu, *op. cit.*, s.202-203; Çelen, *op. cit.*, s.395.

[187] Örneğin StGB m.18, bu yönde bir düzenleme içermektedir.

[188] Benzer görüşler için bkz. Heyman, *op. cit.*, s.137.

[189] Aksi görüş için bkz. Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (Doktora Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017 (Tez No: 462836), s.354-355

[190] Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.332-336.

hukuku yönünden ise TCK'de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kasıtlı suç tipleri olup olmadığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrasına göre iştirak hükümlerinin uygulanması ve suçu doğrudan işlemeyen fail haricindeki ortakların sorumluluğu için failin kasıtlı fiilinin tipik bir neticeyi doğurması yeterli olduğu^[191] ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da fail kasten hareket ederek neticeye taksirle sebep olduğu için bu suçlara iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrasının yeterli olduğunu düşünüyoruz^[192]. Doktrinde ise bu suçların ancak kasıtlı ya da taksirli suçlar olarak düşünülebileceğini ve iştirak hükümleri de kasıtlı suç tiplerine uygulanabileceğinden, bunlar kasıtlı suç tipi olarak değerlendirilmezler ise iştirak hükümlerinin uygulanamayacağını belirten görüşler mevcuttur^[193]. Bu nedenle bu başlıkta, ilgili suçların kasıtlı yahut taksirli birer suç olup olmadıkları tartışılmış ve eğer taksirli bir suç iseler, taksirli suçlara iştirak hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı aşağıda ayrıca değerlendirilmiştir.

Doktrindeki ağırlıklı görüş, temel suç tipinin kasten işlenmesi fakat taksirle ağır neticeye sebep olunması şeklinde gerçekleşen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kasıtlı suç tipleri olduğudur^[194]. Azınlık görüşlerinden ilki, bu suçların neticeye taksirle sebep olunması sebebiyle taksirli suçlar

[191] Öyleyse ilgili normun neticeye yönelik bir kastı aramadığı ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları da bünyesinde barındırdığını söylemek mümkündür. Ancak bu durum, kasıtlı ve hukuka aykırı fiil bir netice doğurmasa yahut illiyet bağı oluşmasa dahi şeriklerin bu fiilden sorumlu tutulacağı şeklinde anlaşılabilir. Zaten böyle bir durumda diğer suç ortaklarının bağlanabileceği bir suçun oluşumundan da bahsedilemeyeceğinden, aksi bir yorumda dahi şerikleri sorumlu tutacak bir suç bulunmayacaktır.

[192] Kasten işlenen temel suça konu fiil sebebiyle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. Doğan, *op. cit.*, s.275; StGB'deki gibi bir düzenlemenin Türk hukukunda faydalı olacağına yönelik bkz. Beril Taşkın, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Emin Artuk), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014, (Tez No: 367842), s.133; Kavlu, *op. cit.*, s.581.

[193] Balcı, *op. cit.*, s.349-350-354 vd.; Şener, *op. cit.*, s.98.

[194] Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama*, *op. cit.*, s.24; Doğan, *op. cit.*, s.275; Şener, *op. cit.*, s.104; Balcı, *op. cit.*, s.349-350; Çelen, *op. cit.*, s.396; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.791; Apaydın, *op. cit.*, s.119.

olduğudur^[195]. İkincisi ise bu suçların kast-taksir kombinasyonu şeklinde karma bir suç tipi olduklarıdır^[196]. Yargıtay'ın konuya dair görüşü ise bunların kasıtlı suç tipleri oldukları ve kanunun kasta bağlı sonuçlar doğuran 53. maddesindeki gibi^[197] normlarının bu tür suçlarda uygulanabileceği^[198].

C) İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN TAKSİRLİ SUÇLARA UYGULANABİLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU

Yukarıda zikredildiği üzere doktrinde bir kısım görüş, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları taksirle sebep olunan netice yüzünden taksirli suç tipleri olarak nitelendirmektedir. Bu da bizi, aynı görüşte olmasak da taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna götürmektedir. TCK'de bu husus açıkça düzenlenmiş değildir. Fakat m.40/1'deki "Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir." şeklindeki düzenlemeden böyle bir anlam çıkarmak mümkündür^[199]. TCK'nin 22'nci maddesinin gerekçesinde ise taksirli suçlar müştereken işlense bile iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı ve yan yana faillik durumundaki gibi

[195] Kaymaz, *op. cit.*, s.81-82; Olgaç, *op. cit.*, s.36.

[196] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.243-245; Bu suçlara ne kasıtlı ne de taksirli demenin tam olarak mümkün olmadığına yönelik bkz. Renout, *op. cit.*, s.151.

[197] Kanaatimizce bu suçların karma suç tipi olarak kabul edilmeli ve TCK'nin kast-taksire bağlı durumlar yaratan m.22/3, 22/6, 27/1, 30/1, 50/1, 50/4, 51 ve 58/4'deki gibi düzenlemelerinde karma suç tiplerine yönelik bir değişikliğe gidilinceye kadar, fail lehine yorum çerçevesinde bu suçlar ilgili düzenlemeler yönünden bazen taksirli bazen de kasıtlı sayılmalıdır. Aynı durum CMK m.231/6-a'daki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu gibi sair kanunlardaki hükümler için de geçerlidir. Özellikle 657 s. Kanun ve benzerlerindeki memuriyete engel suçlarda taksirli suçların ayrık tutulması durumu mühimdir.

[198] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2006/3-207, K. 2006/207, Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama*, *op. cit.*, s.24.

[199] Bu yönde açık bir hüküm içeren Çin Ceza Kanunu'nun 25'inci maddesinde ise "Ortak suç, iki veya daha fazla kişinin ortaklaşa işlediği kasıtlı bir suçu ifade eder. İki veya daha fazla kişinin müştereken işlediği taksirli suç, ortak suç olarak cezalandırılmaz; ancak cezai sorumluluğu taşıması gerekenler, işledikleri suçlara göre ayrı ayrı cezalandırılır." denilmiştir.

ortada birden fazla suçun oluşacağı, herkesin kendi kusuru oranında sorumlu tutulacağı yazılıdır^[200].

“Yeterlidir” kısmının “şarttır” şeklinde anlaşılması gereken TCK’nin 40’ıncı maddesinin birinci fıkrası ve 22’nci maddesinin bağlayıcı olmayan gerekçesi hariç tutulursa, taksirli suçlarda suça iştirakin mümkün olamamasının^[201] temel nedeni, ortada objektif tipikliğine konu unsurları belirli bir suça yönelik iştirak iradesinin bulunamayacak oluşudur^[202]. Böyle olunca da taksirli suçlarda iştirak hükümleri uygulanamayacak ve örneğin bağımsız iki araba sürücüsünün kazası sonucu yayayı öldürdükleri yan yana faillik durumunda ya da sürücülerin etkileşim içerisinde yarışarak aynı sonuca sebep oldukları farklı bir durumda, ortada fail sayısınınca suç oluşacak ve her biri kendi fiiline göre ayrıca bireyselleştirilmiş cezalara çarptırılacaklardır^[203].

[200] “Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işleniş açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir.” (TCK m.22, Gerekçe).

[201] Taksirli suçlara iştirak hükümlerinin uygulanamayacağına dair ayrıca bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.885-938-939; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.432; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.543; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.332; Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *op. cit.*, s.241; Dülger, *op. cit.*, s.703; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.555; İçel, *op. cit.*, s.563-564; Centel, Zafer ve Çakmut, *op. cit.*, s.469; Apaydın, *op. cit.*, s.30; Farklı bir görüş için bkz. “Her ne kadar taksirli işlenen suçlara şeriklik söz konusu olmasa da, burada suç tipinin arz ettiği özellik ve fiilin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara şerik olarak katılımın kabulü taksirli şerikliğinden örtülü kabulü anlamına gelecektir.” (Balci, *op. cit.*, s.354).

[202] Soyaslan, *op. cit.*, s.501; Özbek, *op. cit.*, s.640; Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.24; Bodson, *op. cit.*, s.309-326; Constant, *op. cit.*, s.326-327-328 vd.

[203] Soyaslan, *op. cit.*, s.431-432-501-502; Bu durumun yan yana faillik olduğuna dair görüş için bkz. Sarıgül, *op. cit.*, s.53-54.

TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrası müşterek failleri kapsamıyor denildiğinde^[204]; bizim de benimsediğimiz yukarıdaki görüş, TCK'nin 22'nci maddesinin bağlayıcı olmayan gerekçesi es geçilir^[205] ise iştirak iradesine dair benimsenecek yoruma göre müşterek failer bakımından^[206] yanlışlanabilir. Zira Türk hukukundaki bizim de benimsediğimiz ağırlıklı görüşe göre iştirak iradesi, ancak objektif tipikliğe dair unsurları belirli suça yönelik meydana gelebilir ve bu sebeple neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki temel suç tipinin neticesi gibi belirli bir neticeyi de istemeyi gerektirir^[207]. Zira kast, TCK'nin 21'inci maddesine göre neticeyi de bilme ve istemeyi şart koşar. Fakat müşterek faillik açısından salt fiil üzerinde anlaşmanın iştirak iradesi bakımından yeterli olduğu yönünde karşıt bir görüş benimsenir ise taksirli suçlara müşterek faillik derecesinde bir iştirak mümkün olacaktır^[208]. Sonuç

[204] Doktrindeki genel eğilimin bu olduğu fakat şahsi kanaatimizin bağlilik kuralının atipik hareketleri gerçekleştiren müşterek failer yönünden de geçerli olduğu yukarıda detaylı olarak zikredilmiştir.

[205] Gereğe bağlayıcı olmadığından, TCK'nin 22'nci maddesinin beşinci fıkrasındaki “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.” şeklindeki düzenlemenin iştirak kurumu ile bağlantılı okunması şart değildir. Taksirli suçlara iştirak mümkün kabul edilirse bu düzenleme, cezanın faile göre belirlenmesi sistemini doğuracak ve taksirli failer kendi kusurlarına göre cezalandırılacaklardır.

[206] Esasında taksirli suçlara müşterek faillikten ziyade, azmettirme ve yardım etmenin cezalandırılıp cezalandırılmaması konusu önemlidir. Zira birini düğünde havaya ateş açması için azmettiren kişinin fiili yaralama, öldürme gibi suçlara yönelik tipik olmadığı için kurşunun sebep olduğu herhangi bir suçtan iştirak hükümleri uygulanmaksızın sorumlu tutulamaz. Fakat bu kişinin az çok kasıtlı suçlara birini azmettirenler kadar tehlikelilik arz ettiği açıktır. Lakin TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrası gereğince, taksirli suçlarda şerik düzeyinde bir iştirakin meydana gelmesi mümkün değildir.

[207] Demirbaş, *op. cit.*, s.506; Akbulut, *op. cit.*, s.680; Mahmutoğlu ve Karadeniz *op. cit.*, s.938-939; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.818-819-820 vd.; Erem, *Suçta İştirak, op. cit.*, s.66; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.85; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.530-531-532 vd.; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.336; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, op. cit.*, s.566; Hakeri, *op. cit.*, s.500-501; Soyaslan, *op. cit.*, s.485-486 vd.

[208] Konuya dair değerlendirme ve salt TCK'nin 22'nci maddesinin beşinci fıkrası gereğince TCK'de taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığına dair görüş için bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.798-799; Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.342.

olarak da eğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar taksirli birer suç tipi olarak görülür ise bunlara salt müşterek fail sıfatıyla iştirak etmek mümkün olacaktır.

Türk hukukunda mesele genel olarak taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde ise de mukayeseli hukukta bu noktada farklı görüş ve uygulamalar mevcuttur. Örneğin ABD hukukunda, taksirli suçlara iştirak meselesi son derece tartışmalıdır. ABD Federal Ceza Kanunu'nda bu yönde açık bir düzenleme yer almamaktadır. ABD'de bazı eyaletlerde ise açıkça aksi düzenlenmediği için bazı mahkemeler, bizim de benimsediğimiz gibi taksirli suçlarda netice istenmediği için iştirak iradesinin mevcut olamayacağını söylemiştir. Örneğin New Hampshire'da bir kişi sarhoş olduğunu bildiği arkadaşına aracını vermiş, bu kişi de kaza yaparak birini öldürmüştür. Mahkeme taksirli bir suçta kasten iştirak etmenin mümkün olmadığını çünkü failin böyle bir neticeyi istemediğini söylemiştir. Fakat bazı eyaletlerde kanunda açık bir düzenleme olmasa da taksirli suçlara kasten iştirak kurumu yargı tarafından kabul edilebildiği gibi New York Ceza Kanunu gibi bir kısım eyalet kanunlarında ise taksirli suçlara iştirak hükümlerinin uygulanacağı doğrudan düzenlenmiştir. Örneğin bir olayda kişi randevusuna geciktiği için sürücüye hız yapmasını ve limiti aşmasını söylemiş yani bir hukuka aykırılığa azmettirmiş, hız yapan şoför kaza yaparak birinin taksirle ölümüne neden olmuş ve şoförün yanında onu azmettiren sürücü de neticeden iştirak hükümleri gereğince sorumlu tutulmuştur^[209].

İsviçre'de de ABD'dekine benzer bir durum mevcuttur. Kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen, taksirli suçlara kasten iştirak mümkün kabul edilmektedir. Örnek bir olayda iki arkadaş ortak iradeyle iki ayrı kayayı yamaçtan aşağı itmişler ve istemeden bir balıkçıyı öldürmüşlerdir. Ölümün hangi taştan meydana geldiğinin önemsiz olduğunu belirten Federal Mahkeme, İsviçre hukukunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen taksirli suçta iştiraki mümkün kabul ederek, tarafları iştirak halinde taksirle ölümüne neden olma suçundan sorumlu tutmuştur^[210]. Burada objektif özen yükümlülüğüne aykırılık noktasında bir anlaşma mevcut olup, taksirli suçta kasten iştirak vardır. İştirak hükümleri uygulanmasaydı, kimin ittiği kaya ile ölümün gerçekleştiği belli olmadığından ve teşebbüsün de taksirli

[209] Rogers, *op. cit.*, s.1352-1365-1366.

[210] Daniel Häring, "Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht." *sui-generis*, 2018, s.7-8.

suçlara uygulanması söz konusu olamayacağından, kişiler beraat edecekti. Farklı bir kararda ise İsviçre Federal Mahkemesi; taksirli suçlara taksirle iştirak olamayacağı sebebiyle, birlikte iki ayrı fişek fırlatan kişilerin fişekleri birlikte atma konusunda anlaşmışları fakat bunu yanlış yapma konusundaki özen yükümlülüğüne aykırılık noktasında anlaşmadıkları olayda, bir fişegin yangına sebep olması ve yangına sebep olan fişegi kimin attığının tespit edilememesi sonucunda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince iki tarafın da beraatinin gerektiğine hükmetmiştir^[211].

Alman doktrininde de objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket üzerinde kasıtlı iştirak iradesinin oluşabileceği ve bu sebeple taksirli suçlara iştirakin mümkün olduğu yönünde görüşler mevcuttur^[212]. Fransız doktrininde ise ağırlıklı görüş aynı gerekçeyle, taksirli suçlara müşterek fail olarak iştirakin mümkün olduğu yönündedir. İctihatlar noktasında ise taksirli suçlara kasten yardım etmenin de mümkün olduğuna yönelik kararlar mevcuttur^[213].

D) NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA İŞTIRAK İRADESİNİN OLUŞUMUNUN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU

Kanaatimizce ne kasıtlı ne de taksirli bir suç tipi değil, kast-taksir kombinasyonu şeklinde karma suç tipleri olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için TCK'nin 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasının yeterli olduğu yukarıda belirtildi. Fakat bu hükümlerin uygulanabilmesi için olmazsa olmaz şart, suç ortaklarında iştirak iradesinin mevcudiyetidir. Bu tür suçlarda temel bir suç tipine yönelik kasten hareket edilmekte ve temel neticeye yönelik bilme-isteme unsuru bulunmakta, ağırlaşan neticeye ise taksirle sebep olunmaktadır. Öyleyse iştirak iradesi kaba taslak da olsa bir suç tipine dair belirli bir netice üzerinde anlaşmayı da gerektirdiğinden, bu tür suçlarda ancak temel suça yönelik bir iştirak iradesi söz konusu olabilecektir^[214]. Bu da sanıyoruz ki iştirak hükümlerinin

[211] Häring, *op. cit.*, s. 2-3.

[212] Frister, *op. cit.*, s.391; Kühl, *op. cit.*, s.814-815-816; Otto, *op. cit.*, s.278-279; Farklı yönde bkz. Gropp, *op. cit.*, s.429-430.

[213] Bouloc, *op. cit.*, s.322; Renout, *op. cit.*, s.204.

[214] Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2, op. cit.*, s.270; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.336; Dülger, *op. cit.*, s.471; Şener, *op. cit.*, s.106

uygulanabilmesi için yeterlidir^[215]. Zira bağıllık kuralı için kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin kastedilen suçun tipikliği içerisindeki neticeye yönelmesi yeterlidir ki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bu netice de ağır yahut başkalaşan neticenin içerisinde mevcuttur veya öncesinde gerçekleşmiştir. Örneğin azmettiren mağduru total bırakmak için bacağından bıçaklaması noktasında faili azmettirir, yardım eden bu amaçla bıçağı temin eder ve fail de bu amaçla mağduru bıçaklar fakat bıçaklanan mağdur, ambulans yolda arızalandığı için kan kaybından ölür. Bu örnekte bacaktan bıçaklamaya yönelik anlaşılan her husus neticeye varmış lakin netice ağırlaşarak taksirli biçimde ölüm neticesine sebep olunmuştur.

E) NİTELİKLİ HALLERİN MÜŞTEREK FAİLLERE, ŞERİKLERE VE DOLAYLI FAİLLERE SİRAYETİNE DAİR HUSUSLARIN, NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLAR YÖNÜNDEN UYGULANABİLİRLİĞİ

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar temel suç tipinden ayrık suçlar, nitelikli haller ise suçun cezasının hafiflediği yahut ağırlaştığı özel görünümüdür. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki ağır yahut başkalaşan netice gibi nitelikli hallerde de faile, fiile, suçun konusuna, mağdura yahut neticeye yönelik başkalaşmaların mevcudiyeti sebebiyle ceza değişmektedir^[216]. Aradaki fark, nitelikli hallerde tipik hareketi gerçekleştiren failin nitelikli hali kasten gerçekleştiriyor olmasıdır.

Konuya dair esas sorun, cezayı ağırlaştıran nitelikli hallere yönelik açık bir iştirak iradesi olmadığında ne yapılacağıdır^[217]. Fransız ve Belçika hukukunda iştirak iradesinin nitelikli halleri kapsamaması hususu, ortakların iştirak halinde

[215] Erem, *Suçta İştirak*, *op. cit.*, s.66; Mustafa Kağan Öztürk, “Türk Ceza Kanunu’nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, Haziran 2023, s.282; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.791-792; Kasıtlı temel suça iştirak edilebileceği için bu suçlara iştirakin mümkün olduğuna Alman hukukuna yönelik ayrıca bkz. Renzikowski, *op. cit.*, s.292-293; Köhler, *op. cit.*, s.56; Kühl, *op. cit.*, s.829-830.

[216] Bunlardan şahsi nitelikle olmayanlar, şahsi-fiili suça etki eden nedenler ayrımında genellikle fiile bağlı sayılırlar. Bkz. Şahin, *op. cit.*, s.667.

[217] Ortada tek bir suç bulunması sebebiyle, ağır hali için anlaşma olmasına rağmen fail suçun hafif yahut basit halini işler ise diğer ortakların “ortada ağır hali ile oluşmuş bir suç olmadığı” için mecburen hafif halden sorumlu tutulacağına yönelik bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, *op. cit.*, s.791; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.902.

sorumluluğu için her durumda kesin bir gereklilik olarak aranmamaktadır^[218]. Kanunumuzda iştirak hükümlerinin suçun nitelikli hallerinde ne şekilde uygulanacağına dair bir düzenleme yer almamakta olup, Türk doktrinindeki genel kanaat de bu yöndedir. Doktrinindeki bir görüş, nitelikli hallerin gerçekleşmesinde iştirak iradesinden önemsiz sapmalar mevcutsa, nitelikli halin öngörülebilir ve ihtimal dahilinde olduğunun kabul edileceği ve diğer ortakların da bundan sorumlu tutulacağı yönündedir^[219]. Diğer bir görüş, meseleye sübjektif irade yönünden bakmakta ve önemsiz sapma gibi objektif değerlendirmelere değil, ağır nitelikli hali bilen yahut öngören ortakların bundan sorumlu olacağını belirtmektedir^[220]. Üçüncü bir görüş ise böyle bir durumda öngörmeyi ve kayıtsız kalmayı şart koşmaktadır^[221].

Doktrinde mesele genel olarak şahsa bağlı-fiile bağlı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler üzerinden aktarılmaktadır. Bir görüş, hırsızlığın aynı konutta beraber oturana karşı işlenmesinde olduğu gibi cezayı hafifletici kişisel nedenlerin diğer şeriklere de sirayet edeceğini, eşi öldürmek gibi şahsa bağlı ağırlaştırıcı hallerin ise ancak iştirak iradesinin bu noktada birleşmesi halinde sirayet edeceğini belirtmiştir. Cezanın hafifletilmesine dair fiili unsurlar da direkt, ağırlaştırılmasına dair unsurlar ise şerik bunu biliyor ise sirayet edecektir. Müşterek failer yönünden ise hafifletici ve ağırlatıcı fiili sebepler doğrudan sirayet edecek, şahsi unsurlar ise sirayet etmeyecektir^[222]. Kanaatimizce cezayı hafifleten ve ağırlaştırıcı kişisel nedenlerin diğer ortaklara, şahıs bunu bilse bile sirayet etmemesi gerekir. Zira bunların getiriliş amacı şahsa bağlı ayırık bir durum yaratacak olmalarındır^[223]. Fiile bağlı hafifletici nedenler ise TCK'de cezalandırmada temel ölçüt olarak tehlikelilik değil haksızlığın ağırlığı alındığından, diğer ortaklar bunu istemese bile onlara

[218] Michiels ve Jacques, *op. cit.*, s.99-100; Bouloc, *op. cit.*, s.321.

[219] Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.753.

[220] Bilmesi gerektiği yönünde bkz. Aydın, *op. cit.*, s.234-235; Akbulut, *op. cit.*, s.718.

[221] Özgenc, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.534-535.

[222] Özbek, Doğan, vd. *op. cit.*, s.515-516.

[223] Rossi, *op. cit.*, s.217; Jescheck, *op. cit.*, s.682; Dönmez ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.811-815 vd.; Soyaslan, *op. cit.*, s.496-497; Şahin, *op. cit.*, s.669-673; Akbulut, *op. cit.*, s.723; Hafifletici sebepler yönünden aynı, ağırlatıcı nedenler yönünden istisnai durumlarda diğer ortaklara sirayet edebileceğini düşündüğü için farklı yöndeki görüşler için bkz. Köksal, *op. cit.*, s.246-247-248.

tesir edecektir^[224]. Fiile bağlı ağırlatıcı nedenlerde ise ancak bu husus iştirak iradesinin içerisinde kalmış ise diğer ortaklara sirayet edebilecektir. Failin lehine olan yorum da budur^[225]. Kanunda açık bir düzenleme olmadığında buradaki yorumu failin temel hak ve hürriyetlerini kısıtlamaya yani fail/şerik aleyhine yapmak, belirlilik çerçevesinde kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı olacaktır^[226].

Nitelikli haller ile neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar farklı hususlar olsa da aşağıda görüleceği üzere neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi bağlamında da ağır neticeye yönelik benzer görüşler mevcuttur. Ağır nitelikli hallerin “bilinmesi” yani iştirak iradesi içerisinde kalması suretiyle diğer ortaklara sirayet edebileceği şeklinde bir yorum, neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar bakımından uygulanabilir görünse de bu kanı hatalı olacaktır. Zira bu tür suçlarda taksirle gerçekleşen ağır neticeye yönelik bir iştirak iradesi söz konusu olamaz. Öyleyse teoriler benzer olsa da nitelikli hallere dair görüşlerin yahut yargı kararlarının, neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlara kıyasen tatbik edilmesi doğru olmayacaktır.

F) AĞIR NETİCEYE SEBEP OLAN FİİLİN HANGİ FAİLE AİT OLDUĞUNUN TESPİT EDİLEMEDİĞİ DURUMLAR

Ağır neticeye sebep olan fiilin hangi failin eseri olduğunun bilinmediği durumlara yönelik tipik örnek, çok sayıda kişinin tekmelediği birinin, beyinde önceden mevcut olan bir hasar sebebiyle ölmesi fakat kimin tekmesinin buna sebep olduğunun mevcut delillerden ortaya konamamasıdır. Bu ve benzeri durumlarda eğer taraflar arasında yığın suçu şeklinde gerçekleşen bir linç girişiminde olduğu gibi temel suça yönelik dahi iştirak iradesi yoksa, her birini ancak teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olacaktır^[227]. Temel

[224] Farklı gerekçeyle aynı yönde bkz. Şahin, *op. cit.*, s.666; Köksal, *op. cit.*, s.246-247.

[225] Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.341; Şahin, *op. cit.*, s.667; Köksal, *op. cit.*, s.248

[226] Doktrinde StGB'nin 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi konuya dair normatif bir düzenleme getirilmesinin, kanunilik ilkesi gereğince önemli olduğu belirtilmektedir. Bkz. Şahin, *op. cit.*, s.682.

[227] Puppe, *op. cit.*, s.238; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.750; Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.349; Ortada taksirle işlenmiş bir suç olsaydı, bu suçlara teşebbüs edilemeyeceği için tarafların beraat etmesi gerekecekti. Bkz. Häring, *op. cit.*, s.4; Özgenc, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.538; Ayrıca bkz. “Sokak üzerinde iki tarafı silahlı

suça yönelik iştirak iradesinin bulunduğu ve ilgili örnekte alacaklıların borçluyu ortak kararla tartakladıktan sonra tekmeledikleri bir durumda ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğa dair diğer şartlar oluşmuşsa, ağır neticeye kimin sebep olduğu belirlenemese bile bunların hepsi bağlılık kuralı gereğince, (aşağıdaki başlıklar altındaki şartlar gerçekleştiği takdirde) ağır neticeden sorumlu tutulacaktır^[228].

IV. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇTAN MÜŞTEREK FAİLLERİN SORUMLULUĞU

A) AĞIR NETİCEYE SEBEP OLAN FİİLİN İŞTİRAK İRADESİ KAPSAMINDA KALMASI GEREĞİ

Bir suç ortağının ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulabilme sınırı, onun iştirak iradesinin sınırına kadardır. Bu iradeyi aşan eylemlerin neticelerinden ilgili ortak sorumlu tutulamaz. İştirak iradesi ve dolayısıyla sorumluluğun tespitinde, bir eylemin iştirak iradesi içerisinde kaldığı açıkça belli ise sorun yoktur. Fakat iştirak iradesine konu olup olmadığı açıkça belli olmayan ve “aşkın hareket” olarak nitelendirilebilecek durumlar yönünden çözüm bu kadar basit değildir^[229]. Makalenin ilk bölümlerinde zikredildiği üzere, iştirak iradesi açık yahut zimni biçimde gerçekleşen ve suçun objektif tipikliğine konu unsurlara yönelik “suç ortaklığı anlaşması” şeklinde teorik yansımaları bulan, manevi bir oluşumdur. Gerçek şudur ki çoğu zaman ortada bir suç planı olmadığından, iştirak iradesi kaba taslak bir anlaşmadan doğar. Örneğin A ile B, yoldan geçerken gördükleri hasımları C’ye bir anda saldırırlar yahut

*çatışma şeklinde cereyan eden olayda, maktulün ölümüne sebep olan merminin hangi taraftan atıldığıнын tespitinin mümkün olmadığı kabul edilen olayda; olası kasıtlı işlenen suçlarda fiilen birlikte hareket etmeyen karşı gruplardaki sanıklar hakkında TCK'nin 37. maddesinde belirtilen müşterek faillik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı, ... iştirak iradesi bulunmadığına göre, oluşan şüphenin sanıklar lehine yorumlanması suretiyle ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş olup ...” (Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 20 Mart 2019 tarih ve E. 2018/5762, K. 2019/1750, Ersan Şen ve Erkam Erdem, “Karar İncelemesi: İştirakle İşlenen Suçlarda Olası Kastın Gündeme Getirdiği İsnadiyet Sorunu”, *Ersan Şen (blog)*. (E.T. 5 Şubat 2024, <https://sen.av.tr/tr/makale/olasi-kast>).*

[228] Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.524-526; Aksi yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.349.

[229] Kühn, *op. cit.*, s.816-817-818; Hinüber ve Tegtmeier, *op. cit.*, s.76; Otto, *op. cit.*, s.268; Renout, *op. cit.*, s.205.

üç hırsız, salt bir bankayı soymak üzere anlaşır fakat direniş olursa birini öldürüp öldürmeyecekleri veya silah kullanıp kullanmayacakları üzerine tartışmazlar. Hatta çoğu zaman bir kavga sırasında mağdurun hayatını tehlikeye sokabilecek veya sakat bırakabilecek şekilde kafasına tekme atılması, kalbine yumruk atılması, gözünün çıkartılması gibi hareketler üzerinde bir tartışma dahi yapılmaz. İşte böyle durumlarda iştirak iradesinin kopup kopmadığına yönelik tespitini nasıl yapılacağına dair 1810 Napoleon Kanunu uygulamasında benimsenen ve halen pek çok ülkede baskın olan teori; neticenin, iştirak iradesine konu hareketin doğal ve olası bir sonucu olup olmadığını tespit etmektir^[230].

ABD’de iştirak iradesinin ne şekilde olması gerektiği ve açıkça bir suç planının aranıp aranmayacağı hususunda federal kanun yahut eyalet kanunlarında bir açıklama bulunmadığı^[231] için farklı teoriler türetilmek zorunda kalınmıştır. Ortakların suça yönelik üzerinde açıkça anlaşır anlaşmadığı şüpheli olan yahut anlaşmadıkları belirli olsa bile bunu kabullenmiş sayılmalarının gerektiği durumlarda asli failin sergilediği eyleme yönelik diğer ortakların sorumluluğu bakımından genel kabul gören görüş, doğal ve olası sonuçlar teorisidir. Bu teoriye göre suç ortaklarının iştirak iradesi içerisinde kalıp kalmadığı şüpheli olan yahut kalmadığı değerlendirilen eylemlerinin neticelerinden diğer ortakların sorumluluğu, bu eylemler eğer iştirak iradesine konu suçun/eylemlerin (*suçun işleniş şeklinin*) “doğal ve olası bir sonucu” ise mevcut olacaktır. Bu teoride doğal ve olası sonuç değerlendirmesi objektif biçimde yapılmakta ve neticeye yönelik diğer ortakların kastına yahut taksirine veya neticenin sübjektif öngörülebilişliğine bakılmamaktadır^[232]. Örneğin bir olayda iki kişi kavga ederken, üçüncü kişi bir tarafın yanında kavgaya katılmış ve kavga sırasında ötekini bıçaklayarak ölümüne sebep olmuştur. Colorado Yüksek Mahkemesi, kavga eden diğer

[230] Teorinin 19. yüzyıldaki, bugünden pek de farklı olmayan uygulamasına yönelik bkz. Bertauld, *op. cit.*, s.428.

[231] Federal kanunda ve çoğu eyalet kanununda iştirak iradesi şartı da yazılı olmayıp, bu şart *common law* sisteminin gereği olarak zaman içinde içtihatlar yoluyla geliştirilmiştir. Fakat bazı eyalet kanunlarında kasıtlı iştirak iradesi şartı açıkça yazılıdır. Örneğin Arizona Ceza Kanunu’nda “kolaylaştırma ve teşvik etme niyeti”, bizdeki şeriklik olarak isimlendirilen iştirak türü açısından şart koşulmuştur. Bkz. Rogers, *op. cit.*, s.1364.

[232] Rogers, *op. cit.*, s.1357-1359-1360-1361; Heyman, *op. cit.*, s.131.

şahıs için “suç olduğunu bildiği herhangi bir eylemi sanığın gerçekleştireceğini bilmesi ve bunu kolaylaştırması yeterlidir” diyerek iştirak iradesini mevcut görmüş, ölüm neticesinin sübjektif öngörülebilirliğine dair bir değerlendirme yapmadan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan diğer ortağı da iştirak halinde sorumlu tutmuştur^[233]. Başka bir olayda ise bir grup soygun yapmak için içki dükkanına girmiş, gruptan bir kısmı soygun sırasında cinayet işlemiş ve diğer bir cinayete de teşebbüs etmiştir. ABD’de maddi gerçeğe yönelik değerlendirmeleri jüri yaptığından, ilgili olayda da “doğal ve olası sonuç” değerlendirmesini jüri yapmış ve soygunda birini öldürmeye teşebbüs edilebileceğinin “objektif olarak öngörülebilir” olduğuna karar vermiş, hakim de hukuki uyuşmazlığı çözerek cinayete teşebbüs dahi etmemiş ortağa müebbet hapis cezası vermiştir^[234].

Görüldüğü üzere ABD hukukunda ortakların üzerinde açıkça anlaşmadığı bir suç işlendiğinde, iştirak iradesinin bu aşkın eylem yönünden kopup kopmadığına objektif kıstaslar dahilinde yapılan değerlendirmeler sonucu karar verilmektedir. Belçikâ’da da bu gibi durumlarda “aynı konumdaki ortalama bir insanın farazi öngörüsü” şeklinde^[235], ABD uygulamasından nispeten daha sübjektif ama yine de model ajan gibi bir ölçüt sebebiyle objektifliği ağır basan bir teoriye başvurulmaktadır. Örneğin Yahudi Müzesine yapılan saldırıya dair 2014 yılındaki davada, teröriste silah sağlayan kişi sadece silah sağladığını ve suçun işleneceğini bilmediğini iddia etmiştir. Mahkeme ise bu bilinci kanıtlayamamasına rağmen, radikal eğilimli olduğunu bildiği bir kişiye terör eylemlerinde kullanılan türde bir silah temin etmenin bir kabulleniş olduğunu ve onun gibi birinin yasa dışı silah temin eden bir radikalın terör eylemi gerçekleştirmesinin olası olduğunu öngörmüş olması gerektiğini söyleyerek, şahsı teröristin eylemlerine iştiraktan cezalandırmıştır^[236]. Bu değerlendirme tarzı müşterek faillik dahil, iştirak iradesinden sapmalar noktasında iştirakin her türlü derecesinde ekseriyetle aynı şekilde yapıldığından, ilgili örnekte şahsın şerik yahut müşterek fail olması önemsizdir.

[233] Rogers, *op. cit.*, s.1371.

[234] Heyman, *op. cit.*, s.138.

[235] Bodson, *op. cit.*, s.323-324-325.

[236] Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.20-26.

Fransız hukukunda da ortada belirsiz bir anlaşma varsa, iştirak iradesini aşan eylemler noktasında “*ciddi tutarsızlık-ciddi olmayan tutarsızlık*” şeklinde benzer bir formüle başvurulmaktadır^[237]. Türk hukukunda da üzerinde açıkça anlaşılmamış olsa da gerçekleştirilen anlaşma dışı eylemlerin neticelerinden sorumluluğa yönelik “*önemsiz sapma-öngörülebilir olma*” gibi kriterlere başvurularak yapılan bir değerlendirme mevcuttur. Buradaki temel olay, önemsiz saptalarda iştirak iradesinin varlığını sürdüreceği fakat ortaklardan birinin yaptığı aşkın hareket eğer önemli sapma yahut iştirak iradesinin tamamen dışında kabul ediliyor ise iştirak iradesi kopacağından, salt bu aşkın hareketi gerçekleştiren ortağın sorumlu olacağıdır^[238]. Doktrindeki sair bir görüş ise öngörme durumuna bakılmaksızın, iştirak iradesinin dışında kalan her türlü hareketin neticesinden yalnız onu yapan ortağın sorumlu olacağı yönündedir^[239].

Alman hukukundaki ağırlıklı görüşe göre iştirak iradesine konu anlaşmada suç ortakları her yönüyle açık bir suç planı yapmışlar veya işlenecek suçun basit halinin tipik eylemleri haricindeki fiillere yönelik açıkça yasaklayıcı bir irade beyan etmişlerse, müşterek faillerden birinin aşkın fiiliyle plandan sapabileceğini öngörmüş olsalar bile sorumlulukları doğmayacaktır. Fakat suç ortakları çoğu durumda; kanunun belirli bir maddesine konu suçu

[237] Fransız hukukunda bunun yanında “intikamını alacağını söyleyen” şahsın eylemleri gibi belirsizliğe kasten iştirak noktasında, bu intikamın belirsizliğine karşı kayıtsız kalmanın, her türlü sonucu üstlenmeyi gerektireceği yönünde görüşler de mevcuttur. Konuya dair bkz. Renout, *op. cit.*, s.205-206.

[238] “*Müşterek failler arasında alınan ortak karardaki önemsiz saptalar müşterek faillerin sorumluluğunu etkilememektedir. ...*” (Öztürk, *op. cit.*, s.280). İlgili görüş, iştirak iradesinin tamamen dışına çıkılarak gerçekleştirilen hareketlerde ise diğer ortakların sorumluluğunun doğmayacağını belirtmektedir. Bkz. *Ibid.*, s.280; Verilen bir örnek, hırsızlıktan yağmaya dönen bir suçta bunun öngörülebilir olduğu fakat salt dövmesi için azmettirilen kişinin adamı çekip vurması durumunda bunun öngörülebilir olmadığı ve sorumluluğun doğmayacağıdır. Bkz. Soyaslan, *op. cit.*, s.500; Bu görüşü benimseyenler tarafından verilen bir diğer örnek, kavga sırasında bir ortağın karşı gruptan birinin cüzdanını çalması durumunda bunun önemli sapma olacağı ve hırsızlığın diğer ortaklara sirayet etmeyeceğidir. Bkz. Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.316-317; Hayatın olağan akışına göre öngörülebilirlik kriteri açısından bkz. Temiz, *op. cit.*, s.2499 ; Ayrıca bkz. Demirbaş, *op. cit.*, s.512; Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı” *op. cit.*, s.242; Çelen, *op. cit.*, s.399.

[239] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.793; Erem, *Suçta İştirak, op. cit.*, s.106.

tek başına seçip, ayrıntılı bir suç planı yapıp, bu suçta “*şu şekilde hareket edelim ve şu hareketleri gerçekleştirmeyelim*” dememektedir. Zira örneğin bir iş yerini soymak için yanına silah yahut bıçak alan beş kişi anlaştığında, mallara zarar verilip verilmeyeceğine yahut içeride biri olduğunda veya direnişle karşılaştıklarında nasıl davranacaklarına veya silahı kullanıp kullanmayacaklarına yönelik oturup anlaşmayabilirler. Eğer ortada iştirak iradesine konu muğlak bir anlaşma varsa, iştirak iradesi noktasında objektif biçimde “doğal ve olası sonuçlar-önemli/önemsiz sapma-öngörülebilir olma” gibi değerlendirmeler yapmak ve gerçekleşen “aşkın eylemlere” yönelik iştirak iradesinin kopup kopmadığına bu objektif kriterler eşliğinde karar vermek gerekecektir^[240]. Örneğin bir olayda X, Y’ye silah vermiş ve fakat bu silahın ne için kullanılacağına dair bir anlaşma yapılmamıştır. Y polisten kaçtığı sırada silahını kullanmış, polisi vurmuş ve öldürmüştür. Alman Federal Mahkemesi silah verilmesiyle böyle bir sonuç üzerinde zımnî bir iştirak iradesinin bulunacağını belirtmiştir^[241].

Ortada açık bir anlaşma varsa, diğer ortak öngörse bile anlaşmaya aykırı davranışların diğer ortakların iştirak iradesinin dışında kaldığını söylemek gerekir^[242]. Fakat ortada muğlak bir suç anlaşması varsa aşkın eylemler noktasında meseleyi objektif değil, sübjektif biçimde değerlendirmek daha doğru olacaktır^[243]. Zira objektif değerlendirmelerde bulunmak çoğu zaman yanıltıcı olabilir ve sanıklara yönelik ciddi belirsizlik-güvensizlik durumu

[240] Kühl, *op. cit.*, s.816-817-818; Frister, *op. cit.*, s.394; Puppe, *op. cit.*, s.242-243; Bock, *op. cit.*, s.429; Kayıtsız kalmanın bu yönde bir gösterge olabileceğine yönelik ayrıca bkz. Ibid, s.429; Genel olarak benzer yönde fakat açık anlaşma olsa bile aşkın eylemin gerçekleşeceği adeta kabullenilmiş ise sorumluluğun doğacağı yönünde bkz. Köhler, *op. cit.*, s.57-58-59-60 vd.

[241] Puppe, *op. cit.*, s.234, (BGHSt 37, 106).

[242] Örneğin Belçika’da 2018 tarihli bir olayda, ortaklar hırsızlıkta evdeki mağduru bağlamak ve ağzını kapatmak üzere açıkça anlaşmışlar ve onlar hırsızlık yaparken bağlı mağduru izlemesi için içlerinden birini görevlendirmişlerdir. Görevlendirilen kişi ise heyecanlanarak mağduru başından vurmuştur. Mahkeme diğer ortakları salt hırsızlıktan suçlu bulmuş, cinayeti onlara atfetmemiştir. Bkz. Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.31-32.

[243] Rossi, *op. cit.*, s.217-218; Cartuyvels, Guillain ve Nederlandt, *op. cit.*, s.32.

yaratabilir^[244]. Kanaatimizce ortağın aşkın eylemi sübjektif olarak öngörmüş ya da kabullenmiş olması durumunun somut deliller ile kanıtlanması zorunlu olmamalıdır. Bu noktada bizce önce sübjektif öngörülebilirlik ve bilahare de objektif teoriler üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır. Yani suç ortağının muğlak bir anlaşmada iştirak iradesi içerisinde açıkça bulunmayan bir eylemin gerçekleşebileceğini öngörme imkânı bulunuyor ve ayrıca objektif değerlendirmelere göre bu aşkın eylem suçun doğal ve olası sonucu şeklinde nitelendirilebiliyor ise bu noktada aşkın eyleme yönelik iştirak iradesinin varlığından bahsedilebilmelidir. Fakat suç ortağının muğlak bir anlaşmada aşkın eylemi sübjektif olarak öngörme imkânı bulunmuyorsa, iştirak iradesinden bahsedilememelidir. Sübjektif öngörülebilirlik de bu değerlendirmede mutlaka somut deliller üzerinden ortaya konulmalı, model ajan gibi tamamen takdire bağlı teorilere başvurulmamalıdır^[245].

Aşkın eylem iştirak iradesi kapsamında değerlendirilemiyor ve temel suçta yönelik ortak iştirak iradesinin koptuğu söyleniyorsa, ağırlaşan neticenin

[244] *Ibid.*, s. 32; Örneğin ABD Illiois’de görülen Phillips Davası’nda, Phillips ve diğer arkadaşı intikam almak için hasımlarının mekanını basmaya gitmişler fakat karşı tarafın çok kalabalık olduğunu görünce bundan vazgeçip uzaklaşmaya başlamışlardır. Ancak uzaklaştıkları sırada Phillips’in yanındaki kişi tüfeğiyle rastgele hasımlarına ateş etmiş ve bir kısmını öldürmüştür. Davada Phillips’in hangi objektif şartlar altında bu aşkın harekete ve neticesine yönelik iştirak iradesinin varlığının değerlendirileceği tartışma konusu olmuştur. Burada salt bir suç işlemeye kalkışmanın, Phillips’in tüfekten haberi olmasa bile “doğal ve olası sonuç” bağlamında değerlendirilebileceği dahi gündeme gelmiş, neticede Phillips gerçekleşmesini istemediği bir hareketin neticesinden sorumlu tutulmuştur. (Bkz. *Heyman. op. cit.*, s.136) Türkiye’de de yaşanabilecek bu gibi durumlarda, sanık “benim bıçaktan-tüfekten-tabancadan haberim yoktu” dediği zaman aksine de bir delil olmadığı; kavga, baskın, yağma, hırsızlık gibi durumlarda bir ortağın gerçekleştirdiği bıçaklama gibi eylemlerden diğer ortakların hangi objektif kısıtlara göre sorumlu tutulacağı belli değildir.; Objektif değerlendirmelerde herhangi bir değerlendirme kriterinin bulunmadığı, suç ortaklarının amaçlamadıkları yahut hiç tasavvur etmedikleri sonuçlardan sorumlu tutulabildikleri ve jürilerin doğal ve olası sonucun ne olduğu noktasında kerameti kendinden menkul kararlar vermek zorunda kalabildikleri yönünden ayrıca bkz. *Ibid.*, s.133-135-139 vd.

[245] Olması gereken, bıçağın yahut suç aletinin mevcudiyetinin ve kullanılabilirliğinin sübjektif olarak öngörülebilir olup olmadığını mevcut deliller üzerinden tartışmak, sanığın bilişim sistemlerinde kayıtlı yazışmalarına dahi bakarak bu öngörülebilirliği değerlendirmek, gerekiyorsa özel uzmanlara bu yönde bilirkişi raporları hazırlamak ve ayrıca Denetimli Serbestlik Müdürlüğü gibi kurumlardan ortağın kişiliğine yönelik sosyal araştırma raporları temin etmek suretiyle bu noktadaki maddi uyumsuzluğu çözmektir.

ötesinde temel suç tipinden dahi diğer ortakları sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır^[246]. Sorumluluk ancak ağır neticeye sebep olan eylemlerin iştirak iradesi içerisinde kalması durumunda gündeme gelebilir. Lakin ağır neticeye sebep olan eylemin iştirak iradesi kapsamında kalması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan direkt olarak tüm ortakların sorumlu tutulacağı anlamına gelmez. Burada ulaşılabilecek sonuç, kasten işlenmek istenen temel suçta yönelik iştirak iradesinin bulunacağıdır. İşte bu aşamada ne ağır neticeye sebep olan hareketi gerçekleştiren failin ne de diğer ortakların istemediği yahut öngörmediği ağırlaşmış neticeden yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğun ayrıca her bir ortak özelinde değerlendirilmesi gerekecektir^[247]. Bu değerlendirme ölçütü aşağıda açıklanmaktadır.

B) AĞIR NETİCEYE DOĞRUDAN SEBEP OLAN MÜŞTEREK FAİLLERİN FİİLİ İLE AĞIR NETİCE ARASINDA İLLİYET BAĞININ BULUNMASI GEREĞİ

Ağırlaşan neticeye sebep olan eylemlerin iştirak iradesi içerisinde kaldığı tespit edildikten sonra ikinci aşamada, ortada temel suçun mu yoksa neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun mu bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Zira failin iştirak iradesi içerisinde kalan kasıtlı fiili ile ağırlaşan netice arasında bir illiyet bağı kurulamıyorsa, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun objektif tipikliği oluşmayacak ve unsurları oluşan, bağıllık kuralı gereğince diğer suç ortaklarının da sorumlu tutulabileceği tek suç, kasıtlı temel suç olacaktır^[248]. Örneğin kavga sırasında hiç değilse beş on saniyelik bir süreliğine kaçanı kovalamak, yukarıda zikredilen teoriler çerçevesinde iştirak iradesi içinde kaldığı söylenebilecek bir husustur. Eğer kaçan kişi ayağı taşa takılır ve düşerek felç kalırsa, burada illiyet bağının oluştuğunu söylemek mümkünse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumluluğa gitmek söz konusu

[246] Puppe, *op. cit.*, s.242.

[247] Doktrinde böyle bir değerlendirmenin yapılmayacağı ve iştirak iradesi içerisinde kalan hareketin ağır sonuçlarından tüm ortakların sorumlu tutulacağına dair farklı bir görüş için bkz. Toroslu ve Toroslu, *op. cit.*, s.346; Ağır netice hareketi gerçekleştiren faille yüklenebiliyor ise doğrudan tüm ortakların sorumluluğunun doğacağı noktasında ayrıca bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.793

[248] Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümleri uygulanırken objektif isnat edilebilirliğin de tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. Dülger, *op. cit.*, s.472.

olabilecektir^[249]. Fakat bu kişi kovalanırken, metro çalışması sebebiyle zemin çökmesi sonucu boşluğa düşüp ölse, illiyet bağının koptuğu net biçimde söylenebileceğinden, taraflar sadece iştirak halinde işlenen basit yaralama suçundan, mağdur henüz yaralanmadan kaçmış ise yaralamaya teşebbüs suçundan sorumlu tutulabilecektir. Aynı örneklerin yağma suçunun ölüm neticeli neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yönelik verilmesi de mümkündür.

Bir diğer nokta ise ihmali hareket ile oluşabilecek müşterek faillik noktasındadır. Doktrinde buna örnek olarak, can kurtaran ekibinin kasten ihmalde bulunarak kişinin denizde boğulmasını seyretmeleri verilmektedir^[250]. TCK'nin 88'inci maddesine göre kasten yaralamanın da ihmali davranışla işlenmesi mümkündür. Aynı can kurtaran ekibi tek koluna kramp giren fakat boğulma ihtimali bulunmayan ve tek koluyla kıyıya yaklaşan bir kişiye; adam yalvardığı ve diğer kolunun çok zorlandığını belirtmesine rağmen kasten müdahale etmese, kişinin diğer kolundaki bağlar zorlandığı için kopsa ve fakat sahil kasabasında doktor olmadığı için kalıcı olarak bu kişi sakat kalsa, illiyet bağı kurulacağı için can kurtaran ekibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan iştirak halinde sorumlu olacaktır.

C) AĞIR NETİCEYE YÖNELİK EN AZINDAN TAKSİRLİ OLUNMASI GEREĞİ

Ağır neticeye sebep olan eylemin iştirak iradesi içerisinde kaldığı ve ayrıca neticeye yönelik illiyet bağının kurulabileceği tespit edildikten sonra, müşterek failleri ağır neticeden sorumlu tutabilmek için üçüncü aşamada subjektif sorumluluk değerlendirmesi yapılmalıdır. Örneğin temel suça yönelik iştirak iradesi mevcut ise ve örneğin hukuki şartları oluşmamasına rağmen fakir birinin üzerinde para karşılığında bilim adamlarınca deneyler yapılırsa, iştirak halinde kasten TCK'nin 90'uncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç^[251] işlenmiş olacak fakat hesaba katılmadığı halde denek yaralanır veya ölür ise nihayetinde beşinci fıkradaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç iştirak

[249] Mülga kanundaki kavga suçu yönünden benzer örnek için bkz. Özgenci, *Kavga Suçu*, *op. cit.*, s.483.

[250] Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.557.

[251] Bu suçun iştirak halinde işlenebileceğine yönelik ayrıca bkz. Altunkaş, *op. cit.*, s.406; Eşitli, "*op. cit.*", s.189; Kul, *op. cit.*, s.84.

halinde işlenmiş olacaktır^[252]. Katıldığımız ve ağırlıklı olan görüşe göre TCK'nin 23'üncü maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda en azından taksir derecesinde bir sorumluluk aranacağı düzenlendiği için burada her fail özelinde ayrı ayrı taksir araştırmasına gidilecek^[253], ağır neticeye yönelik taksiri bulunanlar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan, taksir derecesinde bir kusuru dahi bulunmayanlar ise suçun temel halinden^[254] iştirak halinde sorumlu tutulacaklardır^[255]. Taksir değerlendirmesinde neticenin sübjektif olarak öngörülebilirliği değerlendirilecek, objektif özen yükümlülüğü ise ayrıca tartışılmayacaktır^[256]. Örneğin anne ve babası tatilde olan bir çocuğa bakmakla görevli iki bakıcı, evde tek başına bırakmalarını gereken küçük bir çocuğu bir geceliğine eğlenmeye gitmek için evde yalnız bıraksalar ve bakıcılardan biri yaz ayı olması dolayısıyla odalardan birinin camını açık bıraksa fakat diğeri bunu bilmeseydi, küçük çocuk camdan atlayıp yaralandığında burada camı açık bırakanın ağır neticeye yönelik taksirinden bahsetmek mümkün olabilecek ve bu ortak ağır neticeden sorumlu

[252] Benzer yönde bkz. Puppe, *op. cit.*, s.244.

[253] Alman hukukuna yönelik aynı yönde bkz. Renzikowski, *op. cit.*, s.295; Gropp, *op. cit.*, s.330-331; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.336; Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2, op. cit.*, s.270.

[254] Burada birden fazla kişinin farklı suçlardan sorumlu tutuluyor olabilmesinin sebebi, esas olarak tek bir eylemin sonucu olarak kasıtlı temel suçun iştirak halinde işlenmiş olması fakat neticenin ağırlaşması yahut başkalaşması sonucu ortada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun bulunmasıdır.; Doktrinde zıt yöndeki bir görüşe göre ise iştirak hükümleri tek bir suç üzerinden uygulanabileceği için burada herhangi bir değerlendirme yapmaksızın herkesi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutmak gerekecektir. Bkz. Temiz, *op. cit.*, s.2499.

[255] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.455; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.330; Demirbaş, *op. cit.*, s.512; Kavlu, *op. cit.*, s.598; Şener, *op. cit.*, s.100-106; Öztürk, *op. cit.*, s.282; Doğan, *op. cit.*, s.281; Yüksel, *op. cit.*, s.36; Olgaç, *op. cit.*, s.237; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.754; Aydın, *op. cit.*, s.267-268; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, op. cit.*, s.573; Dülger, *op. cit.*, s.472; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.11.1985 tarih ve 551 s. kararında; iki kişinin iştirak halinde birini dövmesinde, A'nın yumruğu ile mağdur dengesini kaybedip düşmüş ve boğazı cam ile kesilmiştir. Yargıtay diğer fail B'nin bu sonucu öngöremeyeceği için sorumlu olamayacağını belirtmiştir. Hakeri, *op. cit.*, s.509.

[256] Doğan, *op. cit.*, s.281.

tutulabilecekken, camın açıldığını bilmeyen ortağın salt terk suçunun^[257] temel halinden sorumlu tutulması gerekecektir. Diğer bir görüş ise ağır netice iştirak iradesi kapsamında kalan bir hareketin sonucu ise her fail özelinde ayrı bir taksir değerlendirilmesi yapılmadan, hepsinin bundan sorumlu tutulması gerektiği yönündedir^[258]. Daha başka bir görüş ise ağır neticeleri diğer suç ortakları öngörebilmiş ve kayıtsız kalmış ise sorumluluklarının doğacağını belirtmektedir^[259]. Böyle bir durumun basit taksiri aşacağı açıktır.

Belirtmek gerekir ki eğer müşterek faillerden biri ağır neticeye yönelik kasten hareket etmiş ise ortada gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan bahsedilemeyeceği gibi esasında iştirak iradesinden de bahsedilemez. Zira birinin öngörmediği yahut istemediği fakat diğerinin istediği bir neticeye yönelik ortak irade bulunamaz. Yargıtay da bir kararında; iki failin birlikte saldırdıkları mağduru, faillerden birinin karnından ve hayati risk oluşturacak şekilde, diğerinin ise bacağından hafif şekilde yaraladığı bir durumda müşterek failliğin oluşmayacağına ve ağır neticeden diğer müşterek failin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir^[260]. Bu gibi durumlarda, ağır neticeye yönelik kastı bulunmayanların kendi müstakil fiilleri hangi suçu oluşturuyorsa, o suçtan sorumlu tutulmaları gerekir. Eğer bu kişiler en az iki kişiyse, ilgili suçtan iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulacaklardır. Fakat kasten ağır neticeye konu suç tipini gerçekleştiren failin, tek başına işlediği suçtan cezalandırılması gerekir. Zira ortada diğer ortakları o suç ile bağlayacak bir iştirak iradesi söz konusu değildir. Örneğin üç kişi birini dövme fakat öldürmemek için anlaşmışlarında, içlerinden mağdurun kalp hastası olduğunu bilen tek failin mağdurun kalbine öldürme kastıyla yumruk atması sonucunda, ortada bir adet iştirak halinde yaralama ve bir adet de kasten öldürme suçu bulunacaktır.

Doktrindeki farklı bir görüş ise müşterek faillerden birinin kasten işlediği suçta diğer suç ortaklarının taksiri varsa, bunların neticesi sebebiyle ağırlaşmış

[257] Terk suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halinde iştirak hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum olmadığına yönelik bkz. Çakmut, *op. cit.*, s.73-74.

[258] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, op. cit.*, s.792-793.

[259] Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op. cit.*, s.534-535.

[260] Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 623/3610, 12.03.2007, Yurtcan, *op. cit.*, s.245.

suçtan sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir^[261]. Kanaatimizce böyle bir durum ancak kast-kast kombinasyonu ve kast-taksir kombinasyonunun aynı norm içerisinde bulunduğu “ölüm neticesi haricindeki” neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu gibi normlarda ve failin kasten neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir yaralamaya sebep olduğu, diğer ortaklarda ise aynı neticeye yönelik taksirinin mevcut olduğu bir durumda söz konusu olabilir. Eğer ortada ölüm varsa ve faillerden biri bunu kasten gerçekleştirmiş ise diğer ortakları sorumlu tutacak kasten yaralama temel suçu ve buna bağlı taksirli ağırlaşan neticeden doğabilecek bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu oluşamayacaktır.

V. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇTAN ŞERİKLERİN SORUMLULUĞU

A) AZMETTİRENİN SORUMLULUĞU

1- Ağır Neticeye Sebep Olan Fiilin İştirak İradesi Kapsamında Kalması Gereği

Azmettirenin herhangi bir suçtan ve pekâlâ neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan sorumlu tutulabilmesi için failin bu neticeye sebep olan fiilinin, iştirak iradesi içerisinde kalması gerekir^[262]. İştirak iradesi koştığında, müşterek faillerden her biri kendi fiilinden, bu fiiller eğer teşebbüs hali dahil herhangi bir suçun tipikliği içerisinde değerlendirilebiliyorsa, bundan sorumlu tutulabilirler. Fakat azmettiren için aynı yorumu yapmak mümkün değildir. Zira kanunumuzda “bir suçta azmettirmek” şeklinde ayrı bir suç yoktur. Her ne kadar bağlılık kuralına dair TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrasında kasten ve hukuka aykırı şekilde işlenmiş fiilin varlığı yeterli kabul edilse de bu fiil, ortak anlaşmaya yani iştirak iradesine konu fiildir. Gerçekleştirilen herhangi bir fiilin neticesinden azmettirenin iştirak iradesi bulunmaksızın sorumlu tutulması söz konusu olamaz.

[261] Yüksel, *op. cit.*, s.36; Doğan, *op. cit.*, s.277; Kastlı failin iştirak iradesinin dışına çıktığı fakat yine de taksiri bulunanların ağır neticeden sorumlu tutulacaklarına yönelik bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, “Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı. 1, Ağustos 2013, s.812-813.

[262] İştirak iradesini aşan, hırsızlığa azmettirilenin cinayet işlemesi gibi aşkın hareketlerden azmettirenin sorumlu tutulamayacağına yönelik bkz. Frister, *op. cit.*, s.437-438; Von Liszt, *op. cit.*, s. 206.

Ortada iştirak iradesine konu açık bir anlaşma varsa ve örneğin azmettiren, faili hasmının ayağını kurşunlaması için tutmuş fakat fail kasten mağduru başından vurmuşsa, iştirak iradesinin bu eyleme yönelik mevcut olmadığını ve azmettirenin ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağını^[263] belirtmekte bir problem yoktur^[264]. Fakat birinin yahut bir grubun suça azmettirildiği durumlarda, ortada genellikle muğlak bir anlaşma bulunacağını söylemek mümkündür. Örneğin bir babanın, kız kardeşine musallat olan X'i dövmesi ve tehdit etmesi için azmettirdiği oğlu ile oturup “başına vurma-sopa kullanma-tehdit et fakat silah çekme” gibi durumlar üzerinde bir anlaşma

[263] Hinüber ve Tegtmeyer, *op. cit.*, s.78; Örnek bir olayda azmettiren, müşterek failleri sadece yaralamaya azmettirmiş, müşterek faillerden biri “ben bu şahsı öldüreceğim” dediğinde ise “sakın öldürmeyin sadece yaralayın” diyerek iştirak iradesinin ne olduğunu açıkça dile getirmiştir. Buna rağmen failer mağduru kasten öldürmüşler, Yargıtay ise faillerin iştirak iradesinin dışına çıktıklarını kabul etmiş ve kasten öldürme suçundan azmettirenin sorumlu tutmamıştır. Bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 25 Mart 2009 tarih ve E. 2008/6619, K. 2009/1544, Koca ve Üzülmüş, *Kasten Yaralama*, *op. cit.*, s.813; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 17 Şubat 2020 tarih ve E. 2020/33, K. 2020/557, Eroğlu, *op. cit.*, s.204; İştirak iradesinin mevcut olmadığını belirtmesine rağmen Yargıtay bu kararlarda azmettirenin, ölüm neticeli neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu tutmuştur. Sanıyoruz ki bu yorum tartışmaya açıktır. Zira eğer ortada birden fazla bıçaklama fiili vardır ve bu fiillerden öldürücü olmayan bıçak darbesi üzerinde iştirak iradesi kurulmuş fakat öldürücü olan darbeler üzerinde kurulamamıştır denilebiliyor ise azmettirenin TCK'nin 40'inci maddesinin ilk fıkrası dolayısıyla ancak ölüm neticeli olmayan bir yaralama suçundan sorumlu tutmak söz konusu olabilecektir. Fakat eğer tüm bıçak darbeleri öldürmeye yönelik tek bir fiildir denilebiliyorsa (*ki bizce böyledir ve öldürme kastıyla mağduru on kez bıçaklayarak öldürmek ile bir kere kalbinden bıçaklayarak öldürmek arasında fiil bağlamında bir fark yoktur*), iştirak iradesi söz konusu olmadığı zaman TCK'nin 40'inci maddesinin ilk fıkrası uygulanamayacağı ve azmettirmek de müstakil bir suç olmadığı için azmettirenin beraat etmesi gerekecektir. İştirak iradesi koptuğunda, müşterek faillerden her biri kendi fiiline bakılarak, bu fiiller eğer teşebbüs hali dahil herhangi bir suçun tipikliği içerisinde değerlendirilebiliyorsa, bundan sorumlu tutulabilirler. Fakat azmettiren için aynı yorumu yapmak mümkün değildir. Çünkü azmettirenin sorumluluğu ancak gerçekleştirilen temel eylemin iştirak iradesi içerisinde kalması durumunda mümkün olabilir. Karara konu olayda azmettirenin “yaralayın demesi” ile failerin “yaralayarak öldürmesi” yani suç ile korunan hukuki değerler ile fiillerin benzer olmasının bir önemi yoktur. Kanaatimizce bu gibi durumlarda azmettirenin sorumlu tutulabilmesi için azmettirmek, müstakil bir suç olarak özel hükümlerde düzenlenmeliydi.

[264] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.907; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan azmettirenin sorumlu tutulabilmesi için evvela temel suçun iştirak iradesi içerisinde kalması gerektiği yönünde bkz. Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.791-792.

yapacağını söylemek pek de ihtimal dahilinde değildir. Öyleyse azmettirilen failin muğlak suç anlaşmasında açıkça yasaklanmayan yahut açıkça dile getirilmeyen bir aşkın fiili gerçekleştirme çoğu zaman mümkündür. Aşkın fiiller noktasında burada müşterek faillere yönelik teorilerden sapmayı gerektirecek bir durum yoktur. Bu sebeple ilgili görüşler^[265] ve benimsenen görüşler burada tekrar edilmemiştir. Jescheck, suçun işlenişini tamamen başkasının iradesine bıraktıkları için iştirak iradesinin kopup kopmadığı noktasındaki sınırın, azmettirenler bakımından daha geniş tutulması gerektiğini belirtmektedir^[266]. Objektif teoriler açısından bu mantıklı bir yorum olabilir. Bu noktada belirtilmesi gereken temel husus şudur: İştirak iradesi kapsamında kalması gerektiği söylenen aşkın hareketlerde veya iştirak iradesinin içerisinde kaldığı açıkça belli hareketlerde, temel suça azmettirilen fail kasten bu suçu işler ve fakat taksirle ağır bir neticeye sebep olursa, iştirak iradesinin varlığı sebebiyle azmettirenin bu ağır neticeden sorumlu tutmak mümkün olacaktır.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir diğer mesele, hedefte saptmaya dair durumlar ve bunların neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suça sebep olmasıdır. Bu sapma ayağından vurulacak kişinin istemeden başından vurulmasında

[265] Örneğin önemsiz sapma teorisine göre azmettirilen ortak iradeden önemli biçimde saparsa; iştirak iradesi kopacak ve aşkın hareketin neticesinden azmettiren sorumlu tutulmayacak, önemsiz sapmalarda ve örneğin suç aletinin çok farklı olmayan biçimde değişiminde ise sorumluluk doğacaktır. Bkz. Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.440; Bu konuda ayrıca bkz. Demirbaş, *op. cit.*, s.512; Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2, op. cit.*, s.331 ; Bu tür objektif teorilerin bir diğer görünümü olan doğal ve olası sonuçlar teorisinde azmettirenlere yönelik verilen örnek, birini hasmının adresini vererek dövme azmettirmektir. Bu durumda eğer fail öldürme kastı gütmeyen mağdurun başına sopayla vurup ölümüne neden olursa; azmettiren, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu da içinde barındıran ikinci derece cinayetten sorumlu tutulacaktır. Rogers, *op. cit.*, s.1363; Türk hukukunda da objektif nitelikteki “önemli-önemsiz sapma” değerlendirmesinin neye göre yapılacağı belli olmadığından, bu yöndeki ağırlıklı görüş benimsenir ise böyle bir durumda azmettirenin sorumluluğunun doğabileceği söylenebilir.; Müşterek failler noktasında önemsiz sapma teorisini benimseyen fakat azmettiren-fail arasındaki aşkın fiillerde azmettirenin kastının önceleneceğine yönelik görüş için bkz. Töngür ve Çetintürk, *op. cit.*, s.329; Önemli-önemsiz sapma noktasında ayrıca bkz. Kühl, *op. cit.*, s.859-860 vd.

[266] Jescheck, *op. cit.*, s. 689; Jescheck’in bu noktadaki önemli-önemsiz sapma örneği şudur: Hırsızlığa azmettirilen evdeki mağdura tecavüz etmesi ya da yaralamaya azmettirilenin mağduru öldürmesi, önemli sapma sayılacaktır. *Ibid.*, s. 689-690.

olduğu gibi aynı mağdur özelinde gerçekleşebileceği gibi farklı bir mağdura yönelik sapma da gerçekleşebilir. Örneğin C'yi yaralaması için azmettirilen X, düzgün nişan alamadığı için yanlışlıkla D'yi vursa, iştirak iradesinin kopup kopmadığına yönelik bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Zira C'yi yaralamaya teşebbüs suçuna yönelik iştirak iradesinin bulunduğu açıktır ve D'yi vurmak ise taksirli bir suç olduğundan, buna iştirak söz konusu olmayacaktır. Bu durumda taksirli suça iştirak olmayacağı için iştirak iradesi içerisinde kalan teşebbüs suçundan azmettiren ve fail iştirak halinde sorumlu tutulacaklardır^[267]. Fakat X, C ve D'nin olduğu sokağı üstün körü taradığı için kurşun D'ye isabet etmiş olsa, D de hastaneye yetiştirilememesi nedeniyle kan kaybından ölse, burada iştirak iradesinin kopup kopmadığına bakmak gerekecektir. Objektif yahut sübjektif teoriler sonucu iştirak iradesinin koptuğu söylenebiliyor ise böyle bir durumda azmettirenin olası kastla D'yi neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan değil, sadece oluşan diğer suçtan yani C'yi kasten yaralamaya teşebbüsten sorumlu tutmak gerekir^[268]. X ise bu suçlar açısından zincirleme suç(m.43, fıkra 2 ve 3) hükümleri uygulanamayacağı için teşebbüs halinde kalmış suçtan iştirak halinde, olası kastla işlediği suçtan ise müstakil biçimde sorumlu tutulacaktır.

Eğer şahısta hata durumu varsa ve örneğin bacağından bıçaklanması istenilen kişi değil de ona tıpa tıp benzeyen ikizi bıçaklanmış ve düzgün sarılamadığı için kangren olan bacak kesilmek zorunda kalmışsa, bir görüşe göre “herhangi birinin bacağından bıçaklanmış olması”, azmettirenin iştirak iradesinin varlığı ve sorumluluk için yeterlidir^[269]. Failin iştirak iradesine konu kişi olması suç lafzında aranan “herhangi bir insanı bıçaklama” şartı için gerekmediği ve burada TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrası uygulanmayacağı için kasıtlı işlenmiş bir suç söz konusu olacak ve buna iştirak mümkün olacaktır. Ancak bu tür durumlarda kanaatimizce azmettiren yönünden bir sorumluluk karinesi getirilemez. İştirak iradesi bu tür durumlarda da ayrıca incelenmeli ve örneğin fail mağdura pek de benzemeyen birini gözleri kamaştığı için o an mağdur sanarak bıçaklamışsa, iştirak iradesinin koptuğundan bahsedilmeli ve ortada asıl mağdura yönelik

[267] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.441.

[268] Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 17 Nisan 2019 tarih ve E. 2018/2941, K. 2019/2332, Eroğlu, *op. cit.*, s.205.

[269] Erem, *Suçta İştirak*, *op. cit.*, s.67.

teşebbüs aşamasında dahi bir fiil de bulunmadığından, azmettiren hiçbir suçtan sorumlu tutulmamalıdır.

2- Ağır Neticeye Yönelik En Azından Taksirli Olunması Gereği

Azmettiren ile fail/müşterek failer arasındaki iştirak iradesinin, ağır neticeye sebep olan eylem noktasında mevcut olduğu değerlendirildikten sonra, azmettireni neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulabilmek için TCK'nin 23'üncü maddesinde^[270] kabul edilen subjektif sorumluluk felsefesi gereğince azmettirenin ağır neticeye yönelik taksirinin mevcut olup olmadığına bakılmalıdır^[271]. Örneğin kendisine haksızlık yaptığını düşündüğü amirinden intikam almak için amirine gözaltında kötü muamelede bulunması için sevgilisini azmettiren biri ve fail sevgilinin planı, amir hakkında iftira atarak suç duyurusunda bulunmak ve oradaki tek karakol failin çalıştığı karakol olduğu için de gözaltı sırasında failin amiri tartaklaması olsun. Burada azmettiren ayrıca iftira suçunun failidir. Fakat fail polisin gözaltı sırasında iştirak iradesine konu tartaklama amacıyla mağdura attığı tokat noktasında bu kişi azmettirendir. Eğer bu tokat sonucu suçun TCK'nin 95'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşir ve mağdurun gözünde kalıcı bir bozukluk meydana gelirse, işte burada azmettiren yönünden ağır neticeye yönelik taksir değerlendirmesi yapılacaktır. Eğer taksirin bulunduğu söylenebiliyor ise azmettireni suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden, aksi halde temel halinden sorumlu tutmak gerekir^[272]. Burada taksir değerlendirmesi failer

[270] TCK'nin 23'üncü maddesinin şeriklere uygulanamayacağı söylene dahi subjektif sorumluluk esası gereğince failin fiilinin neticesinden şerikleri doğrudan sorumlu tutmanın mümkün olmayacağına ve subjektif sorumluluğun değerlendirmeye alınacağına yönelik görüş için bkz. Çelen, *op. cit.*, s.397.

[271] Gropp, *op. cit.*, s.442; Jescheck, *op. cit.*, s.689-690; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.336; Demirbaş, *op. cit.*, s.512; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.330; Kavlu, *op. cit.*, s.598; Gökçen ve Balcı, *op. cit.*, s.402; Doğan, *op. cit.*, s.281; Şener, *op. cit.*, s.106; Balcı, *op. cit.*, s.352-353; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.770; Olgaç, *op. cit.*, s.240; Aydın, *op. cit.*, s.267-268; Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı, op. cit.*, s.352; Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, op. cit.*, s.23-25; Dülger, *op. cit.*, s.472; Eroğlu, *op. cit.*, s.129.

[272] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.909-910; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.330; Doktrindeki katılmadığımız bir görüşe göre ise temel suçta azmettirilen fail neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçta sebep olduğunda, azmettirenin bu ağır neticeye yönelik

ve şerikler dahil her suç ortağının kendi özelinde yapılacak, salt taksiri tespit edilenler ağır neticeden sorumlu tutulabilecektir^[273].

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda makalenin başında da belirtildiği üzere objektif özen yükümlülüğüne yönelik bir değerlendirme yapılmadan, salt neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olup olmadığına dair bir taksir değerlendirilmesi yapılır. Bu değerlendirmeyi yapmak bazen kolaydır. Yargıtay bir kararında, dövmek üzere azmettirdiği kişilerin mağdurun kafasına vurması sonucu mağdurun ölümüne neden olmaları olayına dair, azmettirenin ağır neticeden sorumlu tutulmuştur^[274]. Kararda sübjektif öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılmasa da iştirak iradesi mevcutsa, kavgada bir kişinin kafasına vurulması sonucu ölebileceğini çoğu insanın öngörmesi mümkündür^[275]. Yine bu noktada ABD’de yaşanan bir olay da uygun bir örnek olacaktır. Bu olayda azmettiren, aralarında husumet olan iki tanıdığına silah vermiş ve husumetlerini düello yaparak bitirmelerine yönelik bunları ikna etmiştir. Düello sırasında taraflardan biri diğerini yaralama kastıyla vurmuş fakat mağdur ölmüştür. Azmettiren ise pekala bu neticeden sorumlu tutulmuştur^[276]. Fakat bazen fiille doğrudan temas etmeyen azmettirenin, neticeye yönelik sübjektif öngörebilme imkanını ortaya koymak zor olabilir. Örneğin anneyi bebeğini yalnız bırakıp kendisiyle buluşması için azmettiren biri, bebeğin o sırada kaloriferler arızalandığı

taksiri var ise bunu şerik olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutmak mümkün değildir. Azmettirenin burada taksirli yan failliği gündeme gelecek ve örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunda, taksirle öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Fakat kol kırılması gibi ağır neticenin kanunda ayrıca bir suç olarak düzenlenmemiş ağır hallerde azmettiren kasten yaralamadan sorumlu tutulacaktır. Bkz. Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, *op. cit.*, s.357.

[273] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.330.

[274] Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 05 Aralık 2012 tarih ve E. 2012/4586, K. 2012/9095; Yargıtay’ın darp etmeye/dövmeye azmettirmede ölümün “beklenebilir” olduğunu belirttiği kararları da mevcuttur. Yargıtay Birinci Ceza Daire E. 2008/8229, K. 2010/7889, Doğan, *op. cit.*, s.283-284.

[275] Bu tür kolay sübjektif öngörülebilirlik yorumları, azmettirenin “gerekirse yap” dediği durumlarda da görülür. Bu yönde bir karar için bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 4586-9095, 5.12.2012, Doğan, *op. cit.*, s.285-286.

[276] Rogers, *op. cit.*, s.1368-1369.

için hasta olacağını^[277] sübjektif olarak öngöremeyecek olabilir. Fakat terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini doğuracak bu olayda, azmettiren apartmanda kaloriferlerin sık sık arızalandığını biliyor ve mevsim de kış ise bunun sübjektif olarak öngörülebilir olacağı da söylenebilir. Öyleyse bu tür durumlarda taksir değerlendirmesinin doğru yapılabilmesi için azmettiren hakkında ciddi bir araştırma yapılması gerekebilecektir.

3- Failin Ağır Neticeye Yönelik Taksirinin Bulunmasının Gerekemediği Fakat Bağlılık Kuralı Gereğince Kasıtlı ve Hukuka Aykırı Bir Fiilin Varlığı ile Ağır Neticeye Yönelik İlliyet Bağının Gerektiği

Bağlılık kuralının tabiatından kaynaklandığı üzere, şeriklerin sorumluluğu için failin işlemesi yahut teşebbüs aşamasına kadar getirmesi gereken bir suçun varlığı şarttır. TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrasında ise failin kusurluluğu bulunmasa ve bu sebeple fail cezalandırılmasa da şeriklerin işlenen suçtan sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Fakat şeriklerin sorumluluğu için ortada objektif-sübjektif tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları ile oluşmuş bir suçun varlığı gerekir^[278]. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksir değerlendirmesi her ortak özelinde ayrı ayrı yapılacağından, failin taksiri yoksa failin temel suçtan ve azmettirenin ise taksiri bulunduğu için ağır neticeden sorumlu tutulması mümkündür^[279]. Böyle bir durum, iştirak iradesi içerisinde temel suçun işlenmesinden ve aslında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun kast-taksir kombinasyonu şeklinde gelişen yapısından kaynaklanmaktadır. Öyle ki failin tek başına işlediği bir suçta da ağır neticeye yönelik taksiri var ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan,

[277] “Mağdurun hastalığa yakalanmış olması fiziki ya da psikolojik olsun, kişilerin vücut veya akıl fonksiyonlarının yerine getirilmesinde herhangi bir bozukluk yaratan her patolojik durum hastalık sayılmaktadır.” (Çakmut, *op. cit.*, s.69).

[278] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.477; Michiels ve Jacques, *op. cit.*, s.105.

[279] Doğan, *op. cit.*, s.284; Eroğlu, *op. cit.*, s.202-203; Özgenç, *Kavga Suçu*, *op. cit.*, s.494; Bağlılık kuralı uygulanmasa da şerik konumundaki ortağın taksiri nedeniyle sorumluluğuna yönelik katılmadığımız yönde bkz. Taşkın, *op. cit.*, s.134; Böyle bir durumda bağlılık kuralı gereğince failin taksiri bulunmuyorsa, taksiri bulunan şeriklerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulamayacağına ve tüm ortakların kasıtlı temel suçtan sorumlu tutulacağına yönelik katılmadığımız yöndeki görüş için bkz. Yüksel, *op. cit.*, s.60; Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama*, *op. cit.*, s.25

taksiri yok ise kasıtlı olarak işlediği temel suçtan sorumluluğu gündeme gelmektedir. Halbuki ortada ne fikri içtima konusu tek fiil ile gerçekleştirilmiş iki ayrı kasıtlı suç ne de birden fazla fiil gerçekleştirilse de tek fiil sayılan ve temel halin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun bir unsuru olduğu bileşik suç türünden bir durum yoktur^[280]. Bu tür suçlarda ortada işlenmiş iki ayrı suçun bulunduğu, bunlardan birinin kasıtlı suç ve ikincisinin ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi olduğu ve bu ikinci suçtan sorumluluğun da ancak ağır neticeye dair en azından taksirin bulunması durumunda meydana geleceği açıktır^[281]. Burada fikri içtima benzeri bir durumla ağır neticeye yönelik kast yahut taksir değerlendirmesi sonucunda tek suçtan sorumluluğun doğmasının normatif temeli fikri içtima değil, TCK'nin 23'üncü maddesinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara yönelik bu durumu da içinde barındıran düzenlemesidir. Bu sebeple şeriklerin ağır neticeden sorumlu tutulabilmeleri için failin ağır neticeden sorumlu tutuluyor olması gerekmemekte, bu durum da bağlılık kuralı ile çelişmemektedir.

Failin ağır neticeye yönelik taksirinin bulunmaması şeriklerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğunu etkilemese de bağlılık kuralı gereğince failin temel suça yönelik kasıtlı ve hukuka aykırı^[282] fiilinin varlığı gerekir. Ayrıca temel suça yönelik kasten gerçekleştirilen ve temel suça konu netice için illi olan fiilin, ağır neticeye yönelik de illiyet bağıını bünyesinde bulundurması gerekir. Aksi halde ne fail ne de şerikler açısından, TCK'nin 23'üncü maddesi gereğince taksir değerlendirmesini gerektiren bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç gündeme gelmeyecektir^[283].

4- Azmettirenin Aldatmak yahut Hatalardan Yararlanmak Suretiyle Dolaylı Failliği

Azmettirenin, faili belirli bir suçu kararlaştırılmış eylemler silsilesi sonucunda işlemeye azmettirdiği fakat aslında kafasında bambaşka bir

[280] Mahmutoğlu ve Karadeniz, *op. cit.*, s.390; Doğan, *op. cit.*, s.289, Hakeri, *op. cit.*, s.244.

[281] Önder, *op. cit.*, s.177-178.

[282] Temel suça yönelen fiile dair hukuka uygunluğun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşumuna engel olduğu yönünde bkz. Özbek, *op. cit.*, s.520.

[283] Ayrıca bkz. Hennau, Verhaegen, Spielmann ve Bruyndonckx, *op. cit.*, s.281-282.

suçun işlenmesi arzusunun olduğu ve bu yüzden faili kandırdığı, bu sebeple de failin kasten gerçekleştirdiği eylemleri neticesinde bambaşka bir suçun olduğu durumlar gerçekleşebilir. Örneğin okuma yazma bilmeyen faille kira sözleşmesi diye aktarılan fakat aslında resmi belge niteliğinde tapu müdürlüğüne ait bir belgeyi yakması için para verilse yahut başka şekilde buna azmettirilse, fail TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince hatasından yararlanacağı ve suçun taksirli hali de olmadığı için neticeden sorumlu tutulmayacaktır. Burada iradeler uyuşmadığı için iştirak iradesinden ve dolayısıyla da iştirak hükümlerinin uygulanabileceği bir durumdan bahsedilemeyeceği için azmettirenin failin iradesi üzerinde hakimiyeti ve onu suçta araç olarak kullanması sebebiyle (*dolaylı*)failliği gündeme gelecek^[284], azmettiren dolaylı fail olarak resmi belgeyi yok etmek suçundan cezalandırılacaktır^[285].

Bu tür durumlarda iştirak iradesine konu suçun işlenmiş olması ve ayrıca dolaylı faillğe yönelik diğer bir suçtan salt azmettirenin sorumlu tutulması da mümkündür. Örneğin cinsel saldırı suçunda bulunması için azmettirilen faille bu suç için kullanması için bir de uyku ilacı verilirse, burada azmettiren aynı zamanda yardım eden olacak fakat azmettirme yardım etmeye üstün gelecektir. Bu örnekte uyku ilacı aslında zehir olsa ve fail bunu bilmese; suçu işlemeye koyulan fail mağdura önce uyku ilacı diye zehri verse ve uyuduğunu sandığı fakat aslında baygınlık geçiren ve saatler sonra ölecek olan mağdura yönelik bu durumu bilmeyerek cinsel saldırı suçunu işlese, ortada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara yönelik çok aşamalı bir problem meydana gelecektir. Cinsel saldırı sonrasında ölümün meydana gelmesi TCK'nin 102'nci maddesinin beşinci fıkrasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olarak düzenlenmiş ise de zehrin tesiri ile ölümün gerçekleşmiş olması sebebiyle bu olayda cinsel saldırı ile ölüm arasında bir illiyet bağı kurulamayacaktır. Öyleyse burada kişiye zehri vermek suretiyle kasten öldürme ve cinsel saldırıda bulunmak suçları iki ayrı fiil ile gerçekleştirildiği için fikri içtima değerlendirmesi yapmaya gerek kalmadan, iki ayrı suçun olduğundan bahsedilecektir. Azmettiren ile failin cinsel saldırı noktasında iştirak iradelerinin oluşumunda bir hata meydana gelmediğinden, azmettirenin bu suçtan şerik olarak sorumlu tutulması pekala mümkündür. Azmettirenin uyku ilacı diyerek faili kandırması ve

[284] Von Liszt, *op. cit.*, s.201.

[285] Benzer örnek ve değerlendirme için bkz. Yüksel, *op. cit.*, s.60.

öldürücü zehir vermesi noktasında ise fail hata halinde olduğundan iştirak iradesinden bahsedilemeyecek ve azmettiren dolaylı fail olarak kasten öldürmeden sorumlu tutulacaktır^[286]. Böyle bir durumda failin TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasında taksirli sorumluluk saklı tutulduğu için taksirli sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Konuya dair bir başka örnek, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna yönelik verilebilir. Örneğin azmettiren, mağdurun özel sağlık sorununu bildiğinde ve bu sorunu bilmeyen faili basit yaralama için azmettirdiğinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan kimin ne şekilde sorumlu tutulabileceğini tartışmak gerekir. Bu halde azmettirenin esas amacı o neticeyi elde etmek ise faili kandırılmış sayılacağı ve aslında kasten o neticenin gerçekleşmesini istediği için dolaylı failliği gündeme gelecektir. Burada iştirak iradesinden bahsedilemeyeceğinden, (*kast-kast kombinasyonu olan*) neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu noktasında azmettirenin başkasını araç olarak kullanmak suretiyle (*dolaylı*)failliği, yaralamayı gerçekleştiren araç failin ise neticeyi sübjektif olarak öngörme imkanı bulunmuyorsa salt basit yaralama suçundan failliği gündeme gelecektir^[287]. Taksiri mevcut ise bu durumda (*kast-taksir kombinasyonu olan*) neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan da pekala bu şahsın sorumlu tutulması mümkündür. Fakat böyle bir durumda azmettirenin ağır neticenin gerçekleşeceğine dair kast düzeyinde bir istek yahut olası kast düzeyinde bir kabulleniş yoksa, bu durumda iştirak iradesinin kurulduğundan bahsedilecek ve dolaylı faillik gündeme gelmeyecektir. Örneğin hayat tecrübesi bu sonuca karşı olası kastının bulunmasına yetmeyecek bir lise talebesi, kalp hastası olduğunu bildiği birinin sıkıştırılıp tartaklanması sonucu kalp krizi geçirebileceğini öngörmüş fakat istememiş ise bilinçli taksirden, öngörmemiş fakat öngörebilir idiyse basit taksir dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğu gündeme gelecektir.

[286] Benzer örnek için bkz. Balcı, *op. cit.*, s.357.

[287] Benzer yönde bkz. *Ibid.*, s.356; Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı, op. cit.*, s. 358; Yüksel, *op. cit.*, s.73.

B) YARDIM EDENİN SORUMLULUĞU

1- Ağır Neticeye Sebep Olan Fiilin İştirak İradesi Kapsamında Kalması Gereği

Yardım eden ile fail/müşterek failer arasında iştirak iradesi kurulamamış yani yardım edenin iştirak iradesini aşan bir durum gerçekleşmiş ise ortada iştirak hükümlerinin uygulanabileceği bir durum olmadığından, ne kasten işlenen temel suçtan ne de taksirli ağır neticenin sebep olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan yardım edeni sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır^[288]. Burada yardım eden iştirak ettiği suça konu hareketleri gerçekleştirmediği için^[289] ancak davranışı ayrı bir suçun tipikliği içerisinde kalmış ise salt o suçtan fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu konuda detaylı açıklamalar için azmiettirene dair anlatımların yer aldığı başlıklara bakılmalıdır.

2- Ağır Neticeye Yönelik En Azından Taksirli Olunması Gereği

İştirak iradesine konu kasıtlı temel eylem fail tarafından gerçekleştirilmiş fakat netice ağırlaşarak yahut başkalaşarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipini meydana getirmişse, yardım edeni bu ağır neticeden sorumlu tutmak için ağır neticeye yönelik taksirinin mevcudiyeti gerekir. Yardım edenler birden fazla kişi ise her biri özelinde ayrı ayrı taksir değerlendirmesi yapılacak, ağır neticeye yönelik taksiri bulunmayanların ise salt temel suçtan sorumlulukları doğacaktır^[290].

Doktrindeki bir görüşe göre TCK'nin 23'üncü maddesine göre taksir değerlendirmesi yapılacak ise de fail anlaşma doğrultusunda bir suç işlemişse, yardım eden konumunda bulunan ortağın yardıma konu fiilini

[288] Şener, *op. cit.*, s.102; Özen, *op. cit.*, s.242; Çelen, *op. cit.*, s.397-398; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.791-792; Ayrıca bkz. Von Liszt, *op. cit.*, s.210.

[289] Rossi, *op. cit.*, s.194-195.

[290] Frister, *op. cit.*, s.429; Kühl, *op. cit.*, s.829-830; Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2, op. cit.*, s.307; Aydın, *op. cit.*, s.267-268; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.336; Demirbaş, *op. cit.*, s.512; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.330; Kavlu, *op. cit.*, s.598; Şener, *op. cit.*, s.106; Gökçen ve Balcı, *op. cit.*, s.402; Doğan, *op. cit.*, s.281; Taşkın, *op. cit.*, s.132; Yüksel, *op. cit.*, s.92; Olgaç, *op. cit.*, s.239; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.791-792; Dülger, *op. cit.*, s.472; Şener, *op. cit.*, s.102; Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, op. cit.*, s.23-25; Eroğlu, *op. cit.*, s.129-202-203.

gerçekleştirmesi ve suçun işlenişini salt faile bırakması sebebiyle her türlü olası sonucu kabul ettiğini söylemek mümkündür. Öyleyse bu durum olası kastı gösterir ve taksir değerlendirmesi salt teorik bir kurum olarak kalır^[291]. Esasında çoğu durumda böyle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Örneğin bir olayda failer soygun sırasında içeridekileri bayıltmak için deri kayış kullanarak boğazlarını sıkma yöntemi üzerinde anlaşmışlardır. Bayılmaları için boğulanlar arasından ölenler olmuş ve burada failerin ağır neticeye yönelik olası kast düzeyinde bir kabullenişlerinin bulunduğu, Alman Federal Mahkemesi tarafından ortaya konmuştur. İştirak iradesi belirli bir neticeye yönelik olsa da olası kasta bağlı neticeler de irade içerisinde varsayılır^[292]. Öyleyse böyle bir durumda kayışları temin ettikleri yardım eden konumundaki ortakta da şüphesiz ki bir kabulleniş bulunacaktır. Fakat kanaatimizce her olayı kendi özelinde değerlendirmek ve yardım eden konumundaki ortaklar için ayrıca sübjektif öngörülebilirlik değerlendirmesi yapmak gerekir.

3- Failin Ağır Neticeye Yönelik Taksirinin Bulunmasının Gerekmediği Fakat Bağlılık Kuralı Gereğince Kasıtlı ve Hukuka Aykırı Bir Fiilin Varlığı ile Ağır Neticeye Yönelik İlliyet Bağının Gerektiği

Yukarıda azm ettirene yönelik açıklamalar sırasında detaylı olarak aktarıldığı üzere, iştirak halinde işlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksir değerlendirmesi her ortak özelinde ayrı ayrı yapılacağından, failin taksiri yoksa temel suçtan ve yardım edenin ise taksiri bulunduğu için ağır neticeden sorumlu tutulması mümkündür^[293]. Fakat bağlılık kuralı gereğince temel suçun kasten ve hukuka aykırı olarak^[294] gerçekleştirilmiş olması ve ayrıca failin fiilinin ağır neticeye yönelik illi olması gerekir. Bu konuda

[291] Çelen, *op. cit.*, s.397-398-399; İnsan üzerinde deney suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali yönünden bu yöndeki görüş için bkz. Eşitli, *op. cit.*, s.192.

[292] Puppe, *op. cit.*, s.236 (BGHSt 7, 363).

[293] Doğan, *op. cit.*, s.277; Eroğlu, *op. cit.*, s.202-203; Özgenç, “Kavga Suçu”, *op. cit.*, s. 494; Ayrıca bkz. Taşkın, *op. cit.*, s.134.

[294] Örneğin insan üzerinde deney sonucu ölüm gerçekleşirse, deney hukuka uygun olarak yapılmış ise fiil hukuka uygun olduğundan neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun meydana gelmesi mümkün değildir. Bkz. Kul, *op. cit.*, s.89; Altunkaş, *op. cit.*, s.403-404.

detaylı açıklamalar için azmettirenine dair yukarıdaki başlıklar altında yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

4- Yardım Edenin Aldatmak yahut Hatalardan Yararlanmak Suretiyle Dolaylı Failliği

Bir suçta yardım eden konumundaki suç ortağının, faili aldattığı yahut onun hatasından yararlandığı bir durumda iştirak iradesinin oluşup oluşmadığı ile buna bağlı olarak yardım etme yoluyla failin araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı meselelerinin açıklığa kavuşturulması önemlidir. Failin yardım edenden X'i bacağından vurmak için silah istediği bir durumda; yardım eden X'in hemofili hastası olduğunu ve failin bu durumu bilmediğini bildiği halde faile silahı veriyor ise kanaatimizce ortada yaralama suçuna yönelik oluşan ortak bir iştirak iradesinden bahsedilemez. Zira silahı veren kişinin iradesi X'in ölümüne, failinki ise yaralanmasına yönelik gerçekleşmektedir. Böyle bir durumda yardım edenin dolaylı failliğinin gündeme gelmesi gerekir. Ortak bir anlaşma yani iştirak iradesi söz konusu olmadığından, taraflar ayrı ayrı kendi fiillerinden sorumlu tutulacak ve araç failin ölüm neticesine yönelik taksiri bulunmuyorsa kasten yaralamadan, yardım eden olarak görünen dolaylı fail ise başkasını araç olarak kullanmak suretiyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır^[295].

VI. DOLAYLI FAİLİN SORUMLULUĞU

A) ARAÇ OLARAK KULLANILAN KİŞİNİN AĞIRLAŞAN VEYA İSTENİLEN NETİCEYE YÖNELİK KAST YA DA TAKSİRİNİN BULUNMASININ GEREKMEDİĞİ

İştirak iradesi objektif tipikliğine konu unsurları belirli bir suçta yönelik bilme ve istemeyi gerektirir. Bir taraf hata halinde olduğunda yani örneğin

[295] Çelen, *op. cit.*, s.399-400; Burada gündeme gelebilecek bir diğer örnek, mısır tarlasındaki iki kişiden birinin diğerinin silahını isteyip “korkuluğu vuracağını” söylemesi ve fakat korkuluğun aslında bir insan olması, silah verenin de bunu bilmesi durumudur. Böyle bir durumda da ortak bir anlaşma yani iştirak iradesinden bahsedilemeyeceğine göre silahı veren kişinin yardım eden değil, dolaylı faillik sıfatıyla kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekecektir. Bkz. Sarıgül, *op. cit.*, s.116; Zıt yöndeki bir görüşe göre ise yardım edenin zehrin öldürücü olduğunu bildiği fakat failin bilmediği bir durumda, ölüm halinde fail kasten yaralamadan ve yardım eden ise şerik sıfatıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulacaktır. Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.792.

diğer tarafça aldatıldığında ise ortada iştirak iradesinden bahsetmek mümkün değildir^[296]. TCK'nin 37'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince dolaylı failin araç şahsın iradesi üzerinde hakimiyet hali; isnat yeteneğinin bulunmamasında, kusurluluğu kaldıran hallerde ve TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrası bağlamında kastı kaldıran hata halinde meydana gelebilir^[297]. CMK'nin 223'üncü maddesi bağlamında bir değerlendirme yapıldığında, bu kişiler beraat ettirilmediğine göre bunlardan da bir kısmında kast ve taksir derecesinde bir bilincin bulunabileceğini söylemek gerekir^[298]. Fakat dolaylı failin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi için araç şahsın temel suça yönelik bir kastının olması gerekmediği gibi ağır neticeye yönelik bir taksirinin mevcudiyeti de gerekmez. Zira iştirak hükümlerinin uygulanmadığı bu durumda herkes kendi fiilinden sorumlu tutulacak olup, suçu işleyen de zaten başkasını araç olarak kullanmak suretiyle dolaylı failin kendisidir. Öyleyse sübjektif sorumluluk yönünden değerlendirmeye tabi tutulması gereken yalnızca dolaylı fail olmaktadır.

B) ARAÇ OLARAK KULLANILAN KİŞİNİN DAVRANIŞLARININ HUKUKA AYKIRI OLMASININ GEREKMEDİĞİ

Dolaylı faillik yani başkasını araç olarak kullanma durumunda TCK'nin 40'ıncı maddesinin birinci fıkrası geçerli olmadığı için araç olarak kullanılan kişinin fiilinin hukuka uygun olması da dolaylı failin sorumluluğu açısından önemsizdir. Örneğin birine iftira atılmış ve kişi tutuklanmış yahut mahkûm edilerek hapse atılmış ise yargı mercileri hürriyeti tahdit suçunda araç olarak kullanılmış sayılacaktır^[299].

[296] Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.566.

[297] Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.464-465; Yılmaz, *Dolaylı Faillik*, *op. cit.*, s.133; Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.765; Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.205

[298] Bu tartışma, makalenin dolaylı faillğe yönelik başlığı altında yapılmıştır.

[299] Gropp, *op. cit.*, s.412; Özyüksel, *op. cit.*, s.114-115; Keçecioğlu, *op. cit.*, s.82; Ayrıca bkz. Yargıtay On Dördüncü Ceza Dairesi, 30 Eylül 2014 tarih ve E. 2013/746, K. 2014/10680, Yüksel, *op. cit.*, s.66; Yalan tanıklık yönünden bkz. Yılmaz, *Dolaylı Faillik*, *op. cit.*, s.176-177; Bu durum TCK'nin 267'nci maddesinin dördüncü fıkrasında da fikri içtima uygulanmaması için ayrıca zikredilmiştir; Esasında bu gibi durumlarda hukuka uygunluğun kendisi iştirak halinde işlenen suçların meşrulaştırılmasının bir aracı olabilir. Bu halde ise pozitif hukukun ötesinde bir anlayışla bakıldığında, dolaylı

C) ARAÇ OLARAK KULLANILAN KİŞİNİN FİİLİ İLE AĞIR NETİCE ARASINDA İLLİYET BAĞININ BULUNMASI GEREĞİ

Bir suçta arkadaki adam olan dolaylı fail, öndeki adamı araç olarak kullandığı için aslında araç şahsın fiili dolaylı failin fiili durumundadır. Araç şahsın üzerinde kurulan irade hakimiyetine dayalı bu yapı, bir kuklacının kuklasını hareket ettirmesine benzetilebilir. Öyleyse araç şahsın fiili ile ağır netice arasında illiyet bağı kurulamadığında, aslında dolaylı failin fiili ile netice arasında illiyet bağı kurulamamış sayılacaktır. Kanaatimizce araç şahsın fiili ile ağır netice arasında illiyet bağının bulunması, dolaylı failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için şarttır^[300].

Örneğin ağır zeka geriliğine sahip olduğundan cezai ehliyeti bulunmayan bir akıl hastasına, ellerindeki sopalarla birbirlerine hafifçe vurarak oyun oynayan çocukların kendisiyle de oyun oynamak istediklerini söyleyen ve onu çocukları yaralaması için eline sopa vererek oyuna katılmaya ikna eden şahsın dolaylı failliğinin gündeme geleceği açıktır. Akıl hastası, çocukların arasına elinde sopayla daldığında ve çocuklara vurmaya başladığında, kaçan çocuklardan biri hiçbir korkuluk olmayan kanala düşse ve boğularak ölse, kanaatimizce burada akıl hastasının yaralama fiili ile ölüm neticesi arasında bir illiyet bağı kurulamadığından, dolaylı faili neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Dolaylı failin yalnız gerçekleştirilmesini istediği kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekir.

faillikten ziyade iştirak halinde işlenmiş suçlar mevcut olacaktır. Örneğin geçmişte tabii hukuka aykırı görülen faşist ve komünist kanunlar bilahare yapılan yargılamalarda yok hükmünde sayılmış, ilgililer Nazi veya Doğu Almanya hukuk sistemini araç olarak kullanmak suretiyle çeşitli suçlardan mahkûm edilmişlerdir. Bkz. Sevtap Metin, Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, Tekin, 3. Baskı, 2018, 85-87; Bu yargılamalarda öldürme, hapse atma, işkence etme gibi eylemleri gerçekleştiren failler ile politikacılar, ihbarcılar, polisler, toplama kampı görevlileri yahut sair ilgililer arasında iştirak hükümleri uygulanarak, hepsi hukuk aracı kılınarak işlenen suçlardan sorumlu tutulmuştur. Bkz. Heinz-Willi Heynckes, *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, Berlin, Inauguraldissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors, 2005, s.1-2-3-4-5-6-7-76-77-78-79-88-89 vd.

[300] Ayrıca bkz. Hennau, Verhaegen, Spielmann ve Bruyndonckx, *op. cit.*, s.281-282.

D) DOLAYLI FAİL YÖNÜNDEN AĞIR NETİCEYE DAİR SÜBJEKTİF ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK (TAKSİR) ŞARTI

Ağır neticeye sebep olan fiil ya dolaylı failin istediği bir eylemden ya da istemediği yani kastını aşan bir eylemden doğar. Doktrindeki bir görüş, araç şahsın dolaylı failin istemediği bir neticeye sebep olması durumunda “önemli sapma-önemsiz sapma” teorisinin devreye gireceği ve sapma önemli ise dolaylı failin kastı kaldıran hata sebebiyle aşkın neticeden sorumlu tutulamayacağı yönündedir^[301]. Sair bir görüş ise “önemli-önemsiz sapma” gibi objektif bir değerlendirme yapmadan, bu tür durumlarda salt dolaylı failin kastına bakılması gerektiğini belirtmektedir. Eğer dolaylı failin kastı bu aşkın eylemi kapsamıyorsa, bu eylemin neticesinden sorumlu tutulamayacaktır^[302]. Benzer bir görüş, bu tür durumda suç taksirle de işlenebilen bir suç ise dolaylı failin taksirli sorumluluğunun gündeme geleceğini belirtmektedir^[303]. Başka bir görüş ise araç kişinin sınırı kasten aştığında dolaylı failin sorumlu olmayacağını, taksirle aştığında ise sorumluluğun doğacağını belirlemiştir^[304]. Hedefte sapma gibi durumlarda ise dolaylı failin sorumluluğunun kalkmayacağı belirtilmektedir^[305].

Dolaylı fail ile araç şahıs arasında iştirak iradesi söz konusu olmadığından, bu tür durumlarda dolaylı failin işlenmesini amaçladığı suçta gerçekleştirilmesini istediği eylem tipleri bakımından “iştirak iradesini aşan” şeklinde bir yoruma gitmek haliyle söz konusu olamayacaktır. Öyleyse kanaatimizce kafasına silah dayanmış birine işletilen suçta araç şahsın emredilen davranışın dışına çıkması durumunda dahi önemli-önemsiz sapma gibi iştirak iradesi yönünden değerlendirilen teorilere başvurulması söz konusu olmamalıdır. Bu noktada araç şahsın kastının yahut taksirinin de bu sınırın aşılmasında bir öneminin olmadığını düşünüyoruz. Dolaylı failin araç kişiyi kandırarak, tehdit ederek veya iradesi üzerinde sair şekillerde hakimiyet kurarak işlenmesini amaçladığı suçta, araç olarak bir insan değil de bir tabanca kullanıyormuşçasına değerlendirilmesi yani direkt olarak dolaylı failin kast

[301] Hilgendorf ve Valerius, *op. cit.*, s.213.

[302] Akbulut, *op. cit.*, s.668.

[303] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.471.

[304] Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.562.

[305] Frister, *op. cit.*, s.413-414.

ve taksirine bakılması gerekir^[306]. Nasıl ki sağlam bir binaya ateş edildiğinde tabancanın kolunu paramparça ederek binanın yıkılmasına sebep olması öngörülemez deniliyor fakat deprem geçirmiş ve yıkılmaya yüz tutmuş bir binaya ağır makinalıyla ateş edildiğinde kurşunun kolunu paramparça ederek binayı komple yıkması öngörülebilir görülüyor ise hırsızlık suçunda araç olarak kullanılan kişinin birisine tecavüz etmesi yahut birini öldürmesi durumlarında da bu durumlar, salt dolaylı failin sübjektif iradesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Eğer bu eylem dolaylı failin sübjektif iradesini aşıyor ise TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince dolaylı failin yalnızca taksirli sorumluluğu gündeme gelmelidir. Örneğin doktorun hemşireye ağrı kesici yerine kasten acı çektirecek yanlış bir iğne vermesinde dolaylı faillik gündeme gelecektir^[307]. Hemşire bu iğneyi hastaya enjekte etmek yerine o sırada kendisine saygısızlık yapan hastanın gözüne saplar ve onu kör ederse, burada hemşirenin gerçekleştirdiği kast-kast kombinasyonu şeklinde gerçekleşen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan doktoru dolaylı fail olarak sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Zira araç şahsın gerçekleştirdiği bu eylem, dolaylı fail açısından öngörülebilir değildir^[308].

Araç şahsın gerçekleştirdiği eylem dolaylı failin kastı içerisinde kaldığında ise TCK'nin 23'üncü maddesi gereğince dolaylı fail ancak ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir sübjektif bilinci varsa neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulabilecektir. Örneğin eğer yukarıdaki örnekte hemşire iğneyi enjekte etmiş olsa ve fakat beklenmeyen biçimde iğnenin içerisindeki yanlış ilaç hastayı kalıcı olarak felç etse, bu neticeyi sübjektif olarak öngörebilecek olan doktorun neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolaylı fail olarak sorumluluğu doğacaktır^[309]. Bu durumda şerikte

[306] Benzer yönde ve araç şahısların adeta silah gibi cansız bir nesne olarak kabul edileceği, şartları varsa dolaylı failin ancak kastettiği eyleme teşebbüsten sorumlu tutulabileceği noktasında bkz. Jescheck, *op. cit.*, s. 671-672.

[307] Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.429.

[308] Araç şahsın, dolaylı fail tarafından istenmeyen kasıtlı eylemlerinden dolaylı failin sorumluluğunun doğmayacağına yönelik bkz. Jescheck, *op. cit.*, s.665.

[309] Doktrindeki farklı bir yorum ise şöyledir: "Araç olarak kullanılan kişinin hareketinde sapma meydana gelirse, dolaylı fail işlemeyi istediği suçta teşebbüs, sapma sonucu işlenen suçtan taksirle sorumlu olur. Bu durumda, fıkri içtima gereği sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluk yoluna gidilir." (Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.562).

ağır neticeye yönelik bir taksirin bulunması yahut temel suçta yönelik kastının bulunması önemsizdir^[310].

Doktrinde ihmali suçlarda dolaylı faillik mümkün görünmekte fakat ihmali davranışla dolaylı fail olmanın mümkün olmadığı, ihmali bir suçta ancak icrai bir suçla dolaylı fail olarak meydana vermenin mümkün olduğu belirtilmektedir. Örneğin doktoru hastaya müdahale etmemesi için tehdit etmek, ihmali suretiyle öldürme suçunda dolaylı failliktir^[311]. Benzer bir örnek, terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline dair de verilebilir. Örneğin küçük çocuğunu tarlada bırakıp kendisiyle gelmesi için hasmını tehdit eden ve tarladan alıp götürülen kişi, çocuk hayvan saldırısı sonucu ölürse neticesi sebebiyle ağırlaşmış terk suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

SONUÇ

Suç ortaklığı anlamındaki iştirak kurumu hem tipik hem de atipik hareketleri gerçekleştiren suç ortaklarının, birlikte işlenen suç sebebiyle cezalandırılmasına dair normatif kurallardır. Bu kurallara göre atipik hareketler de cezalandırıldığı için iştirak düzenlemeleri, tipik hareketleri düzenleyen maddi ceza normuna bağlı ve kanunilik ilkesi bağlamında cezai sorumluluğu genişleten normlardır. Dolayısıyla suç ortaklarından birinin tipik hareketi gerçekleştirerek suçu işlemesi yahut teşebbüs aşamasına kadar getirmesi, atipik hareketleri gerçekleştiren ortakların da bu suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için şarttır. Bu düzende ortada her suç ortağının işlediği ayrı suçlar değil, tüm ortakların birlikte hareket ederek işledikleri tek bir suç bulunur.

Suçta birlikte işleyen suç ortaklarının nasıl cezalandırılacakları konusunda tarih boyunca çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bugün halen istisnai de olsa varlığını sürdüren teklif sistemine göre tüm ortaklar fail gibi cezalandırılmakta, nispeten daha geniş bir coğrafyada kabul edilen “cezanın her suç ortağının kendisi özelinde belirlenmesi” sisteminde ise tüm ortaklar

[310] Zıt yöndeki bir görüşe göre sorumluluk için hem dolaylı failde hem de araç şahısta ağır neticeye yönelik bir taksirin varlığı gerekecektir. Bkz. Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama*, *op. cit.*, s.23-25.

[311] Artuk ve Gökçen, *op. cit.*, s.763; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, *op. cit.*, s.562; Benzer yönde bkz. Yılmaz, *Dolaylı Faillik*, *op. cit.*, s.164.

fail gibi cezalandırılabilceği gibi hakimın takdirine göre daha hafif cezalara da çarptırılabilirler. Türk hukukunda da benimsenen ve genel kabul görmüş ikilik sisteminde ise şeriklerden bir kısmının failden daha az bir cezaya çarptırılacağı doğrudan kanuni bir emir olarak düzenlenmiş olup, konu hakimın takdir yetkisine bırakılmamıştır.

Hukukumuzdaki iştirak hükümleri gereğince tipik hareketi gerçekleştirmesi gereken fail suçu işlemediğinde veya suç teşebbüs aşamasına kadar getirilmediğinde, atipik hareketleri gerçekleştirmiş olan diğer suç ortaklarının, kendi hareketleri ayrık bir suç teşkil etmiyor ise ortaklaşa işlenmesi kararlaştırılan ilgili suçtan hiçbir cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Bu sistem, Türk hukukunun cezalandırmaya esas sebep olarak suç ortağının anti-sosyalliğini değil, işlenen haksız fiilden kaynaklı hukuki değer ihlallerini gördüğünü ve ciddi bir fiil ceza hukuku felsefesi benimsediğini göstermektedir. Halbuki Çin, Almanya gibi ülkelerde özellikle azmettirme bağlamında, suç işlenmese yahut teşebbüs aşamasına gelmese bile şahıs, azmettirmiş olmakla ortaya çıkan anti-sosyalliği sebebiyle cezalandırılmaktadır. Türk hukukunun bu yönüyle fazla katı olduğu ve ceza değilse bile bu tür anti-sosyalliği kanıtlanmış şeriklere güvenlik tedbiri uygulanması gerektiğini söylemek doğru olacaktır.

Suç ortaklarının iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilmesi için evvela ortakta, maddi unsurları belirli bir suçun ortak biçimde işlenmesine yönelik kasıtlı bir irade gerekir. İştirak iradesi olarak isimlendirilen bu sübjektif bilinç derecesi; müşterek faillikte suçu diğer müşterek faillerle birlikte bilfiil işlemek, yardım edende suça maddi-manevi katkı sağlamak ve azmettirenin ise faili yahut müşterek failleri o suça azmettirmek şeklinde tezahür eder. Bu iradenin suç tamamlanana kadar tezahürü şarttır. İştirak iradesine konu ve maddi unsurları belirli suç, tüm ortaklar yönünden aynı olmalıdır. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte genel kanaat, müşterek faillik için iştirak iradesinin karşılıklı olmasının gerektiği fakat şeriklik için böyle bir zorunluluğun bulunmadığı, kendisine yardım edildiğini bilmese bile faille o suçu birlikte işlemek iradesiyle kasten yardım eden şahsın suçtan şerik (*yardım eden*) sıfatıyla sorumlu olacağıdır. Suç ortaklarının iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilmesi için gerekli ikinci şart, ortağın suçun işlenmesine nedensel bir katkı sağlamasının gereğidir. Ortada işlenmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığı gerektiği için asli failin yahut müşterek faillerden birinin tipik hareketi gerçekleştirmesi gerektiği

açıktır. Atipik hareketleri gerçekleştiren müşterek faillerin ve yardım eden sıfatına sahip şeriklerin fiillerinin de suçun işlenişine yönelik maddi yahut manevi bir katkı sunması, bu nedenselliğin gerçekleşebilmesi için zaruridir. Azmettirenin fiilinin bu nedensel katkıyı sağlayabilmesi için de tesirli bir azmettirme hareketi gerekir.

Suçta iştirak kurumunun sübjektif ve objektif unsurları tespit edildikten sonra ortaya çıkan yegane sorun, kimlerin suçta fail-müşterek fail, yardım eden ve azmettiren pozisyonunda olduklarının ortaya konması meselesidir. Buradaki en önemli husus, müşterek faillik ile yardım eden ayrımıdır. Hukukumuzda bu ayrımı yapma noktasında benimsenen teori, fiil/suç üzerinde müşterek hakimiyet teorisidir. Bu teoriye göre müşterek fail konumundaki ortağın suçta yönelik maddi ve manevi katkısı için *“bu hareket olmasaydı suçun işlenmesi tehlikeye girebilecekti”* ya da *“suçun gidişatı ve başarısı büyük ölçüde failin suçta yönelik katkısını gerçekleştirmesine bağlıdır”* denilebilmesi gerekir. Aksi halde ortağın yardım eden sıfatını taşıyıp taşımadığı değerlendirilecektir. Bir kişinin suçta yardım eden sıfatını taşıyabilmesi için de TCK'nin 39'uncu maddesinin ikinci fıkrasında tahdidi olarak düzenlenmiş çerçeve eylem tipleri ile suçta maddi yahut manevi bir katkı sağlaması gerekir. Bu şekilde tecelli edecek yardımın salt faillere yönelik değil, diğer yardım eden konumundaki şeriklere yönelik gerçekleştirilmesi de mümkündür. Objektif tipikliğine konu unsurları belirli bir suçu işleme iradesine sahip olmayan *omnimodo facturus* durumundaki birini, objektif tipikliğine konu unsurları belirli bir suçu işlemeye etkin araçlarla karar verdirmek ise azmettirmektir. Bu hareketi gerçekleştiren kişi de suçta azmettiren sıfatına sahip olacaktır.

Suçta iştirakte sorumluluk bakımından anti-sosyalliği değil fiil ceza hukuku bağlamında işlenmiş yahut teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun gerekliliğini arayan hukukumuzda, tipik hareketi gerçekleştirilmeyen suç ortaklarının kendi hareketlerinden kaynaklı ayrık suçlardan değil de ortaklaşa işlenen tek suçtan sorumlu tutulmaları, bağlılık kuralı sayesinde. Bağlılık kuralını düzenleyen TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrasında sınırlı bağlılık kuralı teorisi benimsenmiş olup, suçun kasıtlı bir fiil ile hukuka aykırı biçimde işlenmesi yahut bu suçta teşebbüs edilmesi şart koşulmuş, failin kusurluluğunun bulunmamasının ise diğer ortakların sorumluluğunu etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre bağlılık kuralı atipik hareketleri gerçekleştiren müşterek failleri kapsamamaktadır. Kanaatimizce hırsızlıktaki gözcülük yapan müşterek fail gibi atipik hareketleri

gerçekleştiren ortakların bu fiilleri tek başına cezalandırılabilir olmadığından, suçtan sorumlu tutulabilmeleri için bu suçlara bağlanmaları gerekir ki bu da bağlılık kuralının atipik hareketleri gerçekleştiren müşterek failleri de kapsamaması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. TCK'nin 40'inci maddesinin birinci fıkrasında sınırlı bağlılık kuralını düzenleyen norm pek çok hususu düzenlememiştir. Bu eksikliklerden önemli bir kısmı, cezayı azaltan yahut ağırlaştırıcı hususlardır. Sübjektif nitelikte olan olası kast, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik hali, kısmi akıl hastalığı ve etkin pişmanlığa bağlı cezanın hafifletilmesi durumlarının diğer suç ortaklarına sirayet etmemesi gerekir. Zincirleme suçun TCK'nin 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen görünümünde de arttırımın salt zincirin diğer halkalarındaki suçlara da katılmış olan müşterek fail ve şerikleri etkilemesi gerekir.

Suçta iştirak noktasında önem arz eden bir diğer husus da iştirak benzeri kurumlardır. Bunlardan ilki, yan yana failliktir. Taraflar arasında iştirak iradesinin bulunmadığı bir durumda birden fazla fail birbirinden bağımsız olarak aynı suçu işlemişse, ortada yan yana faillik söz konusu olacaktır. İştirak benzeri kurumlardan ikincisi, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi gereken suçlardır ki bunlara doktrinde çok failli suçlar yahut zorunlu iştirak suçları denilmektedir. İştirak benzeri kurumlardan üçüncü ve görece en önemli olanı dolaylı failliktir. Doktrinde çoğu görüş dolaylı failliği iştirak kurumu içerisinde değerlendirmekle birlikte, taraflar arasında bir iştirak iradesi mevcut olmadı için dolaylı failliğin iştirak kurumu içerisinde değerlendirilmesi doğru değildir. TCK'nin 37'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dolaylı faillik, bir kimsenin diğer bir kimseyi suçta araç olarak kullanmasıdır. Araç olarak kullanılan kişinin iradesi ya cebren ya hile ile ya da sair şekillerde baskı altına alınmış olduğu için ilgili suçtan, suçta katılma yani iştirak iradesi bulunmayan araç şahıs değil, doğrudan bu kişiyi araç olarak kullanan dolaylı fail sorumlu tutulur. Bağlılık kuralı geçerli olmadığı için araç olarak kullanılan şahsın fiili hukuka uygun bile olsa dolaylı failin suçtan sorumluluğu etkilenmeyecektir. Dolaylı failin sorumluluğu aynı fail gibidir. Fakat suçta kusur yeteneği bulunmayanları araç olarak kullananların cezası arttırılacaktır. İştirak benzeri kurumlardan sonuncusu ise kitlesel hareketlerde yer alma durumudur. Bu tür suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanmamasının sebebi, iştirak iradesinin o galeyan içerisinde oluşmamasıdır.

Suçta iştirak noktasında aydınlatılması gereken önemli hususlardan bir diğeri, iştirak hükümlerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanacak ise de ne şekilde uygulanması gerektiğidir. TCK'nin 23'üncü maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kasıtlı fiili, kastettiğinden daha ağır yahut başka bir neticeyi doğurur. Kast-taksir kombinasyonundan oluşan bu suçlarda failin ağır neticeye yönelik en azından bir taksirinin bulunması, ayrıca ağır netice ile kasıtlı fiil arasında illiyet bağının varlığı şarttır. Kast-taksir kombinasyonları gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar şeklinde ve kanun koyucunun isimlendirmesini neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde yapmasına rağmen içerisinde taksir-taksir yahut kast-kast kombinasyonunu barındıran suç tipleri ise gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar şeklinde isimlendirilmektedir. Ölüm neticeli neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu, tipik bir gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtur. Bu tür suç tiplerinde kastedilen neticenin tipikliği içerisinde bulunduğu bir temel suç normu yani kasten yaralama suçu, ağırlaşan neticeyi bünyesinde barındıran bir diğer suç normu yani kasten öldürme suçu ve bir de ağır neticeyi doğrudan kasıtlı biçimde gerçekleştirmeyi tipikliği içerisinde barındıran üçüncü bir suç normu yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu değerlendirmeye alınır. Ağır neticeye yönelik taksir ve illiyet bağı şartı oluşmamışsa, fail işlemeyi kastettiği temel normdan sorumlu tutulacaktır. Eğer fail ağırlaşan neticeyi kasten gerçekleştirmiş ise bu sefer de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, doğrudan kasten öldürme gibi kasıtlı suç tipinden sorumlu tutulacaktır. Haksızlığın ağırlığına göre cezalandırma esasını benimseyen hukukumuzda neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun faili, aksine düzenlemeler olmakla birlikte temel felsefe açısından taksirli suç tipinden daha ağır fakat kasıtlı suç tipinden daha hafif biçimde cezalandırılır.

Ağır neticeye yönelik yapılacak taksir ve illiyet bağı değerlendirmesinde doktrinde tartışmalı hususlar mevcuttur. Katıldığımız görüşlere göre taksir değerlendirmesi neticenin sübjektif öngörülebirliliği üzerinden yapılmalıdır. Lakin doktrinde neticenin objektif olarak öngörülebiler olmasının yeterli olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Taksirin objektif özen yükümlülüğüne aykırılık şartı ise bu tür suçlarda hareket kasıtlı olduğu için ayrıca değerlendirilmez, varsayılr. İlliyet bağı noktasında da bir kısım tartışmalar mevcut olup, tartışmalar daha çok bu noktada hangi teorinin değerlendirmeye esas alınacağı hususundadır. Türk hukukunda hali hazırda benimsenmiş üç adet illiyet bağı teorisi mevcut olup bunlar; objektif isnadiyet

teorisi, uygun sebep teorisi ve karma illiyet teorisisidir. Doktrindeki ağırlıklı görüş, illiyet bağının ortaya konulmasında objektif isnadiyet teorisinin benimsenmesi gerektiği yönündedir. Şahsi görüşümüz ise bu noktada benimsenmesi gereken teorinin, günümüz teknoloji çağının gerektirdiği koşullara daha uygun olduğu için karma illiyet teorisi olduğudur. Doktrinde ayrı görüşler mevcut olmakla birlikte, illiyet bağına dair kanunda somut bir teorinin benimsenmesi belirlilik ilkesi yönünden daha sağlıklı olacaktır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanması noktasında, bu uygulamayı gerçekleştirmeden önce tartışılması ve aşılması gereken bazı problemler mevcuttur. Bunlardan ilki, kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik açık bir düzenlemenin olmayışından kaynaklı olarak, bu olanağın yorum yoluyla ortaya çıkartılması zorunluluğudur. StGB'nin 18'inci maddesinde böyle bir düzenleme olmasına rağmen TCK'de bu hususun düzenlenmemesi sanıyoruz ki bir eksikliklerdir. Doktrin ve içtihatlardaki genel kabul ve şahsi kanaatimize göre bu tür suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için aşılması gereken problemlerden ikincisi, bu suçların kasıtlı suç tipleri olduğunu ortaya koyabilmek veya böyle bir değerlendirmeyi yapmaksızın bu suç tiplerine iştirak hükümlerinin uygulanabileceğini ortaya koyabilmek gereğidir. Zira genel kabule göre taksirli suçlara iştirak hükümlerini uygulamak mümkün değildir. Doktrin ve içtihatlardaki ağırlıklı görüş, bu suç tiplerinin kasıtlı suç tipleri olduğudur. Lakin bunların taksirli suç tipleri ya da kast-taksir kombinasyonu şeklinde karma suç tipleri olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Kanaatimizce neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için bunların kasıtlı birer suç tipi olduğunu ortaya koymak gerekmez. Zira TCK'nin 23'üncü maddesi ve 40'inci maddesinin ilk fıkrasının birlikte değerlendirilmesinden, kasten gerçekleştirilen fiilin iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli olduğu ortaya çıkmaktadır. Hukukumuzda ağırlıklı görüş ve TCK'nin 22'nci maddesinin gerekçesi, taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığı yönündedir. Şahsi kanaatimiz de neticenin istenmediği yahut öngörülmediği bir durumda iştirak iradesinin oluşamayacağıdır. Lakin TCK'de bunu açıkça yasaklayan bir düzenleme olmadığı gibi mukayeseli hukukta da ceza kanunlarında düzenleme olmamasına rağmen içtihat yoluyla bu tür durumların kabul edildiği örnekler mevcut olmuştur. Öyleyse bu konunun yine de tartışılması doğru olacaktır. Şahsi kanaatimiz TCK'nin

40'inci maddesinin birinci fıkrası yani bağıllık kuralının müşterek failleri de kapsadığıdır. Fakat doktrindeki ağırlıklı görüş bunun aksidir. Eğer bu ağırlıklı görüş benimsenir ve iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için kasıtlı fiilin gerekliliği şartı müşterek failer bakımından kaldırılırsa, kanunda açık bir yasak olmadığı için yorum yoluyla taksirli suçlara müşterek fail olarak katılmanın mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bu da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar taksirli suç tipleri olarak görülecek ve hukukumuzda göre taksirli suçlara iştirak mümkündür denilecek ise bunlara ancak müşterek fail sıfatıyla katılmanın mümkün olduğu sonucunu doğuracaktır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara iştirak hükümlerinin uygulanması noktasında aşılması gereken bir diğer problem, bu tür suçlarda iştirak iradesinin oluşumunun mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanmasıdır. Kast-taksir kombinasyonu olan bu suç tiplerinde iştirak iradesi ancak kasten gerçekleştirilen fiillerin yöneldiği neticelere yönelik oluşabilir. Yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun işlenmesine yönelik bir suç ortaklığı anlaşması/iştirak iradesi söz konusu olamaz. Fakat bu imkansızlık, iştirak hükümlerinin bu suçlara uygulanması için bir engel değildir. Zira iştirak iradesinin mevcudiyeti için her suç ortağında mevcut olması gereken husus, kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin belirli bir neticeye yönelmesidir ki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinde bu husus mevcuttur. Diğer bir problem, iştirak hükümleri neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara uygulanırken, suçun nitelikli hallerine iştirak hükümlerinin uygulanmasına dair benzer teorilerden yararlanılıp yararlanılamayacağıdır. Suçun nitelikli halleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipleri farklı kavramlar olduğu, nitelikli hallerde neticeye de kasten sebep olunduğu fakat neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda neticeye taksirle sebep olunduğu için böyle bir yararlanmanın doğru olmayacağını söylemek gerekir. Aşılması gereken nihai problem ise bu tür suç tiplerinde taksirli neticeye hangi suç ortağının sebep olduğunun tespit edilemediği bir durumda ne olacaktır. Böyle bir durumda genel iştirak kurallarından sapmayı gerektiren bir durum olmadığı için iştirak iradesinin mevcut olması sebebiyle her bir ortak, ağırlaşan yahut farklılaşan neticeye kimin sebep olduğu belirlenemese bile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan suç ortaklarını sorumlu tutmak için gerekli sair şartlar olmuş ise neticeden sorumlu tutulacaklardır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan müşterek failerin sorumluluğu için evvela ağır neticeye sebep olan kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin iştirak

iradesi kapsamında kalması gerekir. Ağır neticeye sebep olan fiilin iştirak iradesi içerisinde kalıp kalmadığı tam olarak tespit edilemiyorsa, burada bazı teorilere başvurulması gerekecektir. Doktrinadaki genel eğilim, bu tür durumlarda ağır neticeye sebep olan fiilin, iştirak iradesine konu suçun işleniş biçiminin doğal ve beklenebilir/olası sonucu olduğunun objektif biçimde ortaya konulabilmesi durumunda harekete yönelik iştirak iradesinin varlığının tam olacağı yönündedir ki bu teoriye mukayeseli hukukta doğal ve olası sonuçlar teorisi denilmektedir. Türk hukukunda da aynı teori, iştirak iradesine konu anlaşmadan önemli yahut önemsiz sapma olup olmadığı şeklinde aktarılmakta, önemsiz sapmalar kabullenilmesi gereken doğal bir sonuç olarak görüldüğü için iştirak iradesinin varlığından söz edilmektedir. Ortada iştirak iradesinin tezahür ettiği açık bir anlaşma bulunuyorsa, bu anlaşmaya aykırılıklarda ise bu teoriye başvurulmaması, anlaşmaya aykırılık sebebiyle iştirak iradesinin koptuğundan bahsedilmesi gerekir ki bu durum diğer suç ortaklarının bu aşkın hareket ve neticesine yönelik sorumluluğunun doğmamasına sebep olacaktır. Şahsi kanaatimiz ise muğlak anlaşmalarda ve ağır neticeye sebep olan fiilin iştirak iradesi içerisinde kalıp kalmadığının açıkça belirlenemediği durumlarda objektif değil, sübjektif kıstaslara göre değerlendirme yapılması gerektiridir. Müşterek faillerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulabilmeleri için ağır neticeye sebep olan fiilin iştirak iradesi içerisinde kalması gerekliliğinin yanında ayrıca bu fiil ile netice arasında bir illiyet bağının varlığı da gerekir. Üçüncü ve en önemli husus ise ağır neticeye yönelik taksir şartıdır. İştirak halinde işlenen bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta ağır neticeden yalnızca taksiri bulunan ortaklar sorumlu tutulacak olup, taksir değerlendirmesi her ortak özelinde ayrıca yapılacaktır. Taksiri bulunanlar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan, bulunmayanlar ise işlenmesi amaçlanan kasıtlı suç tipinden sorumlu tutulacaktır. Eğer müşterek faillerden biri ağır neticeyi kasten gerçekleştirmişse artık ortada kast-taksir kombinasyonundan değil doğrudan kasıtlı bir suçtan bahsedilecek olup, diğer ortaklarda da bu suçta yönelik bir iştirak iradesi bulunmuyorsa iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacak, diğer ortakların cezai sorumlulukları kendi fiilleri özelinde ayrıca değerlendirilecektir.

İştirak halinde işlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan azmettirenin sorumlu tutulması için gereken ilk şart da failin bu neticeye sebep olan fiilin iştirak iradesi içerisinde kalması gereğidir. Burada müşterek failer için geçerli olan teorilerden sapmayı gerektirecek bir durum yoktur. Azmettiren noktasında önem arz eden esas mesele hedefte sapma ve şahısta

hata durumlarıdır. Fail X'i vurmak için azmettirildiğinde X'e ateş edip yanlışlıkla Y'yi vurursa, bu noktada iştirak iradesinin koştüğundan söz edilemeyecektir. Fakat X'i hedef almadan rastgele X'in bulunduğu sokağı tarayan ve sokaktaki pek çok kişinin yaraları sonucu bilahare ölümüne sebep olan bir failin durumunda azmettirenin bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara yönelik iştirak iradesinin varlığını tespit etmek pek de kolay değildir. Bu tespit için de müşterek faillığe dair teorilerin tatbiki doğru olacaktır. Şahısta hata durumlarında da aynı değerlendirmenin yapılması gerekir. Ağır neticeye sebep olan fiilin iştirak iradesi kapsamında kalmasına ek olarak, failde bu neticeye yönelik taksir bulunsun ya da bulunmasın, azmettirenin sorumluluğu için taksirinin varlığı şarttır. Aksi halde azmettiren, temel suç tipinden sorumlu tutulacaktır. Azmettirenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulabilmesi için gerekli nihai şart, bağlılık kuralı gereğince ortada iştirak iradesi kapsamında kalan kasıtlı fiilin hukuka aykırılığı ve ağır neticeye yönelik illiyet bağının varlığıdır. Eğer azmettiren faili kandırarak yahut onun hatalarından yararlanarak esas amacını ortak iştirak iradesine konu suçun ardına gizlemiş ve örneğin basit yaralamaya azmettirirken mağdurdaki hastalığı düşünüp de ölümü hesaplayarak farklı bir neticenin gerçekleştirmesi için faili azmettirmişse, burada artık azmettirmeden değil dolaylı faillikten söz edilecektir. Bu halde azmettiren arzuladığı ağır neticeye yönelik kasıtlı suç tipinden, araç şahıs ise ağır neticeye yönelik taksiri mevcut değil ise azmettirildiği temel suçtan, taksiri mevcut ise kast-taksir kombinasyonu şeklindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulacaktır. Azmettiren ile ilgili yapılan açıklamalar, iştirak halinde işlenen bir suçta yardım eden konumundaki ortağın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar ve yardım edenin karşısındakinin hatalarından faydalanmak suretiyle dolaylı failliği noktasında yapılacak değerlendirme yönünden de geçerlidir.

İştirak kurumu içerisinde değil de iştirak benzeri bir kurum olarak değerlendirilmesi daha doğru olan dolaylı faillikte ise iradeleri üzerinde hakimiyet kurulan araç şahısların işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinden dolaylı faillerin sorumlu tutulabilmesi için araç şahısta ağırlaşan yahut istenilen neticeye yönelik bir taksirin bulunması şart değildir. Araç şahsın fiilinin hukuka uygun olması da dolaylı failin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Dolaylı faillikte ortada bir iştirak iradesinden bahsedilemeyeceği için ağır neticeye sebep olan fiilin “iştirak iradesini aşan” bir fiil olup olmadığını tartışmaya da gerek yoktur. Dolaylı

failin bu tür suçlardan sorumlu tutulabilmesi için gerekli ilk husus, araç şahsın fiili ile ağır netice arasında illiyet bağının mevcudiyetidir. İkinci şart ise araç şahsın ağır neticeye yönelen fiilinin, dolaylı failin kastı içerisinde kalması gereğidir. Örneğin dolaylı fail hemşireye ilaç yerine mağdura acı çektirecek bir iğne verir fakat hemşire iğneyi enjekte etmek yerine kasten mağdurun gözüne saplar ise burada zaman içerisinde kör olan göze yönelik gerçekleştirilen eylemin dolaylı failin kastı içerisinde kaldığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla dolaylı failin de işlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bir sorumluluğu doğmayacaktır. Fakat hemşire iğneyi dolaylı failin yönlendirmesine uygun biçimde enjekte etmesine rağmen ilaç doktorun öngörmediği biçimde hastayı tamamen sakat bırakırsa, bu durumda oluşan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan eğer taksiri mevcutsa dolaylı faili sorumlu tutmak mümkündür.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 5. Baskı, 2018.
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- Altunkaş, Aysun, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Fatma Nur Centel), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, (Tez No: 317374).
- Apaydın, Cengiz. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2022.
- Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 16. Baskı, 2022.
- Aydın, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Ankara, Yetkin, 2009.
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta, 20. Baskı, 2023.
- Balcı, Meral, “Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme”, (Doktora Tezi, Danışman Zeynel Temel Kangal), Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2021, (Tez No: 680812).
- Bertauld, Alfred, *Cours de Code Pénal et Leçons de Législation Criminelle*, Paris, Cosse et Marchal, 3. Edition, 1864.
- Birkmeyer, Karl, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, Berlin, O. Liebmann, 1890.
- Bock, Dennis, “Zur Darstellung der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) in der Fallbearbeitung”, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 5, 2020, s.427-431, https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2020_5_1425.pdf.
- Bodson, Pierre-Louis, *Manuel de Droit Pénal*, Liege, Faculte de Droit D'economie et de Sciences Sociales de Liege, 1986.
- Bouloc, Bernard, *Droit Pénal Général*, Paris, Dalloz, 25. Edition, 2017.
- Cartuyvels, Yves, Christine Guillain ve Olivia Nederlandt, *Droit Pénal Général (Partie II)*, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2021.

- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta, 8. Baskı, 2014.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Filiz, 14. Baskı, 2022.
- Constant, Jean, *Traite Elementaire de Droit Pénal Vol. 1*, Liege, Imprimerie Nationale, 1965.
- Çakmut, Özlem Yerener, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 65, Sayı 2, Temmuz 2011, s.49-76, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9067/113063>.
- Çelen, Ömer, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Ankara, Adalet, 2020.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 13. Baskı, 2018.
- Demirel, Muhammed ve Melik Kartal, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi.” *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, 2019, s.457-490, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/MUHAMMED-DEMIREL-MELIK-KARTAL.pdf>.
- Demirel, Muhammed, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri.” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* Cilt 5, Sayı 2, Mayıs 2017, s.119-161, DOI :10.26650/JPLC360270.
- Demirel, Muhammed, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (Doktora Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017 (Tez No: 462836).
- Doğan, Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, Adalet, 2015.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1*, İstanbul, DER, 14. Baskı, 2016.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, İstanbul, DER, 14. Baskı, 2019.
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Hukuk Akademisi, 2021.

- Ekici Şahin, Meral, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 3, Eylül 2015 s.637-686, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001789.
- Erem, Faruk, “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, s.62-107, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000082.
- Erem, Faruk, *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1980.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 15. Baskı, 2013.
- Eroğlu, Tayyip, *Suçta İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik*, (Doktora Tezi, Danışman Ahmet Gökçen), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2022, (Tez No: 740734).
- Eşitli, Ezgi Aygün, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Metin Feyzioğlu), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2012, (Tez No: 308787).
- Frister, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck, 6. Auflage, 2013.
- G. Heyman, Michael. “Due Process Limits on Accomplice Liability”, *Minnesota Law Review*, 36, 2015, s.131-140.
- Garofalo, Raffaele. *Kriminoloji*, (Çev) Muhittin Göklü, İstanbul, Albaraka, 2022.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın’a Armağan*, Cilt 21, Sayı 2, Ocak 2016, s.369-411.
- Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 4. Auflage, 2015.
- Guerra, Carlos Augusto Casanova ve Gabriele Civello. “Critical Reflections on the Theory of Objective Imputation: Towards a Renewed Classical View of Causality and Criminal Culpability, Dalla Comunita Internazionale.” *Archivio Penale* 3, 2018, s.1-18.

- Hamdorf, Kai, *Beteiligungsmoodelle im Strafrecht*, Freiburg, Edition Iuscrim, 2002.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, USA, 7. Baskı, 2014.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 26. Baskı, 2021.
- Häring, Daniel, “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitdelikt im Strafrecht”, *sui-generis*, 2018, 1-19, <https://doi.org/10.21257/sg.55>.
- Heidelberger, Michael, “From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding, Historical Perspectives on Erklären and Verstehen,” in Uljana Feest (Ed.), *New Studies in the History of Science and Technology: Archimedes, Vol. 21*, s.241-265, London, Springer, 2010.
- Heidelberger, Michael. “Origins of The Logical Theory of Probability: von Kries, Wittgenstein, Waismann”, *International Studies in the Philosophy of Science* 15, no 2, Haziran, 2010, s.37-52, DOI:10.1080/02698590120059040.
- Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1*, Yener Ünver (Ed.), Hakan Hakeri, Yener Ünver vd. (Çev.), Ankara, Adalet, 2014.
- Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2*, Yener Ünver (Ed.), Hakan Hakeri, Yener Ünver vd. (Çev.), Ankara, Adalet, 2015.
- Hennau, Christiane, Jacques Verhaegen, Dean Spielmann ve Annabelle Bruyndonckx, *Droit Pénal General*, Bruxelles, Bruylant, 3. Edition, 2003.
- Heynckes, Heinz-Willi, *Taterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, Inauguraldissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors, Berlin, 2005.
- Hilgendorf, Eric ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Salih Oktar (Çev.), Ankara, Yetkin, 2021.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 6. Baskı, 2021.
- İnci, Z. Özen. “Alman Ceza Kanunu m.30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt

10, Sayı 2, Aralık 2020, s.914-980, <https://doi.org/10.32957/hacettepehdf.796032>.

Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker&Humblot, 5. Auflage, 1996.

Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, Haziran 2012, s.657-693, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001669.

Kavlu, Bengünur, “Sonucu Nedeniyle Ağırlaşmış Suçlar”, *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum*, Cilt 9, Sayı 26, 2020, s.575-606.

Kaymaz, Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu”, *TBB Dergisi*, Cilt 58, 2005, s.119-163.

Keçecioglu, Elvan, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, *TBB Dergisi*, Cilt 65, 2006, s.73-88.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2018.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, “Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, Ağustos 2013, s.801-814.

Köhler, Christian, *Beteiligung und Unterlassen Beim Erfolgsqualifizierten Delikt am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge*, Berlin, Springer, 2000.

Köksal, Atacan, *Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler*, (Doktora Tezi, Danışman Muharrem Özen), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, (Tez No: 800934).

Kühl, Khristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, Verlag Franz Vahlen, 4. Auflage, 2002.

Krüger, Matthias, “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1, 2011, s.1-8.

Kul, Nur Bilge. *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ahmet Gökçen), İstanbul, Marmara Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2019, (Tez No: 544641).

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, İstanbul, Beta, 2017.

Malkoç, İsmail, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1*, Ankara, 2013.

Metin, Sevtap ve Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, Tekin, 3. Baskı, 2018.

Michaels, Oliver ve Elodie Jacques, *Principles de Droit Pénal*, Bruxelles, SPF Justice, 4. Edition, 2015.

Moore, Michael, “Causation in the Law”, in Edward N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition).

Olgaç, Samet Can, *Kasten Yaralama Neticesinde Ölüme Neden Olma Suçu*, Ankara, Seçkin, 2016.

Otto, Harro, *Grandkurs Strafrecht*, Berlin, De Gruyter, 4. Auflage, 1992.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz, 1992.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 8. Baskı, 2017.

Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Cilt 1*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2010.

Özen, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *TBB Dergisi* Sayı 70, 2007, s.239-253.

Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Ankara, Adalet, 2017.

Özenbaş, Nazmiye, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası*, Ankara, Adalet, 2017.

Özgenç, İzzet, “Kavga Suçu(TCK m.464) Üzerine Düşünceler”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 76, Sayı 19, Ekim 1993, s.477-500.

Özgenç, İzzet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 13. Baskı, 2017.

Özgenç, İzzet, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2005.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2018.

- Öztürk, Mustafa Kağan, “Türk Ceza Kanunu’nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, Haziran 2023, s.257-307, <https://doi.org/10.522731/sduhfd..1220467>.
- Özyüksel, Özgün, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ankara, Seçkin, 2021.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2010.
- Puppe, Ingeborg, “Der Gemeinsame Tatplan der Mittäter”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6, 2007, s.234-246.
- Renout, Herald, *Droit Pénal Général*, Bruxelles, Larcier, 18. Edition, 2013.
- Renzikowski, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und Fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- Rogers, Audrey, “Accomplice Liability for Unintentional Crimes: Remaining Within the Constraints of Intent”, *L.A. Law Review* 31, 1998, s.1351-1386.
- Rossi, Pellegrino, *Traité de Droit Pénal Vol 2*, Paris, Librairie de Guillaumin, 4. Edition, 1872.
- Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, De Gruyter, 8. Auflage, 2011.
- Sancar, Türkan Yalçın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, *TBB Dergisi*, Cilt 70, 2007, s.244-259.
- Sarıgül, Ali Tanju, *Suçta İştirak*, Ankara, Seçkin, 2022.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2016.
- Şeker, İdris, *Zincirleme Suç*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Berrin Akbulut), Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, (Tez No: 249737).
- Şen, Ersan ve Erkam Erdem, “Karar İncelemesi: İştirakle İşlenen Suçlarda Olası Kastın Gündeme Getirdiği İsnadiyet Sorunu”, *Ersan Şen (blog)*, E.T. Şubat 2024, <https://sen.av.tr/tr/makale/olasi-kast>
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul, Vedat, 2006.

- Şener, Şerife Büşra, “Türk Ceza Kanunu’nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu”, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Seydi Kaymaz), Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, (Tez No: 740350).
- Tan, Mehmet, *TCK Genel Hükümler Cilt 1*, Ankara, Seçkin, 2011.
- Tan, Mehmet, *TCK Genel Hükümler Cilt 2*, Ankara, Seçkin, 2011
- Tarde, Gabriel, *Les Crimes des Foules*, Rapport Presente au Troisieme Congres International d’Anthropologie Criminelle, 1892.
- Taşkın, Beril, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Emin Artuk), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014, (Tez No: 367842).
- TDK. “Sözlük”, E. T. 5 Şubat 2024, <https://sozluk.gov.tr/?q=i%C5%9Ftirak&aranan=>
- Temiz, Bilgehan Savaşçı, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s.2487-2512, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001869.
- Tosorlu, Nevzat ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018.
- Töngür, Ali Rıza ve Hikmet Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 2020.
- Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, “Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif İsnadiyet”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, Mart 2015, s.43-74.
- Von Hinüber, O. L. ve Werner Tegtmeier, *Strafrecht*, Leipzig, Kohlhammer, 9. Auflage, 1943.
- Von Liszt, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, J. Guttentag, 7. Auflage, 1896.

- Yavuz, Yağız, “Azmettirmenin Özel Oluşum Şekilleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Mayıs 2023, s.131-163, <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276266>.
- Yılmaz, Ümit, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK M.87)*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Hakan Hakeri), Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, (Tez No: 249959).
- Yılmaz, Zahit, *Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, (Doktora Tezi, Danışman Yusuf Yaşar), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018, (Tez No: 506501).
- Yurtcan, Erdener, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Cilt 1*, Ankara, TBB Yayınları, 2015.
- Yüksel, Nüsri, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak Şekli Olarak Faillik*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Sinan Altunç), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2021, (Tez No: 702721).

Diğer Kaynaklar

- “Criminal Law of the People’s Republic of China”, E.T. 5 Şubat 2024, <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china>
- “Code Pénal”, E.T. 5 Şubat 2024, <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>.
- “Napoleon Penal Code”, E.T. 5 Şubat 2024, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode2.html
- “Norwegian Penal Code”, E.T. 5 Şubat 2024, <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>
- “Strafgesetzbuch”, E.T. 5 Şubat 2024, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0149
- “Swiss Criminal Code”, E.T. 5 Şubat 2024, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en

“Taiwan Penal Code”, E.T. 5 şubat 2024, <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001>

“US Code Title 18”, E.T. 5 şubat 2024, <https://law.justia.com/codes/us/2010/title18/parti/>

Amacına Ulaşamayan Bir Hak: Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı

Miraç Şamil PEKŞEN*

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

* Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, miracsamilpeksen@trabzon.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-1575-334X.

Makale geliş tarihi: 7 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 13 Kasım 2024

Atf önerisi: Pekşen, Miraç Şamil, “Amacına Ulaşamayan Bir Hak: Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 189-228 **DOI:** 10.30915/abd.1529754.

AMACINA ULAŞAMAYAN BİR HAK: ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI

ÖZ

Ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı, 22 Mayıs 2002 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme, ücreti yirmi gün içerisinde ödenmeyen işçiye iş sözleşmesini sona erdirmeden kısa süre içerisinde ücretini alma olanağı sağladığı için oldukça önemlidir. Ancak ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının uygulanması, hakkın önemine nazaran oldukça azdır. Bu durum, hakkın amacına ulaşmadığının önemli bir göstergesidir.

Çalışmamızda, ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının neden amacına ulaşmadığı incelenecektir. Bunun için öncelikle söz konusu hakka ilişkin bilgiler verilecek ve öğretici görüşlerinden yararlanılarak hakkın amacının ne olduğu tespit edilecektir. Ardından iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmadığı yönündeki görüşümüz gerekçeleriyle ortaya koyulacaktır. Son aşamada ise tespit ettiğimiz sorunların çözümü için atılması gereken adımlara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: işçi, ücret ödeme borcu, iş görme borcu, ücretin ödenmemesi, iş görmekten kaçınma hakkı.

A RIGHT THAT FAILS TO ACHIEVE ITS PURPOSE: THE RIGHT TO REFRAIN FROM WORK DUE TO NON-PAYMENT OF WAGES

ABSTRACT

The right to refrain from work due to non-payment of wages is regulated under the Article 34 of the Turkish Labor Law. This regulation is very important as it allows unpaid workers to receive their wages without terminating their employment contract and without waiting for a long time. However, the practice of the right to refrain from work due to non-payment of wages is quite low compared to the importance of the right. This is an important indication that the right can't achieve its purpose.

The study will focus on the question of why the right to refrain from work due to non-payment of wages can't achieve its purpose. For this, information on the right to refrain from working in case the wage is not paid within twenty days will be given and the purpose of the right will be revealed by use of the opinions of the doctrine. After the purpose of the right has been determined, explanations will be made on this issue to substantiate our view that the right has failed to achieve its purpose. The last stage will focus on what needs to be realized in order for the right to achieve its purpose.

Keywords: employee, wage payment obligation, duty to work, non-payment of wages, refrain from work.

GİRİŞ

Ücret, iş ilişkisinin varlık sebebidir. Bir kişinin başka bir kişinin emri altında bağımlı olarak çalışmasının altında yatan neden ücret elde etmektir.

Ücretin işçiler açısından taşıdığı önem nedeniyle kanun koyucu, ücrete ilişkin çeşitli yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerin bir bölümü ücretin korunmasını amaçlamaktadır. Ücretin korunmasını amaçlayan düzenlemeler oldukça geniş bir konu aralığına sahiptir. Kural olarak eğlence yerlerinde ücret ödenmemesi (22 Mayıs 2002 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun^[1] 32'nci maddesinin yedinci fıkrası), ücretin en fazla dörtte birinin haczedilebilmesi (İş Kanunu, m.35) veya ücret kesme cezasının bir ayda iki gündelikten fazla olmaması (İş Kanunu, m.38/2) bu kuralların çeşitliliğini göstermesi açısından örnek olarak verilebilir.

Ücreti koruyucu düzenlemelerin bir bölümünü ücretin ödenmemesi halinde işçiye tanınan haklar oluşturur. Bu haklar içerisinde ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı (İş Kanunu, m.34) dikkat çekmektedir. Ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı, ücreti ödenmeyen işçinin sahip olduğu diğer imkanlara nazaran işçilerin daha lehinedir. Ücretin ödenmemesi işçi açısından çok önemli bir sorundur. İşçi bu sorunu sözleşmeyi haklı nedenle feshederek (İş Kanunu, m.24) yahut eda davası açarak çözmeye çalışabilir. Ancak sözleşmeyi fesheden işçi işsiz kalır. Bu nedenle bu çözüm işçi açısından son çare olarak düşünülür^[2]. Eda davası açılması durumunda ise ücrete kısa sürede ulaşılması mümkün görünmemektedir. İşte bu noktada ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu hak vasıtasıyla, işçi, iş sözleşmesini sona erdirmeden işverene baskı yaparak ücretin kısa süre içerisinde ödenmesini sağlayabilir.

Ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının sahip olduğu teorik önemin uygulamada karşılığı yoktur. Yargı kararları

[1] Çalışmanın devamında "4857 sayılı İş Kanunu" ifadesi yerine "İş Kanunu" ifadesi kullanılacaktır. "İş Kanunu" ifadesinin 1475 sayılı İş Kanunu ile karışabileceği durumlarda ise "4857 sayılı İş Kanunu" ifadesi kullanılacaktır.

[2] Şahlanan bu çözümün menfaatler dengesi açısından tatminkâr olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Fevzi Şahlanan, "Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme (Karar İncelemesi)," *Tekstil İşveren Hukuk Dergisi Hukuk Eki 27*, Sayı 342, Eylül 2008, s.3.

incelendiğinde, ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin uyuşmazlıkların yargıya çok az yansdığı görülmektedir. Bunun nedeni, teorik olarak son derece önemli olan bu hakkın, çeşitli eksiklikler nedeniyle amacına ulaşamamış olmasıdır.

Çalışmamızda anılan hakkın amacına neden ulaşamadığına ve bu sorunun çözüm yollarına değinilecektir.

I. GENEL OLARAK İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI

İşçinin sözleşmeden doğan temel borcu iş görme borcudur^[3]. İş görme borcunu ifa etmeyen işçi, sözleşmenin feshedilmesi dahil çeşitli yaptırımlarla karşılaşabilecektir^[4]. Ancak işçinin iş görme borcunu ifa etmemesini meşru hale getiren sebepler de mevcuttur. Örneğin, hastalık, askerlik veya grev bu kapsamdadır^[5]. İş görmekten kaçınma hakkı da iş görme borcunun ifa edilmemesini meşrulaştıran sebeplerden bir tanesidir. İş görmekten kaçınma hakkının varlığı halinde iş görme borcunu ifa etmeyen işçinin sorumluluğu söz konusu olmaz^[6].

Hukukumuzda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin iki farklı yasal düzenleme mevcuttur. Bunlar, İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde yer alan ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı ve 20 Haziran 2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13'üncü maddesinde yer alan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkıdır. İlgili maddelerde belirtilen şartların

[3] Turhan Esener, *İş Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, 1978, s.153; Nuri Çelik et al., *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, 35. Baskı, 2022, s.302; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2021, s.375; Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir, Albi, 12. Baskı, 2019, s.157.

[4] Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik et al., *op. cit.*, s.308-312; Süzek, *İş Hukuku, op. cit.*, s.356; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2023, s.201.

[5] Göktaş bu tür durumları “İşçiyi İş Görme Borcundan Kurtaran Haller” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Seracettin Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*, Ankara, Yetkin, 2008, s.26-36.

[6] *Ibid.*, s.21; Betül Erkanlı Başbüyük, *İşçinin İş görmekten Kaçınma Hakkı*, Ankara, Seçkin, 2020, s.48.

mevcudiyeti halinde iş görme borcunu yerine getirmeme hakkına sahip olan işçiye bu hareketi nedeniyle herhangi bir yaptırım uygulanamaz.

II. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

A) GENEL BİLGİLER

Ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı^[7] iş hukuku mevzuatımızda ücreti ödenmeyen işçiye doğrudan iş görmekten kaçınma hakkı tanıyan ilk yasal düzenlemedir^[8]. 25 Ağustos 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu'nda ücreti ödenmeyen işçiye iş görmekten kaçınma hakkı tanıyan herhangi bir düzenleme olmasa da öğretilerdeki bir kısım yazarlar tarafından ücreti ödenmeyen işçinin ödemezlik def'ine dayanarak iş görmekten kaçınabileceği ileri sürülmekteydi^[9]. Ancak bu dönemde Yargıtay'ın görüşü, ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınamayacağı yönündeydi^[10]. Yüksek mahkeme aynı zamanda ücretin ödenmemesi nedeniyle toplu halde iş görmekten kaçınmayı kanun dışı grev olarak değerlendirmekteydi^[11].

[7] Çalışmanın devamında “ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı” ifadesi yerine yalnızca “iş görmekten kaçınma hakkı” ifadesi kullanılacaktır.

[8] Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2014, s.308; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Ankara, Lykeion, 7. Baskı, 2022, s.681; A. Can Tuncay, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı)”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 6, 2005, s.651.

[9] Şahlanan, *op. cit.*, s.3. Örneğin bkz. Salomon Kaniti, *Akadin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s.74-75; M. Polat Soyer, “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmesi”, *İHU.*, *İşK.* 26. (No.1), 1979; Melda Sur, *Grev Kavramı*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1987, s.80-89; Murat Engin, “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s.79. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, *op. cit.*, s.651-652; Ali Güzel, “Karar İncelemesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 2, Sayı 5, 2005, s.134-135.

[10] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.308-309; Güzel, *op. cit.*, s.134; Gökteş, *op. cit.*, s.39. Yüksek mahkemenin aksi yöndeki kararı ve bu kararı isabetli bulan değerlendirme için bkz. Devrim Ulucan, “İşçilik Haklarını Alamayan İşçinin Devamsızlık Nedeniyle İşten Çıkarılması”, *İHU.*, *İşK.* 17. No.20, 1986.

[11] Şahlanan, *op. cit.*, s.3; Tuncay, *op. cit.*, s.652; Güzel, *op. cit.*, s.135; Şahin Çil, *İş Hukukunda İşçinin Ücreti*, Ankara, Turhan, 2010, s.685.

4857 sayılı İş Kanunu'yla birlikte, öğretide ileri sürülen görüşlere uygun olarak, ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabileceği yasal temele kavuşturulmuş ve iş görmekten kaçınma hareketinin toplu nitelik kazansa dahi işçilerin kişisel kararlarına dayanması koşuluyla grev teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

İş görmekten kaçınma hakkı İş Kanunu'nda düzenlenmesi nedeniyle, aksine bir kararlaştırma olmadıkça, yalnızca İş Kanunu'nun uygulama alanına giren işçilerin yararlanabileceği bir haktır^[12]. Elbette İş Kanunu'nun uygulama alanına girmeyen işçiler de ödenmeyen ücretleri nedeniyle 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesinde yer alan ödemezlik def'i hükümlerine dayanarak iş görmekten kaçınabilirler^[13]. Burada belirtilmek istenen husus, İş Kanunu'nun uygulama alanı içerisinde bulunmayan işçilerin İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde düzenlenen iş görmekten kaçınma hakkından yararlanamayacaklarıdır.

B) ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğinin tespiti 1475 sayılı İş Kanunu döneminde oldukça önemliydi. Yukarıda bahsedildiği üzere^[14], bu dönemde iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin yasal düzenleme olmadığı için hakkın hukuki niteliğinden yola çıkılarak iş görmekten kaçınılabileceği sonucuna ulaşılmıştı. 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulüyle birlikte iş görmekten kaçınma hakkı yasal bir zemine oturmasına rağmen hakkın hukuki niteliğinin tespiti önemini korumaktadır. Zira, iş görmekten kaçınılan sürede işçiye ücret ödeneceğine ilişkin kanun tasarısındaki düzenleme yasalama^[15] için iş görmekten kaçınan işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı hususu büyük ölçüde hakkın hukuki temeli üzerinden

[12] Akyiğit, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.224.

[13] Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.131; Polat Soyer, "İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı -Koşullar, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları-", *in* Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, İstanbul, Beta, 2011, c.I, s.658.

[14] Bkz. II., A., Genel Bilgiler.

[15] Bkz. IV., C. İş Görmekten Kaçınılan Sürede Ücrete Hak Kazanılmamasının Değerlendirilmesi.

tartışılmaktadır^[16]. Söz konusu husus çalışmamız için önem arz ettiğinden iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği irdelenmelidir.

Öğretide söz konusu hakkın hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür^[17]. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşe göre, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemezlik def'idir^[18]. Ödemezlik def'i Türk Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, edimini sonradan ifa etme hakkı bulunmayan bir taraf edimini ifa etmeden yahut ifasını önermeden karşı taraftan edimini ifa etmesini isterse, karşı taraf ifadan kaçınabilir^[19]. Böylece karşı taraf üzerinde baskı kurulur^[20]. Ödemezlik def'inin koşulları şu şekildedir: Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olması, tarafların karşılıklı edimlerinin muaccel olması ve tarafların edimlerini aynı zamanda ifa yükümlülüğü bulunması^[21]. Ödemezlik def'ini ileri süren taraf,

[16] Miraç Şamil Pekşen, *Ücretin Süresinde Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi), Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 504314), s.69.

[17] Ayrıntılı bilgi için bkz. Göktaş, *op. cit.*, s.117-120; Bülent Ferat İşçi, *Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*, İstanbul, Beta, 2022, s.42-57.

[18] Bkz. Güzel, *op. cit.*, s.137, 142; Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.658; Tuncay, *op. cit.*, s.654; Göktaş, *op. cit.*, s.124; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.685; Sarper Süzek, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 4, 2007, s.213; Öner Eyrenci *et al.*, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2020, s.156; Melda Sur, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", in Mehmet Uçum (Ed.), *A. Can Tuncay'a Armağan*, İstanbul, Legal, 2005, s.399-400; Mustafa Kılıçoğlu ve İlayda Ada Kılıçoğlu, *Şerhli İş Kanunu Yorumu*, Ankara, Bilge, 5. Baskı, 2019, s.844; Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2015, c.II, s.1757-1758; Dilek Dulay Yangın, "Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 10, Temmuz 2012, s.210; İşçi, *op. cit.*, s.75.

[19] Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 23. Baskı, 2018, s.1012-1022; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Seçkin, 2019, 2. Baskı, c.V/1,3, s.107-114; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 17. Baskı, 2020, s.351-354.

[20] Eren, *op. cit.*, s.1012; Antalya, *op. cit.*, s.113.

[21] Eren, *op. cit.*, s.1013-1020; Antalya, *op. cit.*, s.108-111.

karşı taraf kendi edimini ifa edene yahut ifasını önerene kadar borcunu yerine getirmekten kaçınabilir^[22].

Farklı bir görüş, iş görmekten kaçınma hakkının işveren temerrüdüne dayandığını savunmaktadır^[23]. İşveren temerrüdü Türk Borçlar Kanunu'nun 408'inci maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre, kusurlu şekilde iş görme ediminin yerine getirilmesini engelleyen yahut iş görme edimini kabulde temerrüde düşen işveren, işçiye ücretini öder ve iş görme ediminin sonradan ifa edilmesini talep edemez. Görüldüğü üzere, işveren temerrüdünde işçi iş görmemesine rağmen iş görme borcunu ifa etmiş gibi ücrete hak kazanmaktadır. İşveren temerrüdünün koşulları işin ifasının teklif edilmesi ve işverenin teklif edilen ifayı haksız olarak kabulden kaçınmasıdır^[24].

Konuya ilişkin üçüncü bir görüş ise, hakkın kendine özgü bir hukuki niteliği olduğunu savunmaktadır^[25]. Bu görüş ödemezlik def'inin ani edimli sözleşmeler için söz konusu olacağı itirazıyla ödemezlik def'i görüşüne, önceki döneme ilişkin ücretin sonraki dönem için hazırlık fiili olarak değerlendirilemeyeceği itirazıyla işveren temerrüdü görüşüne katılmamakta ve İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin sui generis bir düzenleme olduğunu belirtmektedir^[26].

[22] Eren, *op. cit.*, s.1020.

[23] Akyiğit, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.200, 226; Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.74-79; Ercan Akyiğit, "Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 5, 2005, s.23-24; Ünal Narmanlıoğlu, "Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkanı)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s.626-627, dn.45; Erdem Özdemir, "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", 3. Yılında İş Yasası, İstanbul, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2005, s.55; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi, 11. Baskı, 2020, s.174.

[24] E. Tuncay Senyen Kaplan, "İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları", in Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, İstanbul, Beta, 2011, c.I, s.569-572.

[25] Gülsevil Alpagut, "Ücret ve İşin Düzenlenmesi", *İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Siteminde Yeniden Yapılanma*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2006, s.60-61.

[26] *Ibid.*, s.58-60.

Benzer bir tartışma Alman öğretisinde de mevcuttur. Bir görüşe göre iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği BGB^[27] § 273'te düzenlenen alıkoyma/geri vermeme hakkı (Zurückbehaltungsrecht) iken, diğer bir görüşe göre anılan hakkın hukuki niteliği BGB § 320'de düzenlenen sözleşmenin ifa edilmemesi def'i/ödemezlik def'idir (Einrede des nicht erfüllten Vertrags)^[28]. Alıkoyma hakkı, birbirlerine karşı aynı hukuki ilişkiden ya da aralarında yakın bir doğal ve ekonomik bağlantı bulunan ilişkiden kaynaklanan talepleri bulunan^[29] ve bu nedenle aynı zamanda birbirlerine karşı hem borçlu hem de alacaklı olan kişilerden^[30] borçluya, muaccel olan alacağını alacaklıdan alana kadar ifayı reddetme hakkı sağlar^[31]. Alıkoyma hakkı borçluya olan borcunu yerine getirmesi için alacaklıyı zorlar^[32]. Anılan kural kapsamında borçlu olunan iş görme ediminin ifası reddedilebilir^[33]. Alıkoyma hakkı dürüstlük kuralına dayanır^[34]. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamaz. Örneğin, işverenin aşırı/orantısız bir zarara uğrayacağı ya da ücretin farklı şekillerde güvence altına alınmış olduğu durumlarda kısa süreli ücret ödeme gecikmelerinde alıkoyma hakkının kullanılamayacağı belirtilmektedir^[35].

Ödemezlik defi ise, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede kendi edimini önceden ifa ile yükümlü olmayan kimsenin karşı edim yerine getirilinceye kadar edimini ifa etmekten kaçınmasını sağlar. Ödemezlik def'i, yalnızca

[27] Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu), (<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>).

[28] Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, *op. cit.*, s.133-134; Tuncay, *op. cit.*, s.651-652; Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.49-58; İşçi, *op. cit.*, s.39-40.

[29] Stephan Lorenz, "§ 273 Zurückbehaltungsrecht", in Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Ed.), *BeckOK BGB*, C.H. Beck, 71. Baskı, 2024, kn.18; Wolfgang Krüger, "§ 273 Zurückbehaltungsrecht", in Franz Jürgen Säcker *et al.* (Ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Münih, C.H. Beck, 9. Baskı, 2022, c.II, kn.13.

[30] Lorenz, *op. cit.*, kn.11.

[31] *Ibid.*, kn.1; Krüger, *op. cit.*, kn.1.

[32] Lorenz, *op. cit.*, kn.1.

[33] Krüger, *op. cit.*, kn.39.

[34] *Ibid.*, kn.2.

[35] *Ibid.*, kn.73.

karşılıklı olan asli edim yükümlüklerini kapsar^[36]. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerin tipik örneklerinden biri^[37] olan iş sözleşmesinde, işçinin iş görme borcu ile işverenin ödenmemiş ücretleri ödeme yükümlülüğü arasında karşılıklılık ilişkisi mevcuttur^[38]. Bu nedenle işçi, ücreti ödenmediği müddetçe ödemezlik def'ini ileri sürerek iş görmekten kaçınabilir^[39]. Önemle belirtilmelidir ki, kısmi ifa halinde de kural olarak ödemezlik def'i ileri sürülebilir^[40]. Buna rağmen, BGB § 320/2 gereği, kısmi ifa yapılmışsa ve ödemezlik def'inin ileri sürülmesi edimin ifa edilmeyen kısmının önemsizliği nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı olacaksa ödemezlik def'i ileri sürülerek edimin ifasından kaçınılamaz. Ancak, edimi ifa etmeye gücü yetmesine rağmen bilinçli olarak küçük bir kısmı ifa etmeyen tarafa karşı ödemezlik def'i ileri sürülebilir^[41].

Fransız hukukunda ise, ücreti ödenmeyen işçinin ödemezlik def'i hükümleri uyarınca iş görmekten kaçınabileceği yönündeki içtihat yerleşik hale gelmiştir^[42].

C) ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKININ KOŞULLARI

İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi gereği, ilgili hak üç koşulun varlığına bağlıdır. Bunlar, ücretin ödenmemesi, ücret ödemememe durumunun

[36] Martin Fries, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Reiner Schulze (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 12. Baskı, 2024, kn.3; Astrid Stadler, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Rolf Stürner (Ed.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, Münih, C.H. Beck, 19. Baskı, 2023, kn.7.

[37] Hubert Schmidt, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Ed.), *BeckOK BGB*, C.H. Beck, 71. Baskı, 2024, kn.9.

[38] *Ibid.*, kn.12; Volker Emmerich, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Franz Jürgen Säcker *et al.* (Ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Münih, C.H. Beck, 9. Baskı, 2022, c.III, kn.37.

[39] Emmerich, *op. cit.*, kn.18; Stadler, *op. cit.*, kn.4.

[40] Fries, *op. cit.*, kn.12.

[41] Emmerich, *op. cit.*, kn.60.

[42] Bkz. Güzel, *op. cit.*, s.133.

yirmi günü aşması ve yirmi günlük gecikmenin mücbir nedenden kaynaklanmamasıdır.

İş görmekten kaçınma hakkının ilk koşulu, işçinin ücretinin ödenmemesidir. İlgili düzenlenmedeki ücret ifadesi geniş anlamda ücret olarak anlaşılmalıdır^[43]. Dolayısıyla ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti ve hafta tatili ücreti gibi ücret eklerinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkı kullanılabilir^[44]. Yargıtay da süresinde ödenmeyen prim ve ikramiye nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınabileceği görüşündedir^[45].

Ücretin kısmi olarak ödenmesi iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasını açısından ücretin ödenmemesi ile eş değerdir. Ücretin bir kısmının ödenmesi, geri kalanının yirmi gün içerisinde ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınma hakkı kullanılabilir^[46]. Bir önceki paragrafta belirttiğimiz üzere, ücret kelimesi geniş anlamda ücreti ifade ettiği için ücret eklerinin kısmi ödenmesi halinde de iş görmekten kaçınma hakkı kullanılabilir.

İş görmekten kaçınma hakkının diğer koşulu, yirmi günlük gecikmedir. Yirmi günlük sürenin ilk günü, ücretin muaccel olduğu gündür^[47]. Gün ifadesi

[43] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.357; Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.397; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.681; Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.617; Çağlar Çopuroğlu, *Ücret ve Korunması*, Ankara, Turhan, 2013, s.211; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, On İki Levha, 3. Baskı, 2021, s.281-282; Şükran Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2022, s.241; Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.659; Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.116. Aksi yöndeki görüş için bkz. Şahlanan, *op. cit.*, s.3-4; Çil, *İşçinin Ücreti*, *op. cit.*, s.691-692.

[44] Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.659.

[45] Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 5 Temmuz 2018 Tarih ve E.2018/5530, K.2018/14907 Sayılı Karar; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10 Eylül 2014 Tarih ve E.2014/18542, K.2014/26121 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>). Ayrıca bkz. Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.397; Çopuroğlu, *op. cit.*, s.212; Gökteş, *op. cit.*, s.80.

[46] Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.357; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.682; Ertürk, *op. cit.*, s.241; Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.663; Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.118. Bir görüşe göre, ücretin ödenmeyen kısmi cüzi bir miktar ise bu durumda çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.682; Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.617; Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.20.

[47] Gökteş, *op. cit.*, s.84.

takvim günü olarak anlaşılmalıdır^[48]. İşverenin bilerek ödeme yapmadığı durumlarda iş görmekten kaçınmak için yirmi gün beklenilmesinin gerekip gerekmediği hususunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, işveren ücreti bilerek ödemiyorsa veya gelecekte ödeme yapmayacağı belliye iş görmekten kaçınmak için yirmi gün beklemeye gerek yoktur^[49]. Aksi yöndeki görüşe göre ise, işveren ücreti keyfi olarak ödemesi dahi hakkın doğumu için yirmi günlük süre beklenmelidir^[50]. Aynı yöndeki ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, kanunda ücret ödememenin nedenine göre ayırım yapılmamıştır. Ayrıca kasten ödeme yapılmadığını veya gelecekte ödeme yapılmayacağını ispat edemeyen işçi kaçınma hareketi nedeniyle zarar görebilir^[51]. Ancak tarafların anlaşmasıyla yirmi günlük süre azaltılmışsa bu durumda hakkın doğumu için yirmi gün beklemeye gerek yoktur.

İş görmekten kaçınma hakkının son koşulu ücretin yirmi gün boyunca ödenmemesinin mücbir nedenlere^[52] dayanmamasıdır. “Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay^[53]” şeklinde tanımlanan mücbir neden, illiyet bağıını keserek borçluyu borçtan kurtarır^[54]. İş görmekten kaçınma hakkının doğabilmesi için ücretin ödenmemesi, işverenin ücret ödemesini engelleyen kaçınılmaz,

[48] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.682; Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.619.

[49] Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.662-663; Eyrenci *et al.*, *op. cit.*, s.155-156.

[50] Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.9.

[51] Göktaş, *op. cit.*, s.84-85.

[52] Mücbir neden ifadesinin zorlayıcı neden ifadesinin eski kelimelerle ifade edilen şekli olduğu, mücbir neden ifadesinden zorlayıcı nedenin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.21; Hasan Kayırgan, *Bireysel İş Hukukunda Zorlayıcı ve Zorunlu Nedenler*, İstanbul: On İki Levha, 2019, s.61. Mücbir neden ifadesini zorlayıcı neden ifadesiyle aynı anlamda kullanan diğer yazarlar için bkz. Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.618; Eyrenci *et al.*, *op. cit.*, s.155; Senyen Kaplan, “İşgörmeye Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler”, *op. cit.*, s.587; İşçi, *op. cit.*, s.185.

[53] Eren, *op. cit.*, s.582.

[54] *Ibid.*, s.587.

öngörülemez, işverenin kusuruna dayanmayan ve dıştan gelen (harici) bir olaydan kaynaklanmamalıdır^[55]. Deprem, sel veya aşırı fırtına gibi doğa olayları^[56], savaş, darbe ve isyan gibi toplumsal olaylar^[57] yahut işyerinin kapatılması^[58] gibi idari işlemler mücbir nedenin şartlarını sağladığı için bu tür doğa olaylarından kaynaklanan ücret ödenmemesi hali işçiye iş görmekten kaçınma hakkı vermez. İşyerindeki bir patlama işyeri içinden kaynaklandığı, dıştan gelme (haricilik) unsurunu karşılamadığı için mücbir neden sayılmaz^[59]. Aynı şekilde işverenin veya işletmenin mali sıkıntı yaşaması mücbir neden sayılmaz^[60]. Kural olarak ekonomik kriz mücbir neden değildir^[61]. Ancak, tüm ülkeyi etkisi altına alan, işyerinden kaynaklanmayan, öngörülemeyen küresel çaptaki bir ekonomik kriz mücbir nedenin şartlarını sağlar^[62]. Öğretide, mücbir nedenin iş hukukunun özelliklerine uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği, küçük bir işyeri için işverenin ölümünün mücbir neden olacağı ifade edilmektedir^[63].

Yirmi günden daha kısa süreli gecikmeler yahut yirmi günden uzun ancak mücbir nedenden kaynaklı gecikmeler iş görmekten kaçınma hakkı

[55] Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.618; Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.664; Öner Eyrenci, “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s.39; Sur, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.400. Mücbir nedenin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *op. cit.*, s.582-587; Kayırgan, *op. cit.*, s.12-25; Göktaş, *op. cit.*, s.89-90; Dulay Yangın, “*op. cit.*, s.215-217.

[56] Eren, *op. cit.*, s.583; Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.618.

[57] Eren, *op. cit.*, s.583; Kılıçoğlu ve Ada Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.841.

[58] Şahin Çil, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara, Turhan, 2. Baskı, 2007, c.II, s.2375.

[59] Göktaş, *op. cit.*, s.89; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.215-216.

[60] Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.398; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.282; Eyrenci, *op. cit.*, s.39.

[61] Eyrenci, *op. cit.*, s.39; Polat Soyer, “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, *4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları*, Ankara, Türk İş Yayınları, 2003, s.18

[62] Kayırgan, *op. cit.*, s.62.

[63] Kılıçoğlu ve Ada Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.841.

doğurmaz. Mücbir nedenin varlığına bağlı olarak ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınması sözleşmeye kusurlu aykırılık oluşturur ve işçi bunun sonuçlarından sorumlu olur^[64]. Bu durumda işçinin sözleşmesi, kaçınma hareketini gerçekleştirme şekline bağlı olarak devamsızlık gerekçesiyle (İş Kanunu, m.25/1-II,g) veya yapmakla görevli olduğu işi yapmamakta ısrar etmesi gerekçesiyle (İş Kanunu, m.25/1-II,h) haklı nedenle feshedilebilir.

D) ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASI

Yirmi günlük süre geçmesine rağmen ücretin tamamı veya bir kısmı ödenmemişse, işçi, istediği zaman iş görmekten kaçınabilir. Hakkın kullanılması açısından herhangi bir süre sınırı yoktur. Hak, doğması için gerekli olan yirmi günün dolmasının ardından ücret ödenmediği müddetçe her zaman kullanılabilir^[65].

İş görmekten kaçınan işçinin işe gelmek zorunda olup olmadığı İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde düzenlenmemiştir. Anılan husus öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iş görmekten kaçınan işçiler işyerinden ayrılmalıdır^[66]. Çünkü işçi işyerinde çalışmak için bulunur. Anılan görüş, iş görmekten kaçınan işçilerin işyerinden ayrılmaları gerektiği yönündeki görüşü güçlendirmek için grevde dahi işyerinden ayrılmanın zorunlu olduğunu belirtmektedir^[67]. Aksi yöndeki görüşe göre ise, iş görmekten kaçınma işçinin devamsızlık yapması şeklinde kullanılamaz. İş görmekten kaçınan işçi işyerinden ayrılmamalı, her an iş görmeye hazır şekilde beklemelidir^[68]. Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, iş görmekten kaçınan işçinin işyerine gelme zorunluluğu yoktur. Ancak kaçınma hakkı işyerine gelerek de

[64] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.682.

[65] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.310; Çopuroğlu, *op. cit.*, s.212; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.282; Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.21.

[66] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.684; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.282.

[67] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.684.

[68] Çil, *Şerh*, *op. cit.*, s.2375; Cevdet İlhan Günay, “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 1, 2006, s.48.

kullanılabilir. Bu konuda işçi serbesttir^[69]. Gerçekten de kanunun lafzında iş görmekten kaçınan işçinin işyerine gelmesi veya işyerinden ayrılmasına ilişkin bir zorunluluk yer almadığı gibi hakkın amacından da anılan zorunluluklara ulaşılamaz. Bu nedenle işçi isterse işyerine gidip çalışmayarak, isterse işyerine hiç gitmeyerek iş görmekten kaçınabilir. Önemle belirtilmelidir ki, buradaki işyeri ifadesi dar anlamıyla fiziki bir birim olarak değil, geniş anlamıyla işverenin iş organizasyonu olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, bilgisayar aracılığıyla uzaktan çalışan işçi isterse mesai saatinde sisteme giriş yapıp çalışmayarak isterse sisteme giriş yapmayarak iş görmekten kaçınabilir.

İşçi kaçınma sırasında sınırsız hareket serbestisine sahip değildir. Zira, iş görmekten kaçınma hakkı işçiye yalnızca ifa etmekle yükümlü olduğu işi ifa etmeme hakkı verir. İşçinin işyerine giriş ve çıkışları kapatması, işyerindeki makineleri kapatması veya işyerinde çalışan diğer işçilerin işlerini ifa etmelerini engellemesi mümkün değildir^[70]. Bu tür hareketler iş görmekten kaçınma hakkıyla bağdaşmaz. Ayrıca, kaçınma hareketi sona erdirilene kadar işçinin iş görme borcu bulunmasa da sözleşmeden doğan diğer borçlar devam etmektedir. Bu nedenle iş görmekten kaçınan işçi iş görme borcu dışındaki diğer borçları ihlal ederse iş sözleşmesi feshedilebilir^[71].

İş görmekten kaçınma hakkının kullanılması sırasında hareket serbestisi kısıtlanan sadece işçi değildir. Kanun koyucu işverene yönelik de kısıtlamalar getirmiştir. İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereği, işveren, iş görmekten kaçınan işçilerin iş sözleşmelerini bu nedenle feshedemez, bu işçilerin yerine yeni işçi alamaz ve bu işçilerin işlerini başkalarına yaptıramaz. Görüldüğü üzere, kanun koyucu iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasını desteklemeye yönelik çeşitli yasaklar koymuştur.

[69] Akyiğit, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", *op. cit.*, s.23; Narmanlıoğlu, "Kaçınabilme", *op. cit.*, s.623; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.219; Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.152; Gökteş, *op. cit.*, s.104. Benzer yönde bkz. Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.670; işçi, *op. cit.*, s.276. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. "... fesih yapılmaksızın sadece Paris'te yapılan fuar görevine gitmeyeceğini belirtmesi karşısında, bu davranışının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkı kullanımı yönünden değerlendirilmesi gerekir.", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 4 Temmuz 2019 Tarih ve E.2019/5132, K.2019/14999 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>).

[70] Çil, *İşçinin Ücreti*, *op. cit.*, s.686; Çil, *Şerh*, *op. cit.*, s.2375; Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.399; Gökteş, *op. cit.*, s.104-105; Ekmekçi ve Yiğit, *op. cit.*, s.282.

[71] Bkz. İşçi, *op. cit.*, s.312-316.

III. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ AMACI

İş görmekten kaçınma hakkının amacının belirlenmesi için öncelikle kanunun gerekçesine bakılmalıdır. İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi hükmünün Bilim Kurulu tarafından hazırlanan kanun tasarısındaki halinin^[72] gerekçesinden^[73] maddenin amacı net bir şekilde anlaşılammamaktadır. Gerekçede işçilere iş görmekten kaçınma hakkı tanınmasının amacı değil, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmak için beklenilmesi gereken sürenin neden düzenlendiği, bu süreyle ne amaçlandığı açıklanmaktadır. Buna göre, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi için on gün^[74] beklenmesinin amacı, iyi niyetli işverenin korunmasıdır. Ücretin ödenmemesi halinde işçilere iş görmekten kaçınma hakkı tanınmasıyla ulaşılmak istenen amaca ise gerekçede yer verilmemiştir.

İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin gerekçesinden söz konusu hakkın amacına ulaşamadığı için öğretilerdeki görüşlere başvurulmalıdır. Narmanlıoğlu'na ve Süzek'e göre ücretin zamanında ve tam olarak işçinin eline geçmesini sağlamak^[75], Soyer'e, Çil'e ve Bedük ile Karabacak'a

[72] Bilim Kurulu tarafından hazırlanan tasarıda İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin karşılığını 35'inci madde oluşturmaktaydı. İş Kanunu Tasarısının 35'inci maddesi şu şekildeydi: "Ücretini ödeme gününden itibaren on gün içinde alamayan işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak işçilerin iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez ve işçiler çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanırlar." Bkz. *Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi*, MESS Yayınları, 2002, s.29. Bilim Kurulu tarafından hazırlanan tasarıda ücretin 10 gün içerisinde ödenmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınabileceği, kaçınılan süre boyunca ücrete hak kazanılacağı düzenlenmiş ve çalışmaktan kaçınmak için mücbir sebep şartı aranmamıştı. Ancak yasama sürecinde 10 günlük süre 20 gün olarak yasallaşırken, gecikmenin mücbir sebeplerden kaynaklanmaması şartı getirildi. Ayrıca kaçınılan süre boyunca ücrete hak kazanılacağı yönündeki düzenlemeye ise madde metninde yer verilmemiştir. Bkz. Günay, *Şerh, op. cit.*, s.1740-1741, 1757; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.212, 223.

[73] Gerekçe için bkz. <https://www.turkis.org.tr/storage/2021/10/r9u5nthtxpp3-pdf.pdf>.

[74] İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde yer alan yirmi günlük süre tasarıda on gün olarak düzenlenmişti. Bkz. *Tasarı, op. cit.*, s.29.

[75] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku, op. cit.*, s.312; Narmanlıoğlu, "Kaçınabilme", *op. cit.*, s.617; Süzek, *İş Hukuku, op. cit.*, s.397; Süzek, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi", *op. cit.*, s.212-215;

göre işvereni ücret ödemeye zorlamak^[76], Güzel'e göre ücretin düzenli ödenmesini sağlayarak işçinin maddi varlığını korumak^[77], Göktaş'a göre işin sonucundan doğan yarardan mahrum kalan işvereni ücreti ödemeye zorlamak^[78] ve Tuncay'a göre ise işçiyi korumak^[79] iş görmekten kaçınma hakkının amacıdır.

Öğretideki görüşler dikkate alındığında, söz konusu hakkın amacının, işvereni ücret ödemeye zorlayarak ücretin ödenmesini sağlamak ve böylece işçiyi korumak olduğu söylenebilir.

Önemle belirtilmelidir ki, iş görmekten kaçınma hakkının uygulaması önemine nazaran oldukça seyrekdir. Bu durum, hakka ilişkin uyuşmazlıkların yargıya çok az yansımından anlaşılmaktadır^[80]. Tespit edebildiğimiz kadarıyla konuya ilişkin son iki karar 2019^[81] ve 2020^[82] tarihlidir. 2019 tarihli karar “uzun bir süreden beri iş görmekten kaçınma hakkı ile ilgili olarak verilen ilk karar” olarak nitelendirilmektedir^[83]. Gerçekten de bu karardan önceki iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin son karar 2016 tarihlidir^[84]. Görüldüğü üzere, yaklaşık olarak son sekiz yıllık zaman dilimi içerisinde iş

[76] Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.668; Çil, *İşçinin Ücreti*, *op. cit.*, s.690; Mehmet Nusret Bedük ve Emre Karabacak, “İşçinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, *Atlas Ulusal Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 3, 2018, s.202.

[77] Güzel, *op. cit.*, s.128.

[78] Göktaş, *op. cit.*, s.129.

[79] Tuncay, *op. cit.*, s.653.

[80] Çil, *İşçinin Ücreti*, *op. cit.*, s.690.

[81] Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 4 Temmuz 2019 Tarih ve E.2019/5132, K.2019/14999 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>). Kararın değerlendirmesi için bkz. Mustafa Alp, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, İstanbul, On İki Levha, 2022, s.83-86.

[82] Bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 3 Şubat 2020 Tarih ve E.2016/27067, K.2020/1389 Sayılı Karar (<https://www.legalbank.net>).

[83] Alp, *op. cit.*, s.83.

[84] Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 19 Nisan 2016 Tarih ve E.2014/32757, K.2016/9946 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>).

görmekten kaçınma hakkına ilişkin yargıya yansıyan uyuşmazlık oldukça azdır. Bu durum hakkın tercih edilmediğini göstermektedir.

Ücretini alamayan işçiye sözleşmeyi feshetmeden ücretini alma olanağı sunan iş görmekten kaçınma hakkına başvurulmaması İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin hakkın amacını gerçekleştirmekten uzak olduğuna işaret etmektedir.

IV. İŞ KANUNU'NUN 34'ÜNCÜ MADDESİNİN ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ AMACI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

A) GENEL OLARAK

Yukarıda belirtildiği üzere^[85], iş görmekten kaçınma hakkının amacı, ücreti zamanında ödemeyen işvereni ücret ödemeye zorlamaktır. Dolayısıyla, işçinin iş görmekten kaçınması işveren ve işletmesi üzerinde ekonomik baskı oluşturmali ve böylece işveren ücreti ödemek zorunda kalmalıdır. Ancak iş görmekten kaçınma hakkına başvurulmaması anılan hakkın işveren üzerinde baskı kurmadığını göstermektedir.

İş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşabilmesi için hakkın doğması ve kullanılmasına ilişkin esasların amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yalın bir iş görmekten kaçınma hakkı tanınması, hakkın amacına ulaşması için yeterli olmaz. Zira, işveren, işçinin iş görmekten kaçınmasının kendisi ve işletmesi üzerinde oluşturduğu baskıyı çeşitli şekillerde ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle işverenin hakkı etkisizleştirmesini önlemeye yönelik önlemler alınmalı, iş görmekten kaçınma hakkı söz konusu amacı gerçekleştirmeye yönelik çeşitli araçlarla desteklenmelidir. Böylece, işçiler iş görmekten kaçınma hakkını kolaylıkla kullanacak ve hakkı kullanırken tereddüt yaşamayacaklardır.

Aşağıda, İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi çeşitli açılardan incelenecektir. Anılan düzenlemenin söz konusu hakkın amacına ulaşabilmesi için yeterli seviyede katkı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilecek, sorunlu olduğu düşünülen hususlara ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

[85] Bkz. III. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkının Amacı.

B) YIRMİ GÜNLÜK SÜRENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş görmekten kaçınma hakkının varlığı ücretin mücbir sebepler dışında en az yirmi gün boyunca ödenmemiş olmasına bağlıdır^[86]. Ücret ödeme gününün üzerinden yirmi gün geçmedikçe iş görmekten kaçınmak mümkün değildir.

Öncelikle, ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabilmesi için belirli bir süre beklemesinin nedenine değinilmelidir. Bilim Kurulu tarafından hazırlanan kanun tasarısının gerekçesine göre, iş görmekten kaçınmak için belirli bir süre beklenmesinin nedeni iyi niyetli işvereni korumaktır^[87].

İş görmekten kaçınma hakkının doğması için yirmi gün beklenilmesinin gerekmesi öğretide eleştirilmektedir. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan'a göre, tasarıda on gün olarak düzenlenen ancak yirmi gün olarak yasalaşan bekleme süresi hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verecek derecede uzundur. Geçim kaynağı ücret olan işçinin yirmi gün boyunca bekletilmesi adil değildir^[88]. Narmanlıoğlu'na göre, bu süre işverenin kötüye kullanabileceği bir süredir, uygunsuzdur^[89]. Senyen Kaplan'a göre, yirmi günlük süre madde gerekçesiyle bağdaşmaz ve işçi lehine değildir^[90]. Sur'a göre, işçinin ancak yirmi gün çalıştıktan sonra işi bırakabilmesi bir kısıtlamadır^[91]. Güzel'e göre, yirmi gün çok uzun bir süredir. Tasarıda yer alan on günlük sürenin yirmi güne çıkartılması isabetsizdir^[92]. Dulay Yangın'a göre, yirmi günlük süre iyi niyetli işverene tanınması gereken süreden çok daha uzun bir süredir ve işçiyi zor duruma düşürebilecek niteliktedir^[93].

[86] Bkz. II., C. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkının Koşulları.

[87] *Tasarı, op. cit.*, s.84.

[88] Eyrenci *et al.*, *op. cit.*, s.155.

[89] Narmanlıoğlu, "Kaçınabilme", *op. cit.*, s.620.

[90] Senyen Kaplan, *İş Hukuku, op. cit.*, s.173.

[91] Sur, "Kaçınma", *op. cit.*, s.398.

[92] Güzel, *op. cit.*, s.128, 145.

[93] Dulay Yangın, *op. cit.*, s.213.

Kanaatimizce de yirmi günlük bekleme süresi iş görmekten kaçınma hakkının amacıyla bağdaşmayacak kadar uzundur. Zira, iş görmekten kaçınarak işverene baskı yapacak olan işçiyi yirmi gün bekletmek, işverenin üzerinde oluşacak baskının geciktirilmesi anlamına gelir. İş görmekten kaçınmak için yirmi gün boyunca beklenilmesi hayatını idame ettirebilmek için ücrete ihtiyaç duyan işçinin yirmi gün boyunca ücret almadan çalışmaya zorlanması sonucunu doğurmaktadır.

Ücret genellikle işçinin tek veya temel geçim kaynağıdır. Ücretini alamayan işçi kirasını veya borçlarını ödeyememe yahut temel ihtiyaçlarını karşılayamama gibi durumlarla karşılaşabilecektir. 2023 yılı verilerine göre, ülkemizde 6,6 milyon işçinin asgari ücretle çalıştığı^[94], asgari ücretin^[95] 4 kişilik bir aile için belirlenen açlık sınırının^[96] altında olduğu günümüz şartlarında ücretini alamayan işçiyi işverene baskı yapması için 20 gün boyunca bekletmek isabetsizdir. Bu nedenle çok daha kısa bir sürenin belirlenmesi veya bekleme süresi aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda hem hakkın kullanımı hem de hakkın işveren üzerinde oluşturacağı baskı artacaktır. Böylece iş görmekten kaçınma hakkı amacına ulaşılabilir.

İş görmekten kaçınma hakkının kullanılması için ücretin belirli bir süre boyunca ödenmemesi aranacaksa bu süre 5 gün veya en fazla bir hafta olmalıdır. Bu süreden daha fazla bir süre beklemek zorunda kalınması, iyiniyetli işvereni koruma düşüncesini aşmakta, işçiyi zarar vermekte ve anılan hakkın amacının gerçekleşmesini engellemektedir. İş görmekten

[94] Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/bakan-isikhan-asgari-ucrette-herkesin-mutabik-kaldigi-bir-tutarda-uzlasilacagini-umit-ediyorum/3040915#:~:text=Asgari%20ücretlinin%20sayısı%20sürekli%20abartılıyor,%27tır.%20bilgisini%20verdi> (E.T.: 22.09.2024); https://www.ntv.com.tr/ntvpara/bakan-isikhandan-asgari-ucret-aciklamasi-aralik-basinda-komisyonumuz-toplanacak,xCBP5F8M9U2CsOxK27uD_A# (E.T.: 22.09.2024).

[95] 01/01/2024 - 31/12/2024 tarihleri arasında net asgari ücret 17.002,12 TL'dir. <https://www.csgeb.gov.tr/asgari-ucret> (E.T.: 22.09.2024).

[96] TÜRK-İŞ Konfederasyonu tarafından yapılan araştırmaya göre, Temmuz 2024 dönemi için Ankara'da yaşayan 4 kişilik bir ailenin açlık sınırı 19.234,43 TL'dir. <https://www.turkis.org.tr/turk-is-temmuz-2024-aclik-ve-yoksulluk-siniri> (E.T.: 22.09.2024); DİSK/Birleşik Metal-İş Sınıf Araştırmaları Merkezi (BİSAM) tarafından yapılan araştırmaya göre Ağustos 2024 dönemi için 4 kişilik bir ailenin açlık sınırı 19.504 TL'dir. <https://arastirma.disk.org.tr/?p=12009#:~:text=Sağlıklı%20ve%20dengeli%20beslenmenin%20maliyeti,31%20bin%20TL%27yi%20geçti> (E.T.: 22.09.2024).

kaçınmak için herhangi bir sürenin aranmaması ise daha uygun bir çözüm olacaktır. Bu durumda dürüstlük kuralının uygulanması gerekecektir. Bilindiği üzere, ücretin ödenmemesi nedeniyle yapılacak fesihlerde bekleme süresi aranmamakta, hakkın doğup doğmadığının tespitinde dürüstlük kuralı belirleyici olmaktadır^[97]. Aynı yaklaşım iş görmekten kaçınma hakkında da benimsenebilir. Bu durumda, somut olayın özelliğine göre hareket edilecektir. İşveren ücreti bilerek, kötü niyetli şekilde ödemiorsa beklemeye gerek kalmadan kaçınma hakkı kullanılabilir.

Bu noktada, ücreti ödenmeyen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi için beklemek zorunda olduğu bir süre yokken, daha hafif bir tedbir olan iş görmekten kaçınmak için yirmi gün beklemek zorunda olmasının bir çelişki olduğuna da değinilmelidir^[98]. İş görmekten kaçınmanın herhangi bir süreye tabi tutulmaması durumunda iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması ile sözleşmenin feshedilmesi aynı şartlara tabi tutularak bu çelişki giderilmiş olur ve iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşması kolaylaşır.

Önemle belirtilmelidir ki, iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin az sayıdaki yargı kararından bir kısmı yirmi günlük bekleme süresi dolmadan iş görmekten kaçınmaya ilişkindir^[99]. Yargıtay, bu tür olaylarda kaçınma hareketinin İş Kanunu'nun 34'üncü maddesine uygun olmadığı gerekçesiyle işçinin hareketinin işveren açısından fesih nedeni oluşturduğuna hükmetmektedir^[100]. İşçilerin yirmi gün beklemeden iş görmekten kaçındıkları bu olaylar, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması için yirmi günlük bekleme süresi aranmaması halinde hakkın daha çok tercih edileceği şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

[97] Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.714.

[98] Şahin Çil, "İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları", *in* Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, İstanbul, Beta, 2011, c.II, 1277-1278.

[99] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30 Ekim 2007 Tarih ve E.2007/19022, K.2007/31935 Sayılı Karar; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27 Kasım 2006 Tarih ve E.2006/22919, K.2006/31264 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 3 Şubat 2020 Tarih ve E.2016/27067, K.2020/1389 Sayılı Karar (<https://www.legalbank.net>).

[100] Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27 Kasım 2006 Tarih ve E.2006/22919, K.2006/31264 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 3 Şubat 2020 Tarih ve E.2016/27067, K.2020/1389 Sayılı Karar (<https://www.legalbank.net>).

C) İŞ GÖRMekten KAÇINILAN SÜREDE ÜCRETE HAK KAZANILAMAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İş görmekten kaçınma hakkına ilişkin en önemli hususların başında kaçınılan sürede ücrete hak kazanılıp kazanılmayacağı gelmektedir. Bu husus aynı zamanda çalışmamız açısından da son derece önemlidir. Zira, iş görmekten kaçınılan sürede ücrete hak kazanılması veya kazanılmaması hakkın amacının gerçekleşmesini doğrudan etkilemektedir.

Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu tasarısında “işçiler çalışmadıkları süre için ücrete hak kazanırlar” ifadesine yer verilerek iş görmekten kaçınılan sürede işçiye ücret ödeneceği düzenlenmişti^[101]. Ancak yasalaşan metinde bu ifadeye yer verilmemiştir. Bu durum tartışmaları beraberinde getirmiştir.

1- Öğreti Görüşleri ve Yargıtay Uygulaması

Öğretideki çoğunluk görüş iş görmekten kaçınılan sürede ücrete hak kazanılacağı yönündedir^[102]. Bu yöndeki bir görüşe göre, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği işveren temerrüdü olduğu için kaçınılan sürede ücret doğacaktır^[103]. Başka bir görüş ise, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğini ödemezlik def'i olarak kabul etmesine rağmen kaçınılan sürede ücret doğacağını ileri sürmektedir. Bu görüşte olan yazarlardan bir kısmı ödemezlik def'i karşısında işverenin temerrüde düştüğünü^[104], bir

[101] *Tasarı, op. cit., s.29.*

[102] Çelik *et al., op. cit., s.358*; Süzek, *İş Hukuku, op. cit., s.399-401*; Süzek, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi”, *op. cit., s.212-215*; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku, op. cit., s.311-312*; Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit., s.625-629*; Çopuroğlu, *op. cit., s.224-227*; Çil, *İşçinin Ücreti, op. cit., s.690-691*; Çil, *Şerh, op. cit., s.2378-2379*; Akyiğit, *İş Hukuku, op. cit., s.200, 226*; Erkanlı Başbüyük, *op. cit., s.163*; Eyrenci *et al., op. cit., s.156-157*; Senyen Kaplan, *İş Hukuku, op. cit., s.174*; Sur, “Kaçınma”, *op. cit., s.401-402*; Güzel, *op. cit., s.137-146*; *op. cit., s.653-654*, İşçi, *op. cit., s.322-323*.

[103] Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit., s.24*; Senyen Kaplan, *İş Hukuku, op. cit., s.174*; Erkanlı Başbüyük, *op. cit., s.163*; Özdemir, *op. cit., s.55*; Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit., s.626-627, dn.45*

[104] Eyrenci *et al., op. cit., s.156*; İşçi, *op. cit., s.322-323*.

kısmı ise iş görmekten kaçınma hakkının işveren temerrüdü hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini^[105] belirtmektedir.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, iş görmekten kaçınılan sürede ücret doğmaz^[106]. Bu görüşe göre, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemelik def'i olduğu, ödemelik def'i neticesinde çalışılmayan süre ücret ödenecek süreler arasında yer almadığı ve kanunda kaçınılan sürede ücret ödeneceği düzenlenmediği için kaçınılan sürede işçi ücrete hak kazanamaz^[107]. Bu sonuç, kanun koyucunun bilinçli tercihidir^[108].

Yargıtay, “işçiler çalışmadıkları süre için ücrete hak kazanırlar” ifadesinin yasallaşmamasının kanun koyucunun iradesini gösterdiği, bu nedenle iş görmekten kaçınılan sürede ücrete hak kazanılamayacağı yönünde karar vermiştir^[109]. Yüksek mahkeme anılan kararı 2005 yılında vermiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilgili karar, iş görmekten kaçınılan sürede ücrete hak kazanılıp kazanılamayacağına incelendiği son karardır. Bu nedenle konuya ilişkin yeni bir karar verilene kadar, Yüksek Mahkemenin görüşünün bu yönde olduğu kabul edilmelidir.

2- Görüşümüz

a) Olan Hukuk

Olan hukuk açısından, iş görmekten kaçınan işçinin kaçınma süresi boyunca ücrete hak kazanamayacağı kanaatindeyiz.

[105] Güzel, *op. cit.*, s.142-144; Süzek, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi”, *op. cit.*, s.213-215; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.224-225; Murat Topuz, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İşK m.34 ve m.83)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, Aralık 2007, s.474-476.

[106] Bkz. Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Nisan Kitabevi, 6. Baskı, 2020, s.205; Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.676-678; Gökteaş, *op. cit.*, s.120-124; Demir, *op. cit.*, s.193-194; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.685-686; Günay, *Şerh, op. cit.*, s.1757.

[107] Demir, *op. cit.*, s.193-194; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.685-686; Gökteaş, *op. cit.*, s.120-124; Günay, *Şerh, op. cit.*, s.1757.

[108] Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.676-678.

[109] Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10 Şubat 2005 Tarih ve E.2004/13259, K.2005/3782 Sayılı Karar (<https://www.kazanci.com.tr>). Kararın değerlendirmesi için bkz. Güzel, *op. cit.*, s.123-146; Tuncay, *op. cit.*, s.650-654.

Görüşümüzün ilk gerekçesi, kaçınılan sürede ücret ödeneceğine ilişkin tasarıda yer alan hükmün^[110] yasalasmamasına dayanmaktadır. Anılan düzenlemeyi yasalastırmayan kanun koyucunun kaçınılan sürede ücret doğmamasını amaçladığı açıktır^[111]. Nitekim Soyer'in belirttiği gibi, tasarı, kaçınılan sürede ücret ödeneceğine ilişkin hüküm çıkartılıp oylanmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulduğunda, kaçınılan sürede ücret ödeneceğini düzenleyen bir önerge Genel Kurul'a sunulmuş ancak reddedilmiştir^[112]. Dolayısıyla, kanun koyucunun iradesinin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Elbette kanun koyucu kanun yaparken sınırsız bir serbestiye sahip değildir. Her şeyden önce kanun yapımında Anayasamızda düzenlenen usuller ile bağlıdır. Ayrıca kanun koyucunun vazettiği kanun temel hak ve özgürlükleri ölçsüz şekilde sınırlandırmamalı ve evrensel hukuk ilkeleri ile çelişmemelidir. Çalışma konumuz olan İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi

[110] Bkz. *Tasarı*, *op. cit.*, s.29.

[111] Güzel, *op. cit.*, s.140; Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.677.

[112] Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.677. Bkz. "Şimdi, bu maddede ne yapmak istiyoruz değerli arkadaşlarım: İsterseniz, önceki, 9 bilim adamının hazırlamış olduğu maddeyi bilgilerinize sunmak istiyorum: "Madde 34.- Ücretini ödeme gününden itibaren on gün içinde alamayan işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak işçilerin iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez ve işçiler çalışmadıkları sürece ücretlerini alırlar." Şimdi, biz, buradan bu maddeyi çıkarmışız değerli arkadaşlarım, bilim adamı dediğimiz bu 9 kişinin hazırladığı taslaktan bunu çıkarmışız, burada da kuşa çevirmişiz. Ne yapmışız değerli arkadaşlarım; on günü yirmi güne çıkarmışız. Onun ötesinde de, burada diyoruz ki: Eğer işçiler üretimden gelen gücünü kullanırsa -yani, bunun anlamı, benim paramı vermiyorsan ben de çalışmıyorum demektir- çalışmıyorsa, bunlara herhangi bir ücret ve sair ödenmez. Bu nedir biliyor musunuz değerli arkadaşlarım; bir nevi, işçiyi ücretsiz izne çıkarmaktır. Bu, doğru bir hareket değildir sayın milletvekilleri. Bu maddenin kapsamı, işçisinin ücretini zamanında ödeyen; yani, on gün içerisinde ödeyen, onbir gün içerisinde ödeyen -bunun, tartısı terazisi yok, iyiniyet önemlidir burada- uzaktan yakından ilgilendirmez; zamanında sorumluluğunu yerine getiriyor. Bunu alışkanlık haline getiren, işçinin alacağı ücretten önce müteahhidin, taşeronun parasını ödeyen bazı insanların, bazı işverenlerin de yolunu kesmek lazım; keyfilliğine son vermek lazım değerli arkadaşlarım. Bu nedenle, bu 9 kişilik bilim kurulunun hazırladığı madde metnini değiştirmek lazım. Bunu değiştirmemenizi istiyoruz ve bu konuda değerli arkadaşlarımızın- Grubumuzun- hazırladığı bir önerge var, bu önergeye olumlu oy vermenizi istiyoruz.", *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem 1, Yasama Yılı 77, Cilt 14, s.33.

yasama organı tarafından Anayasamıza uygun şekilde yürürlüğe koyulmuş, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş ve halen yürürlüktedir. Kanun koyucunun kaçınılan sürede ücret ödenmeyeceği yönündeki tercihi eleştirilebilir ancak göz ardı edilemez. Zira, kanun koyucunun bu tercihi kanaatimizce hatalıdır ancak Anayasamıza yahut evrensel hukuk ilkelerine aykırı değildir. Kaçınılan sürede ücret ödenmemesi hakkın amacıyla bağdaşmayan isabetsiz^[113] bir sonuç olsa da hukuka uygundur ve kanun koyucunun iradesinin tezahürüdür.

İş görmekten kaçınılan sürede ücret doğmasının hakkının amacına uygun olacağı ve hakkın amacının gerçekleşmesi için fayda sağlayacağı kuşkusuzdur. Lakin, kanun koyucunun tercihi bu denli açıkken olan hukuk açısından aksi bir yorum yapamamaktayız. Tasarıda kaçınılan sürede ücret ödeneceği düzenlenmemiş olmasaydı, diğer bir ifadeyle bu konuda kanun koyucunun açık şekilde olumsuz tercihi olmasaydı, İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde konuya ilişkin düzenleme bulunmadığı için hakkın amacına uygun şekilde yorum yapılarak işçinin ücrete hak kazanacağı sonucuna ulaşılabilirdi. Ancak mevcut durumda, kaçınılan sürede ücret doğmaması kanun koyucunun bilinçli tercihiyken, kaçınılan sürede ücret doğacağı şeklindeki yorum kanun koyucunun iradesini yok saymak anlamına gelecektir.

Görüşümüzün diğer gerekçesi, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğine dayanmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere^[114], iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olduğu kanaatindeyiz. Ödemezlik def'i neticesinde iş görmekten kaçınma ücrete hak kazandırmaz. Bu durumda, kaçınılan dönemde ücret doğacağı İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde ayrıca düzenlenmediği için kaçınılan sürede ücret doğmayacaktır^[115]. Ayrıca, işçinin ücretinin ödenmesinin iş görme borcunun ifası için hazırlık hareketi niteliğinde olmadığı, işçinin iş görmekten kaçınmasının Türk Borçlar Kanununun 408'inci maddesi bağlamında işveren tarafından oluşturulan bir engel olarak değerlendirilemeyeceği ve iş görmekten kaçınan işçi edimini işverene sunmayacağı için işverenin edimi

[113] Bkz. IV., C., 2-, b) Olması Gereken Hukuk.

[114] Bkz. II., B. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği.

[115] Bkz. Demir, *op. cit.*, s.193; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *op. cit.*, s.685; Göktaş, *op. cit.*, s.121.

kabulde temerrüde düşmeyeceği gerekçeleriyle ödemezlik def'i neticesinde işverenin temerrüde düşeceği ve kaçınılan sürede ücret doğacağı yönündeki görüşlere^[116] katılamamaktayız.

b) Olması Gereken Hukuk

Olan hukuk açısından yukarıda^[117] vardığımız sonuç, iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmamasına yol açmaktadır. Bu nedenle olan hukuk açısından vardığımız sonuç ile olması gereken hukuk açısından savunacağımız görüş birbiriyle tamamen zıttır.

İş görmekten kaçınılan sürede işçiye ücret ödenmemesi iş görmekten kaçınma hakkının amacıyla örtüşmez. Burada sadece amaca uygun olmamak değil, açık şekilde amaca aykırılık söz konusudur. Bir diğer ifade ile, iş görmekten kaçınılan sürede ücret ödenmemesi, hakkın amacına ulaşmasına katkı sağlamadığı gibi açıkça hakkın amacına ulaşmasını engellemektedir. Zira, hakkın amacı işvereni ücret ödemeye zorlamak olduğuna göre, kaçınma hareketinin sonuçları işvereni ücret ödemeye zorlamalıdır. Oysa kaçınılan sürede ücrete hak kazanılmaması işveren üzerinde değil işçi üzerinde baskı oluşturmaktadır. İş görmekten kaçınan işçiye kaçındığı süre boyunca ücret ödenmeyeceği için kaçınma hareketini sürdürmesi işçinin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Kaçınılan sürede ücrete hak kazanılmaması işçiyi kaçınma hareketini sona erdirmeye zorlamaktadır.

Kanaatimizce, bu husus iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmamasının önündeki en büyük engeldir. İş görmekten kaçınılan sürede ücrete hak kazanmayan işçi doğal olarak bu hakkı tercih etmeyecektir. Nitekim bu husus öğretide birçok farklı yazar tarafından daha önce dile getirilmiştir. Örneğin Süzek, iş görmekten kaçınılan sürede ücret doğmazsa İş Kanunu'nun 34^{üncü} maddesi ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmeyeceğini ve işçilerin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmayacaklarını^[118]; Alpagut, işçinin çalışmadığı sürede ücretin doğmadığı kabul edilirse hakkın fiilen kullanım olanağının bulunmayacağını^[119]; Narmanlıoğlu ise, iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşması için kaçınılan sürede ücrete hak kazanılması

[116] Bkz. IV., C., 1- Öğreti Görüşleri.

[117] Bkz. IV., C., 2-, a) Olan Hukuk.

[118] Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.400-401.

[119] Alpagut, *op. cit.*, s.61

gerektiğini, aksi halde ortaya çıkan sonucun hakkın kullanılmasını engelleyeceğini belirtmektedir^[120]. Gerçekten de iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşabilmesi için mutlaka iş görmekten kaçınılan sürede işçiye ücret ödenmesi gerekir. Böylece işçi mağdur olmadan işvereni ücret ödemeye zorlayabilecektir^[121].

Söz konusu sorun iki şekilde çözülebilir. Bunlardan ilki, Yargıtay'ın görüş değiştirerek kaçınılan sürede ücrete hak kazanılacağı yönünde karar vermesidir. Ancak bu yöndeki bir karar, yukarıda vardığımız sonuç nedeniyle^[122], her ne kadar olması gereken hukuk açısından isabetli olsa da kanaatimizce olan hukuk açısından hukuka aykırı olur. Diğer çözüm yolu ise, yasa değişiklidir. Kanaatimizce isabetli olan bu çözümdür. İş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşabilmesi için kanun koyucu kaçınılan sürede ücrete hak kazanılacağını açık şekilde yasal olarak güvence altına almalıdır^[123].

D) FESİH YASAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmasını arzu eden kanun koyucu, İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasında işverene yönelik birtakım yasaklar düzenlemiştir. Böylece, işveren üzerinde baskı kurulması ve hakkın etkili şekilde kullanılması amaçlanmıştır^[124].

Söz konusu yasaklardan ilki, fesih yasağıdır. İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasında iş görmekten kaçınan işçilerin sözleşmesinin sırf bu nedenle feshedilemeyeceği düzenlenmiştir.

Anılan yasak, iş görmekten kaçınan işçinin sözleşmesinin hiçbir şekilde feshedilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bir diğer ifade ile, mutlak bir fesih yasağı söz konusu değildir^[125]. Hükümde geçen “bu nedenle” ifadesi, salt iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasının fesih sebebi

[120] Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.627.

[121] Bedük ve Karabacak, *op. cit.*, s.202.

[122] Bkz. IV., C., 2-, a) Olan Hukuk.

[123] Süzek, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi”, *op. cit.*, s.215.

[124] Güzel, *op. cit.*, s.137; Soyer, “Düşünceler”, *op. cit.*, s.18.

[125] İşçi, *op. cit.*, s.305.

olmayacağına işaret etmektedir. İş görmekten kaçınma işveren için geçerli veya haklı bir fesih sebebi oluşturmayacaktır^[126]. Dolayısıyla, iş görmekten kaçınma hareketi devam ederken farklı bir nedenle sözleşme feshedilebilir^[127]. Örneğin, kaçınma hareketi sırasında işçi işyerindeki makinelere zarar verirse bu durum fesih sebebi oluşturur.

Fesih yasağı ilk bakışta işçileri korur nitelikte görünmektedir. Ancak yasağın hakkın amacına ulaşmasına herhangi bir katkı sağlamadığı kanaatindeyiz. Zira, işveren, herhangi bir yasal hakkını kullanan işçinin sözleşmesini sırf bu nedenle feshedemez. İş görmekten kaçınma hakkı kanunda özel olarak düzenlenmeseydi ve ücretin ödenmemesi halinde işçilerin iş görmekten kaçınıp kaçınmayacağı hukuki bir problem olarak mevcut olsaydı, fesih yasağı o zaman önem arz ederdi. Ancak iş görmekten kaçınma hakkı özel olarak düzenlendiği için, ayrıca bir fesih yasağı düzenlenmese dahi iş görmekten kaçınan işçinin iş sözleşmesi iş görme borcunu ifa etmediği veya devamsızlık yaptığı gerekçesiyle^[128] feshedilemez^[129]. Aksi halde, iş sözleşmesi iş görmekten kaçındığı için feshedilen işçi iş güvencesi kapsamında feshin geçersizliğini ve işe iadesini, iş güvencesi kapsamında değilse kötüniyet tazminatı talep edebilir^[130].

Görüldüğü üzere, iş görmekten kaçınma hakkı mevcutken fesih yasağı özel olarak düzenlense de düzenlenmese de iş sözleşmesinin feshinin hukuki sonuçları aynı olacaktır. Dolayısıyla ilgili yasak, hakkın amacına ulaşmasına katkı sağlar nitelikte görünmemektedir. Bir diğer ifade ile, ilgili yasak iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçiye ek bir güvence sağlamamaktadır.

İş görmekten kaçınan işçinin sözleşmesinin kaçınma hakkını kullandığı için feshedilemeyeceği iş görmekten kaçınma hakkında mündemiçtir. Özel

[126] Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.632; Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.25; Göktaş, *op. cit.*, s.125; İşçi, *op. cit.*, s.305.

[127] Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.399; Göktaş, *op. cit.*, s.125.

[128] Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, iş görmekten kaçınan işçi işyerine gelmek zorunda değildir. Bkz. II., D. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kullanılması.

[129] Aynı yönde bkz. İşçi, *op. cit.*, s.306; Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.167; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.226.

[130] Bkz. Göktaş, *op. cit.*, s.125-126; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.226-228.

olarak düzenlenmesi gerekmez. Özel olarak düzenlenmesi gereken fesih yasağı değil, fesih yasağına aykırılığın yaptırımıdır. Kanun koyucu fesih yasağını düzenlemesine rağmen fesih yasağına aykırılığın yaptırımını özel olarak düzenlememiştir^[131]. Oysa iş görmekten kaçınan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin çeşitli yaptırımlarla işveren üzerinde baskı kurulması sağlanabilir. Öğretide, öneri olarak, iş görmekten kaçınan işçinin sözleşmesini fesheden işverene idari para cezası uygulanabileceği belirtilmektedir^[132]. Bizce de yüksek miktardaki idari para cezası hakkının amacına ulaşmasına katkı sağlayabilir.

Belirtmek gerekir ki, iş görmekten kaçınan işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumuna özgü, diğer taleplerle birlikte ileri sürülebilecek ve hak kazanılabilecek bir tazminatın düzenlenmesi de hakkın amacına ulaşmasına katkı sağlayabilir. Bunun için İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde yer alan "Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez" ifadesinden sonra, "aksi halde ... aylık ücret tutarında tazminata hükmedilir" şeklinde bir düzenleme yapılabilir. Bu durumda iş güvencesi kapsamındaki işçi hem işe iade davası açma hem de anılan tazminatı talep etme hakkına sahip olacaktır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçi ise kötüniyet tazminatıyla birlikte anılan tazminatı talep edebilecektir.

Bu duruma özgü bir tazminat düzenlenmesi yerine, salt iş görmekten kaçınma nedeniyle işverenin gerçekleştireceği feshin sonuç doğurmayacağı şeklinde mutlak bir fesih yasağı da düzenlenebilir. Anılan önerimiz, işverenin sözleşme özgürlüğünün ölçüsüz şekilde sınırlandırılacağı eleştirisine maruz kalabilir. Ancak biz bu kanaatte değiliz. Zira, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin sözleşmesini fesheden işveren, İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin altıncı fıkrası gereği, işçinin ücret dahil tüm alacaklarını ödemek zorundadır. İşverenin böyle bir ekonomik gücü varsa sözleşmeyi sona erdirmeyip işçinin ücretini ödemelidir. İşçinin sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, ödemediği ücreti ödeyerek kaçınma hakkını sona erdirmeli ve sözleşmeyi feshetmelidir. Hayati öneme haiz bir alacak olan ücreti ödemeyen işverenin sözleşme özgürlüğünün, yalnızca iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi bağlamında sınırlandırılmasının orantısız olmayacağı kanaatindeyiz. Önemle belirtilmelidir ki, önerdiğimiz fesih yasağı salt iş

[131] Eleştiriler için bkz. Çopuroğlu, *op. cit.*, s.231.

[132] Erkanlı Başbüyük, *op. cit.*, s.168.

görmekten kaçınma hakkının kullanılması nedeniyle yapılacak fesihlere yöneliktir. Anılan durumun dışında kalan fesihler açısından böyle bir yasak elbette düşünülemez. Örneğin, iş görmekten kaçınan işçilerin ücretini ödemeyen işveren kaçınma hareketinden bir süre sonra iflas etmiş ve işyerini kapatmışsa iş görmekten kaçınan işçilerin sözleşmesi işletmesel nedenle feshedilebilir.

E) YENİ İŞÇİ ALMA VE İŞLERİN BAŞKASINA YAPTIRILMASI YASAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İncelenmesi gereken bir diğer yasak, kaçınma hakkını kullanan işçilerin yerine işçi alma ve işin başkasına yaptırılması yasağıdır. İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, işveren, iş görmekten kaçınan işçilerin yerine yeni işçi alamaz ve bu işçilerin işlerini başkalarına yaptırılmaz. Aslında yeni işçi alma yasağı ile işin başkasına yaptırılması yasağı birbirinden ayrı iki yasaktır. Ancak iki yasak birlikte, ortak bir başlık altında incelenecektir. Zira iki yasak birbirini tamamlar niteliktedir.

Söz konusu iki yasakla birlikte, iş görmekten kaçınma hakkının etkili olması sağlanmak istenmiştir^[133]. Gerçekten de iş görmekten kaçınan işçilerin yerine işçi alması ve bu işi başkasına yaptırması yasak olan işveren işi kendisi yapmak zorunda kalacaktır^[134]. Aksi halde iş yapılmayacaktır. İş görmekten kaçınma sonucunda doğan işgücü açığının başka bir şekilde doldurulması mümkün olmayacaktır^[135]. Bu yasakların önemi, iş görmekten kaçınan işçinin nitelikli olması halinde veya birden çok işçinin aynı anda iş görmekten kaçınması halinde daha da belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır^[136].

Görüldüğü üzere, bahse konu iki yasak iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşması için oldukça gereklidir. Ancak ilgili yasaklar hakkın amacına ulaşması açısından gerekli olduğu ölçüde etkili değildir. Zira yasaklara

[133] Narmanlıoğlu, “Kaçınabilme”, *op. cit.*, s.632; Soyer, “Kaçınma”, *op. cit.*, s.674.

[134] Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.25. İş görmekten kaçınan işçinin işinin işveren tarafından yapılamayacağı görüşü için bkz. İşçi, *op. cit.*, s.336.

[135] Gökteş, *op. cit.*, s.127.

[136] Pekşen, *op. cit.*, s.109.

aykırılık halinde herhangi bir yaptırım düzenlenmemiştir. Bu nedenle ilgili düzenleme isabetsiz olarak nitelendirilmektedir^[137].

Anılan yasaklara uymayarak iş görmekten kaçınmanın kendi üzerinde yarattığı etkiyi azaltan işverenin karşılaşılabileceği tek yaptırım, işçinin iş sözleşmesini ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle feshetmesi ve buna bağlı tazminat talep etmesidir^[138]. Önemle belirtilmelidir ki, iş görmekten kaçınan işçi, zaten ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme (İş Kanunu, m.24/1-II,e) ve buna bağlı tazminat talep etme (4857 sayılı İş Kanunu, m.26/2 ve 1475 sayılı İş Kanunu m.14/1-II) hakkına sahiptir^[139].

İş görmekten kaçınma hakkı, iş sözleşmesini feshetmek istemeyen işçilerin kullanacağı bir haktır. Ücreti ödenmeyen işçi bu nedenle sözleşmeyi feshedebilecekken feshetmeyip iş görmekten kaçınmaktadır. İşveren iş görmekten kaçınma hakkının kullanıldığı dönemde de kanuna aykırı davranmayı sürdürmekte, iş görmekten kaçınan işçinin yerine işçi almakta veya o işi başkasına yaptırmaktadır. Bu durumda işçinin sahip olduğu tek hak ise, zaten başlangıçta sahip olduğu ve kullanmadığı sözleşmeyi fesih hakkıdır.

İşçinin sözleşmeyi feshettiğinde kazanacağı tazminatlar ise, iş görmekten kaçınma hakkına özgü tazminatlar değildir. İşçi söz konusu durumda ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle (İş Kanunu, m.24/1-II) sözleşmeyi feshedebilir. Anılan nedenle yapılan fesih sonucunda işçi, İş Kanunu'nun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymaması nedeniyle uğradığı zararı karşılayacak tutarda tazminat^[140] ile kıdem tazminatı talep edebilir.

Anılan yasaklar, iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşması için gerekli olsa da mevcut halleriyle hakkın amacına ulaşmasına katkı

[137] Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.675; Süzek, *İş Hukuku, op. cit.*, s.398; Çopuroğlu, *op. cit.*, s.230. Çalışmaktan kaçınmanın iş sağlığı ve güvenliği açısından risk taşıdığı durumlar açısından düzenlemeyi isabetli bulan görüş için bkz. Çil, *İşçinin Ücreti, op. cit.*, s.688.

[138] Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.675; Akyiğit, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", *op. cit.*, s.26.

[139] Aynı yönde bkz. İşçi, *op. cit.*, s.339.

[140] Süzek, *İş Hukuku, op. cit.*, s.399.

sağlayamazlar. Öğretide ifade edildiği üzere, “*anılan yasağın pek de ciddiye alınır bir yanı bulunmamaktadır*”^[141]. Gerçekten de ilgili yasakların yaptırımının olmaması, iş görmekten kaçınan işçiye ücret ödenmediği hususuyla birlikte değerlendirildiğinde^[142], iş görmekten kaçınan işçinin işinin bir başkasına, üstelik daha az maliyetle yaptırılması olasılığı doğmaktadır^[143].

İlgili yasaklar, ciddi yaptırımlarla desteklenmesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmasında çok büyük rol oynayabilir. Dolayısıyla, iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşabilmesi için yasaklara aykırılık halinde hukuki ve cezai yaptırım düzenlenmelidir^[144]. Örneğin, idari para cezası düzenlenmesi^[145] veya fesih yasağı hususunda ifade ettiğimiz^[146] gibi bu duruma özgü bir tazminatın düzenlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

İş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşıp ulaşmadığının incelendiği bu çalışmada, söz konusu hakkın amacına ulaşmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sonuca ulaşılırken öncelikle hakkın amacı belirlenmiştir. Madde gerekçesinin yetersiz kalması sonucu öğreti görüşleri incelenerek varılan neticeye göre, hakkın amacı, işveren ve işletme üzerinde baskı oluşturarak ücretin ödenmesini sağlamaktır.

İş görmekten kaçınma hakkının amacı belirlendikten sonra, hakkın bu amacı gerçekleştirme yeterliliğine sahip olup olmadığı incelenmiştir. Zira, yalın bir iş görmekten kaçınma hakkı, hakkın amacının gerçekleşmesi için yeterli değildir. İş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşabilmesi için, hakkın bu amacı gerçekleştirecek şekilde düzenlenmesi, gerekli araçlara sahip olunması gerekir.

[141] Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.25.

[142] Bkz. IV., C. İş Görmekten Kaçınılan Sürede Ücrete Hak Kazanılmamasının Değerlendirilmesi.

[143] Çil, *İşçinin Ücreti*, *op. cit.*, s.691.

[144] Göktaş, *op. cit.*, s.129-130; Dulay Yangın, *op. cit.*, s.229.

[145] Süzek, *İş Hukuku*, *op. cit.*, s.384; Akyiğit, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *op. cit.*, s.25; İşçi, *op. cit.*, s.341-342.

[146] Bkz. IV., D. Fesih Yasağının Değerlendirilmesi.

Yapılan değerlendirmede, İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin iş görmekten kaçınma hakkının amacını gerçekleştirebilecek şekilde düzenlenmediği sonucuna ulaşılmıştır. Anılan hüküm, hakkın amacını gerçekleştirmek için gerekli olan bazı araçlara sahipken bazılarında sahip değildir. Sahip olunan araçlar ise nitelik açısından yetersizdir. İş görmekten kaçınma hakkını kullanarak işvereni baskı altına almak isteyen işçi, hakkı kullanması neticesinde, umduğu faydaya ulaşamaması bir yana kaçındığı süre boyunca ücrete hak kazanamadığı için zarar görmektedir. Bu şartlar altında işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması beklenemez. Kullansa dahi iş görmekten kaçınma eylemini sürdürmesi beklenemez. Zira kaçındığı her gün kendisi zarara uğramaktadır.

Bu durum, hakkın amacına ulaşamamasına neden olmakta ve iş görmekten kaçınma hakkı amacına ulaşamadığı için tercih edilmemektedir. Nitekim, iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin yargıya yansıyan uyuşmazlık sayısı çok azdır. Bu, hakkın uygulamasının oldukça sınırlı olduğunu göstermekte ve iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşamadığı yönündeki iddiamızı desteklemektedir.

Uzun yıllardır konu hakkındaki çeşitli çalışmalarda, iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmaktan uzak olduğu ve bu haliyle işçiler tarafından kullanılmayacağı ifade edilmiştir^[147]. Ne var ki bu ikazlar dikkate alınmamıştır. İş görmekten kaçınma hakkı, herhangi bir değişikliğe uğramadan, yürürlüğe girdiği 2003 yılındaki haliyle, günümüzde mevcudiyetini sürdürmektedir. Hakkın kullanılmayacağı ikazında bulunan yazarlar haklı çıkmıştır.

Çalışmada hakkın amacına ulaşmasının önündeki engeller tespit edilmiştir. Örneğin, fesih yasağı ile yeni işçi alma ve işin başkasına yaptırılması yasağı hakkın amacına hizmet eden yasaklardır. Ancak bu yasaklar gerekli yaptırımlarla desteklenmediği için caydırıcılıktan uzaktır. Bunun yanı sıra iş görmekten kaçınmak için beklenmesi gereken yirmi günlük süre hakkın amacıyla bağdaşmamaktadır. Lakin tüm bu sorunlar bir yana, hakkın amacına ulaşmasının önündeki en büyük engel, iş görmekten kaçınılan sürede ücrete hak kazanılamamasıdır. İş görmekten kaçınılan sürede işçiye ücret ödenmemesi ile diğer sorunlar birlikte ele alındığında, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması işçi aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

[147] Bkz. Çelik *et al.*, *op. cit.*, s.358; Alpagut, *op. cit.*, s.61; Süzek, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi", *op. cit.*, s.215; Narmanlıoğlu, "Kaçınabilme", *op. cit.*, s.627; Güzel, *op. cit.*, s.143; Soyer, "Kaçınma", *op. cit.*, s.679;

İş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşması için anılan hakkın 20 günden daha az bir süre beklenilerek yahut hiç beklenilmeden kullanılması mümkün olmalı, iş görmekten kaçınılan sürede kaçınan işçiye ücret ödenmeli, fesih yasağına ilişkin olarak özel bir tazminat düzenlenmeli yahut fesih yasağı mutlak fesih yasağı olarak düzenlenmeli, yeni işçi alma ve işlerin başkasına yaptırılması yasağına aykırılık halinde tazminat ödenmelidir.

İlgili önerilerin iş görmekten kaçınma hakkının amacına ulaşmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Böylece, hakkın ücretin ödenmesine katkısı yalnızca teoride kalmayarak uygulamaya da yansıyabilecektir.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan, “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 5, 2005, s.15-26.
- Akyiğit, Ercan, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2023.
- Alp, Mustafa, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, İstanbul, On İki Levha, 2022, s.11-146.
- Alpagut, Gülsevil, “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, *İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2006, s.15-68.
- Antalya, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Seçkin, 2019, 2. Baskı, c.V/1,3.
- Bedük, Mehmet Nusret ve Emre Karabacak, “İşçinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, *Atlas Ulusal Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 3, 2018, s.193-211.
- Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekeşi*, MESS Yayınları, 2002.
- Çelik, Nuri, *et al.*, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, 35. Baskı, 2022.
- Çil, Şahin, “İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, in Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, İstanbul, Beta, 2011, c.II, 1271-1300.
- Çil, Şahin, *İş Hukukunda İşçinin Ücreti*, Ankara, Turhan, 2010.
- Çopuroğlu, Çağlar, *Ücret ve Korunması*, Ankara, Turhan, 2013.
- Demir, Fevzi, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir, Albi, 12. Baskı, 2019.
- Dulay Yangın, Dilek, “Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 10, Temmuz 2012, s.205-236.

- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, On İki Levha, 3. Baskı, 2021.
- Emmerich, Volker, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Franz Jürgen Säcker et al. (Ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Münih, C.H. Beck, 9. Baskı, 2022, c.III.
- Engin, Murat, “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s.77-94.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 23. Baskı, 2018.
- Erkanlı Başbüyük, Betül, *İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı*, Ankara, Seçkin, 2020.
- Ertürk, Şükran, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2022.
- Esener, Turhan, *İş Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, 1978.
- Eyrenci, Öner et al., *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2020.
- Eyrenci, Öner, “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s.15-56.
- Fries, Martin, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Reiner Schulze (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 12. Baskı, 2024.
- Göktaş, Seracettin, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*, Ankara: Yetkin, 2008.
- Günay, Cevdet İlhan, “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 1, 2006, s.36-52.
- Günay, Cevdet İlhan, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2015, c.II.
- Güzel, Ali, “Karar İncelemesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 2, Sayı 5, 2005 s.123-146.
- İşçi, Bülent Ferat, *Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*, İstanbul, Beta, 2022.

- Kaniti, Salomon, *Akadin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962.
- Kayırgan, Hasan, *Bireysel İş Hukukunda Zorlayıcı ve Zorunlu Nedenler*, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Kılıçoğlu, Mustafa ve İlayda Ada Kılıçoğlu, *Şerhli İş Kanunu Yorumu*, Ankara, Bilge, 5. Baskı, 2019.
- Krüger, Wolfgang, “§ 273 Zurückbehaltungsrecht”, in Franz Jürgen Säcker et al. (Ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Münih, C.H. Beck, 9. Baskı, 2022, c.II.
- Lorenz, Stephan, “§ 273 Zurückbehaltungsrecht”, in Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Ed.), *BeckOK BGB*, C.H. Beck, 71. Baskı, 2024.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Ankara, Lykeion, 7. Baskı, 2022.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkani)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s.607-633.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2014.
- Nomer, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 17. Baskı, 2020.
- Özdemir, Erdem, “İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret”, *3. Yılında İş Yasası*, İstanbul, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2005, s.27-55.
- Pekşen, Miraç Şamil, *Ücretin Süresinde Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi), Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 504314).
- Schmidt, Hubert, “§ 320 Einrede des nichterfüllten Vertrags”, in Wolfgang Hau ve Roman Poseck (Ed.), *BeckOK BGB*, C.H. Beck, 71. Baskı, 2024.

- Senyen Kaplan, E. Tuncay, “İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, in Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, İstanbul, Beta, 2011, c.I, s.567-594.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi, 11. Baskı, 2020.
- Soyer, M. Polat, “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmesi,” *İHU*, *İşK*. 26. (No.1), 1979.
- Soyer, Polat, “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, *4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları*, Ankara, Türk İş Yayınları, 2003, s.12-36.
- Soyer, Polat, “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı -Koşullar, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları-”, in Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, İstanbul, Beta, 2011, c.I, s.657-689.
- Stadler, Astrid, “§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags”, in Rolf Stürner (Ed.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, Münih, C.H. Beck, 19. Baskı, 2023.
- Sur, Melda, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, in Mehmet Uçum (Ed.), *A. Can Tuncay’a Armağan*, İstanbul, Legal, 2005, s.395-414.
- Sur, Melda, *Grev Kavramı*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1987.
- Süzek, Sarper, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 4, 2007, s.207-221.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2021
- Şahlanan, Fevzi, “Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Hukuk Dergisi Hukuk Eki* 27, Sayı 342, Eylül 2008, s.1-4.
- Topuz, Murat, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İşK m.34 ve m.83)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, Aralık 2007, 457-496.

Tuncay, A. Can, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı),” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 6, 2005, s.650-654.

Ulucan, Devrim, “İşçilik Haklarını Alamayan İşçinin Devamsızlık Nedeniyle İşten Çıkarılması,” *İHU., İşK. 17. (No.20)*, 1986.

Türk Ceza Kanunu'nda Mobbing Olgusunun Bağımsız Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi: Hukuki Değerlendirme ve Öneriler

Celal Hakan KAN*

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

* Dr., İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 25. Ceza Dairesi Üyesi. hakankan_31@msn.com. **ORCID:** 0000-0002-0621-4195.

Makale geliş tarihi: 12 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 7 Aralık 2024

Atf önerisi: Kan, Celal Hakan, “Türk Ceza Kanunu’nda Mobbing Olgusunun Bağımsız Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi: Hukuki Değerlendirme ve Öneriler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 231-301. **DOI:** 10.30915/abd.1532255.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA MOBBİNG OLGUSUNUN BAĞIMSIZ BİR SUÇ TİPİ OLARAK DÜZENLENMESİ: HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

ÖZ

Türkiye'deki iş yerlerinde mobbing, çalışanların psikolojik ve fiziksel sağlığı üzerinde ciddi olumsuz etkiler yaratan önemli bir sorun olarak öne çıkmaktadır. Mevcut yasal düzenlemeler ise mobbing olaylarını bağımsız bir suç tipi olarak değerlendirmemektedir. Bu çalışma, Türk Ceza Kanunu'nda mobbingin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Çalışmada, mevcut hukuki düzenlemelerin analizi ile mobbingin etkili bir şekilde önlenmesine ve mağdurların korunmasına yönelik öneriler sunulmuştur. Bu kapsamda, çalışmada karşılaştırmalı analiz yapılmıştır. Elde edilen sonuçlar ışığında, iş yerinde mobbingin açık bir şekilde tanımlanmasının ve caydırıcı cezai yaptırımlar getirilmesinin bu olgunun daha etkin bir şekilde önlenileceği ve mağdurların haklarının korunabileceği vurgulanmıştır. Bu bağlamda önerilen düzenlemeler, mobbingin tanımlanması, raporlanması ve cezalandırılması süreçlerine açıklık getirerek çalışma ortamlarının güvenli ve sağlıklı bir hale dönüştürülmesini amaçlamaktadır. Önerilerin ayrıca, iş yerlerinde mobbingin toplumsal ve bireysel düzeyde neden olduğu olumsuz etkilerin azalmasına katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, mobbing, iş yeri, tipik suç unsuru, mobbing davranışları.

THE REGULATION OF MOBBING AS AN INDEPENDENT OFFENSE IN THE TURKISH PENAL CODE: LEGAL ASSESSMENT AND RECOMMENDATIONS

ABSTRACT

Workplace mobbing in Turkey emerges as a significant issue that severely impacts employees' psychological and physical well-being. The existing legal framework, however, does not classify mobbing as an independent offense. This study argues that mobbing should be recognized as a distinct crime within the Turkish Penal Code. Through an analysis of current legal provisions, the study offers recommendations aimed at the effective prevention of mobbing and the protection of victims. In this context, a comparative analysis was conducted. Based on the findings, it is emphasized that clearly defining mobbing in the workplace and introducing deterrent criminal sanctions could enhance efforts to prevent this phenomenon and safeguard victims' rights. The proposed regulations aim to clarify the processes of defining, reporting, and penalizing mobbing, thereby transforming workplaces into safe and healthy environments. Furthermore, these recommendations are anticipated to contribute to mitigating the adverse effects of mobbing on both societal and individual levels.

Keywords: Turkish Penal Code, mobbing, workplace, typical element of the crime, mobbing behaviors.

GİRİŞ

Çalışma yaşamında gitgide artan bir tehdit olarak karşımıza çıkan mobbing, hukukun koruyucu kalkını altındaki işçilerin özellikle psikolojik bütünlüğünü zedeleyerek, iş hukukunda ve ceza hukukunda yeni arayışların zorunluluğunu gündeme getirmiştir. İşçilerin psikolojik ve fiziksel sağlıklarını olumsuz yönde etkileyen sürekli ve sistematik bir taciz biçimi olmasıyla beraber, buna yönelik gerçekleştirilen davranışlar hedef alınan kişinin itibarı, iş performansı ve hatta fiziksel sağlığı üzerinde zararlı etkilere yol açabilmektedir.

“*Mobbing*” terimi etimolojik kökenini İngilizce “*to mob*” kelimesinden alır ve ilk olarak sosyal psikoloji alanında, özellikle de kalabalık psikolojisi alanında ortaya atılmıştır^[1]. Bu terim, yapılandırılmış ve organize bir grup içindeki en düşük sosyal hiyerarşi seviyesini sembolize etmektedir. Daha sonra ise İsveçli bir doktor olan *Heinemann* tarafından çocuklara bir grup akranları tarafından uygulanan şiddeti tanımlamak için kullanılmıştır^[2].

Öte yandan, birçok ülkenin akademik çalışmalarında öne çıkan mobbing kavramı özellikle çok yönlülüğü sebebiyle farklı diller ve kültürler arasında farklı terminoloji kullanımına yol açmaktadır. İngilizce konuşulan bölgelerde önceleri “*işyeri zorbalığı*” şeklindeki kullanımı yaygınken; uluslararası literatürde genel itibarıyla fiziksel ve psikolojik zararla sonuçlanan soyut şiddete işaret eden bir terim olan “*mobbing*” kullanılmaktadır. Türkçe literatürde ise bu olgu genellikle psikolojik taciz, manevi taciz, yıldırma gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Bununla birlikte, olgunun karmaşık doğasını ve bu tür davranışları tanımlama, kategorize etme ve özellikle Türk Ceza Hukuku çerçevesinde ele alma konusundaki zorlukları vurgulayan, evrensel olarak kabul görmüş bir tanım veya terim henüz oluşturulmamıştır. Uluslararası alanda ve genel olarak toplumsal bağlamlarda geniş kabul gören mobbing terimi, ilgili diğer kavramları da kapsar bir niteliğe sahiptir. Sonuç olarak, çalışmanın anlaşılabilirliği, kapsamlı bir çerçeve sunmak, toplumsal bilinci yükseltmek ve küresel/akademik çalışmalarla daha kolay karşılaştırma yapılmasını sağlayabilmek adına çalışma boyunca, -çoğunlukla- “*mobbing*”

[1] Şamil Demir, “Mobbing Olgusunun Hukuksal Değerlendirmesi,” *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 2, 2009, s. 140.

[2] Gail Pursell Elliott, Noa Davenport and Ruth Schwartz, *Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace*, U.S.A., Civil Society Publishing, 1999, s. 12.

terimi ve literatür ile uyum sağlaması adına “psikolojik taciz” terimi dönüşümlü olarak kullanılacaktır.

Günümüzde ise özellikle İskandinav ülkelerinde ve çalışma psikolojisi alanında mobbing üzerine kapsamlı araştırmalar yapılmıştır^[3]. Genellikle işverenlerin, çalışanları istifaya zorlamak ve bu şekilde tazminat yükümlülüklerinden kaçınmak için uyguladıkları sistematik ve sürekli baskı ile ilişkilendirilmektedir. Bu etkilerin ciddiyetinin farkına varılmasıyla, zaman içinde özel hukuk ve ceza hukukunda mobbingi ele alan düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Çalışanların yasal haklarının giderek daha fazla farkına varması, mobbing uygulamalarının doğrudan kaba güç kullanımından çıkarak, koruyucu iş yasalarındaki boşluklardan yararlanarak, “sinsi” bir psikolojik baskı ve yıldırıma dönüşmesine sebep olmuştur. Kültürel ve rekabetçi dinamiklerle beslenen bu artan eğilim, mobbingi işçi haklarının korunması açısından kritik bir konuma getirmiş ve özellikle Türkiye’de ceza hukuku bağlamında mobbingin ayrı bir suç olarak açıkça tanınmasını gerektirmiştir. Nitekim mobbingin sadece kişileri bireysel olarak değil tüm toplumu etkilediği göz önüne alındığında, bu konunun kovuşturulması ve ele alınması çeşitli yasal prosedürlerin ve mevzuatın uygulanmasını gerektirmektedir.

Ceza hukuku, suçluların sorumlu tutulması ve adil bir hukuk düzeninin korunması için temel teşkil etmektedir. Mobbingin çalışanların refahını ve mesleki performansını tehlikeye atabileceği de göz önüne alındığında, ceza hukuku bağlamındaki suçlar kapsamında sınıflandırılması ve failer için potansiyel cezai sorumluluğun değerlendirilmesi elzem hale gelmektedir. Ayrıca, Türk mevzuatında ayrı bir suç olarak düzenlenmediği göz önüne alındığında, caydırıcı yaptırımların eksikliği konunun etkili bir şekilde ele alınmasında önemli engeller yaratmakta ve bu tür davranışlarda bulunanları sorumlu tutacak mekanizmaları zayıflatmaktadır. Bu nedenle, mevcut ceza hukuku çerçevesinde bireysel eylemlerin kolektif süreçlerden daha öncelikli olduğu düşünüldüğünde, bu çalışma kavramın anlaşılmasında karşılaşılan zorluklara ışık tutmayı amaçlamaktadır. Nitekim, TCK’ya ayrı bir mobbing

[3] Meral Öztürk ve Ercan Şahbudak, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve İş Doyumu: Cumhuriyet Üniversitesindeki Araştırma Görevlileri Üzerine Bir Çalışma”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2017, s.203.

suçunun eklenmesi ise sorumluların tespit edilmesini ve yargılanmasını kolaylaştıracaktır.

İş yerinde gerçekleştirilen psikolojik taciz davranışlarının çok yönlü yapısı göz önüne alındığında, farklı hukuki kategoriler altında ele alınması ve uygun hukuki ve/veya cezai prosedürlerin geliştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, mevzuatın detaylandırılması ve uygulamaya yönelik netlik sağlanması büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızda, işyerlerinde önleyici tedbirlerin alınmasını teşvik etmek ve uygulayıcıların daha etkin bir şekilde kovuşturulmasını sağlamak amacıyla mobbingin bağımsız bir düzenlemeye kavuşturulması önerilmektedir.

I. GENEL OLARAK MOBİNG KAVRAMI

İşyerinde psikolojik taciz olarak da bilinmekte olan “mobbing” olgusu, çalışma hayatında endişe verici bir paradigma yaratarak toplumun ilgisini çekmeyi başarmış, hedef alınan kişiler ve hatta kurumların üzerinde yarattığı yıkıcı etkiler sebebiyle de son yıllarda giderek artan bir ilgi görmeye başlamıştır. Gerçekten de bu kavram ilk ortaya atıldığı zamandan bu yana geniş çapta incelenmiş, tartışılmış ve işyerinde önlenmesi ve ele alınması için çeşitli teorik modellerin ve müdahalelerin geliştirilmesine yol açmıştır. Mobbing, çalışma hayatında hedef alınan bir kişi veya grubun iş arkadaşları ya da üstleri tarafından tekrar eden ve sistematik şekilde uygulanan kötü muamele ve zarar verici davranışları ifade etmektedir. Bu davranışlar genellikle fiziksel ve daha yaygın olarak psikolojik zararlarla sonuçlanmaktadır. Mobbinge maruz kalan bireylerin karşılaştığı bu durum, teorik modellerin ve müdahalelerin geliştirilmesine ihtiyaç duyulan önemli bir sorun alanı oluşturmaktadır. Söz konusu zarar verici davranışlarla hedeflenen, mobbinge maruz kalan mağdurun öz değer duygusunu aşagılamak, saygınlığını zedelemek ve psikolojik sağlığını olumsuz yönde etkilemektir. Aslında “mobbing” terimi onlarca yıldır işyerinde gerçekleştirilen psikolojik taciz ve istismarı tanımlamak için kullanılmaktadır. Günümüzde mobbingin doğasını ve yaygınlığını tam olarak anlamak için, tarihsel gelişimini ve zaman içinde nasıl evirildiğini incelemek önemlidir.

A) KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE TARİHSEL GELİŞİM

Mobbing terimi, iş yerlerinde yaşanan bir olguyu ifade etmek amacıyla kullanılmadan önce, hayvan davranışlarını inceleyen bilim insanları tarafından keşfedilmiştir^[4]. İlk kez 19. yüzyılda biyologlar tarafından, yuvalarını koruyan kuşlarda gözlemlenen bir olguyu tanımlamak için kullanılan bu kavram, 1960'larda *Konrad Lorenz* tarafından, küçük hayvanların daha büyük ve yalnız bir hayvana karşı ortak bir savunma mekanizması geliştirmesi veya bir hayvan sürüsü içindeki zayıf üyenin sistematik olarak dışlanıp nihayetinde ortadan kaldırılmasını simgelemek amacıyla kullanılmıştır^[5]. *Lorenz*, bu durumu kuşların yuvalarını koruma amacıyla kendilerinden daha güçlü bir hayvanı grup halinde hedef alarak uzaklaştırmalarını içeren davranışlar üzerinden izah etmiştir^[6].

Mobbing terimini açıklamak için tercih edilen terimler kadar kullanılan tanımların çeşitliliği de oldukça fazladır. Bununla birlikte, mobbing hakkında herkes tarafından kabul edilmiş ve evrensel bir tanım bulunmamaktadır. Latince'de "*kararsız kalabalık*" anlamına tekabül eden "*mobile vulgus*" kelimelerinden türeyen -fiil haliyle- "*mob*" hukuksuz şekilde şiddet eylemleri gerçekleştiren bilinçsiz insan topluluğu anlamına gelmektedir^[7].

Kavramın insanlara atfedilmesinde önemli bir rol oynayan İsveçli hekim *Heinemann* ise mobbing kavramını, bir grup çocuğun yalnız başına olan bir çocuğa karşı şiddet içeren tutum ve davranışları olarak kullanmıştır^[8]. Belirtildiği üzere mob sözcüğünden türeyen mobbing tam da bu zararlı eylemleri ifade etmek adına yaygınlaşmaya başlamış, 1980'li yıllardan itibaren ise işyeri ile bağlantılı bir şekilde kavram ele alınmaya başlanmıştır^[9].

[4] Zeynep Duygu Ulusoy, "Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 105, 2013, s.131.

[5] Selahattin Samet Bilge, "Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.1246.

[6] Ulusoy, *op.cit.*, s.131.

[7] Fatma Çopur, *Mobbingin Çalışanlar Üzerindeki Etkileri: Türk Hukuk Sisteminde Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi, 2017, s.6.

[8] Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Cilt 5, Sayı 2, 1996, s.168.

[9] Bilge, *op.cit.*, s.1246.

Heinz Leymann ise 1973'te çalışma hayatında psikolojik terör veya mobbing dediğimiz kavramı, bir veya daha fazla kişi tarafından zarar verici davranışlar ile sistematik olarak çaresiz ve savunmasız bir konuma sokulan bir kişiye yöneltilen düşmanca ve etik dışı iletişim biçimi olarak tanımlamıştır^[10]. Bu süreçte mobbing mağduru olan işçi sistematik bir şekilde diğer çalışanlar veya işverenleri tarafından basit şakalar, dalga geçme, durmaksızın eleştirme, tehdit etme, görmezden gelme ve alenen iftira atmaya kadar varan bir dizi yöntemle sistematik olarak eziyet görmekte, baskı altına alınmakta, korkutulmakta ve sindirilmektedir^[11]. İşyerinde mobbingin sınırlarının net bir şekilde çizilmesi mümkün olmadığından eylemlerin maruz bırakıldıkları tesirinin analizi de güçleşmekte, bu nedenle mobbingin tespiti zorlaşmakta ve nelerin mobbing teşkil eden bir davranış olabileceği konusunda çok çeşitli yorumlar yapılmaktadır. Örneğin, *Leymann*'a göre cinsel taciz teşkil eden davranışlar da mobbing kapsamına girmektedir^[12].

Norveç'teki bir grup bilim insanı, mobbing kavramına örnek teşkil edebilecek davranışların işyerlerinde sıklıkla görüldüğünü tespit etmiştir^[13]. Bu anlamda, Einarsen ve diğerlerine göre^[14] ise bir faaliyet, etkileşim veya sürecin psikolojik taciz olarak etiketlenmesi için tipik olarak yaklaşık altı ay gibi bir süre boyunca tekrar tekrar ve düzenli olarak gerçekleşmesi gerekir ki bu hedef alınan kişiyi daha aşağı bir konuma getiren ve sistematik olarak olumsuz sosyal eylemlere maruz bırakan, tırmanan bir süreçtir. Bu tanıma göre çatışmanın münferit bir olay olması veya her iki tarafın da yaklaşık olarak eşit güçte bulunması durumunda zorbalık olarak değerlendirilemeyeceğini

[10] Serap Palaz, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Davranışları Üzerine Bir Araştırma: Bandırma Örneği", *İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, Cilt 10, Sayı 14, 2018, s.44.

[11] Einarsen Stale, Hoel Helge, Zapf Dieter and L. Cooper Cary, "The concept of bullying at work: the European Tradition", in *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace: International Perspectives in Research and Practice*, London, Taylor & Francis, 2003, s.217.

[12] Ümit İlhan, "İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri", *Ege Akademik Bakış* 10, Sayı 4, 2010, s.1176-1177.

[13] *İlhan, op.cit.*, s.1180.

[14] Arzu Arslan Ertürk, "İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s.290.

belirtmek gerekmektedir. Ancak, hiyerarşi veya cinsiyetten bağımsız olarak, mobbing herhangi bir işyerinde herkesin başına gelebilecek, süresi ve yoğunluğu itibarıyla öznel ve mağdurun tolerans düzeyine bağlı bir olgu olarak kabul edilmekte; bu nedenle de mağdurun tacizle ilgili deneyimi daha büyük bir önem ifade etmektedir^[15].

1996 yılında İngiliz araştırmacı Tim Field, mobbingi bireyin özsaygısına ve özgüvenine yönelik sürekli ve ısrarlı bir saldırı olarak nitelendirmiştir. Davenport, Schwartz ve Elliott mobbingi mağdurun benlik duygusunu yok etmeye yönelik kasıtlı bir çaba olarak tanımlamıştır. Bu tür davranışların altında yatan güdüler ise hâkimiyet kurmak, kontrol uygulamak ve mağduru örgüt dışına itmek olarak ifade edilmiştir^[16]. Marie-France Hirigoyen'in kitabında tanımladığı şekliyle ise psikolojik taciz, işyerinde bir çalışanın kişiliğini, onurunu ve fiziksel veya zihinsel sağlığını ihlal eden taciz edici davranışları ifade etmektedir. Bu davranışlar, tekrarlanan veya sistematik olarak uygulanan ve işyeri ortamını bozan sözler, yazılar, jestler veya bakışları içerebilmektedir^[17].

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından ise mobbing, bir grup çalışanın belirli bir çalışana hedef almasını içeren bir psikolojik taciz türü olarak tanımlanmış ve bu tanımın içerisine sürekli olarak olumsuz açıklamalar veya eleştiriler yapmak, kişiyi sosyal olarak izole etmek, yanlış bilgi veya dedikodu yaymak ve sürekli alay etmek gibi görünüşte masum ancak yıkıcı sonuçları olabilen davranışlar dâhil edilmiştir^[18].

Tınaz ise “yıldırkaçır” şeklinde tabir ettiği mobbing olgusunu, işyerinde “diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırıları içeren bir tür psikolojik terör” olarak tanımlamış ve içerisinde üstler, astlar veya eşit seviyedeki iş arkadaşları tarafından çalışana sistematik olarak uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet ve aşağılamayı barındırdığını ifade

[15] Arslan Ertürk, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, s.290.

[16] Duncan Chappell ve Vittorio Di Martino, “Violence at Work”, *International Labour Organization*, 2006, s.22.

[17] Marie-France Hirigoyen, “Le harcèlement moral, un symptôme de la société moderne”, in *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, Cilt 174, Sayı 7, 2016, s.579.

[18] Chappell ve Di Martino, *op.cit.*, s.22.

etmiştir^[19]. Bayram da benzer bir yaklaşımla, bu taciz türünü işyerinde şiddetin bir alt türü olarak değerlendirmekte ve tekrarlayan aşağılama, şiddet, tehdit, düşmanca muamele, küçük düşürme ve gözdağı verme gibi davranışlar yoluyla bir çalışana uygulanan psikolojik terör biçimi olarak tanımlamaktadır^[20].

Yuvalı ise mobbingin, işyerindeki bir çalışanın iş koşullarını çalışanları işten ayrılmaya sevk edecek kadar dayanılmaz hale getirmek gibi çeşitli nedenlerle düzenli ve kasıtlı olarak yıldırıcı davranışlara maruz bırakılmasıyla ortaya çıkan psikolojik terörizm biçimi olduğunu belirtmektedir^[21].

Savaş, mobbingi genel anlamda, “amaç ne olursa olsun, fail kim olursa olsun, işyerinde bir çalışana sistematik olarak uygulanan psiko-sosyal saldırı” olarak tanımlamayı uygun bulmuştur^[22]. Öte yandan, Güzel ve Ertan, mobbingin; bir işyeri, işletme veya kamu kurumu gibi ortak bir alanda kolektif şekilde çalışan kişilerin birbirine dayattığı korku ortamı olduğunu ifade etmiş ve bu tür davranışların önlenmesi için daha koruyucu tedbirlerin alınması gerektiğini savunmuştur^[23]. Çalışanları güçlendiren bir işyeri kültürünün oluşturulmasının önemini vurgulayan araştırmacılar, mobbingin yarattığı olumsuz etkilerin azaltılması için bu davranışların acilen incelenmesi ve müdahale edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20/12/2006 tarihli kararıyla ise Türk Mahkemelerince ilk defa mobbing kavramına yer verilmiştir. Mahkeme bu kavramı, işyerindeki kişilere karşı işverenleri, eşit düzeydeki iş arkadaşları veya daha düşük pozisyonlarda çalışan diğer kişiler tarafından gerçekleştirilen

[19] Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, 3. Baskı, s.8.

[20] Fuat Bayram, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 14, 2007, s.552.

[21] Ertuğrul Yuvalı, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s.115.

[22] Fatma Burcu Savaş, *İşyerinde Manevi Taciz* (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, 2006, s.51.

[23] Ali Güzel, Emre Ertan, “İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 14, 2007, s.511.

çeşitli sistematik eylemleri içerecek şekilde tanımlarken bu davranışların cinsel taciz, cinsiyet ayrımcılığı ve ırkçı tacizi de içerebileceğine vurgu yapmıştır^[24].

Yargıtay ise kararlarında psikolojik tacizden bahsederken; “...işyerinde çalışanlara, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar” şeklinde bir tanımlama yoluna gitmiştir. Tanıma göre bu davranışların mobbing olarak kabul edilebilmesi için bir işçinin hedef haline getirilmesini, fiilen sistematik ve belirli bir süre boyunca devamlılık arz etmesini şart koşmuş ve her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır^[25]. Nispeten yakın bir tarihte, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi ise bir kararında kavramı, bir kişiyi değersizleştirmek, zayıflatmak, küçük düşürmek ve ortak alandan uzaklaştırmak için sözel, tutumsal ve eyleme dönüştürülebilir psikolojik ve duygusal baskının sistematik olarak kullanılması olarak tanımlamıştır^[26]. Yargıtay 2022 yılında verdiği bir kararında, mobbingi psikolojik terör olarak tanımladıktan sonra, bir işyerinde bir işçiye astları, üstleri veya eşit düzeyde yer alan diğer işçiler tarafından sistematik bir şekilde ortaya konulan her türlü aşağılayıcı, küçük düşürücü, tehdit ve şiddet içeren davranışlar olarak ifade etmiştir^[27].

B) TERİM OLARAK

Günümüzde, güncelliği sebebiyle birçok ülkede alana dair akademik çalışmalar yapılmakta olup mobbing teşkil eden davranışları tanımlamaya yönelik birden fazla kavram kullanılmaktadır. İngiltere'nin ana dil olarak kullanıldığı ülkelerde daha ziyade zorbalık anlamına karşılık gelen “workplace bullying” kavramı tercih edilmekle birlikte, uluslararası literatür

[24] Ankara Sekizinci İş Mahkemesi, 2006/19 E., 2006/625 K., 20/12/2006 T.

[25] Salim Yunus Lokmanoglu, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 30, 2017, s. 381.

[26] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, T. 25.9.2013.

[27] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Yedinci Hukuk Dairesi, 2022/2005 E., 2022/2166 K., 22.06.2022 T.

taramalarında bu kavramların birbirlerinin yerine geçebildiğini gözlemlemek de mümkündür^[28].

Daha ziyade fiziksel saldırı ve kaba şekilde davranılması ile hakaret edilmesi gibi eylemleri içeren “bullying”den farklı olarak “mobbing,” işyerinde soyut bir şiddet şeklinde başlayarak, hem fiziksel hem de çoğunlukla psikolojik zarar ve sosyal izolasyona sebebiyet vermesi ile diğer terimlerden ayrılmaktadır^[29]. Leymann ise okul örgütlerine ilişkin yapılan akademik çalışmalarda “bullying” teriminin, işyerlerinde gerçekleştirilen davranışların incelenmesi durumunda “mobbing” kavramının kullanılması gerektiğini savunmaktadır^[30].

Türk Hukuku bakımından ise, her ne kadar literatürde mobbing kavramı üzerinde fikir birliği sağlanmamış olsa da öğreti tarafından kavramı ifade etmek için daha çok psikolojik taciz, sindirme ve yıldırma kelimelerinin tercih edildiği gözlemlenmektedir. Nitekim, Gedikkaya taciz kelimesinin Arapça’da rahatsızlık verme, güçsüzleştirme, aciz bırakma gibi anlamlara tekabül eden “acz” kökünden gelmesinden hareketle, en uygun çevirinin psikolojik taciz şeklindeki çeviri olduğunu ifade etmektedir^[31]. Türkiye Büyük Millet Meclisi (T.B.M.M.) Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu bünyesinde yer alan İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Alt Komisyonu tarafından yapılan başvuru neticesinde ise Türk Dil Kurumu tarafından mobbing olgusunu ifade etmek adına “bezdiri” kavramı duyurulmuştur^[32].

İş Hukuku’nda ise gerek öğretide gerekse içtihatla incelendiğinde “mobbing” ve “işyerinde psikolojik taciz” terimlerinin birlikte kullanımının

[28] Margaret H. Vickers, “Introduction—Bullying, Mobbing, and Violence in Public Service Workplaces: The Shifting Sands of ‘Acceptable’ Violence”, *Administrative Theory & Praxis*, Cilt 32, Sayı 1, 2010, s.7-9.

[29] Tınaz, *op.cit.*, s.16.

[30] Tınaz, *op.cit.*, s.17.

[31] Muhammed Tolga Gedikkaya, “Kamuda Psikolojik Taciz (Mobbing) ile Mücadele Politikasının Değerlendirilmesi: Psikolojik Taciz Genelgesi Örneği”, *Gaziantep Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2019, s.55.

[32] Özgem Tuğçe Gümüş, *Psikolojik Taciz (Mobbing): İnsan Hakları İhlallerinin Yeni Bir Biçimi* (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, 2017, s.15.

tercih edildiği gözlemlenmektedir^[33]. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 417'nci maddesinde, işçinin psikolojik tacizden korunmasının hüküm altına alınmasıyla günümüzde mobbing ve psikolojik taciz terimleri, yaygın kullanım şekline literatürde oturmuş durumdadır. Bunun yanında, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ("TİHEKK") uyarınca psikolojik taciz, psikolojik tacizi de kapsama alanına dahil ederek işyerinde yıldırma kavramını da ayrımcılık türleri arasında saymış ve psikolojik tacizi bu terim altında tanımlamıştır. Buna göre psikolojik taciz: "Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanarak, kişiyi işinden soğutma, dışlama, bıktırma amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler" (m.2/1, g) olarak öneri yapılmıştır^[34]. Bu tanım, mobbingin yasal çerçevede ele alınmasını sağlamış ve işyerinde çalışanların korunmasına yönelik önemli bir hukuki temel oluşturmuştur.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayınlanan İşyerinde Psikolojik Şiddet Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi'ne göre ise mobbing, işyerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi veya kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten çıkarmayı amaçlayan; mağdur veya mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünüdür^[35].

Sonuç olarak, sosyal yaşantımızın her alanında ama en çok da çalışma hayatına katılım söz konusu olduğunda karşılaştığımız mobbing olgusu, günümüzde psiko- sosyal ve kültürel değişimlerin hızı da göz önünde bulundurulduğunda tek bir şekilde tanımlanması ve sınırlanması mümkün olmayan bir kavram olarak halen karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, mobbingin kendine has yapısı ve terminolojik boyutları, böylesine karmaşık ve çok yönlü bir olayı tanımlamanın ve kategorize etmenin zorluklarını ve belirsizliklerini ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, söz konusu belirsizliklerin giderilmesi ve

[33] 19 Mart 2011 tarihli ve 2011/2 Sayılı İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi ile ilgili Başbakanlık Genelgesi (RG, 19 Mart 2011, Sayı 27879).

[34] Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s.34.

[35] T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi* 4. Baskı, Ankara: 2017, s.9.

her daim kendini güncelleyecek şekilde bütüncül ve kapsayıcı bir koruma sunulması anlamında Türk Ceza Hukuku'nda mobbingin nasıl düzenleneceği konusu çok ciddi bir öneme sahiptir.

C) MOBBİNGİN TARAFLARI

İşyerinde psikolojik taciz, mağdur, fail ve tanık dahil olmak üzere birden fazla tarafı ilgilendiren ve hemen her işyerinde ortaya çıkabilen, çalışma hayatını doğrudan etkileyen karmaşık bir sosyal olgudur. Bir ortamda mobbing mağduru olarak görünen bir kişi, başka bir grup için potansiyel adaydır ve aralarındaki sınırlar kesin olarak çizilememektedir^[36]. Bu nedenle, işyerinde psikolojik tacize dahil olan farklı tarafların, mobbing failleri, mobbing mağdurları ve mobbing izleyicileri de dahil olmak üzere incelenmesi oldukça önemlidir.

Psikolojik tacizin aynı statüyü paylaşan kişiler arasında (yatay) veya ast-üst ilişkisi içinde olan farklı statülerdeki kişiler arasında (dikey) meydana gelebilmesi mümkündür. Mobbing sürecinin taraflarının belirlenmesinde, meydana gelen mobbingin yatay ya da dikey olması, kimlerin buna maruz kalabileceği ya da belirtileri ve sonuçlarının neler olduğunun analizi önemli bir rol oynamaktadır^[37].

1- Fail (Uygulayıcı, Tacizci, Zorba, Saldırgan)

Mobbing teşkil eden fiilleri gerçekleştiren kişiye mobbing faili (mobbing uygulayıcısı, saldırgan, tacizci veya zorba) adı verilmektedir. Mobbing failinin kişilik özelliklerini tanımlamak karmaşıktır, çünkü kendi kurallarını örgütsel norm olarak gördükleri bir yerden hareketle gerçekleştirdikleri davranışları, yüksek düzeyde düşmanlık, gözdağı verme, eleştiriye gelememe, kendi pozisyonlarını koruma, dikkat çekme, çıkarıcılık ve aşırı övgü ihtiyacı gibi çeşitli motivasyonlardan kaynaklanabilmektedir^[38]. *Hobbes* tarafından ortaya

[36] Gülay Işkın, *İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, 2010, s.12.

[37] Muhammed Tolga Gedikkaya, *Kamu Personelinin Maruz Kaldığı Psikolojik Tacizin Önlenmesine Yönelik Mevzuat Analizi* (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, 2013, s.28.

[38] Hasan Tutar, "İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2004, s. 111-12.

atılan ve insanın doğası gereği onu çatışmaya yönelten rekabet, güvensizlik ve şöhret şeklinde sıraladığı özelliklerin her birinin mobbing aktörlerinde de yoğun şekilde görüldüğü gözlemlenmektedir^[39].

Önemle belirtmek gerekir ki, işyerinde yer alan hiyerarşik ilişkilenmeler failin tespitinde belirleyici rol oynamamaktadır. Gerçekten de her ne kadar yapılan araştırmalar ve istatistiksel veriler tacizin en yaygın biçiminin bir üst tarafından bir asta uygulandığını gösterse de kimi zaman eşit hiyerarşik seviyedeki çalışanlar arasında veya astın üste uyguladığı ve dolayısıyla da fail olarak konumlandırılabilirler durumlar da söz konusu olmaktadır^[40].

Bir diğer husus ise müşteriler veya tedarikçiler gibi çalışan olmayan kişilerin mobbing faili olup olamayacağına dair yürütülen tartışmalar olup, Uluslararası Çalışma Örgütü bu tür davranışları mobbing olarak kabul etmektedir^[41]. Buna karşılık, işyeri dışında üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin Türk Ceza Kanunu esaslarına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar bulunsa da mobbingin failinin belirlenmesinde, işyerine belirli periyotlarla gelen kişilerin orada çalışan biriyle bağlantılı olarak işledikleri fiillerin mobbing olarak kabul edilebileceği, bir veya birkaç kez gelenlerin işledikleri fiillerin ise mobbing olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde görüş belirtenler de bulunmaktadır^[42]. Bu anlamda, ilgili bağlam ve ilişkilerin analiz edilmesi önemlidir. Nihayetinde, bir tedarikçinin veya müşterinin davranışının mobbing teşkil edip etmediğinin belirlenmesi, genel dinamikler ve hedef alınan kişi üzerindeki etki dikkate alınarak vaka bazında değerlendirilmelidir. Hem işyeri ilişkilerini hem de dış etkileşimleri dikkate alan kapsamlı bir yaklaşım, mobbingin daha incelikli bir şekilde anlaşılmasını sağlayabilir ve etkili önleme ve müdahale tedbirlerine katkıda bulunabilir.

Sonuç olarak, çalışan olmayanların mobbing olaylarına fail olarak dâhil olması yasal kategorizasyon açısından zorluklar yaratabilirken, bu davranışların işyerindeki kişilerin refahı üzerindeki etkisini kabul etmek

[39] Erkan Pir, *Türk Hukukunda Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları* (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, 2019, s.24.

[40] Benay Keskin İšoğlu, *Hukuki Boyutuyla İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi, 2015, s.17.

[41] İšoğlu, *op.cit.*, s.19.

[42] Recep Kocabaş, *Yüksek Yargı Kararları Işığında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Dicle Üniversitesi, 2021, s.18-19.

çok önemlidir. Bu sorunun ele alınması, tedarikçilerin veya müşterilerin mobbing dinamiklerindeki potansiyel rolünü tanıyan ve ilgili herkes için güvenli ve saygılı bir çalışma ortamı yaratmayı amaçlayan kapsamlı bir yaklaşımı gerektirmektedir.

2- Mağdur (Maruz Kalan, Kurban, Hedef)

Mobbing üzerine yapılan araştırmalar, bu olgunun mağdurlarının ortak özelliklerinin işyerlerine bağlılıkları ve işyerleriyle özdeşleşmeleri olduğunu ortaya koymuştur. Bu kişilerin genellikle yeni fikirler ve yöntemler üreten yaratıcı kişiler olduğu, fikirleri yüksek mevkilerdeki kişiler için bir tehdit olarak görüldüğünden sıklıkla hedef alındıkları tespit edilmiştir. Mağdurların tipik olarak kaygı duydukları, ihtiyatlı davrandıkları ve sözlerinin çarpıtılmasından endişe ettikleri belirlenmiştir. Ayrıca, iyi niyetlerinin ve sabırlarının genellikle zayıflık olarak algılandığı, mobbing aktörleri için güç uygulama fırsatı yarattığı vurgulanmıştır^[43].

Leymann'a göre ise, tipik olarak sadece bir kişi mobbing kurbanı olarak hedef alınır ve bu kişiyi genellikle belirli kişilik özellikleri karakterize eder; bu özellikler arasında işinde son derece yetenekli ve verimli olmak, olumlu bir tutuma ve güçlü bir iş ahlakına sahip olmak, dürüst, güvenilir ve kuruma sadık olmak, bağımsız ve yaratıcı olmak ve potansiyel olarak mobbing faili için gelecekte bir tehdit oluşturmak yer almaktadır^[44]. Bu nedenle, mağdur profili bu kişilik özelliklerinin doğrudan bir sonucu olarak değil, daha ziyade kişiyi mobbing faili için hedef haline getiren özellikler olarak görülmelidir^[45].

Mobbingin analizinde, mağdurun hedef alındıktan sonra fiziksel ya da psikolojik şiddet mağduru olup olmayacağına ve mobbinge karşı koyma becerisine dikkat edilmesi gerekmektedir. *Leymann* bu durumu kendisini mağdur olarak algılayan kişinin mobbingin gerçek mağduru olduğunu ifade ederek açıklamaktadır^[46]. Ayrıca mobbing teşkil eden zorlama, eziyet, şiddet ve aşağılama gibi fiziksel ve psikolojik acıya neden olabilecek çeşitli eylemler

[43] Tutar, *op.cit.*, s.113.

[44] Ulusoy, *op.cit.*, s.153.

[45] Pir, *op.cit.*, s.25.

[46] İmge Kuzgun, *Türk Ceza Hukuku Açısından Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi, 2014, s.4.

neticesinde mağdurun yalnızlaştırıldığı ve yardım alamadığı veyahut talep edemediği bir duruma itildiği de önem arz eden bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır^[47]. Bu anlamda, düzenlenen mobbing suçunda kavramın ne olduğuna dair yapılacak tanımın belirlenebilir olması ve söz konusu grupların gerçeklerini temsil eden örneklerle birlikte bu tür kurallara dahil edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu kişisimsel suçların ciddiyetini doğru bir şekilde temsil eden uygun cezalar içermesi demek, mobbing ile mücadele için kapsamlı bir strateji, sosyal veya kişisel özelliklerine bakılmaksızın her çalışanın haklarını ve sağlığını aktif olarak destekleyecek adımların atılması anlamına da gelecektir. Belirli sosyal grupların kendine özgü hassasiyetlerinin farkında olarak özel çözümler getirilmesi gerektiği kabul edildiğinde, herkes için güvenli ve onurlu bir çalışma kültürü de yaratılabilecektir. Nihayetinde bu şekilde öngörülen bir düzenleme, mobbinge maruz kalan mağdurların cesaretle adalet arayışına girmelerine olanak tanıırken, aynı zamanda mobbing uygulayıcıları için de caydırıcı bir rol oynayacaktır.

3- İzleyiciler (Seyirciler, Tanıklar)

İşyerinde gerçekleşen mobbinge tanık olanlar arasında iş arkadaşları, yöneticiler, aile üyeleri ve çalışma ortamını paylaşan kişiler yer alabilmektedir. Mobbingin farkına varmaları ile izleyici ya da seyirci olarak nitelendirilen bu tanıklar, psikolojik tacizin yansımalarını deneyimleyebilir ve hatta kimi zamansa sürece katılabilirler^[48]. Gerçekten de bazı izleyiciler sırf misilleme veya olumsuz sonuçlardan korktukları için müdahale etmemeyi seçebilirken, diğerleri ise gerek kültürel değerleri gerekse saldırganın ve mağdurun özellikleri veya işyerindeki kendi konumu gibi farklı etmenlerin etkisiyle müdahale etmeyi seçebilmektedir^[49]. İzleyicilerin, mobbing olgusuna karşı çıktıkları durumlarda sürecin sonlandırılması açısından, sessiz kaldıkları durumlarda ise -kimi zaman şiddetini de arttırarak- mobbingin ciddi boyutta zararlar vermesine izin vermeleri açısından, psikolojik tacizin şekillenmesinde önemli bir rol oynadıkları açıktır^[50].

[47] Burak Buğra Palabıyık, *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi, 2018, s.15.

[48] Gedikkaya, "Kamu Personeli ve Psikolojik Taciz", s.31-32.

[49] Gedikkaya, "Kamu Personeli ve Psikolojik Taciz", s.32.

[50] Işkın, *op.cit.*, s.15.

Mevcut araştırmalara göre, mobbing izleyicileri tutum ve davranışlarına göre üç gruba ayrılmaktadır^[51]:

Birinci grup, mobbinge karşı çıkan ve mobbingin devam etmesini engelleyerek mağdura destek olmak için harekete geçen izleyicilerden oluşmaktadır. “Mobbing ortakları” veya “dolaylı mobbing ortakları” olarak bilinen ikinci grup, faili desteklemekte ve onunla iş birliği yapmakta, nihayetinde de seyirci konumundan fail konumuna geçmektedir. Hiyerarşik olarak eşit seviyedeki çalışanlar arasında gerçekleşen bir mobbing durumunu izleyen bir yönetici veya amir bu gruba örnek olarak verilebilir; ancak, *garantör* olmasından hareketle failin davranışlarını durdurabilecek durumda olmasına -ve durdurması gerekmesine- rağmen, bunu yapmak yerine durumu görmezden gelmeyi tercih etmesi söz konusu olmaktadır^[52]. Öğretide kimi yazarlar bu gruba ait izleyicilerin Türk Ceza Kanunu'nun 37'nci maddesi uyarınca “müşterek faillik” sıfatıyla cezai sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini belirtirken^[53] kimi yazarlar ise izleyicinin davranışının altında yatan neden ne olursa olsun sessiz kalması durumunda izleyicinin *pasif tacizci* olarak adlandırılması gerektiğini ifade etmektedirler^[54].

Son olarak, üçüncü grup ise, mobbinge görünürde kayıtsız kalan -diğer bir deyişle “*yardımcı mobbingci*”- ancak esasında mağdura yönelik tacizlerde bulunarak etkili bir şekilde devam etmesine izin veren seyircilerden oluşmaktadır^[55]. Dikey mobbing sürecinde mobbing mağdurunun iş arkadaşları veya ast konumundaki çalışanların bu yöndeki tutum ve davranışları bu gruba örnek teşkil etmektedir. Öğretide bu grubun iştirak hükümleri açısından yapılan değerlendirmede, Türk Ceza Kanunu'nun 39'uncu maddesi uyarınca “suça yardım eden” sıfatıyla yargılanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır^[56].

[51] Pir, *op.cit.*, s.26-27.

[52] Ulusoy, *op.cit.*, s.153-154.

[53] Kuzgun, *op.cit.*, s.193.

[54] Pir, *op.cit.*, s.26.

[55] Ulusoy, *op.cit.*, s.153-154.

[56] Ulusoy, *op.cit.*, s.154.

D) ULUSLARARASI MEVZUATTA MOBBİNG

Maruz kalanın kişiliğini, onurunu ve çalışma haklarını hedef alan mobbing olgusunun, sadece mağduru değil, sürece tanıklık eden diğer çalışanları, idarenin örgütsel yapısını ve bir bütün olarak toplumu da olumsuz etkilemesi gibi ciddi boyutlarının fark edilmesiyle birlikte, 1990'lı yıllardan itibaren, mobbinge mücadele için ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde detaylı düzenlemeler yapılmıştır^[57].

Uluslararası yasal çerçeveler bu anlamda mobbingi çeşitli düzenlemelerle ele almıştır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, tüm insanların onur, özgürlük ve haklar bakımından eşit doğduğunu vurgulayarak; işkenceyi, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi yasaklamakta ve özel hayat ile onurlu çalışma hakkı gibi önemli kavramları hukuksal bir koruma altına almayı amaçlamaktadır^[58]. Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Hukuku da mobbing konusunda kapsamlı düzenlemeler getirmiş, böylece ülkemizdeki yasal düzenlemelerde de tesiri görülmeye başlamıştır.

Devletler mobbing konusunda farklı yaklaşımlara sahip olup, kavramı kendi hukuk sistemleri, bakış açıları ve kültürlerine göre şekillendirmektedir; bazı devletler mobbingi ayrımcılık başlığı altında incelemeyi tercih ederken, bazıları da taciz başlığı altında değerlendirmiş, bir kısmı ise psikolojik taciz yani mobbing kapsamı altında düzenleme yoluna gitmiştir^[59]. Bu yüzden mobbing, devletlerin kültürel ve sosyal davranış kalıplarıyla yakından ilişkilidir ve bu da AB ülkeleri ile AB üyesi olmayan ülkeler arasındaki yapısal farklılıkları açıklamaktadır. Örneğin, mobbingin boyutu analiz edilirken; Hırvatistan, Makedonya ve Türkiye gibi ülkelerde yapılan araştırmalar, tarım işçilerinin oranının yüksek, hizmet sektörü çalışanlarının oranının düşük, kendi hesabına çalışanların ve kadın işçilerin oranının yüksek, iş organizasyonlarında hiyerarşinin yüksek, sorumluluk dağılımının düşük, işsizlik oranlarının yüksek ve çalışma saatlerinin uzun olması gibi bazı

[57] Sümeyye Kara, *İnsan Hakları Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)* (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, 2014, s.85.

[58] Kuzgun, *op.cit.*, s.133.

[59] Senem Ermumcu, *İşyerinde Psikolojik Taciz* (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014, s.47.

önemli bulgular ortaya koyulmuştur^[60]. Bu faktörler, işgücünde istismar edilebilecek belirli kırılgenlikleri ve güç dengesizliklerini yansıtmakta ve böylece mobbingin daha kolay ortaya çıkabileceği bir ortamı teşvik etmektedir. Bu anlamda her bir faktör, belirli bir toplumsal bağlamda mobbingin yaygınlığına katkıda bulunabilecek karmaşık bir etkileşimin parçasıdır.

Öte yandan, mobbingin asgari unsurlarını ortaya koyan, failleri ve bundan sorumlu kurum ve kuruluşları yaptırıma bağlayarak her vakaya uyarlanabilecek bir tanım içeren doğrudan ve bağlayıcı düzenlemelerin olmaması, mobbingle mücadelede mağdurun aleyhine olabilecek sonuçlara yol açan ciddi bir sorundur^[61]. Böyle bir düzenlemenin normlar hiyerarşisine göre hem Birleşmiş Milletler hem de Avrupa Birliği tarafından kabul görmesi ve farklı devletlerin kültürel ve sosyal davranış kalıplarını dikkate alması gerekmektedir^[62].

1- Mobbingin Önlenmesine Yönelik Uluslararası Hukuki Çerçevesel

a) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde mobbingden doğrudan bahsedilmese de bildirmede yer alan insan onuru, fiziksel ve ruhsal sağlığın korunması ve adil çalışma hakkı gibi insan onuru ile adil ve elverişli koşullarda çalışma hakkını ihlal eden davranışları yasaklayarak bu davranışlara ön ayak olan mobbing ile ilişkilendirilmektedir^[63]. Taraf devletler, devletler tarafından kabul edilen bağlayıcı kurallar uyarınca insan haklarını ve onurunu korumayı taahhüt etmişlerdir. Bildirge'nin tüm maddeleri insan hakları ve onuru için genel bir çerçeve oluşturmakta ve taraf devletler de kabul ettikleri bağlayıcı kurallar uyarınca insan haklarını ve onurunu korumayı taahhüt etmektedir. Örneğin, 5. madde açıkça insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele

[60] Yusuf Göymen ve Mesut Şöhret, "Mobbing Olgusu: Türk Hukuk Sistemi ve Dünyadaki Yeri", *International Journal of Social Science*, Cilt 3, Sayı 2, 2020, s.9-10.

[61] Aslıhan Sağun, *İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Hukuksal Temelleri ve Sonuçları* (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, 2014, s.41.

[62] Kocabaş, *op.cit.*, s.40.

[63] Palabıyık, *op.cit.*, s.67-68.

veya cezayı yasaklayarak mobbingin neden genellikle işyerinde bir insan hakları ihlali olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır^[64].

Bildirgedeki düzenlemeler özetle, tüm insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduğunu, herkesin ayrımcılık yapılmaksızın tüm hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkına sahip olduğunu ifade etmekte ve kişinin yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkına vurguyla, işkence veya zalimane muameleyi yasaklamaktadır^[65].

b) Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (International Labour Organization-ILO) Düzenlemeleri

ILO mobbingi, işyerinde bir kişi veya grubu yıldırımak ya da bu amaca hizmet adına kindar, acımasız ve aşağılayıcı girişimler yoluyla saldırgan davranışlar yaratmak olarak görmektedir^[66]. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hazırlamış olduğu bir yayınında ise ILO'nun temel amacının, asgari ve evrensel uluslararası standartlar belirleyerek üye ülkelerdeki çalışma ve yaşam koşullarını iyileştirmek olduğunu belirtmekte, ancak ilgili düzenlemelerin günümüz işyerlerinde önemli bir sorun olan mobbingi özel olarak düzenlemediğine dikkat çekmekte ve böylece çalışmada da savunulduğu üzere çalışma hayatında mobbing konusunun açıkça düzenlenmesi ihtiyacını gözler önüne sermektedir^[67].

ILO Anayasası'nın giriş bölümünde de belirtildiği üzere, sosyal adalet ve insan onuruna yakışır çalışma koşullarının evrensel ve kalıcı barış için elzem olduğunu kabul etmekte; mağdurun onuruna ve kişiliğine zarar verdiği, fiziksel ve psikolojik sorunlara yol açtığı, çalışma barışını bozduğu ve ulusal ekonomiyi olumsuz etkilediği için mobbing konusuna özel bir önem vermektedir^[68]. Bu anlamda, 1998 yılında ILO «İşyerinde Şiddet» konulu

[64] Bilgi Çağlar, *Kamuda Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Beykent Üniversitesi, 2016, s.60.

[65] Kocabaş, *op.cit.*, s.40.

[66] Cengiz İstar, Uğur Ersoy ve Alper Küçükay, "Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing", *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 36, 2016, s.85.

[67] Yüksel Tuğba Çelebi, *ABD, İngiltere ve Fransa'da Mobbinge Yönelik Hukuksal Düzenlemelerin Türkiye Ölçeğinde Karşılaştırılması* (Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2018, s.61-62.

[68] Kocabaş, *op.cit.*, s.40-41.

raporunda, işyerinde ciddi ve yıkıcı sorunlara neden olan ve artan vakalar nedeniyle küresel bir sorun olarak kabul ettiği mobbing kavramını ilk kez kullanmış ve politika girişimleri sağlayarak ortadan kaldırmayı amaçladığını deklare etmiştir^[69].

ILO, işyeri şiddetini önlemek için 2003 yılında devletler, işverenler ve işçiler arasında iş birliği çağrısında bulunan ve çerçeve niteliği gören “Hizmet Sektöründe İşyeri Şiddetine İlişkin Davranış Kuralları” nı kabul etmiştir^[70]. Kurallar işyeri, işletme, organizasyon ve sektörel olmak üzere farklı düzeylerde diyalog süreçlerini teşvik etmekte ve nihai olarak işyerinde şiddete ilişkin ulusal yasal düzenlemelere, politikalara ve programlara rehberlik ederek anlaşmaları kolaylaştırmayı ve işyerinde şiddet konusunda bir ses sağlamayı hedeflemektedir^[71].

Yine ILO'nun 111, 155 ve 161 sayılı Sözleşmeleri, dolaylı olarak mobbing ile ilgili hükümler içermekte ve mobbingin önlenmesi ihtiyacına vurgu yapmaktadır. 111 sayılı Sözleşme işyerinde mobbing de dâhil olmak üzere her türlü ayrımcılığı yasaklarken, 155 sayılı Sözleşme çalışma ortamlarının iyileştirilmesine ve şiddetin önlenmesine odaklanmakta ve 161 sayılı Sözleşme ise işyerinde psikolojik sağlık da dâhil olmak üzere sağlık hizmetleriyle ilgili düzenlemeler içermektedir^[72].

c) Avrupa Konseyi Belgeleri

Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni desteklemek ve sosyal ve ekonomik hakları güvence altına almak amacıyla 1961 yılında “Avrupa Sosyal Şartı»nı kabul etmiştir^[73]. Avrupa Sosyal Şartı en önemli insan hakları belgelerinden birisi olup, Türkiye bu sözleşmeyi 7 Ağustos 1989 tarihinde onaylamıştır. Her ne kadar Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 1996 yılında yürürlüğe girse de 1961 tarihli Avrupa Sosyal

[69] Savaş, *op.cit.*, s.52-54.

[70] Işıl Karatuna ve Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz: Sağlık Sektöründe Kesitsel bir Araştırma*, TÜRK-İŞ, 2010, s.111.

[71] Karatuna ve Tınaz, *op.cit.*, s.112.

[72] Kocabaş, *op.cit.*, s.43.

[73] Kuzgun, *op.cit.*, s.134-135.

Şartı yürürlükten kaldırılmadığı için her ikisi de iç hukukumuz bakımından halen yürürlüktedir^[74].

Tüm taraf devletlerin Şart'ın tüm maddelerini ve asgari onay gerekliliklerini onaylaması beklenmemekte ve çekincelere izin verilmekte olup örneğin Türkiye, Şart'ın sadece asgari gerekliliklerini onaylamış ve özellikle adil çalışma koşulları, iş güvenliği ve sağlığı, adil ücret, sendikal haklar, toplu pazarlık ve kadın işçilerin haklarının korunması konularında çekinceler koymuştur^[75].

Avrupa Sosyal Şartı'nın temel amacı, insan hakları ve temel özgürlüklerin ayrımcılık yapılmaksızın gerçekleştirilmesi ve korunması yoluyla sosyal ve ekonomik kalkınmanın sağlanmasıdır^[76]. Avrupa Sosyal Şartı ile benzer bir amaca sahip olan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ise orijinal Şart tarafından garanti altına alınan sosyal hakları genişletmekte, üye taraflar arasında birliğini teşvik etmekte ve insan hakları ile temel özgürlükleri gerçekleştirip koruyarak sosyal ve ekonomik kalkınmayı kolaylaştırmaktadır^[77].

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na göre çalışanlar eşit, güvenli, sağlıklı ve onurlu koşullarda çalışma hakkına sahiptir^[78]. Şartın Türkiye tarafından çekincesiz imzalanan “onurlu çalışma hakkı” başlığı altındaki 26'ncı maddesi, akit taraflarının tüm çalışanların insana yakışır işlerden yararlanmalarını sağlamak için işveren ve çalışan örgütlerine danışmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca tarafların cinsel tacizi önlemek, çalışanları bu tür davranışlardan korumak ve işyerinde veya işle ilgili olarak bireysel işçiler tarafından gerçekleştirilen kınanılacak veya suç teşkil eden ve yinelenen bu eylemleri önlemek için uygun tedbirleri almaları gerekliliğine dikkat çekmektedir^[79]. Öğretide bu maddenin ikinci bendinin akit devletlerin

[74] Çağlar, *op.cit.*, s.9.

[75] Gülnur Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, *TBB Dergisi*, Sayı 77, 2008, s.48-49.

[76] Çağlar, *op.cit.*, s.63.

[77] Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, s.125.

[78] Kara, *op.cit.*, s.94.

[79] Ece Göztepe Çelebi, “Anayasa Mahkemesi'nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1, 2015, s.330.

“Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak *maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı...*” taahhüt ettiği şeklindeki düzenlemede “yinelenen eylemler” biçiminde ifade edilmesinden dolayı insan onuruyla bağdaşmadığı düşünülen mobbingi düzenlediği savunulmaktadır^[80]. Bunlara ek olarak Gözden Geçirilmiş Şart, tüm çalışanlara istihdam ve meslekte cinsiyete dayalı ayrımcılık olmaksızın eşit fırsatları ve muameleyi garanti etmektedir^[81].

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 90/1. maddesinde öngörülen uluslararası anlaşmaların onaylanması bağlamında, yabancı devletler ve uluslararası örgütlerle yapılan anlaşmalar için TBMM'nin bir kanun çıkararak onay vermesi zorunludur. Bu anayasal gereklilik, Türkiye'nin 3 Ekim 2006 tarihinde yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamasıyla örneklenmiş olup, Şart'ın onaylanan maddelerinin iç mevzuatımıza dâhil edilmesine ve bağlayıcı bir statü kazanmasına yol açmıştır^[82].

Anayasa'nın 90/5. maddesinde belirtildiği üzere, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan ve uygulanan uluslararası anlaşmalar iç hukuk statüsüne sahiptir ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin onaylanmış uluslararası antlaşmalar ile benzer konulardaki ulusal kanunlar arasında uyumsuzluk çıkması halinde, uluslararası antlaşmaların ilkelerine öncelik verilmektedir^[83]. Ancak, uluslararası bir normun ulusal mevzuatta doğrudan uygulanabilmesi için kişiler adına hak ve yükümlülükler oluşturması ve açıkça uygulanabilir olması gerekmektedir. Bununla birlikte bir uluslararası antlaşmanın doğrudan uygulanabilirliği içinse yeterli netlikte olması, yeterli düzeyde yasal bütünlük sağlaması, diğer iç hukuk düzenlemeleriyle tamamlanmasını gerektirmemesi, devletin belirli bir şekilde hareket etmesi veya hareket etmekten kaçınması için açık bir yetki öngörmesi ve hak sahiplerine bu konuda talepte bulunma hakkı tanımak için yeterince kesin olması gibi ölçütler aranmaktadır^[84].

[80] Palabıyık, *op.cit.*, s. 69.

[81] Kocabaş, *op.cit.*, s.44-45.

[82] Işkın, *op.cit.*, s.27.

[83] Ermumcu, *op.cit.*, s. 96-97.

[84] Ermumcu, *op.cit.*, s.97.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın uygulanabilirliğine ilişkin olarak öğretiyeye baktığımızda bir görüş ayrılığı söz konusudur. Bir görüşe göre Şart bir insan hakları sözleşmesi olduğu için Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca onay sürecinin tamamlanmasıyla birlikte iç hukukta açık bir düzenleme yapılmasına gerek olmaksızın hukuki bağlayıcılık kazanmaktadır^[85]. Ancak daha yaygın olan görüşe göre ise Şart sosyal hakları kapsadığı için kamu makamlarına sadece yükümlülükler getirmektedir ve normların mahkemede ileri sürülebilecek niteliğe sahip olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle iç mevzuatın Şart'ın hükümleriyle uyumlu hale getirilmesi için daha fazla düzenleme yapılmasının gerekli olduğu savunulmaktadır^[86].

d) Avrupa Birliği Mevzuatı

Avrupa Birliği'nin mobbinge ilişkin önemli düzenlemelerinden biri işçilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanmasında birincil sorumluluğu işverene yükleyen 89/391/EEC sayılı Konsey Yönergesidir. Yönerge; iş sağlığı ve güvenliği her ne kadar daha çok fiziksel sağlıkla ilgilenirse de aynı zamanda ruh sağlığını da içerdiğini kabul ederek işçilerin maruz kaldığı psikolojik tacizi de iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirmektedir^[87].

Avrupa Parlamentosu'nun 20 Eylül 2001 tarih ve 2001/2339/INI sayılı "İşyerinde Taciz" başlıklı rehber niteliğindeki tavsiye kararı ise mobbingin işyerinde ciddi bir sorun olduğunu kabul etmekte ve bunun ele alınması için acil çözüm çağrısında bulunmaktadır. Bununla birlikte kararda psikolojik tacizin bir tanımı yapılmamıştır. Bu durum, bu şekilde sınıflandırılacak davranışların kapsamının geniş olmasından kaynaklanmakta ve AB belgelerindeki bu belirsizlik, işverenlerin sorumluluktan kaçmasına olanak tanıyabilecek bir boşluk yaratmaktadır^[88].

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ise insan onurunun ihlal edilmesini ve çeşitli gerekçelerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamakta ve bireyin sağlık, güvenlik ve onuruna saygı gösteren koşullar altında çalışma hakkını

[85] Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", *Çalışma ve Toplum* Cilt 1, Sayı 12, 2007, s.31-32.

[86] Kara, *op.cit.*, s.95.

[87] Palabıyık, *op.cit.*, s.73-74.

[88] Palabıyık, *op.cit.*, s.73-75.

vurgulamaktadır^[89]. Devlet başkanları tarafından 17 Aralık 2000 tarihinde imzalanarak ilan edilen bu Şart'ın hukuki bir niteliği olmamasına rağmen AB'ye girmek isteyen aday ülkeler Şart'ın hükümlerine uymak zorundadır. Örneğin, Türkiye'nin anayasal ve yasal düzenlemelerini Temel Haklar Şartı ile uyumlu hale getirmesi gerekmektedir. Özellikle Şart'ın mobbing konusunda önemli koruyucu düzenlemeler içermesi, Şart'ı AB mevzuatının temel bir bileşeni haline getirmektedir^[90].

“İstihdam ve İş Hayatında Kadın ve Erkekler Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele Direktifi” gibi direktifler de işyerinde taciz ve cinsel tacizi yasaklamakta ve işverenleri ayrımcılıkla mücadele için önlem almaya teşvik etmektedir^[91]. Bu anlamda o dönem Türkiye, Avrupa Birliği ile müzakere sürecinde olduğundan ulusal yasalarını AB'nin yasal çerçevesiyle uyumlu hale getirme çabasının neticesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesi düzenlenmiş ve uygulamaya konulmuştur^[92].

Son olarak, Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan Nisan 2004 tarihli “Mobbing'e Karşı Farkındalık Artıyor” raporu, mobbing konusunu ve çalışan nüfus içindeki yaygınlığını vurgulamıştır. Rapordan önce mobbinge ilişkin Avrupa düzenlemeleri eşit muamele ve iş sağlığı ve güvenliği temelindeydi ve raporun yayınlanmasına kadar doğrudan mobbingi hedef alan etkili bir düzenleme yoktu. Ancak halen raporun tavsiyelerine rağmen mobbingle etkili bir şekilde mücadele etmek için yeni normların henüz oluşturulmamış olması mobbinge maruz kalanların adalet arayışını zorlaştırmaya devam etmektedir^[93].

2- Mobbinge İlişkin Genel Hukuk İlkeleri

Almanya'da mobbinge karşı spesifik yasal düzenlemeler bulunmamakla birlikte, İşletme Teşkilat Yasası, İşçi Sağlığı ve Güvenliği Yasası ve Genel Eşit Davranma Yasaları gibi mevcut düzenlemeler aracılığıyla korunması

[89] Palabıyık, *op.cit.*, s.75.

[90] Kocabaş, *op.cit.*, s.46.

[91] Palabıyık, *op.cit.*, s.76-77.

[92] Bilge, *op.cit.*, s.1254.

[93] Kocabaş, *op.cit.*, s.47-48.

sağlanmaktadır. Özellikle Genel Eşit Davranma Kanunu; din, dil, ırk ve cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamakta ve mahkemeler de bu yasanın kapsamını genişleterek, kişilerin fiziksel ve ruhsal sağlığına yönelik düşmanca tutumlar ve zararlı davranışlar gibi mobbing ayrımcılığını da kapsam içerisinde yorumlamaktadır^[94]. Diğer düzenlemeler ise işverenleri çalışma koşullarını değerlendirmek ve uygun önlemleri almakla sorumlu tutan İş Güvenliği ve Sağlığı Kanunu ile mobbinge maruz kalanın başvurabileceği ve işvereni soruşturmak ve tatminkâr çözümler üretmekle aksi takdirde ise tazminat ödemekle yükümlü olduğu düzenlemeleri öngören İşletme Teşkilatı Yasası'dır^[95].

Genel hukuk kuralları ile düzenlenen ve yine içtihat ile güncel tuttuğu ayrımcılığa ilişkin koruması sayesinde referans noktası kabul edilen Almanya, önüne gelen her vakanın kişilik haklarının ihlali ve haksız fiil çerçevesinde değerlendirmesine gitmekte, böylece açıkça düzenlenmese ve tanımlanmasa dahi mobbing kapsamına giren eylemler ayrımcılık olarak kabul edilmekte ve kanun kapsamında bu şekilde ele alınmaktadır^[96]. Böylece üstü tarafından mobbinge maruz kalan işçinin tazminata hak kazandığı ve işverenin işyerinde gerçekleşen mobbingi önlemekle yükümlü olduğu görülmektedir^[97]. Ancak içtihat, önündeki vakanın boyutu ile mobbingin varlığı konusunda doğru orantı yapması ve her vakayı kendi özelinde değerlendirmemesi sebebiyle mobbingin meşrulaştırılmasına sebebiyet vermesi yönünden haklı olarak eleştirilmektedir^[98].

Hollanda'da mobbing için belirli bir yasal tanım bulunmamakla birlikte, psiko- sosyal iş baskısı bağlamında ele alınmakta; işverenin çalışana karşı özen yükümlülüğü, çalışanları mobbinge karşı korumanın birincil temelini oluşturmaktadır^[99]. Yunanistan'da da mobbing eylemleri Yunan

[94] Ermumcu, *op.cit.*, s.249.

[95] Çağlar, *op.cit.*, s.65-66.

[96] Çağlar, *op.cit.*, s.66.

[97] Pınar Sevinç, *İş Hukukunda Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, 2018, s. 61.

[98] Hande Gül Küçükçaya, "Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2014, s.194-195.

[99] Palabıyık, *op.cit.*, s.87.

hukuk sisteminin genel yasal çerçevesi içinde değerlendirilmekte ve ele alınmaktadır. Mobbinge karşı koruma; insan haklarını, özgürlüğü, adaleti ve ahlakı ihlal eden eylemleri yasaklayan Medeni Kanun'da belirlenen ilkelere dayanmaktadır^[100]. Mobbinge maruz kalanın uğradığı maddi ve manevi zararlar için failin bir iş arkadaşı, işveren veya amir olup olmadığına bakılmaksızın tazminat talep etmesine temel teşkil etmenin yanında Kanun, kişiliğini ihlal eden hukuka aykırı davranışların durdurulmasını ve ayrıca maruz kalan için manevi tazminat talep etme hakkı tanımaktadır^[101].

Birleşik Krallık'ta da mevcut düzenlemeler dolaylı olarak mobbinge karşı koruma sağlamaktadır. Örneğin, İşyerinde Sağlık ve Güvenlik Yasası, işverenlere çalışanların sağlık ve refahını sağlama yükümlülüğü getirmesi ve Tacizden Korunma Yasası ve yine Eşitlik Yasası ise mobbingi açıkça hedef almasa da tacizi genel anlamda yasaklaması dolaylı koruma sağlamaktadır. Ayrıca işverenleri psikolojik taciz de dâhil olmak üzere tacizi genel itibariyle önleyememekten sorumlu tutan mahkeme kararları ile de söz konusu korumayı desteklemektedir^[102].

Amerikan hukuk sisteminde ne eyalet düzeyinde ne de federal düzeyde işyerinde mobbingi doğrudan ele alan özel bir yasa bulunmamaktadır; ancak çeşitli federal ve eyalet yasaları din, ırk, cinsiyet, yaş ve engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklamakta ve taciz genel olarak bir ayrımcılık biçimi olarak kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler her ne kadar mobbing için dayanak teşkil edebilecekse de ayrımcılık sınırlı sayılan sebeplere dayalı olmadığından mobbinge maruz kalan mağdura koruma sağlamayacaktır^[103].

“Mobbing Mağdurları Mesleki Güvenlik ve Sağlık Kanunu” kapsamında mobbing de dâhil olmak üzere işyeri tehlikelerine karşı koruma sağlamaktayken, “Sağlıklı İşyeri Yasası” ise ayrımcı olmayan psikolojik tacizi kapsamamakta ve evrensel bir mevzuatı gerektirmektedir^[104].

[100] Çağlar, *op.cit.*, s.65-67.

[101] Palabıyık, *op.cit.*, s.83-84.

[102] Palabıyık, *op.cit.*, s.84.

[103] Ermumcu, *op.cit.*, s.85-88.

[104] Palabıyık, *op.cit.*, s.84-85.

Ancak hukuk sisteminin mobbingi sınırlı bir şekilde düzenlemesi, çok çeşitli kültürel ve sosyal yapısıyla her türlü ayrımcılığa açık olması ile sıkı sıkıya ilişkili olup bu husus mobbing konusunda yapılabilecek detaylı düzenlemeleri de güçleştirmektedir. Zira konunun insani yönlerini ele almaktan ziyade öncelikle ekonomik hususlara odaklanılmakta, genellikle kişilerin iş sorumluluklarını yerine getirmelerine ve verimlilik beklentilerini karşılamalarına vurgu yapılırken, diğer hususlara daha az önem verilmektedir^[105].

3- Mobbinge İlişkin Özel Hukuk İlkeleri

İşyerinde mobbingi ele alan yasal hükümler getiren ilk ülke olma özelliğini taşıyan İsveç «İşyerinde Mağduriyet Hakkında Kararname» ile mobbingi, insan onurunu zedeleyen ve düşmanca bir çalışma ortamı yaratan saldırgan, kasıtlı ve tekrarlayan davranışlar olarak tanımlamaktadır^[106]. Kararname uyarınca mobbing için uygulanan yaptırımın cezai olduğu, hukuki cezalara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı açıktır; ancak cezai yaptırımın hapis cezası şeklinde olması dikkat çekicidir^[107]. Sonuç olarak şemsiye koruma yöntemiyle kurumsal çözümleri teşvik eden Kararname ile mobbinge karışan tüm tarafların bu tür davranışları önleme sorumluluğunu paylaştığını vurgulaması ve ihlaller için yaptırım olarak hapis ve para cezası imkânının sağlanması sayesinde 1993'ten bu yana mobbing vakalarında kayda değer bir düşüş yaşandığı gözlemlenmiştir^[108].

Fransa'da yer alan yasal kodifikasyonun gelişiminin anlaşılmasında başrolü üstlenen Fransız Yüksek Mahkemesi'nin özetle, uluslararası bir şirketin geçerli bir neden olmaksızın yetkileri azaltılan ve sonrasında işten çıkarılan bir çalışana tazminat ödemesi gerektiğine; başlangıçta sekreter olarak işe alındıktan sonra istifaya zorlanmak üzere önemsiz görevlere atanmasının ya da işverenin bir çalışanını yedi ay boyunca müşterilerin önünde sürekli

[105] Bilge, *op.cit.*, s.1254-1255.

[106] Çağlar, *op.cit.*, s.67-68.

[107] Ermumcu, *op.cit.*, s.67-69.

[108] Çağlar, *op.cit.*, s.69.

olarak aşağılayıcı bir şekilde eleştirmesi davranışının mobbing teşkil ettiğine hükmettiği görülmektedir^[109].

2002 yılında mahkeme kararları ve kamuoyu baskısı neticesinde Ceza ve İş Yasası'na eklenen mobbing suçu düzenlemelerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasına karşılık Fransız Anayasa Konseyi, iki kanunun uygulama alanının farklı olduğunu belirtmiştir. Bu uygulamalarda; İş Kanunu'nun açıkça «işçileri» kapsadığını, Ceza Kanunu'nun ise daha geniş bir kapsama sahip olduğu ve bu düzenlemelerin bir arada bulunmasının orantılı olduğunu belirtmiştir^[110]. Düzenlemenin 2014 yılında son haline getirilmesi ile bir kişinin haklarına ve onuruna zarar verebilecek, fiziksel veya ruhsal sağlığını bozabilecek, mesleki geleceğini tehlikeye atabilecek veya çalışma koşullarını kötüleştirebilecek tekrarlanan söz veya davranışları içeren tacizin iki yıl hapis ve 30.000 Avro para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Son tahlilde ise mobbinge yönelik cezaların genel olarak ağır olmadığı, para cezasının daha yaygın olduğu ve ertelenmiş hapis cezalarının nadir olduğu gözlemlenmiştir^[111].

Sonuç olarak diğer birçok ülkenin aksine işyerinde psikolojik tacizi ele almak için kapsamlı yasal tedbirler uygulayan Belçika, bu eylemin mağdurlarına yasal çözüm yolları sunmaya odaklanmakta; buna ek olarak çalışanlara tanınan ispat kolaylığı ile mağdurları iddialarını kanıtlamak için kapsamlı bir yasal mücadele yükünden kurtarması nedeniyle örnek teşkil etmektedir^[112].

E) MOBİNG OLUŞTURAN DAVRANIŞLARIN DEĞİŞİK SUÇ TİPLERİ ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

Mobbing, özellikle işverenler ve çalışanlar arasındaki psikolojik yıldırma sürecinin karmaşık dinamikleri içinde çalışanları önemli ölçüde etkileyen çok çeşitli zararlı davranışları kapsamaktadır. Bu davranışlar, her ne kadar mevcut ceza hukuku hükümleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirilse de

[109] Çağlar, *op.cit.*, s.70.

[110] Güçlü Akyürek, “France Telecom Davası Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022, s.99-101.

[111] Palabıyık, *op.cit.*, s.77-78.

[112] Ermumcu, *op.cit.*, s.77.

toplu olarak mobbing sürecinin bütünü temsil etmektedir. Bu durumda işyerindeki olağan çatışmalardan kaynaklanan ve mobbingin başlamasına ve ilk aşamalarına katkıda bulunan bazı davranışlar, yasal olarak gerekli değerdendirilmeye tabi tutulmayabilmektedir.

Bununla birlikte, yalnızca yasal olarak tanımlanmış suç türleriyle uyumlu olarak, kasıtlı ve yasadışı bir şekilde ceza normlarını ihlal etme ağırlığına sahip davranışların ceza hukuku kapsamına girmesi gerektiğini kabul etmek çok önemlidir. Ayrıca, ceza hukukunun amacının yalnızca kişiler arası ilişkileri düzenlemek değil, aynı zamanda kınanacak davranışları cezalandırmak ve caydırmak olduğunun altını çizmek de önemlidir. Bu husus, mobbing sürecinin ilerleyen aşamalarında çatışmalar bağımsız varlıklara dönüştüğünde, özellikle belirginleşmekte ve ciddi hukuki sonuçlara yol açmaktadır.

Ceza hukuku bağlamında bir inceleme yapıldığında görüldüğü gibi, Türk Ceza Kanunu kapsamında mobbing ayrıca ve açıkça bir suç olarak düzenlenmemektedir^[113]. Ancak süreç içerisinde karşılaşılan ve mobbing teşkil eden davranışların TCK kapsamında hali hazırda var olan birtakım suçlar kapsamında cezalandırılması söz konusu olabilmektedir^[114].

Mobbingi ele almaya yönelik kapsamlı bir çerçeve oluşturmak için onu sistematiklik, süreklilik ve kasıt unsurlarını sergileyen bağımsız bir suç -ahlaki açıdan kınanacak ve kötücül bir davranış- olarak tanımak zorunludur. Mobbingin belirli yönleri Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen mevcut suç kategorileri kapsamında yer alsa da mobbingi ele alan özel bir hükmün bulunmaması, bu yaygın sorunu etkili bir şekilde ele alma ve mücadele etme kabiliyetini sınırlamaktadır^[115].

Ceza kanununda bu zararlı davranışın çeşitli tezahürlerini ve karmaşıklıklarını kapsayan özel ve açık bir mobbing suçu ihdas edilmelidir. Bu anlamda çalışma, mobbing durumlarında ortaya çıkma olasılığı daha yüksek olan suç türlerinin sonuçlarını ve özelliklerini araştıracaktır. Ayrıca, mobbingin hukuki çerçevesine dair mevcut eksikliklerini tartışarak, Türk

[113] Palabıyık, *op.cit.*, s.92-93.

[114] Mustafa Ruhan Erdem ve Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010, s.262.

[115] Candan Ürgenç, *İşçi İşveren İlişkilerinde Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Yaşar Üniversitesi, 2018, s.53-54.

Ceza Kanunu'nda bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Böyle bir düzenleme, mobbingin işyerindeki olumsuz etkilerini azaltmaya ve bireylerin temel haklarını korumaya yönelik etkili bir yasal altyapının oluşturulmasına katkı sağlayabilir.

1- İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)

Mobbing uygulayıcısı tarafından sistematik şekilde gerçekleştirilen eylemler neticesinde mobbing mağduru psikolojik olarak yıldırılmakta ve böylece mağdurun ruhsal esenliği ciddi boyutlarda zarar görebilmektedir. Gerçekten de kasıtlı ve sistematik aşağılama, küçümseme, dışlama ve yıldırma eylemleriyle karakterize edilen mobbing, mağdurları umutsuzluğun eşiğine getirerek intihar düşüncesi ve eylemlerine karşı savunmasızlıklarını artırabilmektedir^[116]. Tüm bunların etkisiyle majör depresyon gibi ruhsal bozukluklar ile mücadele etmek durumunda kalan mağdurun intihar girişimlerinde bulunması ya da intihar etmesi dünya genelinde sıklıkla karşılaşılan bir sonuçtur^[117].

Bu suç tipi ile hukuk dünyasında en temel değerlerden birisi olarak kabul edilen kişilerin yaşama hakkı ve yine özgür iradesiyle karar alma serbestisi hukuksal değer olarak korunmaktadır^[118]. Seçimlik hareketli suç olan bu suç tipi, mağdurun özgür iradesine dayanan bir intihar eylemine yardım etme, teşvik etme veya azmettirme eylemlerini içermektedir^[119]. Suçun oluşması için, intihar tamamen mağdurun kendi kararı ve iradesiyle gerçekleşmelidir.

Bazı durumlarda mobbingin bu suçun kapsamına giremeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, 84'üncü maddenin dördüncü fıkrası, mobbingin ayrıca düzenlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. TCK m. 84/4. uyarınca intihara yönlendirme suçunun oluşabilmesi için mağdurun algılama yeteneğinin gelişmemiş olması veya kusur yeteneğinin

[116] Polat İšoğlu, "Suç Perspektifi Bağlamında Mobbing", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 15, Sayı 1, 2016, s.628.

[117] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2022, s.180.

[118] Hasan Sınar, "İntihara Yönlendirme Suçu", içinde *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*, (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.59.

[119] Cengiz, Uğur ve Küçükay, *op.cit.*, s.83.

bulunmaması gereklidir. Bu durumda, algılama ve kusur yeteneği yerinde olan mobbing mağdurlarının TCK m. 84 kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu tür durumlarda, mağdurun ölümüyle sonuçlanan mobbing fiilleri açısından TCK m. 81’de düzenlenen kasten adam öldürme suçu hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. Bu bağlamda, mobbing fiillerinin etkili bir şekilde cezalandırılması için ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesinin gerekliliği vurgulanmaktadır^[120].

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, mağdurun ölmesi şeklindeki neticeyi kolaylaştırıcı davranışlarla intihara yardım etmenin, temel prensip olarak icrai hareketle işlenmesi üzerinden kurgulanmasıyla birlikte, ihmali hareketle de işlenmesinin mümkün olup olmayacağına ilişkin tartışmadır. İntihara yardım özelinde tartışmanın yürütülmesinden önce, genel ceza hukuku bağlamında ihmali suretle icrai suç kavramı ve sınırlı sayıda olup olmadığı tartışmasının üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. Ceza hukukunda “suç” terimi, esasen bir suç fiilini içermesi gereken bir insan davranışını ifade ederken, ihmali eylemlerin de hukuki değerleri ihlal edebileceği ve bu tür değerlerin ceza hukuku yoluyla korunması gerekliliğine yol açabileceği unutulmamalıdır^[121]. Sonuç olarak, ceza hukukunda sadece suçun işlenmesine değil, aynı zamanda ihmale de önemli sonuçlar bağlanmaktadır.

Konumuz bakımından önem arz eden “ihmal suretiyle icra suçları” olarak da bilinen gerçek olmayan ihmali suçlar, aslında icra yoluyla işlenebilmekte; ancak ihmal yoluyla işlendiğinde cezalandırılabilir. Bu gibi durumlarda, fail belirli bir neticeyi önlemekle yükümlü olduğu bir konumda olmasına rağmen, hareketsiz kalarak ihmal suçu işlemektedir^[122]. Türk Ceza Kanunu’nun 83, 88 ve 94/5’inci maddeleri gibi özel hükümler dışında, mevzuat ihmal suretiyle icra suçlarını açıkça düzenlememektedir. Bununla birlikte, bu tür fiillerin meydana gelme olasılığı, bu suçların öğretide kabul edilmesine yol açmıştır.

[120] Muhammed Emre Tulay, “Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s.816-17.

[121] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.513.

[122] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.272.

İhmali eylemlerin bahsedilen kanunda açıkça düzenlendiği durumlar ile sınırlı olup olmadığına yönelik tartışma ise kaynağını, ihmal iddialarının temel yasal dayanağı olan TCK'nın 83'üncü maddesinin genel değil özel hükümler altında sınıflandırılmasından almakta olup bu durum, ihmalin suç teşkil edebilmesi için kanunda açıkça öngörülmüş olması gerektiği görüşüne yol açmaktadır^[123]. Öğretide kabul gören bu görüş uyarınca aksi durum kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır^[124].

Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, ihmal suretiyle icra suçlarının sadece yukarıda belirtilen suçlarla sınırlı tutulmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri içerisinde her türlü suç için özel bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bir fiil ihmale elverişli bir icrai nitelik sergilediği sürece ihmal suretiyle işlenebilecektir^[125]. Dolayısıyla belirli bir yasal koruma ve/veya gözetim yükümlülüğü varsa, ihmal davranış ve icrai hareketler doğası gereği eşdeğer kabul edilebilecektir ve bu bakış açısı ışığında, kanunda ayrı ve açık bir düzenleme yapılmasına gerek olmaksızın, uygun ve tipik koşulları taşıyan her suçun doğal olarak ihmal suretiyle işlenebileceği savunulmaktadır. Bu görüşten hareketle intihara yönlendirme suçu bakımından hükmün gerekçesinden^[126] de yola çıkılarak, suçun tamamlanmasını ya da neticesini önleme yükümlülüğü bulunan bir kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda, ihmal davranışla bu suçun işlenmesinin mümkün olduğu isabetle ifade edilmektedir. Bu bakış açısı, mobbing ile intihara yönlendirme suçu arasındaki bağlantıyı da öne çıkarmaktadır.

Mobbing, aslında oldukça eskiye dayanmakla birlikte gerek sosyal yaşantımızda gerekse hukuksal düzlemde gerçek bir sorun olarak kabul görmesiyle yeni yeni gündemimize oturmuş bir kavramdır. Güncelliğini koruyan bu kavram incelendiğinde, sistematik ve çoğu zaman kademeli şekilde şiddeti artan mobbing eylemlerinin henüz başlangıç aşamasındaki

[123] Aras Türay, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 3, 2020, s. 134-135.

[124] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.173.

[125] Yener Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.59.

[126] Mehmet Nihat Kanbur, "Türk Ceza Kanunu'nda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 18, 2012, s.65-66.

halinin çoğu zaman hukuki bir temelde kaldığı gözlemlenebilmektedir^[127]. Ancak, ilerleyen aşamalara gelindiğinde ise hukuki alanın da dışına çıkarak bağımsız bir niteliğe bürünmekte ve intihara yönlendirme ya da kasten yaralama gibi bahsi geçen pek çok suç tiplerinden birisini veya birçoğunu oluşturabilmektedir^[128].

Bu anlamda suç tiplerinin uygulanabilirliğinden bahsederken üzerinde durulması gereken önemli bir mesele ise mobbing uygulayıcısının Türk Ceza Hukuku bağlamında cezai sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi olacaktır. Nitekim mobbing teşkil eden eylemlerin cezalandırılabilmesi için, failin her zaman doğrudan bir davranış sergilemiş olması beklenmez. Gerçekten de gerçekleştirilen mobbingin farkında olan ancak engellemeye yönelik bir hareket sergilemeyerek mobbingin oluşmasına göz yuman kişilerin de cezai müeyyidelere katlanması gerekebilecektir^[129].

Hukuki dayanaklarını Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesi ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4'üncü maddesinden alan işverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin mobbing uygulayıcısı olmaktan kaçınma ve mobbing uygulanan işçiyi ihmal etmeme yükümlülüğünü ifade etmektedir^[130]. Bu nedenle, işverenin veya yetki devrinde bulunduğu amirlerin mobbing teşkil eden davranışların farkında olmasına rağmen göz yumması ve eylemsiz kalması durumunda cezalandırılması söz konusu olabilecektir^[131]. Ancak garantör olsa dahi sorumluluğuna gidilebilmesi için, mobbing teşkil eden eylemlerin bilincinde olması ve buna rağmen hareketsiz kalması gerekmektedir^[132]. Bu anlamda öğretide örneğin, mobbing uygulayıcısını ikaz etmek ya da iş sözleşmesini feshetmek gibi eylemlerde

[127] Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt: I, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s.93.

[128] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.81.

[129] Damla Özdemir, *İşçinin Haklı Fesih Sebebi Olarak Mobbing Üzerine Bir Değerlendirme* (Yüksek Lisans Tezi), Çığ Üniversitesi, 2015, s.39.

[130] Pınar Sevinç, *İş Hukukunda Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2018, s. 61.

[131] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.281.

[132] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.282.

bulunarak mobbing neticesini önleyebilecekleri kabul edilmektedir. Mobbing mağdurunun çalışma arkadaşları söz konusu olduğunda ise, sadece aynı işyerinde çalışıyor olmakla garantör sayılmayacaklarından neticeyi önleme yükümlülüğü altında olmadıkları kabul edilmelidir. Bu anlamda intiharı önleme noktasında işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında hukuki bir yükümlülüğünün bulunduğu gözetildiğinde, işverenin hedef alınan mobbing mağduruna yönelik gerçekleştirilen mobbing davranışlarına sessiz kaldığı bir senaryoda, intihara yardım suçunun ihmali hareketlerle işlenmesi gündeme gelecektir.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, icrai veya ihmali davranışın gerçekleşen netice ile arasındaki nedensellik bağının ve objektif yüklenebilirliğin tespit edilmesi meselesidir. Bu noktada nedensellik bağının kurulması bakımından yeterli ve doğru bir tespit yapılabilmesi adına öğretide hâkim olan görüş ise, şart teorisinden yararlanılması gerektiğidir^[133]. Şartların eşitliği olarak da bilinen teoriye göre, neticeyi doğuran her bir şartın varlığı, neticenin meydana gelmesi bakımından zorunludur ve hareket yapılmadığı takdirde o netice oluşmayacaktır. Dolayısıyla, hareket ile netice arasında nedensellik bağı kurulduğu kabul edilmektedir^[134]. İntihara yönlendirme suçu bakımından ele alındığında ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, suçun tamamlanması için mağdurun gerçekten intihar etmiş olması sonucu beklenmemektedir. Bu yönüyle soyut tehlike suçu olmakla birlikte azmettirme, teşvik etme ya da yardım etme gibi hareketlerin tipik olarak intihara sürükleyebilecek boyutta olması yani nedensellik bağlantısının aranması ve böylece sorumluluk alanının olması gerekenden daha geniş anlaşılmasının önüne geçilmesi önemle vurgulanmaktadır^[135].

Mobbing sürecinin doğası gereği uzun olması ve mağdurun sağlığı üzerindeki etkisinin hemen ortaya çıkmaması düşünüldüğünde, mağdurun sağlığındaki düşüş ile mobbingten sorumlu kişinin eylemleri arasında doğrudan bir nedensellik bağının kurulmasında zorluklar yaratmaktadır; bu da pratikte failin sorumluluğuna gidilmesini güçleştirmektedir^[136]. Yine

[133] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.82.

[134] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.239.

[135] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.184-85.

[136] Sümeyye Kara, *İnsan Hakları Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, 2022, s.14-15.

birbirinden bağımsız, planlı ya da aniden gelişen davranışların birçok aşaması ve sistematik bir yapısının bulunması da nedensellik bağının tespitini güçleştirmektedir. Bu bağlamda yukarıda yer alan açıklamalardan hareketle mobbing bakımından düşündüğümüzde, eğer mobbing failinin eylemleri olmasaydı, mobbing mağdurunun psikolojik ve/veya ruhsal sağlığında herhangi bir bozulma meydana gelmeyeceği ve maruz kalan mağdurun yıldırılmayacağı tespit edilebiliyorsa, şart teorisi anlamında nedensellik bağının kurulduğundan bahsetmek mümkün olacaktır.

2- Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86-87)

Mobbing mağdurlarına uygulanan eylemlerin kimi zaman kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nun 86'ncı maddesinde düzenlenmekte olan kasten yaralama suçu, bir kişinin bilerek ve isteyerek başka bir kişiye zarar vermesini suç olarak tanımlamaktadır^[137]. Suçla korunan hukuki menfaat, kişinin fiziksel ve zihinsel varlığının dokunulmazlığını ve refahını korumaya yöneliktir^[138]. Kişinin bedeninin bütünlüğünün korunması, kapsamlı şekilde refahının korunmasını gerektirir ve bu bütünlüğü zayıflatan herhangi bir fiziksel veya psikolojik zarar eylemi, söz konusu temel yasal menfaati doğrudan zayıflatacaktır.

Kasten yaralama suçu hem fiziksel hem de psikolojik etkileri kapsamaktadır; ancak bazı mobbing vakalarında, fiziksel şiddet içeren durumlar da görülebilir ve kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilebilmektedir^[139]. Bu anlamda, suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketler arasında yer alan “vücuda acı verme”, vücut bütünlüğünü önemli ölçüde bozmayı amaçlayan her türlü eylemi ifade etmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar birincil zarar psikolojik olsa da bazı vakalar itme, yumruklama veya saç çekme gibi fiziksel şiddet içermekte ve bu eylemlerin failleri de kasten yaralama suçu kapsamına girmektedir^[140].

[137] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.270.

[138] İşoğlu, “Suç Perspektifi Bağlamında Mobbing”, s.635.

[139] Ürgenç, *op.cit.*, s.61.

[140] Palabıyık, *op.cit.*, s.98.

Ayrıca, bedensel zarar vermek, her zaman gerçek fiziksel temas gerektirmemektedir; örneğin birini sürekli olarak yüksek sese maruz bırakmak gibi eylemler, işitme yetisine önemli ölçüde zarar vererek korkunç acılara yol açabilecektir^[141]. Bu bağlamda mobbing mağduru, mobbingin yarattığı stres nedeniyle psikolojik veya psikosomatik hastalıklara da yakalanabilmektedir^[142].

Ancak bu zararın fiziksel olduğu kadar psikolojik olabilmesi de mümkün olduğundan^[143], mobbing davalarında kasten yaralama suçu, mağdura psikolojik zarar veren eylemler ile sık sık karşılaşılan bir suçtur. Suçun maddi unsurunu oluşturan diğer seçimlik hareket ise, vücudun normal işleyişinden sapan patolojik bir durum yaratmayı veya mevcut patolojik bir durumu daha da kötüleştirmeyi ifade eden “sağlığın bozulması” olup, bunun yanı sıra algılama yeteneğinin bozulmasından da bahsedildiği için, uzun süreli mobbing davranışları sonucunda ortaya çıkan korku, yılgınlık, uykusuzluk, depresyon, anksiyete, ağlama nöbetleri, unutkanlık, sinirlilik, suskunluk, hareketsizlik, hayattan zevk alamama gibi çeşitli etkiler kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılabilir^[144].

Türk Ceza Kanunu'nun 88'inci maddesi kapsamında açıkça yer alan düzenleme gereği kasten yaralama suçunun ihmal suretiyle işlenebileceği noktasında bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak suçun oluşması bakımından, failin garantör olması aranmaktadır^[145]. Yasa koyucu, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin hükmüne atıfla, ihmalkâr davranış ile belirli bir hukuki yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanan yaralanmalardan doğan sorumluluk arasında bir bağlantı kurmuştur. Buna göre, ihmal ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, yasal düzenlemelerden, sözleşmelerden veya başkalarının fiziksel ve ruhsal refahı

[141] Kara, *op.cit.*, s.104.

[142] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.274.

[143] Pir, *op.cit.*, s.63.

[144] Serap Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.127-29.

[145] Kuzgun, *op.cit.*, s.108.

için risk oluşturan öngörülebilir tehlikeli bir durumdan kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir^[146].

Öte yandan, her ne kadar ihmali harekette gerçekleştirilen haksız davranışın boyutunun icrai harekete nazaran daha hafif olmasından hareketle madde uyarınca kasten yaralama suçu bakımından cezada indirim sebebi olarak görülmüşse de, bu husus mutlak bir indirim sebebi olmayıp hâkimin takdir yetkisi kapsamında doğru şekilde gerekçelendirildiği takdirde her somut olay bakımından cezayı indirme zorunluluğunun bulunmadığı ortadadır^[147]. Burada özellik arz eden bir diğer husus, ölüm neticeli kasten yaralama suçunun ihmali hareketle işlenmesi durumunda failin garanti yükümlülüğüne aykırı şekilde önlenemeyen yaralamanın ölümcül olması şeklinde nedensellik bağının kurulması gerekliliğidir. Ancak bu durumda ve netice faile yüklenebiliyorsa şayet en azından taksir seviyesinde kusurun varlığı halinde fail ihmali suretiyle gerçekleşen ağır neticeden sorumlu hale gelecektir^[148].

Her halükârda gerçekleştirilen her türlü davranış neticesinde ya yaralamanın gerçekleşmesi ya da yaralamanın gerçekleşmeye elverişli nitelikte olması beklenmekte, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağının bu anlamda ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus, ölüm neticeli kasten yaralama suçu bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. TCK'nın 87'inci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca düzenlenen ölüm neticeli kasten yaralama suçu bakımından ölüm neticesi ile kasten yaralama arasında genel bir nedensellik bağının kurulmasından ziyade, doğrudan bağlantı kurulması gerekmekte; gerçekleşen ölüm neticesini içeren özel tehlikenin, temel suç olan kasten yaralamanın gerçekleşmesine ilişkin olması aranmaktadır^[149]. Bunun sonucu olarak, kasten yaralama davranışının mağdurdaki etkisinin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek hafiflikte olması durumunda, ölüm neticesi meydana gelmişse de faile yüklenmesi mümkün olmayacaktır^[150]. Yapılacak analiz neticesinde ağır neticeden failin sorumluluğuna gidebilmek

[146] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.518-19.

[147] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.210.

[148] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.209.

[149] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.234.

[150] Centel, Zafer ve Çakmut, *op.cit.*, s.172-73.

içinse, failin TCK'nın 23'üncü maddesi de dikkate alınarak en azından taksir seviyesinde kusurunun bulunması gerektiği unutulmamalıdır. Bu özel bağlantının mobbing bağlamında dikkate alınması gereken önemli bir sonucu, ölüm neticesine sebebiyet veren fiillerin mağdur tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, özellikle zaman bakımından farklılık gösteren hallerde yaralamanın doğrudan bir sonucu olarak kabul edilemeyeceğidir. Bu itibarla, fiil ile nedensellik bağı kurulmuş olsa dahi failin bu kapsamda sorumluluğuna gidilemeyecek ve TCK m. 87/son hükmü uygulama alanı bulamayacaktır^[151].

Burada önemli olan, mobbing davranışların gerçekleşen ölüme sebep olduğunu ve bu ölümün kasten yaralama suçunun sonucunda gerçekleştiğini kanıtlamaktır. Nedensellik bağı ve objektif isnadiyet kavramlarına dayanarak, mobbing davranışların gerçekleşen ölüme neden olduğunu ve bu ölümün ağır kasten yaralama suçunun bir sonucu şeklinde gerçekleştiğini ispat etmek gerekmektedir. Sistematik şekilde maruz kaldığı mobbing sebebiyle depresyona girerek intihar eden mağdur bakımından, failin mobbing teşkil eden ve ayrıca kasten yaralama kapsamına girebilecek davranışlarına tepki şeklinde gerçekleşen intihara bağlı ölüm neticesi arasında nedensellik bağı kurulabilse de faile isnat edilmesi madde kapsamında mümkün olmayacaktır. Ancak, bağımsız bir mobbing suçu düzenlenmesi yapılması durumunda, bu durum daha açık ve net bir şekilde ele alınabilecektir. Mobbing mağdura sürekli ve sistematik olarak zarar verme eylemlerini içerdiği için, bunların sonucunda gerçekleşen ölümün bu suçun bir sonucu olarak değerlendirilmesi de mümkün olacaktır.

Bu bağlamda etkili bir çözüm, mobbing suçunun bağımsız olarak düzenlenmesi ve neticeye elverişli davranışlar sonucunda gerçekleşen ölümün bu suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesidir. Böylelikle, mobbing davranışları sonucunda gerçekleşen ve gündemde işyeri intiharları olarak sıklıkla rastladığımız ölümler, daha açık ve net bir şekilde cezalandırılabilir ve hukuki korumaya tabi tutulabilecektir.

Sonuç olarak, işyerinde mobbingin kişinin ruhsal ve fiziksel sağlığı üzerinde zararlı etkileri söz konusudur ve her ne kadar mobbing mağdurlarını korumak için yürürlükte olan yasalar olsa da söz konusu tacizin neden olduğu

[151] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s.292.

zararı kanıtlamak zorlaşmakta ve bu da failin cezalandırılmasını neredeyse imkânsızlaştırmaktadır. Bu nedenle, mobbingin ayrı bir suç olarak tanınması, mobbing mağdurlarının haklarını korumak ve bu tür davranışları önlemek için daha güçlü bir yasal temel sağlayacaktır.

3- Eziyet Suçu (TCK m. 96)

Sistemik şekilde tekrarlanan davranışları ile belirginlik kazanan mobbing eylemleri bir anlamda kartopu etkisi yaratarak mobbing mağdurunun hayatının çekilmez bir hal almasına sebep olabilmektedir. Gerçekten de tek seferlik ya da ayrı ayrı düşünüldüğünde katlanabilir ve kabul edilebilir bir boyutta tanımlanabilecek davranışların süreç içerisinde çeşitlenmesi ve şiddetinin artması ile eziyet halini alması sık karşılaşılan bir durumdur^[152].

Anayasa'nın 17'nci maddesi; işkence, eziyet ve kötü muamele kavramlarını düzenlemekte ve bunların boyutlarına ilişkin sınırlar çizmektedir. Anayasa Mahkemesi, işkenceye ulaşmayan ancak öncesinde tasarlanarak kasten ve uzun süreli fiziksel zarar veya önemli maddi ve psikolojik acı çektirmeyi içeren insanlık dışı muameleleri bu kapsamda değerlendirmiştir. Verilen zararın, herhangi bir meşru muamele veya cezanın makul ya da kabul edilebilir bir parçası olarak görülebilecek sınırları aşması durumunda, fiziksel yaralanmalar veya önemli maddi ve manevi acılar şeklinde ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir^[153].

Türk Ceza Kanunu'nun 96'nci maddesi ise, insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar olarak tanımlanan eziyet çektirme fiillerini işleyen kişilerin hapis cezasına çarptırılacağını öngörmektedir. Bu anlamda dikkat çeken ise, gerçekleştirilen mobbing davranışlarının bir bütün olarak "*insan onuruyla bağdaşmayan*" ve "*bedensel veya ruhsal yönden acı veren, aşağılayan*" bir özellik taşımalarıdır^[154]. Dolayısıyla, eziyet suçunda başta insan onuru ve kişinin haysiyeti olmak üzere kişinin maddi ve manevi bütünlüğü gibi birden fazla

[152] Kuzgun, *op.cit.*, s.22.

[153] Sinan Altunç, "Eziyet Suçu", *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar* içinde (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.375.

[154] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2019, s.295.

hukuki menfaatin korunduğunu söylemek mümkündür^[155]. Ayrıca, söz konusu değerler ve hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda, mobbing suçunun eziyet ve işkence gibi suçlarla aynı yasal çerçeve altında düzenlenmesi için ikna edici bir argüman bulunmaktadır. Mobbing, fiziksel şiddet eylemlerine kıyasla farklı özellikler ve mekanizmalar sergilese de insan onuruna yönelik benzer bir psikolojik ve duygusal acı çektirmeden kaynaklanmaktadır. Nitekim eziyet ve işkencenin yanı sıra mobbing vakalarında da korunan hukuki değer, bireyin fiziksel ve ruhsal sağlığının, doğuştan sahip olduğu onurun ve zarardan uzak bir yaşam sürme hakkının korunması olarak karşımıza çıkmaktadır^[156].

Bunun yanında Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesi ve Yargıtay kararları incelendiğinde, mobbing bağlamında eziyet suçunun oluştuğundan bahsedebilmek için, bir bütün olarak değerlendirilmesi yapıldığında davranışların mutlak surette belirli bir sistematik içerisinde gerçekleştirilmeleri aranmaktadır. İnsan onurunu ihlal edecek şekilde acı çektiren veya aşağılayan sistematik eylemlerin mobbing olarak nitelendirilebilecek eylemleri de içerdiğini destekler nitelikte Yargıtay da somut bir mobbing vakasını eziyet suçu kapsamında değerlendirerek bir beraat kararını bozmuştur. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017 yılında verdiği bir karara atıfta bulunarak mobbingin sistematik niteliğine vurgu yapmış ve sık sık yer değiştirme, anlamsız görevler verme, kişiyi yok sayma gibi örnekler sıralayarak somut olayda kamu görevlisini sıkıntıya sokma, rencide etme ve pasifize etme niyetiyle gerçekleştirilen bu eylemlerin eziyet düzeyine ulaştığı sonucuna varmıştır^[157]. Ayrıca bir kişi iş yerinde eziyete maruz kalırsa, belirli koşullar altında mobbinge maruz kaldığını iddia edebilecek, haksız yere işten çıkartıldığı durumda ise tazminat veya işe iade davası da açabilecektir^[158].

Öte yandan, mobbing sürecinin henüz başında gerçekleştirilen davranışlar fiziksel ya da psikolojik bir zarar yaratmış olsa bile, madde ve gerekçesinde belirtilen özellikleri karşılamadığından cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle *Kuzgun* mobbing söz konusu olduğunda ceza

[155] Altunç, *op.cit.*, s.372.

[156] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/9-461 E., 2017/127 K., 25/01/2017 T.

[157] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2018/203 E., 2018/2245 K., 1.3.2018 T.

[158] Ahmet Taşkın, "İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, Cilt 1, Sayı 44, 2015, s.239.

hukukunda yer alan suçlar ile her zaman caydırıcılığın sağlanamayacağını, bu yüzden de bu durumun ayrı bir düzenlemenin gerekliliğini kanıtladığını belirtmektedir^[159]. Sistematiiklik unsuru ölçüt olarak kabul edileceğinden, gerçekleşmediği taktirde eziyet üzerinden hüküm kurmak mümkün olmayacaktır; gerçekleşmişse de zaten suç tamamlanmış olacağından eziyet suçu işlenmiş olacaktır^[160].

Taşkın eziyet suçunu mobbing kapsamında değerlendirirken her iki suç tipi bakımından, eylemlerin sürekli ve sistematik olmasına rağmen, mağdur üzerinde ortaya çıkan psikolojik ve zihinsel baskının yeterli olmaması durumunda suç eşiğini karşılamayabileceği durumlar olabileceğini belirtmektedir. Ayrıca mağdurlar, işten çıkarılma korkusu nedeniyle hakaret ve fiziksel saldırı gibi maruz kaldıkları suçları bildirmekten genellikle çekinmektedir. Bu eksik bildirim ve mobbing olaylarının doğasında var olan karmaşıklıklar, bu tür vakaların genellikle 'sessiz suç' olarak etiketlenmesine neden olmaktadır. Sonuç olarak *Taşkın*, bu karmaşıklıkları ele alan, mağdurlara güçlü koruma sağlayan ve failerin hesap verebilirliğini temin eden kapsamlı düzenlemelere acilen ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır^[161].

Eziyet suçu bağlamında içtima hükümlerine ilişkin tartışma, farklı hukuka aykırı fiillerin bir arada değerlendirildiğinde yasal çerçevede nasıl ele alınması gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorgulama, özellikle birden fazla zararlı davranışı içeren mobbing suçuyla birlikte düşünüldüğünde önem kazanmaktadır. Mağdur bu eylemlere sistematik bir tacizin parçası olarak maruz kalmakta ve eziyet veya mobbing olarak tanımlanabilecek bir senaryo oluşturmaktadır. Burada hukuki bir tartışma ortaya çıkmaktadır: Zararlı fiil, eziyetin genel karakterini yansıtacak şekilde bütünsel olarak mı değerlendirilmelidir yoksa her bir fiil ayrı ayrı mı ele alınmalıdır? Fikri içtima kavramı, tek bir suç türü için verilen cezanın fiilin haksız karakterini bir bütün olarak etkili bir şekilde ele alabildiği durumlarda uygulanır. Bu, hakaret ve fiziksel saldırının, genel mobbing senaryosunun bileşenleri olarak

[159] Kuzgun, *op.cit.*, s.64.

[160] Onursal Cin ve Tuba Günbey, "Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, 2021, s.157-58.

[161] *Taşkın*, *op.cit.*, s.239-240.

görüldüğünde, ayrı ayrı değil, tek bir başlık altında -örneğin, eziyet veya ayrıca düzenlendiği takdirde mobbing- cezalandırılacağı anlamına gelecektir.

Bu anlamda örneğin, bir somut olayda eziyet suçunu oluşturacak düzeyde birden çok yaralama eylemi söz konusu olduğunda; her ne kadar isabetli şekilde öğretide her bir yaralama fiiline ayrı ayrı ceza verilmesinin daha adaletli olacağı fikri yaygın ise de Yargıtay'ın uygulaması tek bir eziyet suçuna gidilmesinden yanadır^[162]. Oysa fikri içtimanın suçun mağdur üzerindeki toplam etkilerini yeterince yansıtmayabileceği durumlar da vardır. Bu gibi durumlarda mahkeme, mobbingin bir parçasını oluşturan her bir fiilin ayrı bir suç olarak değerlendirildiği ve ayrı ayrı cezalandırıldığı fiili içtima kurallarını kullanmalıdır. Bu yaklaşım, mobbing gibi sistematik suçların mağdura verebileceği yıkıcı zararı daha iyi yansıtacaktır. Burada fiilin tüm adaletsiz karakterini göz önünde bulundurmak önemli olacaktır. Yani, tek bir suç türü için verilecek cezanın fiilin adaletsiz niteliğini etkili bir şekilde ele alabilmesi halinde fiili içtima kullanılmalı; ancak bu suçun mağduru üzerindeki toplam etkilerini yeterince yansıtmıyorsa mahkeme gerçek içtima kurallarını kullanmalıdır. Bu şekilde ceza, aynı zamanda mobbing gibi mağdura yıkıcı zararlar veren suçları daha iyi şekilde yansıtacaktır.

Bir diğer tartışma yaratan husus ise, eziyet suçunun ayrımında kullanılan “*insan onuru ile bağdaşamama*” ya da “*ağırlık düzeyi*” ölçütlerinin; kanun maddesinin belirsizliği sebebiyle kanunilik ilkesine aykırılığı sorununa yeterince etkili bir çözüm getiremeyişidir^[163]. Daha önce de belirttiğimiz ve öğretide de yaygın olarak kabul edildiği üzere, mobbing teşkil eden davranışları pek çok açıdan yakinen yansıtan eziyet suçunda tartışılan bu sorunlar, bağımsız bir mobbing suçunun oluşturulması durumunda da gündeme gelebilecektir.

Mevzuatta “insan onuru ile bağdaşmayan” ve “ağırlık seviyesi” gibi kavramlara yönelik ayrıntılı betimlemeler yapılması ve neden olunan zararın türünü, meydana geldiği bağlamı, fail ile mağdur arasındaki ilişkiyi ve zararlı davranışın amaçlanan sonucunu anlamaya yönelik kriterlerin sınırlarının spesifik bir şekilde çizilmesi suretiyle suçların ayrımı tutarlı ve etkili şekilde sağlanabilecektir. Böylece, yasanın daha etkili bir şekilde uygulanmasını ve

[162] Altunç, *op.cit.*, s.385-86.

[163] Altunç, *op.cit.*, s.374.

suçların daha kesin bir şekilde tanımlanmasını sağlayacak, böylece yasal belirsizliklere daha tatmin edici bir çözüm getirecektir.

4- Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)

Genel olarak, Türk Ceza Kanunu'nda, kişilerin cinsel özgürlüklerini koruma altına almak adına cinsel nitelikli davranışların vücuda temas olmaksızın^[164] gerçekleştirilmesi durumunda cinsel taciz, aksi durumda ise cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Daha basit bir ifadeyle ise, bir kişinin rızası olmaksızın cinselliğini hedef alarak sözlü, sözsüz veya bedeniyle temas etmeksizin rahatsız edilmesidir^[165].

Öncelikle, öğretide kişinin cinselliğine yönelik, bedene temas edilmeksizin sözlü veya yazılı şekilde gerçekleştirilebilen cinsel amaçlı hareketler, cinsel taciz olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise cinsel saldırı ve istismar eşiğine varmayan, ancak rahatsızlık veren eylemleri cinsel taciz niteliğinde değerlendirmektedir. Bu kapsamda, cinsel taciz suçuyla korunan hukuki değer; “geniş anlamıyla cinsel özgürlük, kişinin ahlak anlayışı, utanma duygusu ve huzuru” olarak kabul edilmektedir^[166].

Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin yorumlanması, 6545 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri takiben, cinsel taciz suçunun temel unsuru olan cinsel açıdan saldırgan eylemlerin, sarkıntılık anlamına gelmeyen uygunsuz nitelikteki eylemler ve sözlü hakaretlerle sınırlı olduğunu açıklığa kavuşturmakta ve yasa ile bu tür bir tacizin mağduru olan kişinin doğuştan sahip olduğu cinsel onur ve bütünlük hakkı güvence altına alınmaktadır^[167].

Her ne kadar öğretide mobbing olgusu ile ayrımcılık ve cinsel tacizin ilişkilendirildiği ifade edilse de mobbing iş yerinde yapılan ayrımcılık sırasında başvurulan araçlardan biriyken, cinsel taciz ise mobbingin bir

[164] Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 99, 2012, s.273.

[165] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.396.

[166] Gülşah Kurt, “Cinsel Taciz Suçu”, *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar* içinde (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.560-65.

[167] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.397-99.

aracı olarak gösterilmekle birlikte “cinsel çağrışımlı psikolojik taciz” olarak ifade edilebilmektedir. Cinsel taciz suçu mobbing kapsamında incelendiğinde dikkat çeken bir diğer husus ise aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak suçun işlenmesinin, ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmesidir. Öğretide bu şekilde bir ağırlaştırıcı sebebin düzenlenmesinin altında, neredeyse erkeklerin tekelinde olan ve ancak erkeğin onayıyla çalışma hayatına dâhil edilen kadınların, genel anlamda çalışma şevkini kırarak onların işe katılımını düşürmesi, bu şekilde uzun vadede ulusal ekonomiye de zarar vermesi ve yine kişilerin işini kaybetme korkusuyla suçu bildirmekten çekindiği için suçun cezasız kalması gibi risklerin önüne geçmek gibi nedenlerin yattığı savunulmaktadır^[168].

Bu haliyle, işyerinde gerçekleştirilen cinsel taciz suçu teşkil eden davranışların her ne kadar tek başına mobbing adını koyabilmek için yeterli olmayacağı belirtilse de eylemin özel bir görünüş biçimi olarak kabul edilmesi mümkündür. Öte yandan mobbing eylemleriyle hedeflenen mağduru demoralize etmek, tehdit etmek, aşağılamak, ofisten ayrılmasını veya zarar görmesini sağlamakken; cinsel taciz ise, aleni cinsel eylemler yoluyla mağduru rahatsız etmeyi amaçlamakta ve yine tek bir ani olayla dahi ortaya çıkabilen cinsel tacizin aksine, mobbingin tespit edilebilmesi için eylemlerin süreklilik koşulunu sağlaması aranmaktadır. Kimi mobbing teşkil eden davranışların yeri geldiğinde cinsel taciz eylemleri ile örtüşebileceğini ise Yargıtay bir kararında, işyerinde yönetici pozisyonundaki failin birtakım cinsel talepler yöneltmek suretiyle belirli bir süre boyunca ve sistematik bir şekilde gerçekleştirdiği tacizle mağdurda yarattığı psikolojik bozulmanın cinsel tacizin mobbinge dönüştüğüne hükmederek desteklemiştir^[169].

İşyerinde gerçekleştirilen cinsel taciz suçuna mobbing özelinde bakıldığında, mağdurun işyerinden ayrılması amacına hizmet eden bir araç niteliğinde olabileceğinden hareketle mobbing sürecinde gerçekleşen cinsel tacizin, yukarıdaki fıkraya göre verilecek cezası yarı oranında arttırılır (TCK m. 105/2).

Ulusal mevzuat incelendiğinde, TBK'nın 417'nci maddesi, açıkça cinsel tacizi ve psikolojik tacizi düzenlerken; İş Kanunu'nda psikolojik tacize

[168] Kuzgun, *op.cit.*, s.105.

[169] Ünver, *op.cit.*, s.124.

dair normatif bir düzenlemeye rastlanmamıştır^[170]. Bu anlamda, Türk Ceza Kanunu kapsamında suç olarak düzenlenmesinin yanında, mobbing eylemlerinin gerçekleştirildiği aşamalardan herhangi birisinde çalışanlar arasında cinsel taciz suçu işlendiğinde mobbing davası açılabilir, suç duyurusunda bulunulabilir ve mobbing failinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir^[171]. Yine mobbing mağdurunun maruz bırakıldığı mobbing eylemlerinin bilinmesine rağmen işveren tarafından gerekli koruma sağlanmadığı takdirde iş sözleşmesi, mobbinge maruz kalan mağdur işçi tarafından haklı nedenle feshedilebilir^[172].

5- Cinsel Saldırı (TCK m. 102)

Cinsel arzuları tatmin etmek amacıyla mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal eden zorlayıcı eylemleri içeren cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlığı, fiilin sarkıntılık ya da mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulması şeklinde sınıflandırılmasına dayanmaktadır. Bu anlamda, suçun temel biçimde, mağdurun vücuduyla fiziksel temas içermeyen ve cinsel ilişkiden yoksun süreklilik arz eden davranışlar söz konusu olup sarkıntılık ise tipik olarak ani fiziksel temas içermektedir^[173]. Öğretide cinsel saldırı suçuyla korunan hukuksal değerler cinsel dokunulmazlığı yaratan hak ve özgürlükler olduğu isabetle savunulmakla birlikte, genel anlamda bakıldığında kişinin cinsel dokunulmazlığı, onur ve saygınlığı ve beden bütünlüğünü içeren şekilde cinsel özgürlüğün korunduğunu söylemek mümkündür^[174].

Cinsel saldırı suçu, öncelikle yaşayan insan bedenini, özellikle de işlenen fiille bağlantılı olarak cinsel bir çağrışım kazanan bölgeleri veya özellikleri hedef almakta olup; ilgili madde uyarınca cinsel saldırının üç farklı şekilde gerçekleşebileceği öngörülmüştür^[175]. İlk ikisi, basit ve nitelikli cinsel saldırı,

[170] Göztepe Çelebi, *op.cit.*, s.330.

[171] Taşkın, *op.cit.*, s.246.

[172] Nihan Gizem Kantarcı, *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi), Melikşah Üniversitesi, 2016, s.183.

[173] İşoğlu, “Suç Perspektifi Bağlamında Mobbing”, s.636-37.

[174] Pınar Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.470-71.

[175] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.330-31.

öncelikle icra şekline göre farklılık gösterir- ikincisi, mağdurun vücuduna bir organ veya nesnenin sokulmasını içermektedir. Üçüncü kategori ise “sarkıntılık” yoluyla gerçekleştirilen cinsel saldırıları kapsamaktadır. Suç için belirlenen temel ölçüt esasında istenen sonucun elde edip edilmemesine bakılmaksızın eylemlerin cinsel tatmin amacıyla gerçekleştirilmesidir; ancak, suçun oluşması için bu eylemlerin mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi elzemdir^[176]. Sonuç olarak davranışların organ sokmak suretiyle yapılmış olması fark etmeksizin mağdurun vücut dokunulmazlığını bedensel temas ile ihlal ettiğinde fail cinsel saldırı suçundan, fiziksel temas olmaksızın cinsel amaçla gerçekleştirilen davranışlar ise cinsel taciz suçundan yargılanacak, hem de özel hukuk hükümleri çerçevesinde uygulanan mobbing yaptırımları ile karşı karşıya kalacaktır^[177].

Öte yandan, mobbing davranışlarının ilgili suçlar bakımından değerlendirilmesi, hukuki açıdan önem taşımaktadır. Bu bağlamda, cinsel nitelikli davranışlara mağdurun rızasının bulunup bulunmaması, hukuka uygunluk sebebi bakımından bir fark yaratmayacaktır. İşini kaybetme korkusuyla birlikte sürekli baskı altında çalıştıkları ortamlarda, mobbing mağdurlarının geçerli bir rızaya sahip olabileceği düşüncesi mümkün olmamakla birlikte, söz konusu davranışlara karşı çıkamamış olmaları, bu tür davranışlara rıza gösterdikleri anlamına da gelmeyecektir^[178]. Öğretide, mağdurun direncinin kırıldığı ve rızasının fesada uğradığı hallerde dahi cinsel saldırı suçunun olduğu belirtilmekte olup, bu durum mobbing bağlamında da benzer şekilde değerlendirilmektedir.

Cinsel saldırı suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 102/3-b fıkrası uyarınca “nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle” fiilin işlenmesi, hiyerarşik yapılanmaların mevcut olduğu çalışma hayatında, özellikle ise akademide maruz bırakılan mobbing davranışlarının bu haliyle daha ağır bir şekilde cezalandırılması mümkün olacaktır^[179].

İçtima özelinde bir inceleme yaptığımızda, zincirleme suç olarak karşımıza çıkan cinsel saldırı suçunda cebir veya tehdit unsurlarının varlığı sebebiyle

[176] Kuzgun, *op.cit.*, s.94-96.

[177] Kara, *op.cit.*, s.108-09.

[178] Sevinç, İş Hukukunda Mobbing, s.97.

[179] Bilge, *op.cit.*, s.1282.

fail bu fiillerinden dolayı ayrıca cezalandırılmaz, ancak burada icra hareketleri başladıktan sonra meydana gelen davranışlar arasında kastın yenilendiğine dair uzlaşıya varıldığında gerçek içtima hükümleri uygulanabilecektir^[180]. Yine, Türk Ceza Kanunu'nun 94/3. maddesi cinsel taciz yoluyla işkenceyi özel nitelikli hal olarak kabul ettiğinden gerçek içtima hükümleri işkence ve cinsel taciz için uygulanmayacaktır ve fail yalnızca nitelikli işkence suçundan sorumlu tutulacaktır^[181]. Doktrinde, işkencenin cinsel saldırı yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, her iki suçun da gerçek içtima kuralları uyarınca ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim cinsel tacizden farklı olarak cinsel saldırı suçu, işkence suçunun nitelikli bir hali olarak düzenlenmemiş olduğundan failin ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılması uygun olacaktır^[182]. Bu anlamda, mobbing teşkil eden davranışlar, cinsel saldırı ve -eziyet ile benzerliği dikkate alındığında işkence gibi suçları içerebildiğinden bu durumların nasıl değerlendirileceği ve suçlunun nasıl cezalandırılacağı konusu önem ifade etmektedir. Bu bakış açısı, bu tür suçlarla etkin mücadele etme zorunluluğu, korunan hukuki değerlerin niteliği ve hukuka aykırı eylemlerin ağırlığı ile pekişmektedir.

Mobbingin çok boyutluluğunu kabul etmek ve süreklilik, sistematik niyet ve mağdura sıkıntı veya zarar verme genel amacı unsurları açısından değerlendirmek çok önemlidir. Özellikle cinsel saldırı, mobbing ve bunların potansiyel kesişimine ilişkin yasaların işyerindeki kişileri korumak için nasıl daha etkili bir şekilde ifade edilebileceği ve uygulanabileceği konusunda derinlemesine araştırma yapılmasını gerektirmektedir. Bu konularla ilgili yasama ve uygulama mekanizmalarını iyileştirme ihtiyacı, mağdurlara verdikleri derin ve kalıcı zararlar ışığında daha da kritik bir hale ulaşmakta ve gelecekteki araştırma ve politika oluşturma için zorunlu bir alan haline gelmektedir.

6- Cebir Kullanma Suçu (TCK m. 108)

Türk Ceza Kanunu'nun "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümünde yer alan cebir kullanma suçu ile ilgili olarak madde düzenlemesinde yaptırım bakımından atıf yapılırsa da kasten yaralama suçundan farklı olarak, bu suç

[180] Centel, *op.cit.*, s.273-83.

[181] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.354.

[182] Kuzgun, *op.cit.*, s.101.

ile kişinin serbest iradesi, karar verme ve hareket etme özgürlüğü korunmak istenmiştir^[183].

Cebir ile kastedilen, herhangi bir kimsenin hür iradesiyle gerçekleştirdiği davranışları ve oluşturmuş olduğu iradeyi önlemek adına elverişli bir şekilde zor kullanma hali olarak düşünülebilir^[184]. Bu bağlamda, mağdurun direncini kırmak veya engellemek amacıyla baskı uygulayan herhangi bir eylemle karakterize edilmekte olup doğrudan uygulanması zorunludur^[185]. Tehdit suçunun aksine cebir suçu, kişinin fiziksel güç veya psikolojik manipülasyon yoluyla iradesini zorlayarak, failin belirlediği bir biçimde davranmasını sağlamayı hedeflemektedir; ancak öğretilerde bedene temas etmeksizin de vücuda yönelik olacak şekilde cebirin gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir^[186].

Mobbing ise doğası gereği, mağdurun işyerindeki direncini veya özerkliğini bastırmak amacıyla mağdura toplu olarak psikolojik veya duygusal güç uygulayabilecek bir dizi tekrarlanan eylemi içermektedir. Mobbingin, mağdurun iradesini bastırmak için psikolojik veya fiziksel olarak yeterli baskı uygulayan eylemleri içerdiği durumlarda, cebir kapsamında değerlendirilebilecektir. Konu bakımından önem arz eden bir diğer husus ise, mobbingin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi ihtimalinde cebir suçundan failin ayrıca cezalandırılması gerekmeksizin tamamlayıcı nitelikte bir suç tipi olarak önemini koruyacağına düşünülmesidir^[187]. Bu bağlamda işyerinde gerçekleştirilen psikolojik tacizin cebir ile örtüşmesi noktasındaki bağlantının anlaşılması, mağdurlar için kapsamlı koruyucu mekanizmaların oluşturulması ve failerin sorumlu tutulması açısından önem teşkil eden bir husus olacaktır. Bu haliyle belirtmek gerekir ki, mobbing aşamalarının yaşandığı süreç içerisinde mobbing mağdurunu belirli bir şekilde hareket etmeye zorlamak cebir kullanma suçunu oluşturabilecektir.

[183] Kuzgun, *op.cit.*, s.115.

[184] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.278.

[185] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.173.

[186] Ali Kemal Yıldız, “Eziyet Suçu”, *Özel Ceza Hukuku Cilt III: Kişilere Karşı Suçlar* içinde (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.62-63.

[187] Kuzgun, *op.cit.*, s.117.

Sonuç olarak cebir genellikle başka bir suçla birlikte değerlendirilir ve tek başına bir suç olarak görülmemektedir; ancak özellikle uygulanan şiddetin ağırlığı veya bunun sonucunda ortaya çıkan zarar durumlarına göre cebir suçundan ayrıca ceza verildiği durumlar da söz konusu olabilmektedir^[188]. Bu bağlamda mobbing suçunun nitelikli bir hali olarak düşünülmesi ihtimalinde cebirin, söz konusu olduğu durumlarda suçun ağırlığını ve bu nedenle de verilecek cezayı artırabileceği, böylece de suçun ciddiyetini vurgulayacağını söylemek yerinde olacaktır. Bununla birlikte, hangi durumların ayrı suçlar olarak değerlendirilebileceğini belirlemek, genellikle yargılama sırasında hâkimlerin takdirine bağlıdır ve suçun oluş şekli, mağdura verilen zararın miktarı ve diğer bağlantılı faktörlerin her somut olay özelinde değerlendirilmesi zorurudur. Örneğin, işverenin cebir kullanarak çalışanı bir eylemi yapmaya veya yapmamaya zorladığı durumlarda her ne kadar mobbing sürecine dâhil edilebilecek ve hedef alınan mağduru yıldırıma yönelik bir davranış biçimi olsa da cebirin ayrı bir suç olarak düşünülmesini gerektirecek kadar ciddi ve doğrudan kullanılması dikkate alındığında her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi söz konusu olabilecektir.

7- Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m. 123)

Türk Ceza Kanunu'nun 123'üncü maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu, TCK kapsamında herhangi bir suç tipinde karşılık bulmayan mobbing davranışlarını kendi kapsamı içerisine sokabilecek nitelikte olması sebebiyle çerçeve bir suç tipi olarak da analiz edilebilmektedir^[189]. Öğretide psikolojik tacizin kavramsal varlığıyla özdeşleşen en yakın suç tipi olduğu da dile getirilmektedir^[190]. Gerçekten de madde metninde “...*hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde...*” şeklinde geçmesinden yola çıkarak baktığımızda mobbing teşkil edecek pek çok davranışın maddede geçen hukuka aykırı davranış kapsamında değerlendirilmesi yerinde bir tespit olacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10 Mart 2015 tarihinde vermiş olduğu kararda da vurgulandığı üzere maddenin gerekçesi, hedeflenenin tekrarlanan belirli davranışlar yoluyla kişilerin huzur ve sükûnunu bozmayı amaçlayan

[188] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.433.

[189] Ürgenç, *op.cit.*, s.62.

[190] Palabıyık, *op.cit.*, s.94.

eylemleri suç haline getirmek olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu tanım kapsamında suç sayılan eylemlerin kişilere fiziksel veya zorla müdahale edilmesi ile sınırlı olmadığını ve kişinin psikolojik ve ruhsal huzur içinde var olma hakkının korunmasının altını çizen daha geniş bir spektrumu kapsadığı ifade edilmektedir^[191].

Bunlardan hareketle suç ile korunan temel hukuki değer, kişinin huzurlu ve sorunsuz bir varoluş sürdürme hakkının korunması olduğu ve bu sayede psikolojik veya manevi varlığına rahatsızlık verme korkusu olmadan günlük yaşamlarını sürdürebilmelerine olanak tanındığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu durum mobbing bağlamıyla yan yana getirildiğinde, her iki kavramın eşdeğer giden önemli bir yönünü gözler önüne sermektedir^[192].

Yine, yalnızca özel kastla işlenmesi bakımından belirli suç tiplerinden ayrılan bu suçun, mobbing teşkil eden davranışların sistematik şekilde tekrarlanması gerekliliğine benzer şekilde harekete maruz kalan kişi rahatsız olmasa dahi tek seferlik gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp ısrarlı şekilde gerçekleştirilmesi aranmaktadır^[193]. Gerçekten de suçun ayrılmaz bir parçası olan süreklilik ve ısrarcılık niteliği, failin süreklilik unsuru taşıyan ısrarlı davranışlarla mağduru sistematik olarak rahatsız etmesi anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak, ilgili suçun amacı ve niteliği, mobbingin sistematik, sürekli ve rahatsızlık yaratmayı hedefleyen doğasıyla yakından örtüşmektedir, çünkü her ikisi de kişilerin psikolojik ve ruhsal huzur hakkını baltalamayı amaçlamaktadır. Hâlihazırda TCK'da bu olguya karşılık gelen bir suç tipinin bulunmadığı bir yasal zeminde, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu, mobbing teşkil eden eylemleri kapsayacak kadar geniş bir yelpaze sunmaktadır. Bu çerçevede, mobbing teşkil edebilecek çeşitli davranışların 'hukuka aykırı davranış' şemsiyesi altında cezalandırılmasına olanak tanıyarak yasal çerçevedeki boşluğu gidermektedir.

Bununla birlikte 123'üncü madde mobbinge karşı yasal mücadelede güçlü bir araç olarak hizmet etse de de her şeyi kapsayan bir çözüm olmadığını unutmamak gerekmektedir. Nihayetinde kişilerin huzur ve sükûnunu

[191] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2013/14-429 E., 2015/34 K., 10.03.2015 T.

[192] Palabıyık, *op.cit.*, s.95.

[193] Volkan Maviş, "Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s.2479-81.

bozma suçu mobbingin özünü yansıtmakla birlikte, mobbingin kendine has özellikleri ek veya özel düzenlemeleri gerektirecektir. Bu bağlamda mobbing anlayışı ve etkileri gelişmeye devam ettikçe, ceza kanununun bu değişen manzaraya duyarlı kalmasını ve tüm kişilerin psikolojik ve manevi huzurunu yeterince korumasını sağlamak kanun koyucuların görevi olarak karşımıza çıkmayı bırakmayacaktır.

8- Hakaret Suçu (TCK m. 125)

Hakaret suçu, evrensel olarak her insana atfedilmiş değerler olan kişinin onur, şeref ve saygınlığını hedef alan, böylece de iç ve dış şerefini koruma altına almak isteyen bir suç tipidir^[194]. Hakaret suçu, hakaret veya rencide edici sözün ya doğrudan mağdur tarafından bilinmesi ya da mağdurun bulunmaması halinde mağdur dışında en az üç kişi tarafından duyulması veya fark edilmesi halinde oluşmaktadır ve mesaj yoluyla işlenmesi halindeyse, mesajın mağdur veya üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesiyle suçun tamamlandığı kabul edilecektir^[195].

Suçun oluşabilmesi için her ne kadar bireyin kişilik haklarını rencide etmeye elverişli şekilde işlenmesi gerekmekte ise de neticesinde mağdurun kendisini rencide edilmiş hissetmesi aranmamaktadır. Bu haliyle, zararın fiilen meydana gelmesinden ziyade potansiyel zarara odaklandığı için soyut bir tehlike suçu haline getirmektedir ve hakaret, mağdura fiili zarar veya sıkıntı vermese bile suç tamamlanmış sayılacaktır^[196]. Bu anlamda hakarete teşebbüs olasılığının mantıksız hale geldiğini söylemek de mümkündür. Nitekim öğretide de suç teşkil edebilecek davranışlardan hangilerinin suçu oluşturmaya yeteceğine yönelik hâkimin takdir yetkisini kullanırken somut olayın nerede ve nasıl gerçekleştiğini dikkatle incelemesi gerektiği savunulmaktadır^[197]. Bu bağlamda, fiili çevreleyen benzersiz koşullar ve şartlar, toplumsal normlar ve ilgili tarafların kültürel ortamı da dâhil olmak üzere sayısız faktör dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, saldırgan olduğu iddia

[194] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, 279.

[195] Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 2010/8335 E., 2010/2791 K., 19/02/2010 T.

[196] Kantarcı, *op.cit.*, s.63.

[197] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.526.

edilen eylem veya ifade suç olarak sınıflandırılmasa bile, yaygın toplumsal standartlar çerçevesinde hakaret olarak yorumlanabilecektir^[198].

Mobbingin esas olarak sistematik ve sürekli taciz içerdiği göz önüne alındığında, mağdurun hakaret olarak yorumlanabilecek eylem veya sözlerle karşılaşması alışılmadık bir durum olmayacaktır. Bu husus yargı kararlarında da gözetilmiş durumdadır. İster sürekli küçümseme ister toplum içinde küçük düşürme isterse aşağılayıcı sözler olsun, bu tür davranışlar aynı anda hem hakaret suçunu hem de mobbingin unsurlarını oluşturabilecek niteliktedir. Örneğin, bir kişinin yetkinliği hakkında sürekli olarak küçümseyici sözlere veya özel yaşamıyla ilgili olarak kamuoyu önünde aşağılanmaya maruz kaldığı bir işyeri senaryosunda, eylemler sadece mağdurun huzur ve sükûnunu bozarak mobbing oluşturmayacaktır; aynı zamanda potansiyel olarak mağdurun şeref ve haysiyetini de rencide ederek hakaret suçu kapsamına girmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla hakaret suçu ile mobbingin aynı eylemler bütünü içinde bir arada bulunabileceği ve mağdurun mağduriyetinin artmasına sebebiyet verebileceği göz ardı edilmemelidir.

Yine psikolojik tacizden bahsettiğimizde sıklıkla karşılaştığımız yıldırma davranışı olan kişinin şerefini ve saygınlığını zedelemeyi hedef alan dedikodu yayma hali de mobbing mağduru diyebileceğimiz kişinin gıyabında hakaret suçunun işlenmesine örnek oluşturabilecektir. Sonuç olarak, mağdurun kendisine direkt olarak hakaret edilerek ya da mağdur dışında en az üç kişinin isnat edilen hakareti öğrendikleri şekilde işlenebilmesi mümkündür^[199].

Bağımsız bir mobbing suçunun kanunlaştırılması halinde, hakaret suçunun unsurlarının da bu suçun düzenleyici çerçevesine dâhil edilmesinin düşünülmesi yerinde olacaktır. İki suç arasındaki doğal örtüşme göz önüne alındığında, böyle bir birleşik yaklaşım, sadece sistematik tacize değil, aynı zamanda onur ve haysiyetlerine yönelik saldırılara da maruz kalan mağdurlar için kapsamlı bir yasal başvuru yolu sağlayacaktır. Dolayısıyla, insan hakları perspektifinden bakıldığında, bu tür bir yasal tanıma ve korumanın sağlanması, kişilerin psikolojik ve ruhsal huzur haklarının, onur ve haysiyetlerinin korunmasına önemli ölçüde katkıda bulunacaktır.

[198] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.84.

[199] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.280.

Öte yandan, mobbingin ve hakaret suçu gibi diğer suç teşkil eden davranış biçimlerinin iç içe geçmiş doğasını göz önünde bulundurduğumuzda, özellikle işyeri ortamlarında mobbingi tespit etmenin ve bununla başa çıkmanın karmaşıklığı önemli ölçüde artmaktadır. Yakın tarihli hukuki davaların incelenmesi, bu ilişkiyi çözmek için önemli bir başlangıç noktası teşkil etmektedir. Örneğin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından karara bağlanan davada^[200], davacı e-posta yoluyla “ayın bidonu” gibi aşağılayıcı ifadelere maruz kalmıştır ve bu durum bireyin kişilik haklarının açık bir ihlali olsa da mahkeme, bunun tek başına mobbing teşkil etmediğine hükmetmiştir. Bu karar, mobbing ve hakaret arasındaki etkileşim üzerine kritik düşünceler doğurmaktadır ve saldırgan niteliğine rağmen her hakaret vakasının mobbing teşkil etmeyeceği ilkesinin altını çizmektedir. Bu ayrım, öncelikle mağdura yönelik sistematik ve sürekli olumsuz davranışlarla tanımlanan mobbingin temel özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, münferit bir hakaret olayı, incitici ve yasal olarak sonuç doğurucu olsa da kendi başına mobbing olarak nitelendirilemeyecektir.

Ancak bu durum önemli bir soruyu gündeme getirmektedir. Ayrı bir mobbing suçu oluşturulmuş olsaydı, münferit hakaret vakaları bu suçun oluşmasına katkıda bulunabilir miydi? Münferit bir hakaret eylemi mobbing oluşturmasa da mobbing davranışlarının kümülatif olarak incelenmesinde pekiştirici bir unsur olarak hizmet edebileceği iddia olunmaktadır. Bu gibi durumlarda, bu tür hakaretlerin sistematik olarak meydana gelmesi, diğer taciz biçimleriyle birleştiğinde, mağdurun deneyiminin daha geniş bir resmini çizecek ve bir mobbing iddiasını desteklemek için önemli kanıtlar sağlayacaktır.

Öte yandan, hakaretin suç olarak sınıflandırılması, ifade özgürlüğü ilkesine önemli zorluklar getirmektedir. Hakaret şüphesiz zarar verebilir ve kişilerin huzur ve sükûnunu bozabilirken, neyin hakaret teşkil ettiğine dair yasal sınırlar koymak, kişinin fikirlerini özgürce ifade etme hakkını sekteye uğratabilmekte ve yine eleştiri hakkını potansiyel olarak engelleyebilmektedir.

Bu nedenle, hakareti bireysel bir suç olarak ele almak yerine, mobbing davranışlarının bir bileşeni olarak görülmesi sağlandığında hakaret teşkil eden davranışların mobbing mağdurları üzerindeki bileşik etkilerini tanıyan

[200] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Kırk Birinci Hukuk Dairesi, 2019/885 E., 2020/666 K., 04.96.2020 T.

açık ve daha kapsayıcı bir mobbing tanımı oluşturulabilecek ve hakaretin suç sayılmasının kapsamını daha geniş, sistematik bir taciz örüntüsünün parçası olduğu durumlarla daraltarak ifade özgürlüğü korunacaktır ve böylece münferit hakaret vakaları ile daha yaygın ve zararlı davranışlar arasında ayırım yapılması mümkün hale gelecektir.

Sonuç olarak, münferit hakaret vakaları tek başına mobbing teşkil etmese de toplu olarak bakıldığında mobbingin genel bağlamının tanımlanmasında ve anlaşılmasında önemli bir rol oynayabilmektedir. Ayrıca, hakaret suçunun mobbingin bir unsuru olarak yeniden tanımlanması, ifade özgürlüğünün tesis edilmesi ile kişilerin zararlı ve aşağılayıcı davranışlardan korunmasının sağlanması arasında bir denge kurabilecektir.

9- İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali (TCK m. 117)

Türk Ceza Kanunu'nun 117'nci maddesinde düzenlenen bu suç tipi ile mobbing arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Mobbing eylemleri, mağdurun çalışma hürriyetine yönelik kasıtlı ve sistematik müdahaleleri içermekte olup, işyerinde baskı, tehdit veya zorlayıcı davranışlar yoluyla kişinin çalışma hürriyetinin ihlal edilmesine neden olabilir^[201]. Bu nedenle, mobbing davranışları, TCK m. 117'de düzenlenen "Hürriyete Karşı Suçlar" kapsamında değerlendirilme potansiyeline sahiptir.

Anayasa'nın 48'inci maddesinde çalışma ve sözleşme hürriyetinin korunması esas alınmış, bu bağlamda kişilerin insan onuruna yaraşır şekilde çalışabilmeleri teminat altına alınmıştır. Keza, öğretilerde de TCK m. 117'nin bireysel olarak çalışma özgürlüğünü koruma altına aldığı ifade edilmektedir^[202]. Böylece, mobbing fiilleri, insan onuruna aykırı şekilde çalıştırılmama haliyle doğrudan bağlantılı olduğu için bu madde kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Kanaatimizce TCK m. 117 ile mobbing ilişkisi şu şekilde açıklanabilir: TCK m. 117'de düzenlenen suçun koruma altına aldığı hukuki değer, kişilerin çalışma hürriyetidir. Mobbing, mağduru işten ayrılmaya zorlama veya çalışma ortamını katlanılamaz hale getirme amacıyla sistematik olarak gerçekleştirilen davranışlardan oluştuğu için mağdurun iş ve çalışma hürriyetine doğrudan

[201] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.263.

[202] Cin ve Günbey, *op.cit.*, s.149.

müdahale eder. Bu durum, TCK m. 117’de öngörülen suçun unsurlarıyla örtüşmekte ve mobbingin bu madde kapsamında ele alınmasına olanak sağlamaktadır. Özellikle sistematik baskı, psikolojik taciz ve tehdit içeren mobbing davranışları, çalışma özgürlüğünü ihlal eden eylemler olarak değerlendirilebilir.

F) MOBBİNGİN BAĞIMSIZ BİR SUÇ TİPİ OLARAK DÜZENLENMESİ MESELESİ VE ÖNERİLER

Mobbingin bağımsız bir suç olarak düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği, öğretide oldukça tartışmalı bir konu olarak değerlendirilmektedir. Her iki taraf bakımından bırakılan argümanlar bulunsa da mobbingin mağdurlar için ehemmiyeti büyük ve uzun süreli sonuçlar doğurabilecek ciddi bir sorun teşkil ettiği açıktır. Bu durum, mobbing sorununun ele alınması için etkili yasal korumalara ve çözüm yollarına ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, öğretide mobbingin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesini savunan yazarlar, mevcut yasal çerçevenin mağdur haklarını koruma ve caydırıcılığı sağlama bakımından yetersiz kaldığını belirtmektedir. Mobbingin bağımsız bir suç olarak tanımlanması, hem mağdurların haklarını koruma altına almak hem de bu tür davranışların önlenmesine yönelik daha etkili bir hukuki araç sunmak açısından önem arz etmektedir.

Bu anlamda öğretide bağımsız bir suç olarak düzenlenmesini savunan yazarların ve sahip oldukları görüşlerinin detaylı şekilde incelenmesini anlamlı buluyoruz:

Gedikkaya, psikolojik tacizin bağımsız bir suç olarak düzenlenmediği takdirde ancak davranışın cezalandırıldığını, mobbingin bütünsel bir yerden cezaya tabi tutulmadığını ve bu nedenle önlenmesi noktasında verilen mücadele içerisinde mutlaka mobbingi yasaklayan ve yaptırıma bağlayan bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir^[203]. Yine 2019 yılında yayımlanmış olduğu bir başka makalesinde ise aynı görüşü korumakla birlikte, tacizin belirlenmesi ve yarattığı olumsuzluklar ile mücadele edilmesinin işlevselliği bakımından mutlaka ayrıca yaptırıma bağlanması gerektiğini belirtmiş ve bu anlamda da İsveç’in örnek teşkil eden mobbinge özel mevzuatını referans olarak kullanmıştır^[204].

[203] Gedikkaya, “Kamu Personeli ve Psikolojik Taciz”, s.58.

[204] Gedikkaya, “Kamu Personeli ve Psikolojik Taciz”, s.66.

Taşkın ise, mobbing faillerinin çoğu zaman icra ettikleri fillerin Türk Ceza Kanunu kapsamında herhangi bir suç tipine girmediğinden, failin amacına suç işlemeyen, rahatlıkla varabileceği tehlikesini vurgulayarak ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ve bu şekilde mobbing mağdurlarının da ceza yaptırımlar aracılığıyla korunabileceğini ifade etmektedir^[205].

Cin ve Günbey ise genel anlamda çalışma barışının ve özel anlamda çalışanın iyilik halinin gözetilmesi adına Fransız Ceza Kanunu'nda olduğu gibi mobbingin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini ve bu düzenleme sayesinde ceza hukukunda kabul edilen belirlilik ilkesi ile de bağdaşır bir niteliğe kavuşacağını savunmaktadır^[206].

Ulusoy ise çeşitli boyutları olan mobbing ile mücadelede geliştirilebilecek politika ve farkındalık çalışmalarının yanında mobbingin sonuçlarının yarattığı vahametini giderilmesi için özel bir suç olarak düzenlenerek cezai yaptırıma tabi olması gerektiğini belirtmiş ve Türk Ceza Kanunu'na eklenebilecek bir mobbing suçu denemesi yaparak analizlerini sunmuştur^[207]. Kuzgun ise Ulusoy'un görüşüne ve yapmış olduğu denemeye katılmakla birlikte, fiziksel saldırıların da mobbing kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini ve işyerinde olmasının yanında iş ile bağlantılı başka bir yerde gerçekleşen davranışların da suç kapsamına alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmiş ve kendi denemesini de bizatihi sunmuştur^[208].

Öğretide bu yönde görüş belirten başkaca yazarlar da bulunmaktadır^[209]. Diğer yandan, mobbing için bağımsız bir suç tipine ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler de söz konusudur:

Erdem ve Parlak, mobbingi daha ziyade özel hukuk içerisinde değerlendirerek uygulamada karşılaşılan bir olgu olduğundan bahisle ceza hukuku içerisinde ayrıca yaptırıma tabi tutulmasına ihtiyaç olmadığını,

[205] Taşkın, *op.cit.*, s.249-50.

[206] Cin ve Günbey, *op.cit.*, s.165- 66.

[207] Ulusoy, *op.cit.*, s.167.

[208] Kuzgun, *op.cit.*, s.185.

[209] Selin Türkoğlu, *Türk Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip* (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, 2019, s.19-20.

hâlihazırda kanunda yer alan suç tiplerinin mobbing teşkil eden davranışların cezalandırılması noktasında yeterli olduğunu ifade etmişlerdir^[210].

Cengiz, Ersoy ve Küçükay ise mobbing olgusunu insanlar arası ilişkilere dair belirsiz bir olgu olarak gören Petri'nin görüşüne katılmaktadırlar^[211]. Gerçekten de ceza hukukunun araçlarına ihtiyaç duyulacak nitelikte bir haksızlık oluşturmadığından bahisle, mobbingin özel bir suç tipi olarak düzenlenmesinin gerekmediğini, düzenlendiği takdirde ise esasında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini düşünmektedirler^[212].

Bozbel ve Palaz ise her ne kadar ülkemizde yeterince çalışma yapılmadığını ve mobbing kavramının aktörleri tarafından yeterince kavranmadığını düşünse de Türkiye'de mobbinge karşı sahip olunan hukuk mekanizmalarının yeterli olduğunu savunmaktadır^[213].

Türkoğlu ise ceza hukukunun son çare olma özelliğine vurgu yaparak kişilerin çalışma hayatındaki esenliğinin özel hukukun konusu olduğunu, bu yüzden de gereken korunmanın İş Kanunu mevzuatı aracılığıyla sağlanması gerektiğini savunmaktadır^[214].

Her ne kadar birtakım cezai yaptırımlar içermesi sebebiyle ceza hukuku araçları genellikle son çare olarak başvurulmuş bir önlem olarak kabul edilse de bu durum ceza hukukuna ihtiyaç duyulmayacağı ve her şeyin iş hukuku mekanizmaları ile çözülebileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim diğer yasal araçların belirli davranışların neden olduğu zararı gidermekte yetersiz kaldığı durumlarda, ceza hukukuna başvurulması gerekli ve etkili bir yöntem olarak kabul edilecektir. Bu anlamda, iş hukuku kapsamında var olan mekanizmalar mobbingin bazı yönlerini ele alabilse de kişilerin mobbing sonucunda uğradıkları zararlardan tam anlamıyla korunması için yeterli olmadığını söylemek yerinde olacaktır.

[210] Erdem ve Parlak, *op.cit.*, s.286.

[211] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.79.

[212] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.81.

[213] Savaş Bozbel ve Serap Palaz, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları", *TİSK Akademi*, Cilt 2, Sayı 3, 2007, s.79.

[214] Türkoğlu, *op.cit.*, s.16.

Mobbingin Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak düzenlenmesini çevreleyen söylemi incelerken, mevcut yasal çerçevede hali hazırda birtakım suçlar kapsamında cezai işlem yapılması mümkünse de mobbingin karmaşık ve çatı bir kavram oluşu düşünüldüğünde bir boşluk kaldığını kabul etmek gerekmektedir. Bu belirsizlik, yargı sistemi içerisinde yorumsal zorluklara yol açmakta ve nihayetinde adalet arayanların karşısına önemli engeller çıkarabilmektedir. Sunulan bağlam ışığında, Türk Ceza Kanunu'ndaki boşluklarla birleştiğinde, mobbingin ayrı bir suç olarak açık ve ayrı bir şekilde düzenlenmesi için zorlayıcı bir gerekliliğin altını çizmektedir.

Ceza hukuku içerisinde ayrıca ve açıkça bir suç olarak düzenlenmemiş olan mobbing davranışlarının ancak kanunda tanımlanan herhangi bir suç kapsamına girmesi durumunda cezalandırılabilmesi söz konusudur. Bu anlamda bakıldığında suçların içtimai konusu, önem arz eden bir diğer mesele olarak karşımıza çıkmaktadır^[215]. Mobbing davranışlarının aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda, birden fazla eylem de söz konusuysa -şartları gerçekleştiği takdirde- zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve böylece TCK m. 43 uyarınca verilen cezanın ağırlaştırılması gündeme gelebilmektedir^[216]. Bu şekilde mobbing teşkil eden suç fiillerinin farklı zamanlarda tekrür ederek işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerine başvurulabilecektir. Ancak mobbing ceza hukuku bağlamında bağımsız bir suç olarak düzenlenmediğinden zincirleme suçun oluşmasında aranan suç işleme kararının gerçekleşmesi; -mobbinge konu olan davranışların aynı zamanda mutlaka kanunda düzenlenen bir suç tipine girmesi koşuluna bağlıdır^[217].

Tüm bunlarla birlikte, mobbing için ayrı bir yasal muameleyi haklı çıkaran zorlayıcı argümanlar çok sayıda ve çok yönlüdür:

İlk olarak, ceza hukukunun temel taşını oluşturan kanunilik ilkesi, kanun tarafından açık ve net bir şekilde tanımlanmadıkça ne suç ne de ceza olamayacağını emretmektedir. Bu hukuki ilke göz önünde bulundurulduğunda, Türk Ceza Kanunu'nda mobbingi ele alan kesin bir hükmün bulunmaması, yargı sisteminin bu ağır suçun faillerine karşı

[215] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.82.

[216] Palabıyık, *op.cit.*, s.94

[217] Cengiz, Ersoy ve Küçükay, *op.cit.*, s.84.

uygun cezai tedbirleri uygulama kabiliyetini engellemektedir. Bu mevzuat boşluğu, istemeden de olsa bu tür zararlı davranışların devam etmesi için elverişli bir ortam yaratmakta ve yasal yaptırımların olmaması nedeniyle önüne geçilemediğinde işyerlerinde böyle davranışların normalleşmesini dolaylı olarak körüklemektedir^[218].

İkinci olarak, diğer olaya özgü suçların aksine, belirli bir süre ve yoğunluğa ulaşan ve sistematik bir şekilde tekrarlanan davranış örüntüleri bağlamında mobbingin kendine has doğası ve bir kişinin zihinsel ve fiziksel sağlığı üzerindeki yıpratıcı etkileri, yasalar kapsamında tanınmasını ve açıkça cezalandırılmasını gerektirmektedir. Oysa mevcut durumda hukuk, bu suçu daha geniş kapsamlı suçlar altında sadece bir alt kategori olarak görmezden gelerek, etkisini önemsizleştirme, dolayısıyla mağdurlara kötülük yapma ve hakkaniyetli adalet sağlama görevini yerine getirmeme riskini taşımaktadır.

Üçüncü olarak, mobbingin bağımsız bir şekilde düzenlenmesi gerektiği yönündeki önemli bir argüman, gebeler, mülteciler ya da cinsiyet, ırk veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa maruz kalan kişilerin sıklıkla bu tür davranışların hedefi haline gelmesinden kaynaklanmaktadır. Bu mağdurlar genellikle birden fazla ayrımcılık biçiminin bir araya geldiği, kesişimsellik olarak adlandırılan bir durumla karşı karşıya kalmaktadır. Kesişimsellik, bir bireyin birden fazla sosyal kimliğe (örneğin, kadın, mülteci, LGBTQ+ birey) sahip olması nedeniyle ayrımcılığa uğrama riskinin artmasını ifade eder. Bu nedenle, toplumsal önyargılar ve yapısal güç dengesizliklerinden kaynaklanan çoklu ayrımcılık biçimlerinin mağdurları, mobbingin etkilerine karşı daha savunmasızdır. Bu durum, mobbingin daha kapsamlı bir yasal düzenleme ile ele alınmasının önemini göstermektedir.

Dördüncü olarak, mobbingin sistemik ve -siber zorbalık vakıalarındaki- genellikle gizli doğası göz önüne alındığında, geleneksel soruşturma yaklaşımları somut kanıtların toplanmasında yetersiz kalabilmekteyken; ayrı bir yasal hüküm, delil toplanması için özel mekanizmaların geliştirilmesinin önünü açabilmekte ve böylece mobbing soruşturmalarının etkinliğini artırabilmektedir.

Sonuç olarak, fiziksel ve ruhsal açıdan çoğu zaman giderilmesi neredeyse imkânsız sonuçlar doğurabilecek kadar ciddi sonuçları olan mobbing

[218] Bilge, *op.cit.*, s.1258.

olgusunun suç sayılması, bu tür davranışların kabul edilemez olduğuna dair kuvvetli bir mesaj vererek caydırıcılık ve çözüm sağlayacaktır.

Beşinci olarak, mobbing için ayrı bir yasal hükmün bulunmaması, diğer yasaların potansiyel olarak kötüye kullanılmasına yol açma ve haksız mahkûmiyetlerle de sonuçlanma riski taşımaktadır. Örneğin, adalet arayışında olan mağdurlar, failer açısından hakaret gibi gevşek bağlantılı suçlar kapsamında yargılama mekanizmalarını çalıştırma yoluna gidebilmektedir. Bu geçici bir çözüm olarak görülebilse de mobbingin sistemik doğasını göz ardı etmekte ve kanunun yanlış uygulanmasına yol açabilmektedir.

Özetle, mobbingin Türk Ceza Kanunu'nda ayrı ve açık bir şekilde suç olarak düzenlenmesinin gerekliliği mobbinge karşı çalışma hayatında sıfır tolerans kültürünün oluşturulması adına hem acil hem de temel bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Böyle bir adım, yasal açıklık ve kesinlik ilkelerine hitap edecek, mobbingin kendine özgü doğasını karşılayacak, savunmasız gruplara yeterli koruma sağlayacak ve özel soruşturma mekanizmalarının önünü açacaktır.

Daha da önemlisi, mobbing olaylarını ele almak için mevcut yasaların potansiyel olarak kötüye kullanılmasını önleyerek mobbinge maruz kalanları güçlendirmekle kalmayacak, aynı zamanda devletin işyerinde insan onurunu ve temel hakları koruma kararlılığının da altını çizerek daha güvenli ve insan onuruyla bağdaşan bir çalışma ortamına katkıda bulunacak ve mobbing mağdurlarının özel ihtiyaçlarına daha duyarlı bir hukuk sisteminin oluşturulmasına katkı sağlayacaktır. Ayrıca, uluslararası hukuktan örneklere baktığımızda mobbingin ayrı bir suç olarak düzenlendiği senaryolarda adalet sistemine aşırı yük getirmeden etkili bir koruma sağladığı gerçeği de ortadadır.

SONUÇ

Bu çalışma açısından kritik önem taşıyan husus, mobbingin Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak açıkça ve ayrı bir şekilde düzenlenmesine yönelik acil ihtiyacın altını çizmesidir. Mobbing şu anda Türkiye'deki yasal boşluklar nedeniyle yeterince ele alınmamakta; çeşitli şekillerde devam ederken, sinsi ve tehlikeli taktikler, çalışanları korumayı amaçlayan çalışma mevzuatındaki zayıf noktalardan yararlanarak mağdurları çaresiz, faileri ise cezasız bırakmaktadır.

Mobbingin Türk ceza hukuku sistemi içerisinde bağımsız bir suç olarak tanınması birçok nedenden ötürü hayati önem taşımaktadır. İlk olarak, mobbinge karşı açık bir caydırıcılık sunarak, hukukun ve toplumun gözünde cezalandırılabilir bir suç olarak yerini sağlamlaştırmaktadır. Mobbingin tanımını ve sonuçlarını yasal çerçevede belirginleştirerek potansiyel failerin cesaretini kırmaktadır. İkinci olarak, mağdurlar için adaleti sağlayarak, işyerlerinde kendilerine uygulanan psikolojik şiddete karşı yasal yollara başvurmalarını mümkün kılmaktadır. Üçüncü olarak, failer için hukuki sonuçları açıklığa kavuşturarak hesap verebilirliği güçlendirmekte ve bu yaygın sorunu engellemektedir.

Mobbingin açık, doğrudan ve ayrı bir şekilde düzenlenmesi yalnızca yasal bir gereklilik değil, aynı zamanda etik ve sosyal bir zorunluluktur. Her ilerici toplumun temelini oluşturan insan onuru ve saygı kavramlarıyla iç içe geçmektedir ve hukuk, mobbing gibi adaletsizliklere göz yumarak bu tür eylemlere dolaylı olarak göz yuman bir ortamı teşvik ettiğinde, işte bu değerler tehlikeye atılmış olacaktır. Ayrıca, adil bir hukuk düzeninin korunmasının temel taşı olan ceza hukuku, çalışanların refahını ve mesleki performansını tehlikeye atan bir olgu olan mobbingin ele alınmasında çok önemli bir role sahiptir. Mobbingin ayrı bir suç olarak tanınması, hesap verebilirliği ve adaleti teşvik eden ceza hukukunun temel ilkeleriyle uyumludur. Ancak, Türk ceza hukuku sisteminin mobbingi ayrı bir suç olarak kapsayacak şekilde geliştirilmesi dikkatli bir planlama ve sofistike bir uygulama gerektirmektedir. İstmeden de olsa bir istismar aracına dönüşmesini önlemek için, uygulamada sağlam, yaklaşımda dengeli ve işyerinin karmaşık dinamiklerine özenli olması gerekmektedir.

Genel hukuk kuralları ile düzenlenen ülkelere benzer şekilde Türkiye'deki düzenlemeler de mobbing kavramını tam olarak kapsamamaktadır. Örneğin, her ne kadar mobbing teşkil edebilecek bazı davranışlar Türk Ceza Kanunu'nda ve Alman Şiddetten Korunma Kanunu'nun ilgili hükümlerinde kötü muamele suçunun ihlali olarak kabul edilse de bu davranışlar öncelikle evli olsun ya da olmasın aynı çatı altında birlikte yaşayanlar arasında meydana gelen bir şiddet biçimi olarak ele alınmakta; işyerinde mobbinge uygulanmamaktadır^[219]. Öte yandan kimi ülkeler mobbinge karşı yeterli korumanın dikkate değer örneklerini sunmakta ve

[219] Kuzgun, *op.cit.*, s.140-141.

sahip oldukları düzenlemeler önleme, kesin tanımlar ve mağdurlar için yasal çözüm yolları üzerinde durmaktadır.

Tam da bu sebeplerle, Türkiye'nin sosyo-kültürel yapısı ve hukuk sistemi ile ilişkisini sorgulayarak farklı ülkelerdeki düzenlemelerin dikkate alınması ve uygun olanlar ile uyumlanması neticesinde mobbinge karşı etkili bir koruma sağlanacağı kanaatindeyiz. İsveç, yasal hükümler getirerek işyerinde mobbingi ele alma konusunda ön saflarda yer almıştır. "İşyerinde Mağduriyet Kararnamesi" mobbingi tanımlamakta ve ihlaller için hapis cezası da dâhil olmak üzere cezai yaptırımlar uygulamaktadır. Kurumsal çözümlere odaklanma ve mobbinge dâhil olan tüm taraflar arasında paylaşılan sorumluluk gibi eylem planlarının ülkemizde uygulanmasının mobbing vakalarını önemli ölçüde azaltacağı düşüncesindeyiz.

Yine Belçika'da olduğu gibi işverenlere önleme politikaları geliştirmek ve risk analizleri yapmak da dâhil olmak üzere mobbingi durdurma yükümlülüğü getirilmesi ve iş yerlerinde uzmanlaşmış önleme danışmanlarının bulunması etkili bir koruma sağlayacaktır. Sonuç olarak; Türk hukuk sisteminde mobbingin net bir tanımının yapılması, bu konunun ele alınması için bir temel oluşturacaktır. Mobbingin, İsveç'in yaklaşımına benzer şekilde, insan onurunu zedeleyen ve düşmanca bir çalışma ortamı yaratan saldırgan, kasıtlı ve tekrarlayan davranışlar olarak tanımlanması ortak bir anlayışın yerleşmesine yardımcı olacaktır.

İşverenlerden önleme politikaları geliştirmelerini, risk analizleri yapmalarını ve Belçika'nın yaklaşımına benzer şekilde uzman önleme danışmanları atamalarını talep etmek, işyerinde mobbingin önlenmesine yönelik etkili bir yaklaşımı teşvik edecektir. Yine, Belçika'dakine benzer şekilde işyerinde arabuluculuk ve uzlaştırma prosedürlerinin oluşturulması, anlaşmazlıkların çözülmesi ve mobbing vakalarının daha etkili bir şekilde ele alınması için bir mekanizma sağlayacaktır.

Mağdurları iddialarını kanıtlamak için uzun süren yasal mücadeleler vermek gibi zahmetli bir görevden kurtarmak için Belçika'da görüldüğü gibi ispat yükünün çalışan lehine değiştirilmesi de düşünülmelidir.

Cezai ve hukuki yaptırımlar da dâhil olmak üzere, mobbingin ciddiyetini yansıtan yaptırımların uygulanması caydırıcılık sağlayarak mobbinge maruz kalanlar için uygun çözüm yolları oluşturabilecektir.

Eğitim hizmeti anayasada dñzenlenmiř olup gerek devletler ve gerekse de devletin denetim ve gñzetimi altında başka kurumlar tarafından yerine getirilen bir kamu hizmetidir^[220]. İşverenler, alışanlar ve ilgili paydaşlar için mobbingi tanıma, nleme ve ele alma konusunda farkındalık ve eğitim programlarının teşvik edilmesi, saygı kñltürüne ve sağlıklı çalışma ortamlarına hatırı sayılır derecede katkı sağlayacaktır.

Tñm bunlardan yola çıkıldığında, Tñrk hukuk sisteminde mobbingi ele alan özel ve etkili bir mevzuatın geliştirilmesi ve özellikle Tñrk Ceza Hukuku bağlamında mobbingin ayrıca ve açıkça bir suç olarak dñzenlenmesi gerektiğinden, bunun için kapsamlı bir çalışmanın yapılması, uzmanlara danışılması ve kamuoyu grñřlerinin alınmasının elzem olduğu açıktır.

Sonuç olarak, adalet arayışında mobbingden arındırılmış bir iş ortamı sağlama sorumluluğu kanun koyuculara, işverenlere ve toplumun geneline aittir. Bu paydaşların ortak çabalarıyla mobbingin kökleri ortadan kaldırılabilir ve daha sağlıklı bir işyeri atmosferinin yaratılması mñmkñndür. Zorluđuna rağmen, bir çözüm bulmanın ilk adımı mobbingi ayrı bir suç olarak tanımlamak ve sınıflandırmak, işyerinde uygun davranışın ne olduğuna dair parametreleri genişleten bir emsal oluşturmadır. Bu çok ihtiyaç duyulan değişimin ilk ve en önemli adımıının bu anlamda, Tñrk Ceza Kanunu'nda mobbingin ayrı bir suç olarak dñzenlenmesi olabileğini söylemek mñmkñndür.

[220] Ergñn Dilaveroğlu, “Vakıf Ùniversitelerinde alışan Akademisyenlerin Hukuki Statñleri Ùzerine Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s.4.

KAYNAKLAR

- Akyürek, Güçlü, “France Telecom Davası Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022, s.99-101.
- Altunç, Sinan, “Eziyet Suçu” in *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*, (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.372-385.
- Bayram, Fuat, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007, s.552.
- Bilge, Selahattin Samet, “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65, Sayı 4, 2016, s.1246.
- Bozbel, Savaş ve Palaz, Serap, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, *Tisk Akademi*, Cilt 2, Sayı 3, 2007, s.79.
- Cengiz, İhtar, Ersoy Uğur ve Alper Küçükay, “Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing”, *Mess Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 36, 2016, s.83-84.
- Centel, Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 99, 2012, s.273-283.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, 4. Baskı. İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Chappell, Duncan ve Vittorio Di Martino, *Violence at Work*, International Labour Organization, 2006.
- Cin, Onursal ve Günbey Tuba, “Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4 2021, s.157-158.
- Çağlar, Bilgi, *Kamuda Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, 2016.
- Çelik, Nuri, Caniklioğlu Nurşen ve Canbolat Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

- Çopur, Fatma, *Mobbingin Çalışanlar Üzerindeki Etkileri: Türk Hukuk Sisteminde Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2017.
- Demir, Şamil, “Mobbing Olgusunun Hukuksal Değerlendirmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 2, 2009, s.140.
- Dilaveroğlu, Ergün, “Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s.4.
- Einarsen, Stale, Helge Hoel, Dieter Zapf, ve Cary L. Cooper, “The Concept of Bullying at Work: The European Tradition”, in *Bullying ve Emotional Abuse in the Workplace: International Perspectives in Research ve Practice*, (Ed.) Stale Einarsen, Helge Hoel, Dieter Zapf, ve Cary L. Cooper, London: Taylor & Francis, 2003.
- Elliott, Gail Pursell, Davenport Noa ve Schwartz Ruth, *Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace*, U.S.A., Civil Society Publishing, 1999.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Parlak, Benay, “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010, s.262-286.
- Erdoğan, Gülnur, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, *TBB Dergisi*, Sayı 77, 2008, s.48-49.
- Ermumcu, Senem, *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014.
- Ertürk Arslan, Arzu, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s.289-290.
- Gedikkaya, Muhammed Tolga, *Kamu Personelinin Maruz Kaldığı Psikolojik Tacizin Önlenmesine Yönelik Mevzuat Analizi*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2013.
- Gedikkaya, Muhammed Tolga, “Kamuda Psikolojik Taciz (Mobbing) ile Mücadele Politikasının Değerlendirilmesi: Psikolojik Taciz Genelgesi Örneği”, *Gaziantep Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2019, s.55.

- Göymen, Yusuf ve Mesut Şöhret, “Mobbing Olgusu: Türk Hukuk Sistemi ve Dünyadaki Yeri”, *International Journal of Social Science*, Cilt 3, Sayı 2, 2020, s.9-10.
- Göztepe Çelebi, Ece, “Anayasa Mahkemesi’nin ‘Mobbing’ Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 31, Sayı 1, 2015, s.330.
- Güzel, Ali, Ertan Emre, “İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 14, 2007, s.511.
- Işkın, Gülay, *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010.
- İlhan, Ümit, “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri”, *Ege Akademik Bakış* 10, Sayı 4, 2010.
- İşoğlu Keskin, Benay, *Hukuki Boyutuyla İşyerinde Psikolojik Taciz*, Yüksek Lisans Tezi, Çaç Üniversitesi, 2015.
- İşoğlu, Polat, “Suç Perspektifi Bağlamında Mobbing”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2016, s.628.
- Kanbur, Mehmet Nihat, “Türk Ceza Kanunu’nda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 18, 2012, s.65-66.
- Kantarıcı, Nihan Gizem, *Türk İş Hukukunda Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Melikşah Üniversitesi, 2016.
- Kara, Sümeyye, *İnsan Hakları Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2014.
- Karatuna, Işıl ve Pınar Tınaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz: Sağlık Sektöründe Kesitsel bir Araştırma”, *TÜRK-İŞ*, 2010, s.111.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

- Kocabaş, Recep, “Yüksek Yargı Kararları Işığında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Mobbing”, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 2021.
- Kurt, Gülşah, “Cinsel Taciz Suçu”, in *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*, (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kuzgun, İmge, *Türk Ceza Hukuku Açısından Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2014.
- Küçükaya, Hande Gül, “Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2014, s.194-195.
- Leymann, Heinz, “The Content ve Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work ve Organizational Psychology*, Cilt 5, Sayı 2, 1996.
- Lokmanoğlu, Salim Yunus, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 30, 2017.
- Margaret H. Vickers, “Introduction—Bullying, Mobbing, ve Violence in Public Service Workplaces: The Shifting Sands of ‘Acceptable’ Violence.” *Administrative Theory & Praxis*, Cilt 32, Sayı 1, 2010, s.7-9.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara, Seçkin, 2022.
- Öztürk, Meral ve Ercan Şahbudak, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve İş Doyumu: Cumhuriyet Üniversitesindeki Araştırma Görevlileri Üzerine Bir Çalışma”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2017, s.203.
- Palabıyık, Burak Buğra, *Türk İş Hukukunda Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2018.
- Pir, Erkan, *Türk Hukukunda Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Sağun, Aslıhan, *İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Hukuksal Temelleri ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2014.

- Savaş, Fatma Burcu, *İşyerinde Manevi Taciz*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006.
- Sevinç, Pınar, *İş Hukukunda Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2018.
- Sınar, Hasan, “İntihara Yönlendirme Suçu”, in *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*, (Ed.) Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Taşkın, Ahmet, “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 1, Sayı 44, 2015, s.221-258.
- Tınaz, Pınar, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 3. baskı 2011.
- Tulay, Muhammed Emre, “Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s.816-817.
- Tutar, Hasan, “İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2004, s.111-112.
- Türay, Aras, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 3, 2020, s.134-135.
- Türkoğlu, Selin, *Türk Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019.
- Ulusoy, Zeynep Duygu, “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 105, 2013, s.131-154.
- Ümit, İlhan, “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri”, *Ege Akademik Bakış*, Cilt 10, Sayı 4, 2010, s.1176-1180.
- Ünver, Yener, *Adliye Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Ürgenç, Candan, *İşçi İşveren İlişkilerinde Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, 2018.

Yuvalı, Ertuğrul, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

Diğer Kaynaklar

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Yedinci Hukuk Dairesi, 2022/2005 E., 2022/2166 K., 22.06.2022 T.

Ankara Sekizinci İş Mahkemesi, 2006/19 E., 2006/625 K., 20/12/2006 T.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi* 4. baskı. Ankara, 2017.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2013/14-429 E., 2015/34 K., 10.03.2015 T.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 2010/8335 E., 2010/2791 K., 19/02/2010 T.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, T. 25.9.2013.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/9-461 E., 2017/127 K., 25/01/2017 T.

Ulusal Bağlamda Yumuşak Hukuk: Tanım, Geçerlilik ve Etkinlik Sorunları

Furkan KARARMAZ*

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

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, kararmazadam@gmail.com **ORCID:** 0000-0001-8395-0869.

Makale geliş tarihi: 19 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 14 Kasım 2024

Atıf önerisi: Kararmaz, Furkan, “Ulusal Bağlamda Yumuşak Hukuk: Tanım, Geçerlilik ve Etkinlik Sorunları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 303-375. **DOI:** 10.30915/abd.1535446.

ULUSAL BAğLAMDA YUMUŞAK HUKUK: TANIM, GEÇERLİLİK VE ETKİNLİK SORUNLARI

ÖZ

Bu makalede, ulusal hukuk bağlamında yumuşak hukukun tanımı, geçerliliği, etkinliği ve uygulamadaki etkileri incelenmektedir. İlk bölümde, yumuşak hukukun kesin bir tanımının yapılamadığı ve modern hukuk içinde tartışmalı bir yer tuttuğu vurgulanmaktadır. İkinci bölümde, ulusal düzeyde kullanılan başlıca yumuşak hukuk araçları tanıtılmaktadır. Üçüncü bölümde, yumuşak hukukun geçerliliği konusundaki farklı bakış açıları ele alınmaktadır. Burada pozitivist ve pragmatist yaklaşımların yumuşak hukuk bakımından aralarındaki uzlaşmazlıklar belirtilerek temkinli pragmatik bakış adı altında üçüncü bir yol önerilmektedir. Dördüncü bölümde, yumuşak hukukun hangi yöntem ve süreçlerle etkinlik kazandığı incelenmektedir. Son bölümde ise yumuşak hukukun uygulamada sağladığı olanaklar ve yarattığı sorunlar karşılıklı tartılmaktadır. Sonuç olarak bu kapsamdaki araçların geçerlilik, demokratik meşruiyet ve etkinlik bakımından taşıdıkları belirsizlik ve riskler nedeniyle sınırlı ve geçici olarak kullanılması önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: yumuşak hukuk, esnek hukuk, hukuki geçerlilik, standartlar, özdüzenleme, idari yönlendirme.

SOFT LAW IN THE NATIONAL CONTEXT: PROBLEMS OF DEFINITION, VALIDITY, AND EFFECTIVENESS

ABSTRACT

This article examines the definition, validity, effectiveness, and practical implications of soft law in the context of national law. In the first part, it is emphasized that there is no precise definition of soft law and that it occupies a controversial place in modern law. The second section introduces the main soft law instruments used at the national level. The third section discusses different perspectives on the validity of soft law. It highlights the irreconcilability between positivist and pragmatist approaches to soft law and proposes a third way, the cautious pragmatic approach. The fourth section analyzes the methods and processes through which soft law gains effectiveness. The final section discusses the possibilities and problems of soft law in practice. In conclusion, due to the uncertainties and risks they carry in terms of validity, democratic legitimacy, and effectiveness, it is recommended that these instruments be used in a limited and temporary manner.

Keywords: soft law, flexible law, legal validity, standards, self-regulation, administrative guidance.

GİRİŞ

Yumuşak hukuk, uluslararası hukuk alanında doğmuş ve özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden bu yana ulusal hukukta da kendine yer bulmuş bir terim ve olgudur. Genel olarak, hukuki bağlayıcılığı olmayan ancak fiili hukuki sonuçlar doğurmak üzere oluşturulmuş kural bütünlüğü, yumuşak hukuk araçları olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası hukukta bu tür kuralların ortaya çıkışının temelinde, bağlayıcı kural koyma kudretine sahip bir otoritenin eksikliği yatarken, ulusal bağlamda yumuşak hukukun yükselişi, devletin son elli yılda geçirdiği dönüşümler, yeni yönetim anlayışları ve hızlı teknolojik gelişmelerle açıklanmaktadır.

Yumuşak hukukun, kullanımının hızla yaygınlaşmasına rağmen, akademik literatürde tanımı, geçerliliği ve değeri konusunda bir görüş birliği sağlanamamıştır. Bu durum, içeriği belirsiz, geçerliliği tartışmalı ve etkileri öngörülemeyen bir düzenleme aracının toplumsal hayatta giderek daha fazla yer bulmasına neden olmaktadır. Bu tartışmalı yönler, yumuşak hukukun hem kuramda hem de uygulamada büyük bir belirsizlik yarattığına işaret etmektedir.

Türk hukukunda da yumuşak hukuk araçlarının kullanımının yaygınlaştığı gözlemlenmektedir. Ancak, Türkçe yazında bu konuyla doğrudan ilgilenen çalışmalar yok denecek kadar azdır; Bige Açımız'un bir makalesi^[1] dışında

[1] Bu alandaki en güncel ve kapsayıcı çalışma Bige Açımız'a ait: Bkz. Bige Açımız, "İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s.530-568. Bu çalışmada Açımız, "yumuşak hukuk" değil "esnek hukuk" terimini kullanmış. Bu tercihin arka planında Açımız'un çalışmasının Fransız hukuku odaklı olması ve Fransa Devlet Konseyi'nin (*Conseil d'État*) 2013 yılından itibaren yumuşak hukuk (*droit mou*) terimi yerine esnek hukuk (*droit souple*) terimini kullanmaya başlaması yer alıyor.

Fransa Devlet Konseyi, 1991 ve 2006 tarihli yıllık bildirimlerinde, bir soykırımın tanınması, bir olayın kutlanması veya anılması gibi içerikleri olan ancak bir buyruk ya da yaptırım içermeyen kanunları 'yumuşak hukuk' olarak ifade etmiş ve bu tür kanunların yapılmasını hukuk tekniği açısından uygun bulmadığını ifade etmiştir. Konsey, 2013'teki yıllık bildirisini ise burada (ve Fransa dışında her yerde) yumuşak hukuk (*soft law*) olarak ifade edilen araçlara ayırmış ve bu alandaki en kapsamlı monografiyi ortaya koymuştur. Bu eserde bu araçların kullanımını teşvik etmiş ve etkin kullanımları için öneriler getirmiştir. Ancak Konsey, daha önceki olumsuz görüşünden ayrılırken bunu terim tercihinin de yansıtmış ve yumuşak hukuk yerine esnek hukuk terimini kullanmıştır. Konsey'in bu terim tercihinin yumuşak hukuk

yumuşak hukuk üzerine kapsamlı bir araştırmaya rastlanmamaktadır. Elinizdeki makale, bu eksikliği bir nebze olsun gidermek ve gelecekte yapılacak çalışmalara genel bir çerçeve sunmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Bu doğrultuda, ulusal hukuk bağlamında yumuşak hukukun tanımı, geçerliliği ve etkinliği incelenecektir. Makalenin ilk bölümünde yumuşak hukuku tanımlamada yaşanan zorluklara ve bunların sebeplerine değinilecektir. Farklı tanım önerilerinde öne çıkan öğeler ele alınarak kavramın içlemi mümkün olduğunca açıklığa kavuşturulacaktır.

Yumuşak hukukun kesin bir tanımının yapılamaması, bu konunun tanımdan ziyade somut örnekler üzerinden ele alınmasına neden olmuştur. Bu çalışmanın ikinci bölümünde de, kavramı daha iyi ele alabilmek ve sonraki tartışmalar için sağlam bir zemin oluşturabilmek amacıyla ulusal bağlamda kullanılan başlıca yumuşak hukuk araçları tanıtılacak, sonrasında bunların kullanım alanları hakkında bilgi verilecektir.

Üçüncü bölümde ise yumuşak hukukun geçerliliği sorunu ele alınacaktır. Bu meselede alanyazın ikiye ayrılmaktadır. Bir yanda, pozitivist bir bakışla yumuşak hukukun tamamen geçersiz ve hukuki araştırma açısından konu dışı olduğunu savunanlar diğer yanda pragmatist bir yaklaşımla, yumuşak hukukun hukuki sonuçlar doğurması nedeniyle fiilen etkili ve 'bir miktar' geçerli olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Bu bölümde bu zıt görüşler incelendikten sonra, yumuşak hukukun hukuk dünyasındaki varlığını kabul eden ancak istenirliğini sorgulayan temkinli bir pragmatist bakışın, bu olguyu anlama ve bununla ilgili doğru bir tutum oluşturma konusundaki faydaları savunulacaktır.

Yumuşak hukukun savunucuları, bu kapsamda kullanılan araçların hukuki geçerliliği konusunda tatmin edici bir yanıt ortaya koyamamışlardır. Bu nedenle geçerlilik meselesini çoğunlukla geçiştirmiş ve yumuşak hukuku, etkinliği üzerinden giderek savunmuşlardır. Bu çalışmanın üçüncü bölümünde de yumuşak hukukun etkinlik sorunu ele alınacaktır. Yumuşak hukuk kuralları hukuken bağlayıcı olmasalar da fiilen etkili olabilmektedir. Bu

ile ilgili tanımlama sorununa yeni bir boyut kattığı kanaatiyle elinizdeki çalışmada 'yumuşak hukuk' terimine sadık kalınmıştır. Bkz. Conseil d'État, "Le droit souple", s.21 ve 50. <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple> (Yayın Tarihi: 1 Ekim 2013).

süreçte lisanslar, sertifikalar, etiketler gibi yapılandırılmış etmenler ve toplum baskısı, ağ etkisi gibi yapılandırılmamış etmenler devreye girebilmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ulusal bağlamda yumuşak hukuk araçlarının uygulamada sağladığı olanaklar ve yarattığı sorunlar ortaya koyulacaktır. Böylece yumuşak hukukun artıları ve eksileri belirlenmiş olacak ve bu araçların istenirliği konusunda bir kanaate varabilmek için bir zemin oluşturulacaktır.

I. TANIM SORUNU

Yumuşak hukuk kavramının ilk kez 1930'larda uluslararası hukuk araştırmacılarınca ortaya atıldığı bilinmektedir^[2]. Bununla birlikte yumuşak hukuk ile benzerlik arz eden *quasi-legislation* (yarı yasa veya sözde yasa) teriminin on dokuzuncu yüzyılda da kullanılan bir terim olduğu belirtilmektedir^[3].

Yumuşak hukukun uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmış olması, bu alanda üstün buyurma yetkisine sahip bir organın bulunmamasıyla açıklanabilir. Bugün ise yumuşak hukuk sadece uluslararası hukuk alanında değil ulusal hukukta da etkisini gösteren bir olguya dönüşmüştür. Günümüzde yumuşak hukuk araçlarının AB hukuku, bankacılık hukuku, ticaret hukuku, idare hukuku, çevre hukuku, insan hakları hukuku, iş hukuku, tüketici hukuku gibi birçok alanında kullanılabildiği görülmektedir^[4].

Yumuşak hukukun kaynaklarında da benzer bir çeşitlilik görülmektedir. Modern hukukun birincil kaynağı olan ve egemenliğe dayalı resmi yasama yetkisini paylaşan devlet kurumlarının yanı sıra Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Uluslararası Para Fonu (IMF), Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (IFRS) Vakfı, Uluslararası Standartlar Teşkilatı (ISO), Uluslararası Ticaret Odası (ICC) gibi devlet-dışı yapıların, hatta şirketlerin ve sivil toplum örgütlerinin de yumuşak hukuk araçları oluşturabildiği görülmektedir^[5].

[2] Conseil d'État, *op. cit.*, s.7.

[3] Greg Weeks, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2016, s.14.

[4] Conseil d'État, *op. cit.*, s.8.

[5] *Ibid.*, s.64.

Yüz yıla yakın bir geçmişe, birçok farklı kaynağa ve birçok farklı alanda kullanıma sahip olmasına rağmen yumuşak hukukun hala genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır^[6]. Farklı akademik disiplinlerden birçok araştırmacı bu terime bir tanım önermiş ancak her biri yumuşak hukuku kendi alanlarındaki ya da kendi ülkelerindeki görünüş biçimleri üzerinden tanımlamışlardır. Örneğin Snyder, ilgili yazında sıklıkla atıf yapılan tanımında, yumuşak hukuku, “kural olarak yasal bağlayıcılığı olmayan ancak yine de pratik etkileri olan ve aynı zamanda hukuki etkileri olabilecek davranış kuralları” şeklinde betimlemiştir^[7]. Bu tanımda vurgulanan “bağlayıcı olmama” özgesinin birçok tanımda öne çıkarıldığı görülmektedir^[8].

Bir başka tanımda yumuşak hukuktan “gri harflerle yazılmış yasa” (*grey-letter law*) olarak söz edilmiş ve yumuşak hukuk “devletin, işletmeleri uymaya yönlendirdiği, ancak açık devlet düzenlemelerinin bir parçasını oluşturmayan kurallar, araçlar ve standartlar yelpazesi” olarak tanımlanmıştır^[9]. Bu tanımda devletin özel sektörü etkileme amacı vurgulanmıştır. Buna karşın bir başka tanımda yumuşak hukuk “bürokratik karar alma sürecini ciddi bir şekilde etkileme amacı veya etkisi olan yazılı veya yazısız her türlü kural” şeklinde tarif edilmiştir^[10]. Yumuşak hukukun gerek kamu otoritelerince gerek şirketlerce kendi etkinliklerini yönlendirme amacıyla oluşturulan “iç düzenlemeler” olduğunu belirten tanımlara da rastlanmaktadır^[11].

[6] Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth, “Introduction to Research Handbook on Soft Law,” in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.1.

[7] Francis Snyder, “Bamboo, or governance through soft law: hybridity, legitimacy, and sustainability”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.10.

[8] Fabien Terpan, “The definition of soft law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s. 46.

[9] Creyke Robin ve John McMillan, “Soft Law v Hard Law”, in Linda Pearson, Carol Harlow ve Michael Taggart (Ed.), *Administrative Law in a Changing State*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2008, s.377.

[10] *Ibid.*, s.378.

[11] *Ibid.*, s.379.

Schwarcz, yumuşak hukuku devlet-dışı kaynaklarca oluşturulmuş, arzu edilen iyi uygulama örneklerini belirten ancak hukuki açıdan bağlayıcılığı olmayan kurallar olarak tarif ederek oldukça dar kapsamlı bir tanım ortaya koymuştur^[12]. Gersen ve Posner ise yumuşak hukuku ABD Kongresinin yasa yapım usullerinden geçirilmeyen (bir soykırımını tanıma, bir ülke başkanının kararını kınama gibi) kararları ve başkanın yasaları onaylarken bunlara getirdiği yorumlar ile sınırlı bir biçimde ele almışlardır^[13]. Dar kapsamlı olmak bakımından ortaklaşan bu son iki tanımın içerik olarak birbiriyle hiçbir ilgisi olmadığı görülmektedir.

Bu farklılıklar ve tartışmalar, yumuşak hukuk olgusunun hukuki deneyimin tüm alanlarındaki görünüm biçimlerini kapsayan bir tanım ortaya koymayı olanaksız kılmaktadır. Nitekim bazı yazarların, terime bir tanım getirmektense terimin kaplamında yer aldığı kabul edilen örnekleri saymaya yöneldiği görülmektedir^[14]. Bu çerçevede yumuşak hukuk araçları olarak genellikle şunlar sayılmaktadır: “kılavuzlar, tavsiyeler, etik davranış kuralları (*codes of conduct*), standartlar, politika belgeleri, teknik bildirimler (*technical notices*)^[15], bildirgeler^[16], kurul kararları, resmi görüşler^[17], ambalaj etiketleme kuralları^[18], icrai nitelikte olmayan idare hukuku işlemleri^[19], beyannameler, öz-düzenlemeler (*self-regulation*), Kıta Avrupası hukukunda

[12] Steven L. Schwarcz, “Soft law as governing law”, *Minnesota Law Review*, Cilt 104, Sayı 5, 2020, s.2472.

[13] Jacob E. Gersen ve Eric A. Posner, “Soft Law: Lessons from Congressional Practice”, *Stanford Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, 2008, s. 579.

[14] Filippo M. Zerili, “Anthropology and soft law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.71-2.

[15] Eliantonio, Korkea-aho ve Mörth, *op. cit.*, s.1.

[16] Bryan H. Druzin, “Why does Soft Law Have any Power Anyway?”, *Asian Journal of International Law*, Sayı 7, 2017, s. 361.

[17] Zerili, *op. cit.*, s.72.

[18] Conseil d’État, *op. cit.*, s.63.

[19] Açımız, *op. cit.*, s.551.

içtihat^[20], en iyi uygulama derlemeleri (*best practices*), ‘sıkça sorulan sorular’, basın açıklamaları, toplantı tutanakları, dürtüklemeler (*nudges*), hatta yetkililerin bilinçli sessizlikleri^[21]...”

Bu geniş ve karışık liste, kavramın içlemiyle ilgili herhangi bir belirtme sahip değil. Bu listeden sadece şunu anlayabiliriz: Modern pozitif hukukun bilindik düzenleme tipleri arasında yer almamakla birlikte, insan davranışları üzerinde yönlendirici etki doğurma olanağına sahip her tür açık veya örtülü irade açıklaması yumuşak hukuk aracıdır. Nitekim, benzer bir kanaate ulaşan Açımız da genel bir kategori olarak yumuşak hukuku tanımlamaya çalışmaktansa “somut işlem ve o işlemin özellikleri ve etkilerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapma[k]” gerektiğini dile getirmiştir^[22].

Elinizdeki çalışmada da genel geçer bir yumuşak hukuk tanımı bulunmuyor. Bunun yerine yumuşak hukuka ontolojik bir bakış yönelterek, öncelikle bu hukuki olguyu çevresindeki diğer hukuki varlıklardan ayırt etmeye çalışacağız. Bu çerçevede öncelikle yumuşak hukuk ile “katı hukuk” arasındaki farkları ardından yumuşak hukuk ile “hukuk olmayan” arasındaki farkları tespit etmek gerekiyor.

A) YUMUŞAK HUKUKU KATI HUKUKTAN AYIRAN NEDİR?

Yumuşak hukuk, bir karşıt kavramdır. Ancak karşıtını da kendine göre kurgulamaktadır. Ulusal bağlamda yumuşak hukukun varlığı kabul edildiğinde, şimdiye kadar basitçe hukuk olarak adlandırılan şeylerin artık “katı hukuk” olarak adlandırması ve bu katı hukukun, yumuşak hukuka da yer açacak şekilde yeniden kurgulanıp tanımlanması gerekliliği doğmaktadır. Buna göre katı hukuk; önceden belirlenmiş katı usullere göre sadece devlet tarafından oluşturulabilen, hukuki açıdan bağlayıcı, kesin ve belirli buyruklar içeren, zorla uygulanabilir yaptırımlara sahip, mahkemelerin

[20] Jaap Hage, “What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.20.

[21] Barbara Boschetti ve Maria Daniela Poli, “A Comparative Study on Soft Law: Lessons from the COVID-19 Pandemic”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, S. 23, 2021, s.22-3.

[22] Açımız, *op. cit.*, s.550-1.

göz önünde tutmak ve uygulamak zorunda olduğu düzenlemeler olarak tanımlanmaktadır^[23].

Özetle katı hukuk kesin ve bağlayıcı kurallardan oluşmaktadır. Yumuşak hukuk ise, bu özelliklerden birinin eksikliğiyle malul, bir tür eksik-hukuk olarak ifade ediliyor^[24]. Bu bakımdan yumuşak hukukun ‘kesin olmayan hukuk’ ve ‘bağlayıcı olmayan hukuk’ alt türlerine ayrılabilmesini görüyoruz^[25].

‘Kesin olmama’ özelliğinin bir düzenlemeyi yumuşak hukuk kılıp kılmayacağı ise tartışma konusudur. Van der Sluijs, içeriğindeki belirsizlik nedeniyle ya da muhataplarına takdir yetkisi tanınması nedeniyle kanun içi boşluk arz eden pozitif hukuk kurallarını ‘yasal yumuşak hukuk’ olarak adlandırıyor^[26]. Buna karşın Fransa Devlet Konseyi^[27], belirsizliğin tüm hukuki düzenlemelerde şu veya bu düzeyde mevcut olduğunu ve yasaların uygulama içerisinde anlamlandırıldığını belirterek kanun içi boşluk arz eden düzenlemelerin yumuşak hukuk sayılmayacağını söylüyor. Keza Açımız da içerikteki belirsizliğin bir düzenlemeyi normlar hiyerarşisinin dışında bırakmayacağından bahisle bunları yumuşak hukuk olarak kabul etmenin doğru ve yararlı olmayacağını savunuyor^[28].

Hukukun dil ile oluşturulması ve dilin mükemmel bir iletişim aracı olmaması nedeniyle, her tür dilsel üründe olduğu gibi hukukta da anlam mutlak değildir^[29]. Bu bakımdan hukukta belirsizlik sorunu bizatihi hukuk ve dil kadar eski bir meseledir. Yumuşak hukuk ise yaklaşık yüz yıllık geçmişi olan -görece yeni- bir hukuki görüngüdür. İçeriği belirsiz yasaları yumuşak

[23] Snyder, *op. cit.*, s.10-1.

[24] Terpan, *op. cit.*, s.44.

[25] *Ibid.*, s.45.

[26] Jessika van der Sluijs, “Soft Law – an International Concept in a National Context”, *Scandinavian Studies in Law*, Sayı 58, 2013, s.286.

[27] Buradan itibaren kısaca ‘Konsey’ olarak anılacak.

[28] Açımız, *op. cit.*, s.552.

[29] Gökhan Yavuz Demir, *Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği*, İstanbul, İthaki, 1. Baskı, 2015, s.44-47; Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, İstanbul, Nora, 1. Baskı, 2016, s.99.

hukuk olarak adlandırmak, yumuşak hukuk kavramını aşırı genişletip işlevsizleştircektir. Bu açıdan Konsey'in ve Açımız'un görüşleri isabetlidir.

Konsey, bir hukuki dışavurum biçimine yumuşak hukuk diyebilmek için onun yumuşak hukuk olmak üzere yaratılmış olmasına önem vermektedir. Bu bakımdan içtihat her ne kadar Kıta hukuku bağlamında bağlayıcı olmayan bir hukuki dışavurum olsa da, Konsey'e göre, katı hukuk içerisinde kalmaktadır^[30]. Genelgeler, idari talimatlar, sirkülerler gibi adsız idari düzenlemeler bakımından ise düzenlemenin niteliğine göre bir ayrıma gidilmektedir. Yeni bir katı hukuk kuralı ortaya koyan veya mevcut bir katı hukuk kuralının nasıl uygulanması gerektiğiyle ilgili astları bağlayan bir yorum getiren idari düzenlemeler katı hukuk kapsamında görülmektedir. Buna karşın yayınlayan makamın genel vizyonunu ve hedeflerini ortaya koyan veyahut astlara belirli davranışları bağlayıcı olmayacak şekilde telkin eden idari düzenlemeler yumuşak hukuk olarak görülmektedir^[31].

Yumuşak hukuk hakkındaki yazında daha çok 'bağlayıcı olmama' özelliği üzerinde durulduğu görülüyor^[32]. Konsey de yumuşak hukukta belirleyici öğenin bağlayıcı olmama olduğunu belirtmektedir. Konsey'e göre katı hukuk, hukuki öznelerin özgürlüğünü sınırlayan ve bu sınırları aşan özneleri hukuki yaptırımla karşı karşıya bırakan bir yapıdadır. Yumuşak hukuk ise özgürlüğü sınırlamaz, özgürlüğün kullanılış biçimini yönlendirmeye çalışır. Katı hukuk muhataplarını uymaya zorlarken, yumuşak hukuk muhataplarını uymaya davet veya teşvik eder^[33].

Bağlayıcı olmaması nedeniyle yumuşak hukuk, öznelerle diğer hukuki öznelerden veya mahkemelerden bir talepte bulunma yetkisi de verememektedir^[34]. Bu bakımdan sözleşmeler, her ne kadar devlet iradesiyle değil tarafların iradesiyle kuruluyor olsalar da bağlayıcı olmaları ve taraflara talep yetkisi vermeleri nedeniyle katı hukuk içerisinde yer alırlar. Ancak belirli sözleşme türlerine ilişkin standartları belirleyen ve bağlayıcı olmayan

[30] Conseil d'État, *op. cit.*, s.59.

[31] Conseil d'État, *op. cit.*, s.59.

[32] Terpan, *op. cit.*, s.46.

[33] Conseil d'État, *op. cit.*, s.61.

[34] *Ibid.*

kurallar yumuşak hukuk teşkil eder^[35]. Buna göre sözgelimi Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu'nun hazırladığı FIDIC Tip İnşaat İşleri Sözleşmesi Şablonu bir yumuşak hukuk kuralı teşkil eder. İlgililer bu şablona uymak ya da uymamak konusunda özgürdürler. Ancak bu şablona uyarak oluşturulan bir tikel sözleşme katı hukuk kapsamında yer alacaktır.

Yumuşak hukuku, katı hukuk olamamış eksik bir hukuki biçim olarak görmek yerine katı hukuk ile tamamlayıcı bir ilişki içerisinde olan ve kendine özgü işlemlere sahip yeni bir hukuki araç veya teknik olarak görmek daha doğrudur^[36]. Ulusal bağlamda yumuşak hukukun kullanılış tarzı da bu görüşü destekler niteliktedir. Birçok ülkede belirli bir konuya ilişkin yumuşak ve katı hukuk araçlarının karma biçimde kullanıldığı görülmektedir. Yumuşak hukukun, katı hukuku destekleme veya içeriğini belirginleştirme gibi işlemler üstlenebildiği belirtilmektedir^[37].

Yumuşak hukuk, katı hukuk ile öncel-hukuk (*pre-law*) veya ardıl-hukuk (*post-law*) şeklinde ilişkilenebilir; ayrıca katı hukukun yerini almaya yönelik bir yedek-hukuk (*para-law*) olarak da kurgulanabilir. Öncel-hukuk, genellikle gelecekteki yasama eylemleri için çeşitli öngörüler sunan hazırlayıcı araçları içerir ve bir izlenim niteliğindedir. Ardıl-hukuk ise, katı hukukun kabulünden sonra gelir ve genellikle katı hukukun uygulanmasını desteklemek, açıklamak veya öngörülebilir hale getirmek gibi işlemlere sahiptir. Yumuşak hukuk, bazı durumlarda katı hukukun kullanılmasının istenmediği veya mümkün olmadığı alanlarda kalıcı bir seçenek olarak benimsenir. Bu durumda, yumuşak bağımsız yeni kurallar koyarak eylemleri yönlendirmeyi amaçlayan bir yedek-hukuk niteliğindedir. Ancak çoğu durumda yumuşak ve katı hukuk belirli bir amaç çerçevesinde birlikte kullanılmaktadır^[38].

Yumuşak hukuk ile katı hukuk arasındaki farkları ortaya koymak, bu araçların neden katı hukuk teşkil etmediğini açıklar ancak bunların neden hukuk teşkil ettiklerini açıklayabilmek için yumuşak hukukla “hukuk olmayan” arasındaki farkları ortaya koymak gerekmektedir^[39].

[35] *Ibid.*, s.58.

[36] Zerili, *op. cit.*, s.75.

[37] Snyder, *op. cit.*, s.18.

[38] Terpan, *op. cit.*, s.49.

[39] Weeks, *op. cit.*, s.41.

B) YUMUŞAK HUKUKU 'HUKUK OLMAYAN'DAN AYIRAN NEDİR?

Bir fikir olarak yumuşak hukuk, bazı irade açıklamalarının bilindik anlamda hukuk teşkil etmemekle birlikte yönlendiricilik bakımından salt siyasi ya da ahlaki nitelikte açıklamaların ötesine geçtikleri kabulüne dayanır^[40]. Bu kabulün bir anlam ifade edebilmesi için, yumuşak hukuku salt siyasi nitelikte açıklama ve yönlendirmelerden, ahlaki telkinlerden, teamül ve adetlerden ayıracak ölçütler ortaya koyulmalıdır.

Yumuşak hukuku gelenek ve teamüllerden ayıran en belirgin özellik, yumuşak hukuk araçlarının yazılı olmasıdır^[41]. Yazısız örf ve adetler, devlet teamülleri, bürokratik gelenekler vs. her ne kadar yönlendirici nitelikte olsa da yumuşak hukuk teşkil etmezler. Yumuşak hukukun yazılı olması, bunların bir irade tarafından 'yazılmış' olması anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle yumuşak hukuk kuralları gelenekler ve teamüller gibi geniş bir zaman diliminde belirli davranışların sürekli tekrarlanmasıyla ve kabul görmesiyle 'kendiliğinden' oluşmaz; bu kurallar bir irade açıklamasıyla 'oluşturulurlar'. Bunlar bir irade tarafından kararlaştırılmış ve içeriği belirlenmiş kurallardır^[42].

Yumuşak hukuku oluşturan irade, herhangi bir irade olamaz. Bu iradenin muhataplarını yönlendirecek kurallar yaratabilme konusunda resmi ya da gayriresmî bir kudretinin olması gerekir^[43]. Resmi yetkililer ve makamlar, meslek örgütleri, sanayi örgütleri, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Ticaret Odası (ICC), Avrupa Komisyonu, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Türkiye Felsefe Kurumu vb. örgütlenmelerin yurttaşlar veya kendi alanlarında faaliyet gösteren kişiler üzerinde veyahut en azından kendi üyeleri üzerinde böyle bir kudrete sahip olduğu söylenebilir.

Yumuşak hukuku, siyasi nitelikte irade açıklamalarından ayırmak ise daha zordur çünkü bu durumda her iki ögenin kaynağı da iradedir. Burada irade açıklamasının yapılandırılış ve biçimlendiriliş tarzı önem arz

[40] Terpan, *op. cit.*, s.43.

[41] Conseil d'État, *op. cit.*, s.58.

[42] Ingrid Gustafsson Nordin ve Kristina Tamm Hallström, "International standarts and the dilution of responsibility", in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörh (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.183-4.

[43] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.287-8.

eder. Yumuşak hukuk araçları biçim olarak katı hukuk araçlarına benzer. Düzenleme dilinde ve numaralandırılmış maddeler halinde yazılırlar^[44]. Vadeler, hedefler, göstergeler gibi yapılandırılmış öğeler içerirler ve belirgin bir biçimde yönlendiricidirler^[45].

Bu bakımdan, sözgelimi, cumhurbaşkanının halka seslenişinde yönetim kurullarında cinsiyet eşitliğini gözetmeleri konusunda şirketleri uyaran ifadeler kullanması veya sağlık bakanının yurttaşları meyve sebze tüketimini arttırmaları konusunda teşvik edici sözler söylemesi hukuki değil siyasi nitelikte açıklamalardır. Hiçbir şekilde hukuki olmadıkları için yumuşak hukuk da teşkil etmezler^[46]. Buna karşın şirket yönetimlerinde cinsiyet eşitliğini amaçlayan standartlar, hedefler ve göstergeler cumhurbaşkanlığınca çıkarılan ve ‘kılavuz’, ‘strateji belgesi’, ‘politika belgesi’ veya en ‘iyi uygulama önerileri’ olarak adlandırılan bir belgeye dahil edildiğinde, yumuşak hukuk halini alır^[47]. Keza sağlık bakanlığının, kamu idarelerini ve diğer paydaşları belirli bir biçimde harekete geçirmek amacıyla çıkaracağı ve hukuki forma benzer biçimde madde madde yapılandırılmış olan “Ulusal Sağlıklı Beslenme Programı” da yumuşak hukuk teşkil edecektir^[48].

Eğer yumuşak hukuku, ‘hukuk olmayan’dan ayıran temel unsur bu araçların (katı) hukuk formunda oluşturulmasıysa, (katı) hukuk oluşturmaya yetkili mercilerin neden yumuşak hukuk yolunu seçtiği sorusu, haklı bir soruya dönüşür. Bu soruya ileride yine değineceğiz^[49]. Ancak şimdilik şunu belirtmekle yetinelim. Yumuşak hukuk araçları, hukuk teknolojisindeki bir yenilikten öte hukuk kavrayışındaki bir dönüşümün ürünüdür. Konsey’in deyimiyle yumuşak hukuk araçlarının ulusal bağlamda kullanımının artması,

[44] Conseil d’État, *op. cit.*, s.63.

[45] Terpan, *op. cit.*, s.47.

[46] Jan Klabbbers, “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Sayı 65, 1996, s.168.

[47] Terpan, *op. cit.*, s.46.

[48] Conseil d’État, *op. cit.*, s.63.

[49] Bkz. aşağıda “Yumuşak hukuk keyfiliğe yol açar” alt başlığı.

devletlerin “emret, hükmet, yasakla” anlayışından “teşvik et, tavsiye et, yol göster” anlayışına geçişinin bir göstergesidir^[50].

Yumuşak hukukun müzakere ve karşılıklı öğrenme süreçleri için bir forum teşkil ettiği de savunulmaktadır^[51]. Bu araçların yaygınlaşması yeni *regülasyon* anlayışının bir yansımasıdır. Düğér’e göre bu anlayışta “düzenlemeler [meşruiyetlerini] dayandıkları değerlerden ziyade pratik başarılarında bulmakta ve özel hukuk kişilerin faaliyetlerini kontrol etmekten ziyade koordine etmektedir”^[52]. *Regülasyon* doğrudan müdahale ya da sınırlandırmadan öte katılımı, yönlendirmeyi, danışmanlık yapmayı ve teşvik etmeyi temele almaktadır^[53].

Böyle söylemekle birlikte yumuşak hukuk -basitçe- hukukun postmodern durumunun bir yansıması olarak da değerlendirilebilir. Konsey de bunun farkındadır.^[54] Gerçekten de yumuşak hukuk esneklik, geçicilik, melezlik, istisnailik, belirsizlik ve güvencesizlikle şekillenen postmodern duruma^[55] en uygun hukuki form olarak görünmektedir.

Buraya kadar yazılanlardan, yumuşak hukuku hem ‘katı hukuk’tan hem de ‘hukuk olmayan’dan ayıracak şöyle bir tarif oluşturulabilir: Yumuşak hukuk, doğrudan talep edilebilir haklar ve dayatılabilir yükümlülükler yaratmamakla birlikte muhataplarının davranışları üzerinde yönlendirici olma amacı taşıyan ve hukuki düzenlemelerin yerleşik biçim ve biçimine benzer şekilde oluşturulmuş bağlayıcı olmayan çeşitli hukuki araçların genel adıdır.

[50] Conseil d’État, *op. cit.*, s.190.

[51] Eliantonio, Korkea-aho ve Mörth, *op. cit.*, s.3.

[52] Sırrı Düğér, “Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadi Hayata Müdahalesindeki Değişim”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1 2022, s.439-40.

[53] *Ibid.*, s.441.

[54] Conseil d’État, *op. cit.*, s.190.

[55] David Harvey, *Postmodernliğin Durumu*, Çev. Sungur Savran, İstanbul, Metis, 6. Baskı, 2012, s.361-362.

II. ULUSAL BAĞLAMDA YUMUŞAK HUKUK ARAÇLARI

Uluslararası bağlamda yumuşak hukuk, uluslararası hukuk alanının siyasi egemenlikten yoksun doğası gereği başvurulmuş bir eksik hukuk formu olarak kabul edilebilir. Ancak ulusal bağlamda yumuşak hukuk kullanımı çoğunlukla bir tercih konusudur. Özellikle kamu kaynaklı yumuşak hukuk araçları böyledir. Burada katı hukuk yapabilecek veya katı hukukun yapımı için girişimlerde bulunabilecek öznelerin çeşitli artlarından dolayı yumuşak hukuku tercih etmeleri durumuyla karşılaşırız. Bu bakımdan ulusal bağlamda yumuşak hukuk bir eksik hukuk veya ‘henüz katılmamış hukuk’ değildir. Burada yumuşak hukuk, tercih edilen çok çeşitli yeni düzenleme araçları için bir şemsiye terim teşkil eder^[56].

Ulusal bağlamda yumuşak hukuk yapıcıları olarak karşımıza kamu kuruluşları, ticaret ve sanayi odaları gibi özel kesim kuruluşları, meslek örgütleri vb. yapılar çıkar. Bu yapılar, “rehber, kılavuz, bildirge, mutabakat metni, etik davranış kodu, standart, sertifika, etiket, program, uzlaşma belgesi, bülten, protokol, el kitabı, direktif, sirküler, uygulama ilkeleri...” gibi çok çeşitli biçim ve adlar altında yumuşak hukuk araçları üretebilmektedir^[57]. Bu çalışmadaki tartışmaları daha somut ortaya koyabilmek adına burada bu araçların başlıcaları hakkında bilgi verilecektir.

A) STANDARTLAR

Standart, yumuşak hukukun tipik bir örneğini oluşturur ve yumuşak hukuk alanı içerisinde geniş bir yer tutar. Türkiye Standartları Enstitüsü gibi ulusal kamu kuruluşlarınca, uluslararası kuruluşlarca ve özel kuruluşlarca çıkarılabilirler. Standartlar belirli alanlarda yaygın etki doğurmak amacıyla

[56] Pauline Westerman, “Validity: The Reputation of Rules”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.164.

[57] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.380; Lorne Sossin ve Charles W. Smith, “Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government”, *Alberta Law Review*, Cilt 40, Sayı 4, 2003, s.871; Weeks, *op. cit.*, s.18; Frederik Schade ve Mikkel Flyverbom, “Soft law governance in the field of AI: a European perspective”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.430; Astrid Voorwinden ve Sofia Ranchordás, “Soft law in city regulation and governance”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.337.

çıkarılırlar. Belirli bir üretim alanında koordinasyonu sağlamak, niteliği arttırmak, sürdürülebilir ürünler için modeller oluşturmak, iş sağlığını korumak, trafik güvenliğini sağlamak vb. birçok alanda standartlar kullanılabilir. Standartlar kullanılabilmektedir.

Standartlara uyulması kural olarak zorunlu değildir. Standartları koyanlar, ilgilileri bu standartlara uymaya zorlayamazlar. Şirketler bu standartları gönüllü olarak benimserler. Hatta birçok durumda şirketler, standartlaştırma süreçlerine dahil olmak için standart koyan kuruluşlara ödeme yapmak durumundadır^[58].

Katı hukukta yasayı koyan irade esas belirleyici konumundayken, standartlar söz konusu olduğunda standardı koyan iradenin yanında bu standartlara uymaya karar veren irade ve belirli standartları sağlayan ürün veya hizmetleri satın almaya karar veren irade(ler) de belirleyicidir^[59].

Bir ürünün malzeme ve ebat niteliklerini belirleyen veya (bir özel öğrenci yurdunda metrekaşe başına koyulabilecek yatak sayısı gibi) bir hizmetin verilme biçimini belirleyen teknik standartlar, bu alanda özellikle öne çıkmaktadır. Teknik açıdan standartlaştırma süreçlerine katılma, firmalar açısından ek bir maliyete neden olmakla birlikte bu maliyetin getirisi de yüksek olmaktadır. Standartlar, işlem maliyetlerini düşürür, tüketicilerin karar verme süreçlerini hızlandırır, ürünlerde ebat ve tip çeşitliliğini azaltarak ölçek ekonomilerinin karlılığını artırır. Bir standart belirli bir piyasada baskın hale geldiğinde üreticiler üzerinde güçlü bir buyurgan etkiye sahip olur ve üreticilerin o standarda uymadan o alanda etkinlik göstermeleri olanaksızlaşır^[60]. Bu durum, yumuşak hukukun gayriresmî iktidarının katı hukukun resmi iktidarından daha etkin hale gelebileceğinin bir göstergesidir.

Standartlar başlığı altında ele alınması gereken bir diğer konu da etiket ve sertifikalardır. Bunlar, standartların bir uzantısı olarak düşünülebilir zira bir hizmetin ya da ürünün belirli standartlara uygun olduğunu gösterirler. “Helal”, “İyi Tarım Uygulamaları”, “Organik”, “Hastalıktan Ari İşletme” gibi etiket ve sertifikalar, bir işletmenin ya da ürünün bu etiketleri taşımak için gerekli ölçütleri karşıladığını ifade eder. Bu etiketler, müşteriler açısından

[58] Gustaffson Nordin ve Tamm Hallström, *op. cit.*, s.178; Conseil d’État, *op. cit.*, s.41.

[59] Gustaffson Nordin ve Tamm Hallström, *op. cit.*, s.185.

[60] Conseil d’État, *op. cit.*, s.105.

işlem maliyetlerini azalttıklarından, müşteriler bu etiketleri taşıyan ürünlere yönelirler. Firmalar çoğu durumda üretim yapabilmek için bu etiketleri almak zorunda değildir. Ancak daha geniş bir müşteri çevresine hitap edebilmek için bunları alma eğiliminde olurlar.

Burada ve aslında her yumuşak hukuk aracında dikkat edilmesi gereken husus, kamuoyu denetimi ve şeffaflığın sağlanmasıdır. Etiketleme ve sertifikalandırma işlemleri çoğu zaman kendileri piyasa aktörü olan kuruluşlarca yapılmaktadır. Bu kuruluşlar, gelirlerini sertifika satarak elde ederler ve başvurulara olumsuz yanıt vermek gelirlerini düşürür. Varlıklarını sürdürebilmek için her yıl belirli sayıda sertifika satmaları gerekir. Bu da sertifikalandırma süreçlerinde özensizliğe ve göz yummalara neden olabilir^[61].

B) MUTABAKAT ZABITLARI

Mutabakat Zabıtları (*Memorandum of Understanding*), uygulamada uzlaşma belgesi, niyet mektubu, protokol gibi adlarla karşımıza çıkabilen hem uluslararası hem de ulusal düzeyde kullanılabilen yumuşak hukuk araçlarıdır.

Bir mutabakat zaptı, basitçe, taraflar arasında bir uzlaşma varıldığını ifade eder. Bu uzlaşmanın hukuki ve mali yükümlülükler doğurup doğurmayacağı da tarafların niyet ve takdirine bağlıdır^[62]. Genellikle kamu kurumlarının kendi aralarında ya da firmalar veya özel kesim temsilcileriyle imzaladıkları bu tür belgeler, tarafların belirli bir konuyla ilgili genel tutumlarını ve ulaşmak istedikleri hedefleri karşılıklı ve açık bir biçimde ortaya koymalarını sağlar. Bu hedeflerin gerçekleştirilmesi yolunda ara duraklar, hedefler ve vadeler belirlenebilir. Hedefler genel olarak belirtilmekle birlikte uzlaşmanın taraflarının hangi araçlarla bunlara katkı sunacağı kendi takdirlerine bırakılabilir. Uzlaşma belgesinin yürürlükte olduğu dönem, kamu ve özel sektör için bir birlikte öğrenme süreci işlevi de görmektedir^[63].

Dokuz üniversite rektörünce imzalanan “Anadolu Üniversiteler Birliği Kurulmasına İlişkin Üniversiteler Arasındaki Mutabakat Zaptı” bu tür belgelerin ulusal bağlamda kamu kurumları arasında oluşturulmasının

[61] Schade ve Flyverbom, *op. cit.*, s.433.

[62] Snyder, *op. cit.*, s.16.

[63] Ton Korver ve Peter R. A. Oeij, “The Soft Law of the Covenant: Making Governance Instrumental”, *European Journal of Industrial Relations*, Cilt 11, Sayı 3, 2005, s.367-8.

bir örneğini teşkil eder^[64]. Yine Millî Eğitim Bakanlığı ile Ankara Goethe Enstitüsü arasında kamu okullarında Almanca öğretimi konusunda imzalanan mutabakat zaptı, bu aracın kamu kurumları ile sivil toplum örgütleri arasında kullanılmasına bir örnektir^[65].

Türkiye’de ulusal bağlamda pek rağbet görmeyen bu araç, birçok ülkede yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Alanyazında özellikle Hollanda’nın bu konudaki girişkenliği dikkat çekmektedir. Hollanda’da gerek merkezi hükümet gerek yerel yönetimler düzeyinde mutabakat zabıtları yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin Amsterdam Belediyesinin Airbnb, Uber gibi paylaşım ekonomisi alanında faaliyet gösteren platformlarla imzaladığı mutabakat zabıtlarının kentte yasadışı turistik konaklamadan kaynaklanan huzursuzlukları azaltırken hem bu platformlardan hizmet alan kişilerin memnuniyetini arttırdığı hem de kentlilerin gelir ve istihdam olanaklarını genişlettiği ifade edilmektedir^[66].

Hollanda’da çalışma yaşamında da mutabakat zabıtlarının önemli bir ağırlığı bulunmaktadır. 2000’li yıllardan itibaren Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı ile şirketler ve şirket toplulukları arasında ellinin üzerinde mutabakat zaptı imzalandığı ve (2005 itibarıyla) bu zabıtların Hollanda’daki işçilerin %46’sını kapsamına aldığı belirtilmektedir. Bu zabıtlar ile iş ortamında stres, aşırı fiziksel iş yükü, tekrarlayan iş kazaları ve zorlanmaya dayalı sakatlıklar gibi istenmeyen durumların azaltılması konusunda gelişmeler sağlandığı ve bu zabıtlar çerçevesinde bir araya gelen farklı ölçeklerdeki şirketlerin birbirlerinden öğrenme olanağına kavuştuğu belirtilmektedir^[67].

Mutabakat zabıtlarının kâğıt üzerinde kalmaması için hedeflerde mutlak uzlaşının sağlanmış olması, hedeflerin açık bir dille, ölçülebilir bir tarzda ve bir takvime bağlı olarak ortaya koyulmuş olması gerekmektedir.^[68] Bunların yanı sıra tarafların mutabakat takvimine uyup uymadıklarının nasıl denetleneceği ve uymama durumunda ne gibi tedbirlere başvurulabileceği de mutabakat zabıtlarında açıkça belirtilmiş olmalıdır.

[64] <https://www.aub.org.tr/protokol-ve-mutabakat-zapti> (Erişim tarihi: 07.07.24).

[65] <https://www.goethe.de/ins/tr/tr/spr/unt/for/gia/mem.html> (Erişim tarihi: 07.07.24).

[66] Voorwinden ve Ranchordás, *op. cit.*, s.344.

[67] Korver ve Oreij, *op. cit.*, s.372.

[68] *Ibid.*, s.373.

C) ÖZDÜZENLEME VE BİRLİKTE DÜZENLEME

Özdüzenleme, kökleri ahi ve lonca örgütlenmelerine kadar geri götürülebilecek bir uygulamadır. Bu uygulama karşımıza genellikle mesleki alanlarda çıkar. Devletler, belirli bir alanda meslek icra etmek için o meslekle ilgili örgüte katılmayı zorunlu kılabilir. Mesleğe kabul ve mesleğin icra edilişi hakkında düzenleme yapma yetkisini de bu örgütlere devredebilir. Yanlış ve aldatıcı reklamların önlenmesi; belirli meslekleri yürütenlerin dürüstlüğü aykırı ya da tehlikeli olabilecek davranışlarına karşı yurttaşların korunması; belirli mesleklerde liyakatin güvenceye alınması gibi amaçlarla özdüzenlemeye başvurulabilmektedir^[69].

Meslek örgütleri, barolar, esnaf, sanayici veya tacir odaları gibi temsil örgütlerine özdüzenleme yetkisi tanınabilmektedir. Bu çerçevede özdüzenleme yetkisine sahip kurumlar hem uyulacak kuralları hazırlama hem de bunlara uyulup uyulmadığını denetleme ve uymayanlara yaptırım uygulama yetkileriyle donatılabilir. Bu tür uygulamalarda katı hukuk ve yumuşak hukuk birlikte kullanılabilen, katı hukukla çerçevesi çizilen düzenlemelerin ayrıntıları yumuşak hukukla oluşturulabilmektedir^[70].

Özdüzenlemenin birçok açıdan kamu yararını arttırdığı ifade edilmektedir. Örgütlerin, kendi etkinlik alanlarının ihtiyaç ve sorunları hakkında kamu yetkililerinden daha bilgili oldukları, alandaki yeni ihtiyaç ve sorunları daha hızlı tespit edebildikleri ve daha az bürokrasi nedeniyle daha devingen ve daha hızlı uyarlanabilir düzenlemeler oluşturabildikleri belirtilmektedir^[71]. Her ne kadar devletler, karmaşık teknik düzenlemeleri hazırlamak için gereken niteliklere sahip uzmanlar istihdam edebilse de bürokrasinin piyasadaki aktörlere kıyasla her zaman daha yavaş olacağı dile getirilmektedir^[72]. Bunun

[69] James C. Miller, “The FTC and the Voluntary Standards: Maximising the Net Benefits of Self-Regulation”, *Cato Journal*, Cilt 4, Sayı 3, 1985, s.899.

[70] Michael Faure ve Niels Philipsen, “An Economic analysis of soft law as a regulatory tool”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.56-57.

[71] *Ibid.*, s.60.

[72] Miller, “Voluntary Standarts,” 897.

yanı sıra özdüzenleme, kuralları koyanlar ile kuralların muhatapları arasındaki mesafeyi oldukça kısalttığı için de avantajlı görülmektedir^[73].

Özdüzenleme, katı hukuka göre daha az maliyet doğurması nedeniyle de savunulmaktadır. Bu iddia, özdüzenleme kurumlarının alana ilişkin bilgiye daha düşük bir maliyetle ulaşmaları, düzenlemelerin hazırlanması, uygulanması ve denetlenmesine ilişkin maliyetlerin düzenlenen topluluğun aidatlarınca karşılanıp kamu bütçesini etkilememesi ve düzenlenen topluluğun uyum maliyetlerinin özdüzenleme yapan kurumlar tarafından daha iyi dikkate alınabileceği fikrine dayanmaktadır^[74].

Özdüzenlemenin yararlarına ilişkin kuramsal iddialara karşın bu yararların her bağlamda ortaya çıkmayacağı da belirtilmektedir. Belirli bağlamlarda, özdüzenleme olmaksızın genel kurallara göre oluşturulan sözleşmelerce söz konusu alandaki işlerin yürütülmesi daha verimli olabilir. Ancak söz konusu alanda bilgi asimetrisi nedeniyle oluşan önemli dışsallıklar söz konusuysa özdüzenleme yapılması yararlı olacaktır. Örneğin avukat ve müvekkil arasında önemli bir bilgi asimetrisi vardır. Bu ilişki salt sözleşme serbestisine göre gerçekleştiğinde avukat bu asimetriyi suiistimal edebilir. Bu bakımdan bu ilişkinin sözleşme serbestisini sınırlar biçimde düzenlenip denetlenmesi gerekmektedir^[75].

Öte yandan belirli alanların da katı kurallarla düzenlenmesi ve idari kolluk faaliyetleriyle denetlenmesi daha yararlı olabilir. Özdüzenlemenin avantajlarının tüm düzenleme alanlarında aynı ölçüde geçerli olmadığı ve özellikle sağlık ve güvenlik gibi daha büyük risklerin bulunduğu piyasalarda özdüzenlemenin zararlı olabileceği belirtilmektedir^[76]. Bunun yanı sıra, özdüzenleme süreçlerinin kamu tarafından iyi denetlenmemesi halinde, piyasaya egemen olan aktörlerin özdüzenleme süreçlerini tahakküm altına alabileceği de belirtilmektedir. Böyle bir durumda bu güçlü aktörler düzenlemelerin kendi çıkarlarına uygun biçimde oluşturulmasını sağlayarak rekabeti bozabilir, yurttaşları ve kamuyu zarara uğratabilirler. Güçlü piyasa

[73] Anthony Ogus, "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 15, Sayı 1, 1995, s.98.

[74] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.60.

[75] Ogus, *op. cit.*, s.97.

[76] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.61.

aktörlerinin yasama süreçlerini tahakküm altına alması her zaman var olan bir risktir ancak özdüzenleme süreçleri bu tür tehditlere daha açıktır^[77].

Bu gibi kuşku ve eleştiriler neticesinde özdüzenlemeye 2000’li yılların başlarında gösterilen güvenin son yıllarda sarsıldığı ve örgütlere tanınmış olan özdüzenleme yetkilerinin daha fazla katı düzenlemeyle kuşatıldığı ve bu alanlarda idari kolluk faaliyetinin yeniden güç kazanmaya başladığı belirtilmektedir^[78].

Özdüzenlemenin riskleri, birlikte düzenleme (*co-regulation*) adını verebileceğimiz bir ara modelin doğmasına da neden olmuştur. Bu modelde devlet dışı aktörlerin hazırladığı kurallar kamu mercilerince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu durum, kaçınılmaz olarak, birlikte düzenlemeyi özdüzenlemeye göre daha az esnek ve daha maliyetli bir uygulama kılmaktadır^[79]. Ancak, birlikte düzenleme uygulaması, kamu mercilerinin karar alma yetkisini korurken, özel sektörün kendi standartlarını belirlemesini de teşvik etmeye devam eder^[80]. Son ürün itibarıyla ortaya çıkan düzenleme bir katı hukuk düzenlemesi de olabilir ancak temelde devlet dışı aktörlerce hazırlanmış olması nedeniyle geleneksel katı hukuk düzenlemelerinden farklı bir yerde durmakta ve bu nedenle yumuşak hukuk kapsamında değerlendirilebilmektedir.

D) İDARİ YÖNLENDİRME

Yumuşak hukuk, her ne kadar kulağa yeni bir kavrammış gibi gelse de idare hukuku camiasının aşına olduğu bazı yönetim araçları bu kavramın içinde kalmaktadır^[81]. Bu bakımdan idare hukukunda yumuşak hukukun -adı konulmaksızın- çok uzun süredir kullanıldığını söyleyebiliriz. İdarenin plan, program, politika belgesi, strateji belgesi, kılavuz, tavsiye gibi araçları; hatta sirküler, tebliğ, tamim gibi adlar taşıyan birtakım “adsız idari düzenlemeler”

[77] Ogus, *op. cit.*, s.98.

[78] *Ibid.*, s.97.

[79] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.61.

[80] Conseil d’État, *op. cit.*, s.183.

[81] Robin Creyke, “Soft Law and Administrative Law: A New Challenge”, *AIAL Forum*, Sayı 65, 2010, s.15.

yumuşak hukukun tanımsal özelliklerinin birçoğunu yansıtır^[82]. Açımız'a göre idarenin belirli bir durum hakkında verdiği görüşler ve belirli bir davranışın gerçekleştirilmesi yönünde dilek ve istekleri icrai nitelikte olmamaları nedeniyle esnek (yumuşak) hukuk kapsamına girerler^[83]. Örneğin Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlali durumlarında ceza vermek yerine düzeltici önlemleri bildirme, görüş bildirme gibi yöntemlere başvurması, Sermaye Piyasaları Kurulu'nun idari işlem olarak kabul edilmeyen uyarıları, İçişleri Bakanlığı'nın il özel idarelerinin bütçeleriyle ilgili valiliklere gönderdiği genelgeler bu kapsamda değerlendirilebilir niteliktedir^[84].

Bunların yanı sıra strateji/politika belgeleri ve eylem planları da idari yumuşak hukuk belgeleri arasında önemli bir yer tutmaktadır. Birçok bakanlığın, işlevleri ve fiili sonuçları (özellikle kamu kurumları açısından) katı hukukla benzer olan strateji/politika belgeleri oluşturduğu görülmektedir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının “*Enerji Verimliliği 2030 Stratejisi ve II. Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı (2024-2030)*”^[85], Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının “*Roman Vatandaşlara Yönelik Strateji Belgesi (2023-2030) ve I. Aşama Eylem Planı (2023-2025)*”^[86], Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisinin “*Katılım Finans Strateji Belgesi (2022-2025)*”^[87], Tarım ve Orman Bakanlığının yayınladığı ‘sektör politika belgeleri’^[88] gibi birçok örnek, bu araçların Türk idaresinde de önemli bir yer tutmaya başladığını göstermektedir.

[82] Açımız, *op. cit.*, s.531.

[83] *Ibid.*, s.543.

[84] *Ibid.*, s.531 ve 540.

[85] https://enerji.gov.tr/Media/Dizin/BHIM/tr/Duyurular/TurkiyeninEnerjiVerimliliği2030StratejisiVeIILusalEnerjiVerimliliğiEylemPlanı_202401161407.pdf (Erişim tarihi: 12.07.2024).

[86] <https://www.aile.gov.tr/duyurular/roman-vatandaslara-yonelik-strateji-belgesi-2023-2030-ve-i-asama-cylem-planı-2023-2025-yayimlandi/> (Erişim tarihi: 12.07.2024).

[87] <https://www.cbfo.gov.tr/haberler/katilim-finans-strateji-belgesi-2022-2025ne-iliskincumhurbaskanligi-genelgesi-resmi/> (Erişim tarihi: 12.07.2024).

[88] <https://www.tarimorman.gov.tr/Konular/Plan-Program-Ve-Faaliyet-Raporlari/sektor-politika-belgeleri> (Erişim tarihi: 12.07.2024).

Alanyazında bu ve benzeri belgeler “idari yönlendirme” başlığı altında ele alınmaktadır^[89]. İdari yönlendirmenin önem kazanmasının ardında yatan olgulardan biri, neo-liberal dönemde kamu hizmetlerinde ticarileşmenin artması ve işletmecî yaklaşımın güç kazanmasıdır. Bu döneme kadar devletlerin kendi irade ve olanaklarıyla yürüttüğü otoyol, köprü gibi büyük yapıların inşası ve işletmesi; cezaevi, göçmen geri gönderme merkezi gibi yerlerin yönetimi; eğitim, sağlık, iş ve işçi bulma ve sosyal yardım hizmetleri; bina denetimi, ruhsatlandırma gibi faaliyetler artık idari sözleşmeler aracılığıyla firmalara devredilmektedir. Bu faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin genel koşullar sözleşmelerle belirlenirken, yumuşak hukuk araçlarıyla da bu sözleşmeler desteklenebilmektedir^[90].

İdari yönlendirme çerçevesindeki yumuşak hukuk araçları zorunlu usullere bağlı olmaksızın hızla devreye sokulabilmeleri ve hızla değiştirilebilmeleri nedeniyle idarecilerce tercih edilirler. Bunlar mevzuatın, idari sözleşmelerin ve hükümet siyasalarının etkin bir şekilde uygulanmasında ve somut durumlara esnek ve devingen bir şekilde uyarlanabilmesinde işlevseldir^[91]. İdari yönlendirme, belirsiz ve bazen tartışmalı siyasi meselelerde hükümetin resmi bakış açısını ve geleceğe ilişkin tasarılarını ortaya koyarak yurttaşlara, firmalara ve kamu görevlilerine rehberlik yapar ve siyasi belirsizliklerden kaynaklanan dışsallıkları azaltır. İnsanlara mevcut yükümlülüklerine nasıl uyabileceklerini göstererek, bu yükümlülüklerin içeriğini netleştirir^[92].

Tüm bu belirtilen yararlarına rağmen idari yönlendirmenin demokrasi ve hukuk devleti açısından büyük riskler barındırdığı da belirtilmektedir. İdarenin yumuşak hukuk araçlarının yaygınlaşmasını eleştirenler, bunların kurumlarca hukuki düzenleme yapımına ilişkin usuli gerekliliklerden ve yargısal denetimden kaçmak için bir araç olarak kullanıldığını ifade ederler. Bu durum düzenlemeye tabi olanlar için büyük bir sorun teşkil eder. Katı hukuk araçlarının oluşum sürecindeki şeffaflık, düzenlemeye tabii olanların bildirim ve yorumlarla sürece dahil olmasını sağlarken, bunların

[89] Blake Emerson, “Administrative guidance in the United States: the moral and political stakes of non-binding law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörrth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.238.

[90] Creyke, *op. cit.*, s.18.

[91] Emerson, *op. cit.*, s.237-8.

[92] *Ibid.*, s.238.

yargısal denetime açık olması da önemli bir güvence teşkil etmektedir. Yumuşak hukuk araçlarının oluşturulma süreçlerinde şeffaflık ve katılım gözetilmeyebilir ve bunların yargı organlarınca iptal edilip edilemeyeceği de tartışmalıdır^[93]. Yargı ve kamuoyu denetim olanaklarının sınırlı olması yumuşak hukuk aracı oluşturan mercilerin yetki alanlarını aşmasına ve yurttaşların demokratik süreçler dışında oluşturulmuş ve itiraz yolu kapalı olan kurallarca -fiilen- yönetilmesine kapı aralamaktadır^[94].

E) ETİK KILAVUZLARI

Durkheim'ın da belirttiği üzere hukuk, toplumun ahlak kavrayışı içerisinde önemli görülen kuralları bünyesine alarak bunları yaptırıma bağlar^[95]. Bu bakımdan hukuk ile ahlak arasında geçişli bir ilişki vardır. Etik kılavuzları ise hukuk kuralına dönüştürülmesi gerekmeyen ahlaki/etik kurallar için kullanılmaktadır. Bununla birlikte insanların etik davranmaya zorlanamayacağı, olsa olsa bir etik davranış kültürünün oluşması için yönlendirmelerde bulunulabileceği düşüncesi de yumuşak hukukun doğasıyla örtüşür niteliktedir^[96].

Bu kılavuzların ortaya çıkışının arka planında yer alan olgulardan biri de çok uluslu şirketlerin etkinliğinin artmasıdır. 1990'lardan itibaren başta giyim sektöründeki Levi's, Nike, Reebok gibi markalar üçüncü dünya ülkelerindeki üretim tesislerinde insanlık dışı koşullarda işçi çalıştırmalar nedeniyle sivil toplum kuruluşlarının protestolarının ve boykot çağrılarının hedefi olmuştur. Bu kampanyalar sonrasında bu kuruluşların kendi iyi/etik davranış kurallarını yayımlamaya başladığı görülür. Sonrasında birçok farklı kesimden firmanın çocuk işçiliği, zorla çalıştırma, yolsuzluk gibi farklı konuları kapsayan kural dizgeleri oluşturup bunları kamuoyuna duyurarak itibarlarını güvence altına almaya yöneldikleri görülmüştür. Bu kurallar şirketleri fiilen bağlamakta ve belirli bir kural dizgesi bir sektörde yaygınlaştıkça diğer şirketleri de bunları

[93] *Ibid.*, s.241.

[94] *Ibid.*, s.249.

[95] Melda Ezgi Toydemir, "Durkheim'ın Toplum Kuramında Organik Dayanımlı Toplumlarda Hukukun Ahlaki Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, Antalya Akdeniz Üniversitesi, 2021, s.139; Emile Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, İzmir, Cem, 1. Baskı, 2018, s.92-96.

[96] Conseil d'État, *op. cit.*, s.39.

kabul etme baskısı altına sokmaktadır^[97]. Bugün neredeyse her çok-uluslu şirketin bu tür kurallara sahip olduğu belirtilmektedir^[98].

Yeni teknolojiler alanında da etik rehberler önemli bir yer tutmaktadır. Bu alanda bir yandan yeni teknolojilerin kurlsız bir ortamda insanlığa zarar verecek nitelikte kullanılmasından endişe duyulmakta bir yandan da getirilecek katı kuralların teknolojik gelişmeyi sekteye uğratmasından çekinilmektedir. Bu belirsizlik hali yumuşak hukuk niteliğindeki etik kılavuzlarını bu alan için elverişli kılmaktadır. Son zamanlarda özellikle yapay zekâ alanında Avrupa Birliği, OECD gibi kamu kuruluşlarınca, Future of Life Institute (Yaşamın Geleceği Enstitüsü) gibi sivil kuruluşlarca ya da doğrudan Google, IBM gibi firmalarca bu alanın genel etik ilkelerini ortaya koymaya yönelik rehberler yayımlanmıştır^[99].

Kamu kurumlarının da etik yönerge ve rehberler hazırladığı görülmektedir. Bu tür belgeler, yeni idari yetki ya da görevler yaratmaktan ziyade, mevcut yetki ve görevlerin somut durumlarda nasıl kullanılması gerektiğini açıklamak ve kamu görevlilerinin etik farkındalığını arttırmak amacıyla oluşturulurlar. Bu belgeler tüm kamu görevlilerine yönelik genel nitelikte olabileceği gibi, belirli bir görevin ifasına yönelik de olabilir. Kamu görevlilerine geniş takdir yetkilerinin verildiği ve denetim düzeneklerinin yetersiz kaldığı konularda bu tür rehberlerin varlığı yararlı görülmektedir^[100].

Türkiye’de de 2004 yılında 5176 numaralı ‘Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ ile bu alanda ilk katı hukuk düzenlemesi yapılmıştır. Bu kanunla kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu, kamu görevlileri için Etik Rehberi yayımlamaktadır^[101]. Kanunda kamu görevine ilk kez atanacaklara imzalatılmak üzere bir Kamu

[97] Kafessiz Türkiye’nin kafes tavuğu yumurtası kullanımına karşı yürüttüğü kampanyalar bu bakımdan çok iyi bir örnek teşkil etmektedir. <https://kafessizturkiye.com/firma-taahhutleri> (Erişim tarihi: 14.07.24).

[98] Conseil d’État, *op. cit.*, s.45.

[99] Schade ve Flyverbom, *op. cit.*, s.432.

[100] Sossin ve Smith, *op. cit.*, s.868-9.

[101] <https://www.etik.gov.tr/media/kbftnrxn/etikrehber2022.pdf> (Erişim tarihi: 15.07.2024).

Görevlileri Etik Sözleşmesine^[102] de yer verilmiştir. Bu belgenin hukuken bir sözleşme niteliği taşımadığı, bunun imzalatılmasının anlamının kamu görevlisine henüz göreve başlarken etik yükümlülüklerinin hatırlatılması ve bunlara uyacağına ilişkin kamu görevlisinden bir bireysel taahhüt alınmasından ibaret olduğu belirtilmektedir^[103]. Bu bakımdan ‘Etik Rehberi’ de ‘Kamu Görevlileri Etik Sözleşmesi’ de kamu görevlileri açısından yeni hukuki yetki ve görevler doğurmayan ancak katı düzenlemelerle getirilmiş olan yetki, görev ve yükümlülükleri konusunda onları bilgilendiren, yönlendiren ve etik bilinç düzeylerini arttırmayı hedefleyen belgelerdir. Nitekim bunlar tipik yumuşak hukuk belgeleridir.

F) HESAPLAMA TABLOLARI

Manevi tazminat davalarında, iş kazaları ve maluliyet durumlarında, özel kaza sigortalarında riskin gerçekleşmesi durumunda farklı yaralanma ve zarar düzeylerine göre tazminat miktarının belirlenmesi gibi somut bireysel zararın parasal karşılığının nesnel olarak belirlenmesinin zor olduğu durumlar için her ülkenin farklı bir düzen geliştirdiği görülmektedir. Danimarka’da katı hukuki düzenlemelerin, Fransa ve İngiltere’de yargı kararlarının bu bakımdan belirleyici olduğu belirtilmektedir. İsveç’te ise özellikle sigorta hukuku alanında, sigorta firmalarının temsilci örgütünün (*Insurance Sweeden*) oluşturduğu tabloları öne çıkmaktadır. Hukuki bakımdan hiçbir bağlayıcılığı olmayan bu tabloların yaklaşık yüz yıldır İsveç’te sigorta ödemelerinde fiilen belirleyici olduğu belirtilmektedir. Bağlayıcılığı olmayan ancak fiilen hukuki sonuçlar doğuran bu tür hesaplama tablolarının da yumuşak hukuk belgeleri teşkil ettiği belirtilmektedir^[104].

III. GEÇERLİLİK SORUNU: YUMUŞAK HUKUK, HUKUK MUDUR?

“Yumuşak hukuk, hukuk mudur” sorusuna verilen yanıtlar elbette “hukuk nedir”, sorusuna verilen yanıtlarla bağlantılıdır ve bu nedenle bu tartışma çok daha geniş bir hukuk kuramı tartışmasının eksenine oturmaktadır. Bir

[102] <https://www.aile.gov.tr/media/133653/kamu-gorevlileri-etik-sozlesmesi.pdf> (Erişim tarihi: 15.07.2024).

[103] Ömer Faruk Erol, “Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2022, s.760.

[104] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.293-4.

yanda pozitivist bir bakış açısıyla meseleyi ele alan yazarlar bulunmaktadır. Bunlara göre *yumuşak hukuk*, temelde, *siyasa* sözcüğünün yerine kullanılan yeni ve popüler bir terimden ibarettir^[105]. Diğer yanda pragmatist yazarlar yer alıyor. Bunlar ise yumuşak hukuku katı hukuk ile ‘hukuk olmayan’ arasında bir yerde konumlandırıyorlar.

A) POZİTİVİST GÖRÜŞ

Yumuşak hukukun Fransız idari yargısında en üst dereceden destek bulduğu belirtilmişti. Alman yargıçlar ise bu araçların hukuki niteliğine kuşkuyla yaklaşmaktadırlar. Alman yüksek yargısına göre yukarıda yumuşak hukuk araçları arasında saydığımız, plan, program, politika belgesi, strateji belgesi, kılavuz, tavsiye gibi idari belgeler hukuk sayılamazlar. Zira temelini anayasada bulan düzenleme yapım usullerine uygun oluşturulmamışlardır ve bağlayıcı değillerdir. Bunlar ancak “yazılı hukuki mütalaa” olarak değerlendirilebilir^[106]. Alman yargısının bu tutumu yumuşak hukuka yönelik pozitivist bakışın somut bir örneğini teşkil etmektedir.

Pozitivist bakış açısında hukuki geçerlilik ve genel olarak hukukilik, iki-değerli bir meseledir: Bir önerme ya geçerlidir ya geçersizdir; ya hukukidir ya da hukuk dışıdır. Hukukun varlığının ve anlamının tam da bu iki-değerliliğe dayandığını belirten ve yumuşak hukukun en sert eleştirmenlerinden olan Jan Klabbbers, bu meselenin birkaç yüzyıl önce David Hume tarafından yetkinlikle ifade edildiğini hatırlatır^[107]. David Hume, İnsan Doğası Hakkında Bir İnceleme adlı yapıtında ahlak alanında doğru ile yanlış, erdem ile erdemsizlik arasındaki çizgilerin belirsizleşebileceğini, yarı-erdemli davranışların ve doğruluk-yanlışlık bakımından ara derecelerin var olabileceğini söyledikten sonra şunları eklemiştir: “[H]er tür erdemsizlik ve erdem açısından durum ne olursa olsun, açıktır ki haklar, yükümlülükler ve mülkiyet böyle ayırmsanamaz bir derecelendirmeye izin vermez; bir insanın ya tam ve eksiksiz bir mülkiyeti vardır, ya da hiç yoktur; ya bir

[105] Creyke, *op. cit.*, s.16.

[106] Matthias Knauff, “Coronavirus and Soft Law in Germany: Business as Usual?”, *European Journal of Risk Regulation*, Koronavirüs Özel Sayısı, 2021, s. 53-54.

[107] Klabbbers, “The Redundancy of Soft Law”, *op. cit.*, s.167.

eylemi yerine getirmek için tam bir yükümlülük altındadır, ya da hiçbir yükümlülüğü yoktur.”^[108]

Görece yakın bir zamanda Sıddık Sami Onar da idare hukuku bağlamında Alman yargıçlarla benzer bir görüşü şöyle ifade etmiştir: “Esasen âme idaresinin bulunduğu ve gösterdiği esaslar ne kadar ehemmiyetli ve kıymetli olursa olsun bir hukuk normu haline gelmedikçe bir müeyyide kazanmış olmaz ve ancak nazarı bir kıymeti haiz olur.”^[109]

İki-değerliliğin hukukun özü olduğu iddiası, Niklas Luhmann’ın sistem kuramı üzerinden de temellendirilebilmektedir^[110]. Toplumsal alt-sistemlerin işlevsel farklılaşması, bu sistemlerin kendi kodlarını ve kendi programlarını oluşturabilmeleriyle bağlantılıdır. Bu bağlamda hukukun kodu katı bir “yasal-yasal olmayan” ayrımıdır. Bu ayrım istisna kabul etmez. Hukuki programlar olan yasal düzenlemelerin işlevlerini yerine getirebilmesi bu koda bağlıdır. Bu koda uygun olmayan veriler hukuk sistemi tarafından sadece “gürültü olarak sınıflandırılırlar. Bir başka deyişle, anlam üretmezler.”^[111] Bu nedenle yumuşak hukuk, hukuk değildir ve hukuk sistemi içerisinde ancak bir gürültü, bir anomali olarak var olabilir.

Pozitivist bakışta hukuk kuralı, *egemenin buyruğu*^[112], *tanıma kuralına dayanan bir kurallar dizgesinin bir ögesi*^[113] veya *normlar hiyerarşisinde kendinden üstte olan bir norm tarafından belirlenen geçerlilik ölçütlerine göre*

[108] David Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*, Çev. Ergün Baylan, Ankara, BilgeSu, 1. Baskı, 2009, s.354.

[109] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966, s.116.

[110] Bart Van Klink ve Oliver W. Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.155.

[111] Gökçe Çataloluk, *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2012, s.131.

[112] John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye, U. Koloş, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2015, s.37.

[113] Şule Şahin Ceylan, *H. L. A. Hart’in Hukuk Kavramı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2014, s.69-73.

oluşturulmuş bir norm^[114] olarak görülür. Buyruğu esas alan tanıma göre bir önermeye hukuk diyebilmemiz için o önermenin evvela bir buyruk niteliğinde olması gerekir. Dilek ve temenniler buyruk değildir. Dilek ve temennileri buyruktan ayıran şey ise sadece önermelerin formu değildir. Bir dilek ve bir buyruk aynı formda dile getirilebilir. Buyruğu dilekten ayıran şey, buyruğu verenin bu buyruk yerine getirilmediğinde yaptırım uygulama iradesine ve kudretine sahip olmasıdır. Bu buyruk ile bir eylem dayatılır veya yasaklanır; birine bir yetki veya yükümlülük yüklenir^[115]. Yumuşak hukuk önermeleri ise tam da bu bakımdan buyruk olma niteliğinden yoksundur. Bunlar olsa olsa buyruğa benzer bir formda ifade edilmiş dilek ve temennilerdir. Buyruk değildir ve dolayısıyla hukuk kuralı da olamazlar.

Yumuşak hukuk kuralları, hukuki düzenleme yapmak için belirlenmiş olan resmi usullerle oluşturulmazlar^[116]. Bu bakımdan H. L. A. Hart'ın *tanıma kuralı* temelli hukuk kuramıyla da örtüşmezler. O halde, yumuşak hukuk kuralları ülkenin hukukunu oluşturan kural dizgesinin dışında kalmaktadır. Keza Hans Kelsen'in öğretisini temel alan bir bakış açısıyla normlar hiyerarşisinden hareket ettiğimizde de yukarıda ele aldığımız tavsiyeler, etik kılavuzlar, özdüzenlemeler ve benzerlerinin, geçerliliklerini bir üst normdan almadıkları ve bu nedenle hukuken geçerli olamayacakları sonucuna ulaşırız. Hatta bunlar normlar hiyerarşisinde hiç yer almadıkları için hukuki geçersizliğin ötesinde hukuken yok hükmüdedirler. Hukuk dünyasına hiç doğmamışlardır. Bunlardan hukuk olarak söz etmek hukuk ile siyaset arasındaki ayrımı bulanıklaştıracaktır ve bu nedenle zararlıdır^[117]. Saf hukuk kuramı, yumuşak hukukun hukuk olmadığını tespit etmekle yetinmeli, onu konu dışı olarak tasnif etmeli ve üzerinde durmamalıdır.

B) PRAGMATİST GÖRÜŞ

Pragmatik yaklaşımda hukuk inşai bir tarzda ele alınır. Hukuk kuralları da dahil olmak üzere hukuki etkinliği olan her tür buyurgan varlık, hukuki

[114] Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora, 1. Baskı, 2016, s.77.

[115] Açımız, *op. cit.*, s.553.

[116] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.299.

[117] Van Klink ve Lembecke, *op. cit.*, s.156.

çıktıların inşasında kullanılan önerme oluşturma (argümantasyon) araçları olarak değerlendirilir. Hukuki çıktıların oluşturulduğu süreç bir keşif değil inşa sürecidir. Yargıç, hazır bir doğru yanıt eldeki olayla eşleştirmeyi, yargılama süreci içerisinde bu doğru yanıt inşa edilmektedir. Oliver Wendell Holmes, yüz elli yıl önce “*Common Law*’un fazileti odur ki, önce davayı çözüme bağlar sonra ilkeyi tespit eder”^[118] dediğinde bu inşai niteliğe dikkat çekmiştir. Ronald Dworkin’in “tefrika yazarları” eğretilmesi de bu inşa sürecini açıklayan ve bu iddianın popülerliğini arttıran bir öge olmuştur^[119].

Pragmatik yaklaşıma göre hukuk eğer (Hans Kelsen’in ya da Niklas Luhmann’ın söylediği üzere) bir sistem ise de kapalı bir sistem değildir. Neyin hukuk ‘sayılacağı’ eldeki vakaya, bu vakanın bağlamına, bu bağlamda yer alan aktörlerin algılarına göre değişir. Söz konusu bağlamda hukuk camiasınca kabul edilebilir ‘kalitede’ görülen/algılanan ve bu bakımdan hukuki sonuçlar doğuran önermeler hukuk teşkil eder^[120]. Bu önerme silsilesi üzerinden giden Hage, yumuşak hukuk kuralının katı hukuk kuralına göre daha zayıf bir hukuki önerme teşkil etmekle birlikte, son tahlilde hukuki bir önerme teşkil ettiğini, dolayısıyla hukuk olduğunu söyler^[121].

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda hukuk ile pozitivistlerin “hukuk olmayan” dedikleri buyurgan yapılar arasında iddia edildiği kadar kesin bir çizgi olmadığı, olsa olsa bir geçiş bölgesi bulunduğu kabul edilir^[122]. Yumuşak hukuk tam da bu bölgede yer almaktadır. Bu bakımdan yumuşak hukuk bir anomali değil, hukuk âleminin olağan öğelerinden biridir.

Konsey de yumuşak hukukun ancak Kuhn’un sözünü ettiği şekilde; yani bir paradigma değişiminin ön habercisi olma anlamında anomali olarak

[118] O. W. Holmes, “Codes and The Arrangement of Law”, *American Law Review*, Cilt 5, Sayı 1, 1870, s.1.

[119] Ronald A. Dworkin, “‘Natural Law’ Revisited”, *University of Florida Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1982, s.166 vd; Sevtap Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s.42 vd.

[120] Hage, *op. cit.*, s.34.

[121] *Ibid.*, s.38.

[122] Van Klink ve Lembcke, *op. cit.*, s.157.

değerlendirilebileceğini iddia eder^[123]. Bu anlamda anomaliler, mevcut baskın paradigma ile kavranamayan ve açıklanamayan olgulardır. Mevcut paradigma bunları (tam da yukarıda belirtildiği üzere) konu dışı olarak tasnif eder ve üzerinde durmaz, zira yerleşik kavram ve kabullerle bunları ele almak mümkün değildir. Zaten en başta bunları anomali kılan da budur. Ancak anomalilerin artması, mevcut paradigma üzerinde devrimci bir gerilime neden olur ve anomalileri normalin kendisi veyahut en azından bir parçası olarak açıklayabilen bir yeni bir paradigma ortaya çıkar^[124]. Konsey de yumuşak hukukun, genel hukuk kuramı içerisinde bir paradigma değişiminin işareti olarak yorumlanması gerektiğini söylemektedir.

Konsey'e göre bir kuralın geçerliliği bakımından belirleyici olan, kuralın, kendisinden önce var olan bir temele dayanıp dayanmamasının yanında (kimi zaman bundan da öte) hukuki aktörlerce geçerli olarak algılanıp algılanmaması ve bu bağlamda hukuki etkileşimleri yönlendirme işlevini yerine getirip getirememesidir. Konsey bu bakımdan yumuşak hukuk ile katı hukuk arasında somut bir farklılığın olmadığını iddia eder. Her iki düzenleme biçimi de aynı amaca hizmet etmektedir, her ikisi de yönlendirici/buyurucu bir biçimde oluşturulmuştur, belirli bir düzeyde resmileştirilmiştir ve belirli bir biçimde dışı vurulmuştur^[125].

Konseyin bu tezi, hukuki biçimciliğe karşıt olup deneyimi, bakış açısını, algıyı ve bağlamı öne çıkarmaktadır; ayrıca hukuku bir araç olarak sunmaktadır. Bu bakımdan Konsey'in bu tezi ortaya koymakla hukuki pragmatizm başlığı altındaki tüm kutucukları işaretlediği söylenebilir^[126]. Pragmatizmde bir önerme kaynağına ya da oluşturulma usulüne göre değil, deneyimdeki karşılığına göre ele alınır. Pragmatik maksim, önermelerin anlamının deneyimde yarattıkları pratik sonuçlardan ibaret olduğunu, pratikte bir sonuç doğurmayan önermelerin anlamsız olduğunu ifade eder^[127].

[123] Conseil d'État, *op. cit.*, s.54.

[124] Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 2. Baskı, 1970, s.52 vd.

[125] Conseil d'État, *op. cit.*, s.56.

[126] Furkan Kararmaz, *Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*, Doktora Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi, 2017, s.68 vd.

[127] *Ibid.*, s.7.

Bir hukuki önerme olarak hukuk normu, son tahlilde, önceden belirlenmiş usullere uygun olarak oluşturulduğu için değil, hukuki deneyimde bir pratik sonuç doğurduğu için ve bu ölçüde vardır^[128].

Burada araçsalıcı bir bakışla hukuk kuralının işlevi üzerinde durulur ve buna göre hukuk kuralının temel işlevi, *olması gereken* hakkında bir bildirimde bulunarak insan davranışlarını yönlendirmektir^[129]. Katı hukuk kuralları, kural olarak bu işleve sahiptir. Yumuşak hukuk kuralları da belirli bir davranış modeli ya da standardı ortaya koyarak fiilen bu işleve sahip olabilmektedir. Bu bakımdan bu önermeler de hukuki önermeler âlemine dahil kabul edilmelidir.

Konseyin bu pragmatik manevrayla yumuşak hukukun geçerliliği sorununu, yumuşak hukukun varlığı sorununa dönüştürdüğü kanaatindeyiz. Nitekim bu tezi ortaya koyduktan sonra Konsey, yumuşak hukukun geçerliliğini temellendirme veya yumuşak hukuk için geçerlilik ölçütleri oluşturma yönünde bir gayret göstermemiş, daha ziyade yumuşak hukukun varlığını ispatlama ve yumuşak hukuk için meşruluk ölçütleri oluşturma işiyle meşgul olmuştur^[130]. Bu bağlamda, yumuşak hukukun katılımcılığı, rızayı^[131], kamu yararını^[132] ve şeffaflığı esas alan bir tarzda oluşturulması; yumuşak hukuk oluşturan mercilerin yetki aşımı yapmaması ve parlamentonun yasama konusundaki ayrıcalıklarına tecavüz etmemesi; muhataplarından imkansız istememesi^[133]; yumuşak hukuku, düzenleme yapımı için öngörülen usuli gerekliliklerden kaçmaya yarayan bir kestirme olarak kullanmaması^[134]; temel hak ve özgürlükler alanında kısıtlayıcı tarzda yumuşak hukuk düzenlemeleri oluşturmaması^[135] ve özel aktörlerce oluşturulan yumuşak hukuk araçlarının

[128] *Ibid.*, s.56.

[129] Açımız, *op. cit.*, s.553.

[130] Conseil d'État, *op. cit.*, s.116 vd.

[131] *Ibid.*, s.121.

[132] *Ibid.*, s.131.

[133] *Ibid.*, s.116.

[134] *Ibid.*, s.117.

[135] *Ibid.*, s.138.

kamusal mercilerce denetlenmesi^[136] yumuşak hukukun meşruluk ölçütleri olarak öne sürülmekte ve bu ölçütler çerçevesinde sıkı denetim yapılması önerilmektedir.

Konseyn ifade ettiği bu ölçütler, salt yumuşak hukuk araçları açısından değil her tür düzenleyici işlem açısından önem arz eder. Bu ölçütlere uyulması, yapılan düzenlemeleri ‘iyi’ kılar ama ‘geçerli’ kılmaz. Zira bunlar geçerlilik ölçütü değildir. Konsey, yumuşak hukukun fiili yaygınlığını ve iddia edilen yararlarını öne çıkararak geçerlilik konusunu geri plana itmiş ve geçiştirmiştir.

Alanyazında yumuşak hukukun geçerliliği lehinde yazılmış olan eserlerin genelinde de böyle bir tutum görülmektedir. Örneğin Van der Sluijs, geçerlilik sorununun hukuki çoğulcu bir bakışla aşılabileceğini iddia eder. Zira ona göre çoğulcu bakışta kuralın resmi statüsünden ziyade toplulukça hukuk olarak algılanıp algılanmadığı önemlidir. Kural, toplumda hukuk olarak görülüyor, takip ediliyor ve uygulanıyorsa bu onun hukuki değere sahip olduğunu gösterir^[137].

Van Klink ve Lembcke de benzer şekilde hukukun işlevinden ve yumuşak hukukun fiilen bu işlevi yerine getirip getirmemesinden hareket ederler. Onlar, Lon Fuller’ı takip ederek hukukun işlevini hür ve akıl sahibi varlıklar olan “yurttaşların etkinlikleri için sağlam ve istikrarlı bir çerçeve sunmak” şeklinde tespit ederler^[138]. Buna göre, bir yumuşak hukuk kuralı Fuller’ın prosedürel doğal hukuk^[139] kuramında belirttiği içsel ahlaki ölçütleri^[140] karşılıyorsa pekâlâ hukuk sisteminin bir parçası olarak değerlendirilebilir.

Bu örnekler çoğaltılabilir. Hatta buna benzer varsayımsal bir temellendirmeyi biz de John Rawls üzerinden yapabiliriz. Bir yumuşak hukuk kuralının geçerliliğini değerlendirirken “Rawls’un orijinal durumunda,

[136] *Ibid.*, s.131.

[137] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.301.

[138] Van Klink ve Lembcke, *op. cit.*, s.158.

[139] L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2016, s.62 vd.

[140] Genellik, ilan edilme, geriye yürümezlik, açıklık, tutarlılık, imkansız istememe, resmi eylemler ile ilan edilmiş kurallar arasında uyum.

bilinmezlik peçesi ardında^[141] bir masada toplanmış o kişiler böyle bir kuralın geçerliliğini kabul ederler miydi?” diye kendimize sorup, incelikli bir akıl yürütme neticesinde şu veya bu yönde bir kanaat ortaya koyabiliriz. Ancak tıpkı diğer temellendirme girişimleri gibi bu girişim de geçerlilik sorununu çözmek bakımından başarısız olacak ve analitik kuşkucuyu kesinlikle tatmin etmeyecektir.

Analitik kuşkucunun da makul bulabileceği bir temellendirmeyi Westerman’ın ve Mackor’un makalelerinde bulabiliriz. Westerman’a göre geçerlilik, temel olarak, itibarın işlevsel karşılığıdır. Gayriresmî düzenler kişilerin itibarına; resmi düzenler ise yasal yapıların, kategorilerin ve kuralların itibarına dayanır, yani resmi düzenlerin itibarı gayrişahsidir. İşte geçerlilik tam da bu gayrişahsi itibardır: “Nasıl ki itibar bize bir kişinin gerçekten iddia ettiği gibi olup olmadığını bildiriyorsa, geçerlilik de bize bir sözleşme, kural ya da iradenin iddia ettiği gibi olup olmadığını bildirir.”^[142] Nasıl ki kişilerin itibarı hakkında bir fikir sahibi olabilmek için “nerelidir, kimlerdendir, kimlerle yakınlık eder, bize iyiliği mi kötülüğü mü dokunur” sorularını soruyorsak kurallar için de bu böyledir. (a) Bu kuralın kaynağı neresidir, (b) bu kural doğru usulün bir neticesi midir, (c) bu kuralın nesebi sahih midir; (d) bu kuralı kimler takip etmekte, kimler buna göre hareket etmektedir; (e) uygulamada ve alanyazında bu kural ciddiye alınmakta mıdır, (f) bu kuralın yararı ve maliyeti nedir” tarzında sorular, bu bağlamda kuralın itibarını ve dolayısıyla geçerliliğini belirler.

Westerman’a göre kaynak, usul ve nesebe ilişkin a, b, c soruları ‘girişteki geçerlilik’ (*input-validity*); muhatapların algıları, davranışları ve fiili sonuçlara ilişkin d, e, f soruları ‘sürece yayılan geçerlilik’ (*through-put validity*) hakkındadır^[143]. ‘Girişteki geçerlilik’, pozitivist hukukçunun daha ziyade ‘itibar’ ettiği geçerliliktir. Ancak Westerman, ‘sürece yayılan geçerliliğin’ de ‘girişteki geçerlilik’ kadar önemli olduğunu belirtmekte ve a, b, c soruları açısından itibarı belirsiz olmakla birlikte d, e, f soruları açısından itibarı yüksek olan bir kuralın da ‘bir miktar’ geçerli olduğunu savunmaktadır.

[141] John Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Ankara, Phoenix, 1. Baskı, 2017, s.46 vd.

[142] Westerman, *op. cit.*, s.167-8.

[143] *Ibid.*, s.168-9.

Westerman'ın 'sürece yayılan geçerliliği' basitçe 'etkinlik'miş gibi görünüyor. Ancak tam da öyle değil. 'Sürece yayılan geçerlilik' ile etkinlik arasındaki farkı ise Mackor daha iyi ifade etmiştir. İşin aslı Westerman'ın bu ayrımı, Mackor'un *gültigkeit-geltung* ayrımıyla örtüşür. Langenscheidt sözlüğe göre *gültigkeit*^[144] "geçerlik"; *geltung*^[145] "ağırlık/prestij" anlamına gelmektedir. Mackor, uygun İngilizce karşılık bulamadığından bu Almanca sözcükleri kullandığını belirtmektedir^[146].

Gültigkeit pozitivist anlamda geçerliliği yani Westerman'ın tabiriyle 'girişteki geçerliliği' ifade eder. *Gültigkeit* ölçütleri, kuralın türüne göre değişmekle beraber kavramın kendisi pek de tartışmalı değildir^[147]. Bununla birlikte Mackor, yasa yapımı sürecindeki sorunlar nedeniyle bir kuralın geçerli olmaksızın etkin olabileceğini söyler. Yasayı yapan merci yetkisini aşmış, usuli bir hata yapmış ya da normlar hiyerarşisini gözetmemiş olabilir. Bu kusurlar ilk bakışta anlaşılabilir ve kuralın muhatapları kendilerini kuralla bağlı görüp, kural uyarınca hareket etmeye başlayabilir. Bu durumda *gültigkeit*'tan yoksun ancak hem *geltend* hem de etkin bir kuralla karşılaşılır^[148].

Diğer yandan bir kural pekâlâ *gültig* olabilir ancak *geltung*'dan ve etkinliktен yoksun olabilir. Metruk yasalar tam da bu durumdadır. Burada önemli ayrım *geltung* ile etkinlik arasındaki ayrımdır. Mackor'a göre yumuşak hukukun geçerliliği *geltung* üzerinden temellendirilebilir ve *geltung* etkinlik değildir. *Geltung*, bir kuralın deontik sonuçlar doğurabilmesi, yani ödev yükleyebilmesi anlamına gelir. Bu kavramı, kısaca, toplumun o kuralı kural olarak benimsemesi ve ona uymak gerektiğini düşünmesi şeklinde tarif edebiliriz. Bu bakımdan *geltung* bir zihin durumunu ifade eder. Ancak toplum, kuralı kabul etmek ve ona uymak gerektiğini düşünmekle

[144] <https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/gueltigkeit> (Erişim tarihi: 21.07.2024).

[145] <https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/geltung> (Erişim tarihi: 21.07.2024).

[146] Anne Ruth Mackor, "What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law", in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.126.

[147] *Ibid.*, s.127-8.

[148] *Ibid.*, s.129.

birlikte uymuyor olabilir^[149]. Bu durum yaya geçitleri, hız sınırlamaları, dönüşlerde sinyal verme zorunluluğu gibi birçok trafik kuralı üzerinden örneklendirilebilir.

Bu ayırım üzerinden Mackor şu sonuca ulaşır: Yumuşak hukuk kuralını hukuk yapan, etkinliği değil, *hukuki geltung*'a sahip olmasıdır^[150], yani -son tahlilde- toplum ve uygulayıcılar tarafından hukuki ödevler yükleyen bir kural olarak kabul edilmesidir. Salt etkinliği esas alan bir değerlendirme ahlak, din, gelenek gibi birçok etkin kural ile yumuşak hukuk arasındaki ayırımı ortaya koyamaz.

C) ÖNERİMİZ: TEMKİNLİ PRAGMATİST YAKLAŞIM

Yumuşak hukuk geçerli olsa da olmasa da fiilen hukukun bir parçasını oluşturmaktadır. Katı hukukla etkileşim içinde hukuki yaşamda yönlendirici ve tamamlayıcı roller üstlenmektedir. Geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte fiilen mevcuttur ve pratik sonuçlar doğurmaktadır. Bu bakımdan biçimci bir reddiyecilikten temkinli bir pragmatik bakış bu konuda daha yararlı sonuçlara kapı açabilir.

Pragmatik bakış açısıyla, hukuki deneyime odaklandığımızda ve hukuk öznelerinin davranışlarını yönlendirmek ve hatta hukuk uygulayıcılarının kararlarını etkilemek bakımından yumuşak hukuk araçlarını değerlendirdiğimizde bu araçların hukuk dünyasında etki doğurmaları bakımından hukukun bir parçası olduklarını kabul etmemiz gerekir. Böyle bir bakış açısı elbette biçimci yaklaşıma daha yakın olan hukukçular için rahatsız edici gelecektir. Zira böyle baktığımızda hukuku ahlaktan ve siyasetten ayırmak mümkün görünmemektedir. Bu bakışta hukuk, ahlak, siyaset, iktisat, kamuoyu vs. tüm kavram ve olgular iç içe geçer ve hangisinin nerede başlayıp nerede bittiğini tespit etmek olanaksız hale gelir.

Bu makul bir kaygıdır. Ancak tüm bu etmenler hukuki deneyimde eğer bu denli iç içeyse bunları birbirinden ayırmak için kuramsal alanda incelikli analitik işlem önermeleri oluşturmaya çalışmanın ve bu kuramsal ayrımlar üzerinden giderek “şu hukuktur, şu hukuk değildir” demenin, sonra da “hukuk değildir” hükmü verilenleri hukuk kuramının inceleme alanının

[149] *Ibid.*, s.132-3.

[150] *Ibid.*, s.134.

dışına itmenin yararından çok zararı olacaktır. Bunun yerine bu makul kaygının itkisiyle hukuk kuramı, hukuk aleminde dönen ne varsa hepsinin yerini ve yönünü belirlemeye çalışmalı ve bunlarla ilgili değerlendirme ölçütleri oluşturmalıdır.

Temkinli pragmatik bakışta, her ne kadar yumuşak hukuk, hukukun bir parçası olarak kabul edilse de illaki olumlu bir şey olarak görülmez. Yumuşak hukukun varlığını kabul etmek, bununla birlikte onun geçerlilik, meşruiyet, demokratik katılım, şeffaflık, hukuki öngörülebilirlik, hukukun üstünlüğü gibi konularda yaratabileceği tehditleri öne sürerek ona olumsuz bir değer yüklemek de pekâlâ olanaklıdır ve bizce bu en makul yaklaşımdır.

Yumuşak hukuk belgeleri hukuki *geltung* sahibi olmalarından ziyade fiili sonuçlar yaratabilmeleri^[151] sayesinde etkinleşir ve etkinlik alanlarını genişletirler. Salt etkin olması veya fiilen kişi ve kurumları kendine uymak durumunda bırakabilmesi yumuşak hukuku benimsemek, kabullenmek veya onaylamak için yeterli değildir. Tam aksine, geçerliliği kuşkuyla bir kural dizgesinin geçerliymiş gibi algılanması ve geçerli hukukla benzer fiili sonuçlar doğurması tehlikelidir. Sözelimi normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri belirsiz, geçerliliği tartışmalı ve içeriği tam olarak bağlayıcı olmayan bir strateji belgesine uyup uymamanın bir devlet desteğine hak kazanma konusunda bazı durumlarda belirleyici olması ama her zaman da belirleyici olmaması; bazı firmalar burada belirtilen ölçütleri karşılamıyor olmalarına rağmen bu desteği alabilirken bazılarının karşılamasına rağmen alamaması ve buna ilişkin bir kanun yolunun da bulunmaması yumuşak hukukun doğasına pekala uygun olup hukukun doğasıyla bağdaşmaz niteliktedir.

Geçersiz bir kuralın hukuk olarak algılanması hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği azaltır. Yasa önünde eşitliği zedeler. Kamu görevlilerine ya da özel otoritelere demokratik süreçleri ve anayasal sınırlamaları bir kenara bırakarak etkin düzenlemeler yapma olanağı yaratır. Geçersiz düzenlemelerin etkinliği onların hanesine yazılacak bir artı değil üzerinde durulması gereken vahim bir durum teşkil eder. Öte yandan özel sektör aktörlerinin sözleşme niteliğinde olmayan, yani genel ve soyut nitelikte olan normatif dizgeler oluşturması ve piyasa işlemlerini bu dizgelerle yönlendirebilmesi de birçok açıdan sorunludur. Nitekim bunu ancak piyasa payı büyük olan güçlü

[151] Stephan Kirste, “Concept and Validity of Law”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.49-50.

firmalar ya da firma örgütlenmeleri yapabilir. Bu durum rekabeti bozabileceği gibi, yasama konusunda devlet iktidarıyla yarışan piyasa aktörlerinin ortaya çıkmasına neden olabilir.

Dolayısıyla temkinli pragmatik bakış, yumuşak hukukun hukuk alemindeki varlığını kabul eder ancak onu yeni ve kullanışlı bir araçtan ziyade bir sorun olarak ele alır. Gelinen noktada yumuşak hukuku “geçersiz” addedip yok saymak olanaklı görünmüyor. Ancak bu alandaki iktidar ilişkilerinde zayıf olanları korumak için çok yönlü tedbirlerin alınması gerekmektedir^[152]. Yumuşak hukuk araçlarının kullanımı katı hukukla kuşatılmış olmalı ve yumuşak hukukun, bürokrasinin ya da piyasa aktörlerinin kendi içinde oluşturup sessiz sedasız uyguladığı bir alternatif hukuka dönüşmesi engellenmelidir^[153]. Bu da ancak yargısal denetimle mümkündür. Konsey de 2016’dan sonra verdiği kararlarda etkin sonuçlar doğuran yumuşak hukuk belgelerinin iptal davasına konu edilebileceğini göstermiştir^[154]. Kamu kaynaklı yumuşak hukuk araçlarının idari yargıya konu edilmesi hukuk devleti ilkesi açısından olumlu olmakla birlikte özel aktörlerce oluşturulan araçlara karşı da yurttaşları ve piyasadaki görece zayıf aktörleri koruyacak düzenekler ve etkin başvuru yolları oluşturulmalıdır. Yumuşak hukuk belgeleri muhatapları açısından bağlayıcı olmasa da o belgeyi düzenleyen kurum ve örgüt açısından bağlayıcı kabul edilmeli ve muhataplar bu belgelerden doğan çıkar ve haklarını dava yoluyla talep edebilmelidir.

IV. ETKİNLİK SORUNU: YUMUŞAK HUKUK NASIL ETKİN OLUYOR?

Geçerliliği kuşkulu olduğu için yumuşak hukukun tek varlık temeli etkinliğidir. Etkinlik, resmi katı hukuk kuralları için de önemli olmakla birlikte kuramsal açıdan bir varlık koşulu teşkil etmez^[155]. Nitekim yumuşak hukukun geçerliliği lehine getirilen önermelerin tamamı son tahlilde onun etkinliğine dayanmaktadır. Ancak yumuşak hukukun etkinliği de geçerliliği kadar tartışmalı bir meseledir. Bu bölümde yumuşak hukukun hangi yollarla etkinleştiği üzerinde duracağız. Sonraki bölümde ulusal bağlamda yumuşak

[152] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.405.

[153] Sossin ve Smith, *op. cit.*, s.870.

[154] Açımız, *op. cit.*, s.563.

[155] Conseil d’État, *op. cit.*, s.104.

hukukun uygulamada yarattığı sorunlardan söz ederken etkinlikle ilgili sorunları da ele alacağız.

Yumuşak hukuk kurallarının bağlayıcı olmamasına bakarak bunların zorlayıcı bir etki yaratmadığını düşünmemek gerekir. Yargısal yaptırım gücü olmasa da yumuşak hukuk araçları farklı biçimsel veya zihinsel düzenekler üzerinden etkinlik kazanabilmekte ve katı hukuk kadar hatta kimi zaman katı hukuktan daha etkin bir biçimde muhataplarının davranışlarını yönlendirebilmektedir^[156]. Yumuşak hukuk kurallarının etkinleşebilmesi için “uy ya da açıkla” (*follow or explain*), raporlama, teşvik, akreditasyon, lisanslama gibi yapılandırılmış yöntemler kullanılabildiği gibi ifşa ve ayıplama (*naming and shaming*) ikna, dürtükleme (*nudging*), kara listeye alma, söylem oluşturma, karşılıklı öğrenme, algı yönetimi, müzakere, boykot, toplum baskısı, ağ etkisi, sürü etkisi gibi daha az yapılandırılmış yöntemler veya toplumsal ve zihinsel süreçler devreye sokulabilmektedir^[157]. Bazı ulusal örneklerde yumuşak hukukun yargı kararları üzerinde de etkili olabildiği görülmektedir.

A) YAPILANDIRILMIŞ YÖNTEMLER

Yumuşak hukukun gönüllülüğe dayanan doğası gereği yapılandırılmış denetim düzenekleriyle uyumsuz olduğu düşünülebilir. Ancak tam da bu gönüllülüğe dayanan doğası gereği yumuşak hukuk daha sıkı denetleme ve uyum düzeneklerine sahip olmalıdır. Aksi takdirde yumuşak hukuk istismara açık bir hale gelir ve hukuki güvenliği zedeleyebilir. Konsey bu durumu yumuşak hukukun çıkmazlarından biri olarak ifade eder^[158].

Nitekim birçok yumuşak hukuk belgesinin kendi içerisinde bazı uyum düzenekleri öngördüğü görülmektedir. Bu düzenekler çok farklı şekilde oluşturulabilir. Örneğin OECD Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) kara

[156] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.289.

[157] Birte Böök and Linda Senden, “Soft law: booster or brake for the promotion of gender equality in the EU?”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.372; Zerili, *op. cit.*, s.73; David M. Trubek, Patrick Cottrell ve Mark Nance, “‘Soft Law’, ‘Hard Law’ and EU Integration”, in Gráinne de Búrca ve Joanne Scott (Ed.), *Law and the New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2006, s.79-80.

[158] Conseil d'État, *op. cit.*, s.111.

para aklamanın önlenmesi için oluşturduğu tavsiye kararları, uluslararası faaliyet gösteren şirketleri, bünyelerindeki yöneticiyi bu tavsiye kararlarına uyumu gözetmekle görevlendirmekle sorumlu tutmaktadır^[159]. Bu yöntem ulusal otoritelerce de mali hukuk, rekabet hukuku, iş hukuku, çevre hukuku gibi birçok alanda kullanılabilir. İş güvenliği, sivil savunma, ilk yardım, toplumsal cinsiyet eşitliği vb. birçok alanda yumuşak hukuk niteliğinde düzenlemeler oluşturulabilir ve kurumlara ya da firmalara bu düzenlemelerin kapsamına giren konulardan sorumlu bir görevli tespit etme ya da komisyon oluşturma gibi uyum düzenekleri önerilebilir.

Bu belgelerde kurum ya da firmalara, ilgili tavsiyelere uyum yönünde attıkları adımları belirli vadelerde raporlama, uyumun sağlanmadığı noktalarda neden sağlanmadığını açıklama gibi yükümlülükler getirilebilir. Buna “uy ya da açıkla” yöntemi denmektedir. Avrupa Birliği hukukunda çokça başvurulması^[160] nedeniyle bilinirliği artan bu yöntem ulusal hukuklarda da kullanılmaktadır. İsveç Mali Denetim Ofisinin bu yönteme dayanan birçok genel tavsiye yayımladığı belirtilmektedir. Muhataplar, bu tavsiyelere uymamakta özgürdürler ancak neden uymadıkları hakkında rapor vermeleri gerekmektedir. Bu raporlarda yumuşak hukuk kuralından sapmanın katı mali hukuk düzenlemelerine uyma konusunda kendilerine nasıl bir kolaylık sağladığını açıklamaları beklenmektedir^[161].

Raporlama ve “uy ya da açıkla” yöntemleri başlı başına uyum yönünde bir güdüleme teşkil etse de bunların tam anlamıyla etkili olabilmesi için bu raporları ve açıklamaları birilerinin okuması ve bu raporların somut sonuçlar doğurması gerekir^[162]. Bu somut sonuçlar yaptırımdan ziyade yumuşak hukukun doğasına uygun olacak şekilde teşvik, akreditasyon ve lisanslama gibi biçimlerde karşımıza çıkar^[163]. Yumuşak hukukun yumuşaklık/sertlik derecesi de bu biçimlere göre değişmektedir. Salt tavsiye niteliğinde bir

[159] *Ibid.*, s.99.

[160] Bruno De Witte, “Soft Law in European public law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.111.

[161] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.292-3.

[162] Terpan, *op. cit.*, s.48.

[163] Snyder, *op. cit.*, s.11.

kural ile belirli bir konuda akredite olmak için uyulması gereken bir kural (ikisi de yumuşak hukuk kuralı olsa da) aynı derecede yumuşak değildir^[164].

Akreditasyon birçok alanda işlem maliyetlerini azalttığı için, akredite kurum veya firmaların tercih edilebilirliğini artırır^[165]. Turizm tesislerine verilen yıldızları buna örnek gösterebiliriz. Bu yıldızlar söz konusu tesisin belirli hizmet ölçütlerini karşıladığını hızlı bir biçimde ifade ederler. Bu yıldızlar sayesinde muhtemel müşterilerin tüm tesisi inceleme, var olan hizmetleri ve bunların niteliğini araştırma, hizmet-fiyat verimliliğini hesaplama ve bunları tek tek diğer tesislerle karşılaştırma gibi işlem maliyetleri büyük ölçüde ortadan kalkar. Böyle bir göstergeye sahip olmak başlı başına bir tercih sebebidir. Nitekim akredite olmak başlı başına bir teşvik teşkil eder. Bu nedenle akreditasyon eğitim, sağlık, bakım vb. birçok hizmet alanında karşımıza çıkan etkin bir yumuşak hukuk uygulamasıdır.

B) YUMUŞAK HUKUKUN YARGI KARARLARINA ETKİSİ

Yumuşak hukukun yargı organlarınca nazara alınıp alınamayacağı ve mahkemelerin davaları karara bağlarken yumuşak hukuk kurallarına dayanıp dayanamayacağı tartışmalı bir konudur. Bağlayıcı olmaması ve yaptırım öngörmemesi nedeniyle bu kuralların kararlara zemin teşkil edemeyeceği söylenebilir. Ancak bir davanın karara bağlanması sadece hükmün verilmesi ve o hükmün kanuni dayanağının gösterilmesinden ibaret değildir. Somut olayın kurgulanması ve hukuki vasfının belirlenmesi, delil ve beyanların değerlendirilmesi, çelişkilerin giderilmesi, yorum sorunlarının çözülmesi, takdir yetkisinin şu veya bu yönde kullanımının gerekçelendirilmesi, tazminat miktarlarının belirlenmesi gibi birçok hususta ve kanunun açık uçlu bıraktığı birçok durumda yumuşak hukuk tamamlayıcı ve oldukça belirleyici bir tarzda hukuki muhakemeye dahil olabilir.

Sözgelimi bir sektördeki genel uygulamanın ne olduğunun tespit edilmesi gerektiğinde, keza “hayatın olağan akışı”, “bilen ya da bilmesi gereken”, “makul özen beklentisi”, “haklı sebep” gibi anahtar hukuki ifadelerin

[164] Weeks, *op. cit.*, s.19.

[165] Westerman, *op. cit.*, s.177-8.

içeriğinin doldurulması söz konusu olduğunda konuyla bağlantılı yumuşak hukuk kuralları yargı kararları üzerinde etkili olabilir^[166].

Yumuşak hukukun yargı kararları üzerinden etkinleşmesi dolaylı yolla da olabilir. Yukarıda belirtilen tarzda, bir mahkemenin bir yumuşak hukuk kuralına atıfla karar vermesi halinde bu kararda geçen yumuşak hukuk kuralı artık içtihadın bir parçası haline gelecek ve kararı veren mahkemenin derecesine bağlı olarak içtihat düzeyinde etkili ve bağlayıcı bir hukuk kaynağına dönüşecektir^[167].

Yumuşak hukuk araçlarının yargı kararlarına temel alınamadığı durumlarda da kamu denetçilikleri veya tüketici heyetleri gibi kurum ve kurumların kararları üzerinden etkinleşebildiği belirtilmektedir^[168].

C) YAPILANDIRILMAMIŞ YÖNTEM VE SÜREÇLER

Görüldüğü üzere yumuşak hukuk, yargı da dahil olmak üzere birçok yapılandırılmış araç üzerinden etkinleşebilse de hukuki sonuçlar üzerinde nihai bir belirleyiciliğe sahip değildir. Kulağa bir hepdoğru (totoloji) gibi gelmekle birlikte, gerçekten de yumuşak hukukun etkinliği, muhataplarını etkileyebilme gücünden kaynaklanır^[169]. Yumuşak hukukun etkinleşmesinde toplumsal grupların baskısı, algı yönetimi ve ağ etkisi gibi yapılandırılmamış yöntem ve süreçler öne çıkar.

Özellikle firmaların yumuşak hukuk araçları oluşturma ve bunlara uyma tutumlarında sivil toplum kuruluşlarının ve ulusötesi aktivistlerin baskıları etkili olmaktadır. Kitle iletişimi çağında hızlıca ortak simgeler ve ortak söylemler üzerinden kamuoyu yaratmak ve ortak eylem örgütlemek mümkündür^[170]. Bu nedenle bu grupların ifşa ve ayıplama faaliyetleri ve boykot çağrıları tüketicilerin ve yatırımcıların davranışlarını etkileyerek firmaların imajı, marka değeri, ve hatta hisse fiyatı üzerinde önemli olumsuz

[166] Weeks, *op. cit.*, s.53; Conseil d'État, *op. cit.*, s.62.

[167] Terpan, *op. cit.*, s.48.

[168] Weeks, *op. cit.*, s.271.

[169] *Ibid.*, s.13.

[170] Terpan, *op. cit.*, s.47.

sonuçlar yaratabilmektedir^[171]. Büyük şirketlerin çevrenin korunması, çocuk işçiliğinin ve zorla çalıştırmanın önlenmesi ve hayvan hakları gibi alanlarda etik davranış ilkeleri geliştirmesinde ve bunlara uymasında toplumsal grupların hassasiyetleri ve etkinlikleri önem arz eder^[172].

Kamu otoritelerinin toplumun geneline yönelik oluşturduğu yumuşak hukuk belgelerinin etkinleşmesinde ise algı yönetimi önemli bir paya sahiptir. Bir kamu otoritesinin oluşturduğu ve hukuka özgü o buyurucu üslupla yazılmış olan bir resmî belge bağlayıcı olmasa ve hiçbir yaptırım öngörmese dahi özellikle hukuki işlere aşina olmayan yurttaşların davranışları üzerinde katı hukukla benzer bir etkiye sahip olur. Yurttaşların büyük bir bölümü katı hukuk ile kamu kaynaklı yumuşak hukuk arasındaki farkı belirleyecek hukuki bilgiye sahip değildir. Bu nedenle yumuşak hukuku da katı hukuk olarak algılayabilirler^[173].

Algı veya beklenti yönetimi hukukun aşina oyuncularını bakımından da söz konusudur. Bir mali düzenlemenin nasıl yorumlanacağına, katı düzenlemelerde geçen teknik tabirlerden ne anlaşılması gerektiğine, bir teşviğe nasıl hak kazanılacağına ilişkin oluşturulan bir kılavuz tüm muhatapları için yönlendirici nitelikte olacaktır^[174]. Nitekim kamu otoritelerinin oluşturduğu yumuşak hukuk araçları, muhataplarının hukuki öngörülerini etkileyerek davranışlarını yönlendirir. Bir konuda oluşturulan yumuşak hukuk kuralı, devletin gelecekte bu konuda bir katı hukuk yapma niyetinde olduğunun işareti olarak da algılanabilir. Böylece muhataplar, sonradan ortaya çıkabilecek katı yükümlülüklerle şimdiden ayak uydurma yönünde adımlar atabilirler. Bu katı düzenleme beklentisi hiç gerçekleşme dönüşme dahi bizatihi bu beklenti, muhatapların istenen davranışları benimsemesine yol açabilir. Tam da bu nedenle belki söz konusu katı hukuk kuralına gerek dahi kalmayabilir^[175].

[171] Conseil d'État, *op. cit.*, s.11.

[172] Boris Holzer, "Rules and responsibilities: business and social norms in transnational governance", in Mariolina Elia Antonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.132-3.

[173] Weeks, *op. cit.*, s.19.

[174] *Ibid.*, s.1.

[175] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.586.

Yumuşak hukukun etkinleşmesinde önemli bir etmen de ağ etkisidir. Ağ etkisi, bir varlığı kullanan kişi sayısı arttıkça o varlığa olan talebin de ivmelenerek artması şeklinde ortaya çıkar. Dil bu durumun tipik bir örneğini teşkil eder; İngilizce konuşan kişi sayısı arttıkça, İngilizcenin her konuşan için değeri artar ve bu, daha fazla kişinin İngilizce öğrenmesini de beraberinde getirir. Telefon ağları, demiryolu rayları, bilgisayar yazılımları gibi diğer örneklerde de aynı durum geçerlidir. Özellikle teknik standart biçimindeki yumuşak hukuk araçları da aynı şekilde ağ etkilerine maruz kalır; standartların değeri, daha fazla aktör tarafından kullanıldıkça artar. Yeni bir uygulama tarzı oluşturmak ya da baskın olan standarttan başka bir standart kullanmak maliyetli olduğundan, piyasa aktörleri mevcut standartları kullanmaya yönelirler. Belirli bir standart baskınlık kazandıkça o alandaki iktidarı ivmelenerek artmaya başlar ve yeni oyuncular üzerinde epey zorlayıcı bir etki yaratır^[176]. Bu kadar baskın olan standartları, dilbilgisi kurallarına benzetebiliriz. Dilbilgisi kuralları katı hukuk kuralları gibi bağlayıcı değildir ancak o kadar yaygın ve istikrarlı kullanılırlar ki onlara uymaktan başka yol bırakmazlar^[177].

V. UYGULAMADA YUMUŞAK HUKUK: OLANAKLAR VE ÇEKİNCELER

A) YUMUŞAK HUKUKUN OLANAKLARI

Yumuşak hukukun, tanım ve geçerlilik sorunlarına rağmen bu kadar yaygın bir biçimde kullanılıyor olması muhakkak bir yerlerde birilerinin işine yarıyor olmasıyla açıklanabilir. Burada yumuşak hukuk lehine getirilen önermeler üzerinden yumuşak hukukun uygulamada sağladığı olanakları kısaca belirteceğiz.

1- Yumuşak Hukuk Katı Hukuku Destekler ve Tamamlar

Katı hukuk, sıkı usullere bağlı olarak oluşturulan genel ve soyut kurallardan oluşmaktadır. Bu yapısı nedeniyle bazı konuları kavraması veya ince ayrıntılarına kadar düzenlemesi her zaman mümkün değildir. Böyle durumlarda yumuşak hukuk devreye girerek genel ve soyut kuralların farklı

[176] Druzin, “*op. cit.*”, s.362-4.

[177] *Ibid.*, s.365.

bağlamlara göre içeriklerinin somutlaştırılması ve daha anlaşılır kılınması için görev üstlenebilir^[178].

Katı hukuk, belirli bir formda ve genellikle sadece sözcüklerle oluşturulur. Mevzuatta görsellerle, tablolarla, diyagram ya da grafiklerle pek karşılaşılmaz. Mevzuatın görselleştirme konusundaki kısıtlılıkları da yumuşak hukuk belgeleriyle aşılabılır. Keza karmaşık ya da soyut meseleler de yumuşak hukukta daha basit ve açıklayıcı bir dille ortaya koyulabilir. Tüm bu görseller ve açıklamaların katı hukuka dahil edilmesi mevzuat enflasyonuna neden olabileceğinden yumuşak hukukla katı hukuku destekleme yoluna gidilmesi önerilmektedir.^[179]

Bunların yanı sıra kamu otoriteleri belirli bir faaliyet alanının genel çerçevesini katı hukukla çizdikten sonra teknik ayrıntıların alandaki aktörlerin temsilcilerince özdüzenleme yoluyla yapılmasına izin verebilir. Böylece hukukun muhatapları katı hukuku kendileri için daha anlaşılır ve açık kılma olanağına kavuşabilir. Bu örnekler çoğaltılabilir ancak kısaca yumuşak hukuk, katı hukukun bilinmesine, anlaşılmasına, beklentilerinin somutlaştırılmasına ve sonuçlarının öngörülmesine katkı sunmaktadır.^[180]

2- Yumuşak Hukuk Kamu Görevlilerini Yönlendirerek İstikrar ve Öngörülebilirlik Sağlar

Yumuşak hukukun, kamu görevlilerine takdir yetkisi bırakılan alanlarda katı hukuku tamamlayacak tarzda kullanılmasının yararlı olacağı belirtilmektedir^[181]. Bir gösteri yürüyüşünün yapılmasına veya bir açık hava etkinliğinin düzenlenmesine izin verilmesi, bir teşvikin veya sosyal yardımın sağlanması, bir başvurunun kabulü, kentsel dönüşüm gibi konular kamu görevlilerinin esnek davranabilmesini ve her tek durumun özelliğini göz önünde tutmasını gerekli kılmaktadır. Bu tür konulara ilişkin, kamu görevlilerine tanınan takdir yetkisini bağlayıcı olmayacak tarzda yönlendiren kılavuzlar ve rehberler hazırlanmalıdır. Böylece yumuşak hukuk, takdir

[178] Conseil d'État, *op. cit.*, s.5.

[179] *Ibid.*, s.13-4.

[180] *Ibid.*, s.97.

[181] *Ibid.*, s.143.

yetkisinin, ulusal uygulama birliğini zedelemeyecek tarzda ve keyfilige yer bırakmayacak şekilde kullanılmasına katkı sağlayabilecektir^[182].

Yetkili makamın kararına rehberlik ederek takdir yetkisini yönlendiren yumuşak ölçütler, muhatapların bu kararlar hakkında isabetli öngörüler oluşturabilmelerine de yardımcı olur. Böylece yumuşak hukuk, hukuki öngörülebilirliği artırır ve hukukun üstünlüğünü pekiştirir^[183].

3- Yumuşak Hukuk Yeni Yönetişim Araçları Sunar

Yumuşak hukuk kamu otoritelerine normlar hiyerarşisinin bilindik öğelerinin dışında hukuki ifade araçları sunarak devlet etkinliğini merkezi planlama ile *laissez faire* ikiliğinden kurtarır ve ara modellerin geliştirilebilmesini sağlar^[184].

Buna ek olarak, yumuşak hukuk özel aktörlere de ayrı ayrı veya birlikte yönlendirici düzenlemeler yapma olanağı verir. Böylece hem kamu otoritelerinin hem özel aktörlerin hareket alanlarını genişletir^[185].

4- Yumuşak Hukuk Yeni Durumlara Hızlı Yanıt Verir

Yumuşak hukuk hızla gelişen yeni olaylar, buluşlar ya da sorunlar söz konusu olduğunda önemli olanaklar sunmaktadır. Alanyazında yumuşak hukukun sosyal medya aracılığıyla anonim tarzda örgütlenen sokak etkinlikleri^[186] gibi yeni türden olaylar, kripto varlıklar, yapay zekâ gibi yeni buluşlar^[187] ve salgın hastalık gibi hızla gelişen sorunlar^[188] karşısında yönetim olanaklarını arttırdığı savunulmaktadır.

[182] Weeks, *op. cit.*, s.2.

[183] *Ibid.*, s.1-2.

[184] Conseil d'État, *op. cit.*, s.13.

[185] *Ibid.*, s.6.

[186] *Ibid.*, s.96.

[187] Gary Marchant, “‘Soft Law’ Governance of Artificial Intelligence”, *UCLA AI Pulse Papers*, 2019, s.2-3. <https://escholarship.org/uc/item/0jq252ks> (Erişim Tarihi: 20.04.2024).

[188] Boschetti ve Poli, *op. cit.*, s.52-3; Knauff, *op. cit.*, s.57.

Bu olanakların başında yumuşak hukukun hızlıca benimsenip değiştirilebilmesi gelmektedir.^[189] Katı hukuk düzenlemelerini yürürlüğe sokmak ve bir kez yürürlüğe girdikten sonra yürürlükten kaldırmak ya da değiştirmek uzun zaman alan bir iştir. Katı kurallar bir kez yürürlüğe girdiklerinde kendileriyle bağlantılı çıkarları bir şekilde düzenlemiş olurlar ve bunları değiştirmeye çalışmak dirençle karşılaşabileceği gibi siyaseten de maliyetli olabilir^[190].

Yeni durum, buluş ya da sorunların birçoğunda çokuluslu şirketler, özel araştırma kuruluşları, kamu kuruluşları, yerel hizmet sağlayıcılar, yurttaşlar gibi birbirinden farklı düzlemlerde yer alan aktörlerin farklı vadelere gerçekleştirecekleri eylemlerin uyumlulaştırılması ihtiyacı söz konusu olmaktadır. Sözelimi yapay zekâ alanındaki ilerlemeler birden fazla sanayi ve hizmet dalını, bakanlığı ve işçiler, yurttaşlar, tüketiciler gibi farklı niteliklere göre belirlenen paydaş topluluklarını kapsayan uygulamaları içermektedir. Bunun yanı sıra yapay zekâ alanındaki riskler sağlık, güvenlik, istihdam, çevre gibi birçok farklı alana yayılabilmektedir. Üstüne üstlük bu alandaki gelişmelere ilişkin etik tartışmalar da henüz olgunluğa ulaşmamıştır. Kısaca yapay zekanın paydaşları, riskleri, faydaları ve istikameti halihazırda belirsizdir^[191]. Bu konuyla bağlantılı farklı toplulukların tamamını muhatap alacak ve sorunun tüm farklı yönlerini kapsayacak katı hukuk düzenlemeleri yapmak mümkün değildir. Yumuşak hukuk tüm bu farklı düzlemlere hitap edebilir ve bunları esnek bir ağ içine yerleştirerek etkinlikleri bir çerçeveye oturtabilir. Bunlar arasındaki eşgüdümü ve uyumu sağlayarak risk-getiri dengesini koruyabilir^[192].

Yumuşak hukukun bağlayıcı olmaması bu tür yeni durumlarda bir sorundan ziyade olanak teşkil eder. Çünkü bu tür durumları, ilk ortaya çıktıklarında genellikle hiç kimse -özellikle de yasa koyucu- tam olarak

[189] Eliantonio, Korkea-aho ve Mörrth, *op. cit.*, s.1; Weeks, *op. cit.*, s.11; Mariolina Eliantonio ve Emilia Korkea-aho, “Soft law and courts: saviours or saboteurs of the rule of (soft) law?”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörrth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.191; Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.383.

[190] Miller, *op. cit.*, s.897.

[191] Marchant, *op. cit.*, s.2-3.

[192] Boschetti ve Poli, *op. cit.*, s.52-3.

kavrayamaz. Hakkında düzenleme yapılacak sorunun iyi anlaşılması ve tanımlanmış olması yöntemli yasamanın ilk gerekliliğini teşkil eder. Bu gereklilik henüz yerine getirilememişken katı düzenlemeler yapmak, durumun niteliğine göre, iyi bir gelişmenin engellenmesine^[193] ya da bir sorunun bizzat hukuk tarafından büyütülmesine neden olabilir.

Yumuşak hukuk ise bu tür durumlarda tüm ilgili aktörlere bir esneklik alanı ve öğrenme süreci sağlar^[194]. Kurumlar ve firmalar bu öğrenme süreci içerisinde yumuşak hukukla belirlenmiş hedeflere uygun olarak en iyi uygulama örnekleri (*best practices*) oluşturmak için denemeler yapabilirler. Bu örnekler sonradan yapılacak katı hukuk düzenlemeleri için de sağlam bir temel oluşturur^[195].

5- Yumuşak Hukuk Kurumların Özerkliğini Korur

Aktörlere özerklik alanı bırakılan ya da bırakılmak istenen konularda yumuşak hukuk yararlı bir seçenek teşkil eder. Üniversitelerin, basın, sanatçıların, doktorların vs. özerkliklerini ihlal etmeden bunların etkinliklerini yönlendirmek katı hukuktansa yumuşak hukukla daha olanaklıdır. Keza bağımsız kuruluşların ve sivil toplum kuruluşlarının özerklik alanlarına müdahale etmeden onları yönlendirmek gerektiğinde katı hukuk pek elverişli olmamaktadır. Bu tür durumlarda mutabakat belgeleri ve protokoller bir yandan bu özerkliği korurken diğer yandan istenen yönlendirmeyi sağlayabilir^[196].

6- Yumuşak Hukuk Paydaşların Katılım Olanaklarını Arttırır

Özdüzenleme ve birlikte düzenleme gibi yumuşak hukuk olanakları, devlet ile düzenlemenin paydaşları arasında işbirliğine ve katılımcılığa dayalı bir yaklaşımı teşvik eder. Böylece kurallar, o kurallara tabi olanlarca doğrudan

[193] Nilgün Açıkalm, “Etik ve Hukuk İçin Zorlu Sınav: Yeni Nesil Teknolojik İnovasyonlar”, *TFM*, Cilt 7, Sayı 1, 2021, s.14.

[194] Conseil d’État, *op. cit.*, s.10.; Marchant, *op. cit.*, s.13.

[195] Kishanthi Parella, “Hard And Soft Law Preferences In Business And Human Rights”, *AJIL Unbound*, Sayı 114, 2020, s.169.

[196] Conseil d’État, *op. cit.*, s.10.

şekillendirilebilir. Katılımın yüksekliği, oluşturulan kuralların meşru görülme ve etkinleşme düzeyini olumlu etkileyecektir.^[197]

Kuralların, ilgililerce veya ilgililerin katılımıyla oluşturulması, alanda doğrudan etkinlik gösteren kişilerin uzmanlık ve tecrübelerinden yararlanma olanağını da artırır. Piyasa aktörlerinin kendi faaliyet alanlarıyla ilgili daha iyi uzmanlık ve öngörü olanaklarına sahip olduğu varsayımıyla bu tür düzenlemelerin ve paydaş katılımlı uyum düzeneklerinin kuralların niteliğini arttıracığı savunulmaktadır^[198].

7- Yumuşak Hukuk Verimlidir

Yumuşak hukuk, katı hukukla çok daha pahalıya mal olacak işlerin ucuza yapılmasını sağlayabilir. Yumuşak hukuk araçları devletin düzenleme yapma ve bunlara uyumu denetleme maliyetlerini piyasa aktörleriyle paylaşmasına olanak verir ve böylece devletin regülasyon maliyetlerini düşürür^[199].

Yumuşak hukukun verimlilik bakımından yaygın etkisi ise işlem maliyetleri üzerinden gerçekleşmektedir. Burada standartlar, sertifikalar ve akreditasyon önemli bir rol oynar. Teknik standartlar, tüketicilere güven verir, işlem maliyetlerini düşürür ve ürünlerde gereksiz çeşitliliği önleyerek ölçek ekonomilerini destekler^[200]. Genel olarak, standartlar ve sertifika programları, alıcılar ve satıcılar arasında karmaşık ürün özellikleri hakkında iletişimi kolaylaştırır. Örneğin, inşaatçılar çelik satın alırken ilgili çelik standartlarına atıfta bulunurlar. Standartlar ve sertifikalar, tüketicilerin ve satıcıların uzman olmasını gerektirmeden işlem yapabilmelerini sağlayarak işlem maliyetlerini düşürür ve tüm aktörlerin işlemlerini daha verimli hale getirir^[201].

[197] Creyke, *op. cit.*, s.18.

[198] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.66.

[199] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.594.

[200] Conseil d'État, *op. cit.*, s.11.

[201] Miller, *op. cit.*, s.899.

B) YUMUŞAK HUKUKA İLİŞKİN ÇEKİNCELER

Dile getirilen olanaklara rağmen, yumuşak hukukun istenirliği hakkında bir kanaate varmadan önce içerdiği ve yarattığı sorunları da ortaya koymak gerekir. Yumuşak hukukun gereksizliği ve hatta zararları hakkındaki eserlerin sayısı, yararları hakkındaki eserlerin sayısından oldukça azdır. Ancak bu az sayıda eserde dile getirilen sorun ve eleştirilere henüz bir yanıt verilemediğini de ifade etmek gerekir. Yumuşak hukukun demokratik meşruiyet taşımadığı, açıklık ve kesinlikten yoksun olduğu, piyasadaki büyük aktörleri kolladığı, toplumsal siyasaları baltaladığı, etkisiz olduğu, yürütmenin hakimiyet alanını hukukun üstünlüğüne aykırı olacak şekilde genişlettiği, hesap verebilirliği ve şeffaflığı ortadan kaldırdığı vb. çok sayıda iyi temellendirilmiş ve saha verileriyle desteklenmiş eleştiri bulunmaktadır^[202]. Burada bu eleştirilerin başta gelenlerini kısaca ortaya koyacağız.

1- Yumuşak Hukuk Meşru Değildir

Yumuşak hukuk lehine getirilen en güçlü iddia, yumuşak hukukun katı hukuk düzenlemelerinin tabi olduğu usuli gerekliliklerden muaf olduğu ve bu nedenle daha devingen olduğu gerçeğine dayanır. Bu iddialara göre, hukuk devleti çok hantallaşmıştır. Yeni ve hızlı gelişmeler karşısında idare veya özel sektör aktörleri, hukuki düzenleme yapımına ilişkin anayasal gereklilik ve usullerle bağlı olmadan kural koyabildiğinde daha hızlı çözülebilecektir.

Yasa yapma etkinliğini demokratik meşruiyetten, siyasal uzlaşmadan ve siyasi hesap verebilirlikten uzaklaştırmanın, yumuşak hukukun sunduğu olanaklardan biri olarak dile getirilmesi eleştiri konusudur^[203]. Bu tür bir olanak her tür 'tedbir devleti', 'polis devleti' ya da topyekûn diktatörlük için de dile getirilebilir. Bu temelden yapılan yumuşak hukuk savunularına bakıldığında, bu hukuki aracın adeta hukukun doğasından yoksun olduğu için övüldüğü görülmektedir.

Konsey, bu tür olumsuz tepkilerin tümünün demokratik meşruiyet meselesine fazlaca odaklanan klasik hukuki ve siyasi modele bağlı kesimlerden

[202] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.65; Trubek, Cottrell ve Nance, *op. cit.*, s.66; Conseil d'État, *op. cit.*, s.47.

[203] Weeks, *op. cit.*, s.42-44; Ulrika Mörth, "Democracy and soft law", in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.87.

geldiğini ifade etmiştir^[204]. Yukarıda da ifade edildiği üzere Konsey, bu mesele üzerinde pek durmaksızın yumuşak hukukun meşruiyetini kamu yararına hizmet etmesi ve paydaşların (*shareholders*) katılımı üzerinden temellendirmeye yönelmiştir^[205]. Bununla birlikte yumuşak hukukun kamu yararına işleyip işlemediğini denetleyecek etkin düzenekler önerilmemektedir. Bu tür düzenekler, yumuşak hukukun doğasıyla da bağdaşır görülmemektedir. Yürütmenin ve özel sektör aktörlerinin iyi niyetli olduğu ve onların kamu yararını gözettileri varsayılmakta ve herkesten de bu varsayımı paylaşması beklenmektedir.

Buna karşılık, bu varsayımın arka planında, yasamadan yürütmeye ve daha da vahimi piyasa aktörlerine doğru bir iktidar devrinin gerçekleştirildiği dile getirilmektedir^[206]. Yumuşak hukuku, modern korporatizm (şirket egemenliği) bağlamında ele alan Oğus da, burada, yerleşik anayasal kanallar aracılığıyla genel kamuoyuna hesap verme yükümlülüğü bulunmayan toplulukların iktidarı ele geçirmesinin bir örneğinin bulunduğunu iddia etmektedir^[207]. Oğus'a göre, yumuşak hukukun, genel olarak yasaların yorumlanmasını ve yargı kararlarını etkileyecek şekilde oluşturulması ya da bir şekilde onun oluşumunda hiç söz hakkı olmamış kişileri etkilemesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine yönelik tahammül edilemez bir ihlal teşkil etmektedir.

'Paydaşlar' yumuşak hukuk ve genel olarak yeni yönetim söyleminde sıklıkla başvurulan bir meşruiyet kaynağıdır. Bu söylemde 'yurttaş' ile pek karşılaşılmaz. 'Yurttaş' da tıpkı genel demokratik meşruiyet talebi gibi "klasik hukuki ve siyasi model"e ait eskimiş bir öge olarak görülmüş ve terk edilmiştir. Yurttaşın yerini paydaş almıştır. Paydaşların sürece katılımının sağlanmış olması demokratik meşruiyet bakımından gerekli ve yeterli görülür. Bankacılık düzenlemeleri bankacılar ile, kurumlar vergisi düzenlemeleri kurumlar ile, ithalat düzenlemeleri ithalatçılar ile masaya oturarak yapılmalıdır. Burada 18. ve 19. yüzyılların, mülk sahipliğini esas alan demokrasi uygulamalarına bir geri dönüş olduğu görülmektedir.

[204] Conseil d'État, *op. cit.*, s.51.

[205] *Ibid.*, s.116 vd.

[206] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.290; Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.191.

[207] Oğus, *op. cit.*, s.99.

Her düzenlemeyi, düzenlemenin doğrudan ilgilendirdiği kişilerle (hatta bunların sadece bir kısmıyla) yapmak, düzenlemeler üzerindeki genel kamuoyu denetimini ortadan kaldırır. Hele ki bu düzenlemeleri, yumuşak hukuk araçlarıyla yaparak yargı denetiminin de dışına itmek demokratik yönetim açısından kabul edilemez. Bu yöndeki endişelerin “klasik hukuki ve siyasi model”e yönelik tutucu bir tavır denerek geçiştirilmesi, meselenin ciddiyetiyle bağdaşmamaktadır.

2- Yumuşak Hukuk Keyfiliğe Yol Açar

Yumuşak hukuk, katı hukuka göre içerik açısından daha az bağlayıcı ve yapım süreci açısından daha az şeffaf olduğu için keyfi uygulamalara yol açma riskini taşır. Katı hukukun bu bağlamda en önemli artışı, yasaların bağlayıcı olması ve hem yasaların hem de bunların oluşturulma süreçlerinin aleniliğidir. Bu alenilik, bireylerin (en azından teoride) yasaları sorgulamasına, itiraz etmesine veya yaşamlarını bu kurallara göre düzenlemesine olanak tanır. Buna karşılık, yumuşak hukuk çoğu zaman bu şeffaflıktan yoksun bir şekilde hazırlanmaktadır. Gersen ve Posner, bu nedenle yumuşak hukukun bir ‘gizli yasa’ teşkil edebileceğini ve bunun da keyfiliği besleyebileceğini belirtir^[208].

Yumuşak hukuk araçları katılımcılığı arttırmaları bakımından övülmektedir. Ancak bu araçların, birçok durumda perde arkasında, meclis ve kamuoyu denetiminden uzak, kurumların kendi istihdam ettiği uzmanlarca ve kendi bakış açılarına uygun olarak oluşturuldukları belirtilmektedir^[209]. Bu tür düzenlemeler, uygulayıcılara geniş takdir yetkisi tanıyarak veya muhataplarına yasalarda belirtilen sınırlamaların ve yükümlülüklerin ötesinde uyum ölçütleri dayatarak keyfi uygulamalara zemin hazırlayabilir^[210].

Yumuşak hukuk ile yargı arasındaki ilişkinin muğlaklığı da keyfiliğe açık kapı bırakmaktadır. Yumuşak hukuk belgeleri kural olarak iptal edilebilir nitelikte değildir. Türk ve Fransız hukuklarında idarenin hukuki sonuç doğurmayan işlemleri iptal davasına konu olarak kabul edilmemektedir^[211]. Alman yargıçların da yumuşak hukuk belgelerini, düzenlemeden ziyade

[208] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.597.

[209] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.388-9.

[210] Creyke, *op. cit.*, s.18.

[211] Açımuz, *op. cit.*, s.551.

“yazılı hukuki mütalaa” olarak kabul ettiklerini belirtmiştik^[212]. Bu durum, Açımız’un da ifade ettiği üzere idarenin bazı faaliyetlerinin yargı denetiminin dışında kalmasına neden olmaktadır^[213].

Özel sektör aktörlerince oluşturulan yumuşak hukuk araçlarının iptali ise olanaksızdır. Bir sivil toplum örgütünün veya ticari birliğin oluşturduğu standart sözleşme formatı, o alanda faaliyet gösteren kişiler ve şirketler üzerinde önemli bir yönlendirici etkiye sahip olsa da yargı aracılığıyla iptal edilebilir nitelikte değildir. Binaenaleyh yumuşak hukuk araçlarının yaygınlaşması demek aslında hukuk düzeni içinde yargıya konu edilemeyen düzenlemelerin alanının genişlemesi ve yargının hukuk düzeni içindeki rolünün zayıflatılması demektir^[214].

Yumuşak hukuk ile yargı arasındaki muğlak ilişkinin bir diğer boyutu da mahkemelerde yumuşak hukuka dayanarak bir talepte bulunulduğunda söz konusu olur. Bu durumda mahkemenin doğru bir karar vermesi olanaksız görünmektedir. Bağlayıcı olmaması nedeniyle, yumuşak hukukun bir talebin hukuki dayanağı olarak öne sürülmesi kuramsal olarak olanaksızdır. Salt yumuşak hukuka dayanan bir talebin mahkemede iyi bir sonuç vermesi pek beklendik değildir. Karşı tarafın bir “yumuşak yükümlülüğü” ihlal ettiğinden bahisle bir talepte bulunma fikrinin hukukçulara pek makul gelmeyeceği ifade edilmektedir^[215]. Ancak mahkeme yumuşak hukuku dikkate almadığında “klasik hukuki ve siyasi model”e yönelik tutucu bir tavır ortaya koymakla eleştirilebilir^[216].

Mahkeme böyle bir talebi kabul ettiği takdirde ise hukuki öngörülebilirliği zedelemekle suçlanacaktır^[217]. Salt yumuşak hukuka dayanan bir talebin mahkemece kabulü geçerliliği ve demokratik meşruiyeti kuşkulu olan düzenlemelere yargı eliyle hukuki kudret atfedilmesi anlamına gelir. Nitekim

[212] Knauff, *op. cit.*, s.53-54.

[213] Açımız, *op. cit.*, s.531.

[214] Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.191.

[215] Jan Klabbbers, “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Sayı 67, 1998, s.382.

[216] Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.192.

[217] *Ibid.*, s.203.

bu halde yumuşak hukuk içtihat düzeyine çıkarılmış olacak ve katı hukuka dönüşecektir^[218]. Hukuki yaşamına yumuşak başlayan bir düzenlemenin bu tür dolaylı yollarla katılaştırılması, son tahlilde, anayasada öngörülmemeyen usul ve biçimlerle katı hukuk oluşturulması anlamına gelecektir.

3- Yumuşak Hukuk, Hukukta Belirsizliği Arttırır

Belirsizlik, hukuk felsefesi için artık yeni bir konu teşkil etmiyor. Hukuki pragmatistler^[219], hukuki realistler^[220] ve eleştirel hareket^[221] içerisinde bu konu daha önce de dile getirildi. Hukuk, hem de bildiğimiz katı hukuk, bir dil ürünü olması nedeniyle her zaman bir düzeyde belirsizlik içerir.

Yukarıda Konsey'in yumuşak hukukun bu belirsizliğin azaltılmasında iş görebileceği yönündeki iddialarına yer vermiştik^[222]. Buna karşılık, yumuşak hukukun, belirsizliği azaltmaktan çok arttırdığı da savunulmaktadır^[223]. Konsey de yumuşak hukukun belirsizliklere neden olabileceğini kabul eder. Ancak Konsey'e göre belirsizlik, yumuşak hukukun doğasından kaynaklanmaz, yumuşak hukuk aracının oluşturulma sürecinde yeterli özen gösterilmediğinde ortaya çıkar. Aracın kapsamı iyi belirlenmemiş olabilir, araç iyi duyurulmamış olabilir ya da farklı yumuşak hukuk araçları arasında var olan çelişkiler belirsizlik yaratabilir^[224].

Yumuşak hukuk araçlarının oluşturulmasındaki kolaylık, bunların aşırı üretimine yol açarak bir kural enflasyonu doğurabilir. Yumuşak hukukun bir normlar hiyerarşisine sahip ya da tabi olmaması da bu norm yığınının

[218] *Ibid.*, s.200.

[219] Kararmaz, *op. cit.*, s.88.

[220] Emine İrem Akı, "Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008, s.33 vd.; Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.2.

[221] Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, İstanbul, Legal, 1. Baskı, 2006, s.97-98; Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2011, s.83 vd.

[222] Conseil d'État, *op. cit.*, s.5.

[223] Sossin ve Smith, *op. cit.*, s.868.

[224] Conseil d'État, *op. cit.*, s.126.

çelişkiler ve belirsizlikler yaratmasına sebep olabilir. Konsey, bu tür sorunları, yumuşak hukuk metinlerinin adlandırılmasında ve oluşturulmasında tutarlılık sağlamak için alınacak yumuşak hukuki tedbirlerle çözmeyi önermektedir^[225].

Belirsizlik, yumuşak hukukla ilgili bu çalışmada ele alınan her meselede yeniden ve yeniden beliren bir sorun olmuştur. Bu nedenle bu konuda Konsey ile aynı kanaatte değiliz. Belirsizlik, yumuşak hukuka içkin görünmektedir. Evvela yumuşak hukukun tanımının belirsiz olduğu görülmüştür. Tanımdaki belirsizlikler nedeniyle hangi araçların yumuşak hukuk teşkil edip hangilerinin etmediği de belirsiz bir meseleye dönüşmüştür. Yumuşak hukukun geçerliliğinin ve dolayısıyla hukuk olup olmadığının da belirsiz olduğu görülmüştür. “Yumuşak hukuk, mahkemelerce dikkate alınmalı mıdır?” şeklindeki çok önemli hukuki sorunun dahi cevabının belirsiz olduğu görülmüştür.

Bu araçlara içkin büyük belirsizlikler nedeniyle bunların hukukun doğasından tamamen yoksun olduğu da savunulmaktadır. Klabbers, bunlara hukuk demenin hukuktan tümüyle vazgeçmek anlamına geldiğini belirtmektedir. Ona göre yumuşak hukuk denen şey çıplak epistemik otoriteden ibarettir^[226]. Bu tür otoriteye sözgelimi mafya önderleri ve sosyal medya fenomenleri (*influencer*) de sahiptir. Hukukun otoritesini bunların otoritesinden ayıran, keza hukuku diğer her tür toplumsal denetim düzeneğinden ayırarak ona özünü veren şey, hukuki geçerliliğin kaynağı olan usuller ve hukuki önermelerin ikili biçimidir (geçerli-geçerli değil, yasal-yasal değil, yükümlü-yükümlü değil, yetkili-yetkili değil vb.). Yumuşak hukuk ise hem bu usullere göre oluşturulmadığı hem de bu ikili biçime uymadığı için hukukun doğasından tamamen yoksundur. Yumuşak hukuk, hukuk ile ‘hukuk-olmayan’ arasında bir yerde değildir; pekâlâ ‘hukuk-olmayan’dır zira hukukun doğası böyle ara mntıklararı kabul etmez^[227].

Klabbers’a göre bu ikili biçim sayesinde hukuk düzeneği, toplumsal yaşamın sonsuz karmaşıklığını basit ayrımlara indirger ve böylece yönetilebilir kılar. Hukuku değerli kılan bu biçimsellik ve basitliktir. Başka birçok toplumsal

[225] *Ibid.*, s.164-6.

[226] Jan Klabbbers, “Soft authority in global governance”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.170.

[227] *Ibid.*, s.171.

denetim düzeneği varken bunlara ek olarak hukukun da doğmuş olmasının temelinde bu basitliğe ve biçimselliğe duyulan ihtiyaç yer almaktadır. Bu biçim, sadece eşitler arasındaki ilişkileri değil yöneten-yönetilen ilişkilerini de istikrara kavuşturur. Bundan vazgeçildiğinde, yani yumuşak hukuka hukukilik atfedildiğinde hukuk, hukuk olmaktan çıkar ve tedbire dönüşür. Bu da sıradan vatandaşların aleyhine olacak ve ister devlet içerisinde olsun ister piyasa içerisinde olsun, iktidar sahibi olan azınlığın işine yarayacaktır^[228].

Yumuşak hukukun hukukta ‘gri alan’ları arttırarak uygulamada “rahatsızlıklara” neden olduğu, hukuka ve idareye olan güveni sarstığı, hukuki öngörülebilirliği zedelediği, idarede ve piyasada eşgüdüm ve istikrar bakımından sorunlar yarattığı başka yazarlarca da dile getirilmektedir^[229]. Creyke ve McMillan, yumuşak hukukun muhataplarının görüşlerine de yer verdikleri çalışmalarında, özellikle piyasadaki küçük ölçekli aktörlerin yumuşak hukukun yaygınlaşmasından memnun olmadıklarını aktarırlar. Bu aktörler, yumuşak hukuktan haberdar olma, farklı yumuşak hukuk düzenlemeleri hakkındaki bilgilerini güncel tutma ve bunlara uyum sağlama bakımından zorluklar yaşadıklarını ve kamu mercilerinin katı hukuk kurallarını aşan taleplerini yumuşak hukuk aracılığıyla piyasaya dayatabildiklerini ifade etmişlerdir^[230].

4- Yumuşak Hukuk Yasa Önünde Eşitliği Zedelemektedir

Yumuşak hukuka içkin olan belirsizlikler, bu araçların yasa önünde eşitlik ilkesi açısından da sorun yaratmasına neden olmaktadır. Yumuşak hukukun katı hukuka benzer bir biçimle madde madde ve yönlendirici bir tarzda oluşturulmasının, Konsey tarafından onu ‘hukuk-olmayan’dan ayıran bir özellik olarak ifade edildiğini belirtmiştik^[231]. Ancak bu özelliği onun katı hukuk olarak algılanmasına da neden olmaktadır. Hukukun aşına oyuncularından olmayan sıradan yurttaşlar ve küçük işletmeler çoğu zaman katı hukuk ile yumuşak hukuk arasındaki bağlayıcılık farkını anlayamazlar. Bu nedenle yumuşak hukuku da katı hukuk gibi algılayabilirler. Bu onların

[228] Klabbbers, “The Undesirability of Soft Law”, *op. cit.*, s.382.

[229] Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.138.

[230] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.387-8.

[231] Conseil d’État, *op. cit.*, s.63.

zorunlu olmadıkları fedakarlıkları zorunlu sanarak yapmalarına neden olabilir. Buna karşın hukukun aşına aktörleri bu yumuşak hukuk araçlarının bağlayıcı olmadığını bilerek bu fedakarlıkları yapmayabilirler. Bu da hukukun muhatapları arasında meşru olmayan fiili bir uygulama farklılığı yaratılmasına neden olur^[232].

Yumuşak hukukun bu tür farklılıklara neden olması için illaki bir kesimin yumuşak hukuk konusunda bilgisiz olması da gerekmez. Kişiler bu kuralların bağlayıcı olmadığını bilmekle birlikte sağduyulu iyi yurttaş olma bilinciyle yumuşak hukukun beklentilerine uygun hareket edebilirler. Buna karşın daha bencil ve fırsatçı aktörler bu araçların esnekliğini istismar edebilirler. Böyle bakıldığında yumuşak hukuk kurnaz ve bencil olanlar için yumuşak; saf ve sağduyulu olanlar için sert olmaktadır. Hukuki zorlama, zorlanması gerekmeyenler üzerinde etkili olurken zorlanması gerekenler ondan rahatça kurtulabilmektedir^[233].

Bunlara ek olarak, yumuşak hukuk kuralları, katı hukuk kuralları gibi önceden belirlenmiş usullerle ilan edilmediğinden muhataplarının bunlardan haberdar olması ve içeriklerini öğrenmeleri her zaman mümkün olmayabilir. Bu da bir teşvike veya yardıma hak kazanma konusunda hukukun muhatapları arasında meşru olmayan bir farklılığın doğmasına neden olabilir^[234].

5- Yumuşak Hukuk Haksız Rekabete ve Verimsizliğe Neden Olabilmektedir

Yukarıda ‘keyfilik’ başlığı altında yumuşak hukukun kamu mercilerince kötüye kullanımından söz edildi. Burada özel sektör aktörlerince oluşturulan özdüzenleme, sertifika, lisans, standartlar gibi yumuşak hukuk araçlarının kötüye kullanılma ihtimali kısaca ele alınacak.

Kamu mercileri -ne de olsa- belirli yetki kurallarına göre hareket etmeleri nedeniyle yumuşak hukuk oluştururken dahi bazı sınırları aşamazlar. Ancak özel sektör aktörlerini sınırlandıran böyle yetki kuralları yoktur. Ayrıca bu aktörler, kamu mercilerinden farklı olarak, salt kar güdüsüyle hareket ederler. Bu nedenle üçüncü kişilerin durumunu ölçüsüz ve haksız bir şekilde etkileyecek yumuşak hukuk kuralları oluşturmaları söz konusu olabilir.

[232] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.292-3.

[233] Zerili, *op. cit.*, s.76-7; Van der Sluijs, *op. cit.*, s.290.

[234] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.621.

Özdüzenleme yapan kuruluşlar, bir mesleğin icrasına ya da bir alanda ticari/sınai faaliyet yürütmeye izin veren lisans, sertifika ve ruhsat gibi belgelerin alımını aşırı zorlaştırarak halihazırda bunlara sahip olanlar lehine adil rekabet kurallarını aşan bir avantaj yaratabilir. Bu tür düzenlemeler oluşturabilme kudreti genellikle piyasanın eski ve büyük aktörlerinde mevcuttur. Bunlar kendilerinin ve piyasaya daha önce girmiş ve kendine yer edinmiş diğer büyük aktörlerin kendi büyüme süreçlerinde tabi olmadıkları ve mevcut kudretleriyle kolaylıkla uyabilecekleri reklam yasakları, fiyat rekabeti yasakları ya da ‘etik kodları’ oluşturarak bunlara uymakta güçlük çekecek yeni aktörleri daha baştan fiilen piyasanın dışında tutabilirler^[235].

Bu tür sertifikalandırma ve denetim işleri bağımsız piyasa aktörlerince yapıldığında bu aktörler bu belgelerin alımını ve denetim süreçlerinden geçmeyi tam aksine aşırı kolaylaştırarak da verimlilik ve nitelik kaybına yol açabilir^[236]. Bağımsız finansal denetleme kuruluşlarının 2008 küresel ekonomik krizindeki rolü de buna bir örnek teşkil etmektedir. Bu bakımdan özdüzenlemenin sadece dar kapsamlı rekabet sorunlarına değil, ‘sistemik risklere’ de yol açabileceği belirtilmektedir^[237]. Bu nedenle devletlerin özdüzenleme yapan ve bunlara uyumu denetleyen kuruluşların faaliyetlerini yakından takip etmesi önerilmektedir^[238].

6- Yumuşak hukuk araçları etkili değildir

Yumuşak hukukun geçerlilik ve meşruluk sorunlarına karşın sahada önemli işler gördüğü ve önemli fiili yararları sahip olduğu savunulmaktadır. Bu sav ampirik olmakla birlikte, ampirik verilerce yeterince desteklenmiş değildir. Yumuşak hukukun etkinliğiyle ilgili alan araştırmaları bambaşka bir manzara ortaya koymaktadır.

Yumuşak hukukun piyasa aktörleri üzerindeki etkisi toplum ya da tüketici baskısına ya da hisse senedi fiyatları üzerinden yatırımcı baskısına dayanmaktadır. Ancak piyasadaki birçok firma tüketiciyle doğrudan ilişki içerisinde olmamakta ve borsada işlem görmemekte dolayısıyla bu tür

[235] Oğus, *op. cit.*, s.99.

[236] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.61.

[237] Conseil d’État, *op. cit.*, s.13.

[238] Miller, *op. cit.*, s.903.

baskılarla hiç muhatap olmamaktadır. Yumuşak hukuk bu “görünmez” firmalar üzerinde etkili olamamaktadır. Birçok firma “uy ya da açıkla” türündeki yumuşak hukuk düzenlemelerine uymamakta ve birbirlerinin açıklamalarını kopyalayıp yapııştırarak bire bir aynı gerekçeler sunmaktadır.^[239] Özellikle muhatapların fayda-maliyet hesapları çerçevesinde yumuşak hukuka uymamayı daha karlı buldukları durumlarda yumuşak hukukun hiçbir etkinliğinin olmadığı belirtilmektedir. Bu tür durumlarda, katı hukukun ve kolluk faaliyetinin yumuşak hukuktan çok daha etkili olduğu, yumuşak hukukun sadece “-miş gibi yapma” işini gördüğü ifade edilmektedir.^[240]

Yukarıda, standartlar başlığı altında, özellikle teknik standartların bir ağ etkisi yaratarak belirli bir üretim alanında etkinlik gösteren tüm aktörleri mutlak bir zorlama altına sokabileceğini belirtmiştik. Buna karşın sözgelimi ‘etik kodu’, ‘sorumlu üretim standardı’ gibi teknik olmayan yumuşak hukuk araçlarının bir tür ters ağ etkisine maruz kalmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu tür düzenlemeler firmaların daha yüksek maliyetle üretim yapmasını, malzeme konusunda daha titiz ve seçici olmalarını ve bazı alanlarda faaliyet göstermemelerini gerektirmektedir. Schade ve Flyverbom, Avrupa’da yapay zekâ alanında böyle bir durumun bulunduğunu belirtiyorlar. Örneğin, Malta, Danimarka ve İsviçre gibi ülkeler, ‘etik yapay zekâ’ sertifikalandırma ve etiketleme çalışmaları yaparak bunlara uyan işletmelere iç piyasada öne çıkma imkânı sunmuşlardır. Ancak, zamanla tüm işletmeler bu etik standartlara uymaya başlamış ve sorumlu olmanın getirdiği piyasa avantajı ortadan kalkmıştır. Firmaların sertifika maliyetleri, bunlara sahip olmanın getirdiği ilave kârı aşmış, yumuşak hukuk sorumlulukları mali olarak sürdürülemez hale gelmiştir.^[241]

Örnekler çoğaltılabilir. Sözgelimi Knauff, Almanya’da Kovid-19 salgınıyla mücadele sürecinde yumuşak hukuk araçlarının kullanımını incelediği makalesinde, bu araçların belirli bir tamamlayıcı rol üstlendiğini belirtmekle birlikte, katı hukuk karşısında dezavantajlarının ağır bastığını

[239] Reggy Hooghiemstra ve Hans van Ees, “Uniformity as response to soft law: Evidence from compliance and non-compliance with the Dutch corporate governance code”, *Regulation & Governance* Sayı 5, 2011, s.494.

[240] Marchant, *op. cit.*, s.4.

[241] Schade ve Flyverbom, *op. cit.*, s.434.

tespit etmiştir^[242]. Almanya’da bu süreçte seyahat kısıtlamaları, işyeri güvenlik önerileri, Şansölye ve federe devletlerin başbakanları arasında yapılan gayriresmi anlaşmalar, sağlık otoritelerinin yerel yönetimlere yönelik tavsiyeleri gibi birçok yumuşak hukuk uygulaması yapılmıştır. Ancak, bu tür gayriresmi anlaşmalar ve tavsiyeler, bazı eyaletlerin farklı yönde hareket etmesiyle etkisini kaybetmiştir. Yumuşak hukukun bağlayıcılığının olmaması, uygulamaların tutarsız ve değişken olmasına yol açmış, bu da vatandaşlar nezdinde belirsizlik yaratmıştır. Bu nedenle kritik kararlar çoğu zaman hukukun bilindik bağlayıcı araçlarıyla hayata geçirilmiştir^[243].

Türkiye Sermaye Piyasası Kurulu 2011 yılında, Borsa İstanbul’da listelenen şirketlere yönelik Kurumsal Yönetim İlkeleri başlığıyla bir tebliğ yayımlamış ve 2012 yılında bu tebliğe, “Yönetim kurulunda en az bir kadın üye bulunur” maddesi eklenmiştir. Bu madde “uy ya da açıkla” tipinde bir yumuşak hukuk düzenlemesidir. Kurul, 2014 yılında, kadın üye oranıyla ilgili %25’ten az olmamak üzere bir hedef belirlenmesini öneren yeni bir düzenlemeyle de bu ilkeyi genişletmiştir. Sonrasında, 11. Kalkınma Planı’nın hedefleri arasında da kadınların özel sektörde yönetim ve karar alma düzeneklerinde daha üst konumlara gelmelerini teşvik eden farkındalık artırıcı yöntemler yer almıştır. Bu yumuşak hukuk düzenlemelerin fiili etkilerini inceleyen Tore, bunların “yürürlükte” olduğu dönemde Türkiye’de yönetim kurullarında kadın temsili bakımından herhangi bir ilerlemenin olmadığını, bilakis geri gidiş olduğunu tespit etmiştir.^[244] Tore’ye göre Türk şirketleri genel olarak Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin sadece bağlayıcı olanlarına uymaktadırlar^[245].

İspanya’da da şirket yönetim kurullarında kadın temsili arttırmak üzere 2005 yılında ‘yumuşak kota’ uygulamasına geçilmiştir. Yine “uy ya da açıkla” tipinde oluşturulan bu düzenlemelerde kotaya uyan şirketlere vergi indirimleri ve kamusal destekler de vaat edilmiştir. De Cabo ve arkadaşları, 767 büyük ölçekli İspanyol şirketinin yönetim kurullarının 2005-2014 yılları arasındaki cinsiyet dağılımını inceledikleri makalelerinde bu süreçte kadın

[242] Knauff, *op. cit.*, s.46.

[243] *Ibid.*, s.56.

[244] İrem Tore, “Gender Diversity on Boards of Directors in Joint-Stock Corporations in Turkey: Combining Hard and Soft Law”, *Hacettepe HFD*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s.1769.

[245] *Ibid.*, s.1782.

temsiline yıllık ortalama %0,5'lik bir artış görüldüğünü ama bu mütevazı artışın 2005'ten önceki yıllarda da gözlemlenmekte olduğunu, dolayısıyla kotanın herhangi bir ilave etki doğurmadığını tespit etmişlerdir^[246].

De Koning, Hollanda'nın iki büyük işçi sendikasının birlikte oluşturduğu ayrımcılıkla mücadele düzenlemelerinin etkinliğini incelemiştir. Yazara göre bu düzenlemeler, işçilerin ayrımcılığa uğramalarını engellemekten ziyade bir ayrımcılık yaşandığında olayın yargıya yansımaksızın şirketlerin ve sendikaların kendi aralarında çözülmesine hizmet etmekte ve ciddi yaptırımlar içermemektedir. Ayrıca bu belgeler çerçevesinde yaratılan çözüm olaya özgü ve gizli kalmakta, dolayısıyla katı hukukun yaygın etkisinden yoksun olmaktadır^[247].

Zerili, Brezilya'da iş yaşamında ayrımcılığı önlemek için alınan yumuşak tedbirlerin etkisizliğini^[248]; Iavicoli, İtalya'da işten kaynaklanan stresi azaltmaya yönelik alınan yumuşak tedbirlerin etkisizliğini^[249]; Nolan, şirketlerin küresel ölçekte insan hakları konusunda daha duyarlı davranmalarını sağlamak üzere alınan küresel yumuşak tedbirlerinin etkisizliğini^[250] ortaya koymuştur. İşin aslı, yumuşak hukukla ilgili ampirik alanyazında olumsuz örnekler olumlu örneklerden çok daha geniş yer tutmaktadır.

SONUÇ

Yumuşak hukuk, hukukiliğin sınırlarının esnekleştiği, modern bağlayıcı hukuk anlayışının ötesine geçen bir düzenleme aracıdır. Bu nedenle bir anomali olarak da değerlendirilebilmektedir. Uluslararası bağlamda ortaya

[246] Ruth Mateos De Cabo vd., "Do 'soft law' board gender quotas work? Evidence from a natural experiment", *European Management Journal*, Sayı 37, 2019, s.622.

[247] K. J. F. A. De Koning, "Dutch protection against genetic discrimination in work environments: Adequate or non-existent?", 2012, s.30-32. <https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122912> (Erişim tarihi: 08.06.2024).

[248] Zerili, *op. cit.*, s.80-1.

[249] Sergio Iavicoli vd., "Hard and Soft Law Approaches to Addressing Psychosocial Risks in Europe: Lessons Learned in the Development of the Italian Approach", *Journal of Risk Research*, Sayı 17, 2014, s. 857-858.

[250] Justine Nolan, "The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?", *University of New South Wales Research Papers*, Sayı 72, 2013, s.27. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2338356 (Erişim tarihi: 20.04.2024).

çıkan bu araçlar bütünü, ulusal düzeyde de etkin bir şekilde kullanılmakta ve birçok alanda fiili sonuçlar doğurabilmektedir. Bu durum, yumuşak hukukun toplumsal düzeni etkileme kapasitesine sahip olduğunu ve hukuki araştırmanın mutlak anlamda konusunu teşkil ettiğini gösterir.

Standartlar, etik kılavuzları, mutabakat zabitleri, özdüzenleme ve ortak düzenlemeler gibi birçok yumuşak hukuk aracı Türkiye’de ve diğer ülkelerde ulusal bağlamda da yaygın olarak kullanılmaktadır. Bunların bazıları kamu mercilerince oluşturulurken, bazıları özel sektör aktörlerince ve sivil toplum kuruluşlarınca oluşturulmaktadır. Bu bakımdan yumuşak hukukun hukuk olarak kabul edilmesi devletin yasakoyuculuk rolünü özel sektör aktörleri ve sivil toplumla paylaşması anlamına gelmektedir.

Yaygınlıkla kullanılmasına rağmen yumuşak hukukun açık bir tanımına sahip değiliz. İşin aslı Konsey’in bu çalışmada da sıklıkla atıf yaptığımız bülteni dışında bu olgunun ulusal bağlamdaki görünümüne ilişkin bir monografiye de rastlanmamaktadır. Mevcut eserler olgunun farklı boyutlarını ele alan ve genellikle uygulama örneklerini inceleyen dar kapsamlı makaleler ve derlemelerdir. Alanyazındaki bu durum, başlı başına, ulusal bağlamda yumuşak hukuk olgusunun taşıdığı belirsizlikler hakkında pek çok şey söylemektedir.

Kesin bir tanım bulunmamakla birlikte, mevcut tanımlarda vurgulanan ortak öge ‘bağlayıcı olmama’dır. Yumuşak hukuku katı hukuktan ayıran temel özellik budur. Bununla birlikte yumuşak hukuk, hukuki formda ifade edilmesi ve yönlendirici olma amacı taşımasıyla genel nitelikte siyasi açıklamalardan; belirli bir iradenin ürünü olmasıyla örf, adet ve teamüller gibi kaynağı anonim olan normlardan ayrılır. Yumuşak hukuk kuralları, hukuki yükümlülük yüklemeyen hukuki davranışı yönlendirme hedefiyle oluşturulurlar. Bu kurallar bağlayıcı olmamaları nedeniyle, kural olarak yargısal bir talep için tek başlarına sebep teşkil edemezler. Bu kuralların etkinleşmesi yaptırımlar ve yargı kararlarından ziyade teşvikler, destekler, sertifikalar gibi yapılandırılmış etmenler ve toplumsal baskı, kamuoyu tepkisi, ağ etkisi, itibar kaybı gibi yapılandırılmamış etmenlere dayanmaktadır.

Yumuşak hukukun tanımlanmasındaki zorluklar, bu kavramın hukukun genel teorisi bakımından anlamını ve konumunu da tartışmalı kılmaktadır. Yumuşak hukukun hukuk olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Pozitivist bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, yumuşak hukukun hukuki geçerliliği

yoktur. Ancak pragmatik yaklaşımda, yumuşak hukukun toplumsal düzen üzerindeki etkisi ve hukuki çıktılar üzerindeki rolü vurgulanmaktadır. Bu bakış açısına sahip yazarlar geçerlilik meselesini salt biçimsel bir mesele olmaktan çıkararak kuralın etkinliğine, deontik sonuçlar doğurabilmesine ve genel olarak itibarına ilişkin bir meseleye dönüştürürler. Eğer kural hukuk gibi itibar görüyorsa hukuktur. Katı hukuku katı hukuk yapan da zaten itibardır.

Pozitivist yaklaşım, hukuki incelemenin sınırlarını aşırı daraltırken pragmatist yaklaşım ise fiili olana salt fiili olmasından dolayı hukukilik ve olumlu değer atfetmek gibi tehlikeli bir yola girmektedir. Bu çalışmada benimsenen temkinli pragmatik yaklaşımda, yumuşak hukuk hukuki gerçekliğin bir parçası olarak kabul edilmekle birlikte, bunun istenir bir parça olup olmadığını tartışmak için de bir mesafe bırakılmıştır.

Yumuşak hukukun istenirliğini tartışmak için onun uygulamada sağladığı olanaklar ve yarattığı sorunları ele almak gerekmektedir. Savunucuları yumuşak hukukun katı hukuku destekleyip tamamladığını, kamu mercilerinin takdir yetkisini kullanımını istikrara kavuşturduğunu, idareye ve özel sektöre yeni yönetim araçları sunduğunu, yeni durumlara devingen bir tarzda karşılık verebildiğini, paydaşların katılımını ve özerkliğini gözettiğini belirtmektedirler. Bunlara karşılık yumuşak hukuku eleştirenler ise yumuşak hukukun demokratik açıdan gayrimeşru olduğunu, idarede keyfilğe ve öngörülemezliğe neden olarak hukukun üstünlüğünü ve yasa önünde eşitliği zedelediğini, piyasa aktörlerinin yasama süreçlerini ele geçirerek haksız rekabet ve verimsizlik yaratmalarına fırsat verdiğini ve iddia edilenin aksine fiili etkililiğinin de ampirik olarak ispatlanamadığını öne sürmektedirler.

Yumuşak hukukun katı hukuk ile öncel-hukuk (*pre-law*) veya ardıl-hukuk (*post-law*) şeklinde ilişkilenebileceği; ayrıca katı hukukun yerini almaya yönelik bir yedek-hukuk (*para-law*) olarak da kurgulanabileceği belirtilmiştir. Yumuşak hukuk araçlarının geçerliliğindeki ve demokratik meşruluğundaki belirsizlikler, hukukun üstünlüğü ve yasa önünde eşitlik bakımından taşıdığı riskler ve muhatapları üzerindeki etkilerinin zayıflığı birlikte düşünüldüğünde, bu araçların bu kadar geniş bir alanda ve yaygın bir biçimde kullanılmasının doğru olmayacağı kanaati öne çıkmaktadır. Yumuşak hukukun, özellikle katı hukukun yerini alacak şekilde kullanılması olanaklı olmadığı gibi yararlı da değildir.

Yumuşak hukukun ardıl-hukuk olarak kullanılması, temelde katı hukukun boşluklarının yumuşak hukukla doldurulması ve katı hukukun yumuşak hukukun yorumlanmasında yönlendirici olması anlamına gelir. Böyle bir kullanımın da risklerinin getirilerinden fazla olacağı kanaatindeyiz. Bu durumda yasanın büyük olasılıkla yürütmece oluşturulan belirli bir yorumunun fiilen dayatılması söz konusu olacaktır. Bu da yorumda katılaşmaya, tek tipleşmeye ve yürütmenin yasama işlevine gayrimeşru müdahalelerine yol açabilir. Bunun yerine katı hukuk araçları oluştururken titiz davranmak daha meşru ve güvenli bir yol olacaktır. İşin aslı, savuncuları tarafından yumuşak hukuka atfedilmiş birçok rol ve işlevin katı hukukla da pekâlâ karşılanması mümkün görünmektedir.

Yumuşak hukukun yararlı olabileceği bir alan, yeni teknolojik ve iktisadi gelişmeler alanıdır. Yapay zekâ, uzay araştırmaları, kanser araştırmaları, kripto varlıklar, buluşlar, iktisadi girişimler gibi yeni ve hızlı gelişen alanlarda yasakoyucunun bu alanların doğasına tümüyle vakıf olmadan katı düzenlemeler yapması bu alanlardaki gelişmeleri sekteye uğratarak ülkenin iktisadi ve teknolojik rekabet sahasında geriye düşmesine neden olabilir. Bu tür durumlarda katı ayrıntılı düzenlemeler yapmak yerine genel ilkeleri, etik ve politik açıdan aşılması gereken kırmızı çizgileri belirten ancak paydaşlara geniş inisiyatif ve hareket alanı bırakan yumuşak hukuk araçları öncel-hukuk olarak devreye alınabilmelidir. Bu durumda da yumuşak hukuk araçları sınırları belirli bir konuda ve belirli bir vadeyle oluşturulmalıdır. Ayrıca bu yumuşak hukuk araçları o aracı oluşturan kurum ve örgüt açısından bağlayıcı kabul edilmeli ve onlara karşı açılan davalara temel teşkil edebilmelidir.

Yumuşak hukuk alanında yapılacak yeni çalışmalar, bu hukuk araçlarının mevcut risklerinin azaltılmasına, ayrıca bunların geçerliliği ve demokratik meşruiyeti ile ilgili belirsizliklerin giderilmesine hizmet edebilir. Bu sorunların giderilmesi halinde bu araçların daha yaygın kullanılması olanaklı ve yararlı olabilir. Ancak, şimdiki haliyle yumuşak hukuk, ülkenin hukuk dizgesi içerisinde esaslı bir unsura dönüşmemeli, kullanımını geçici ve sınırlı olmalıdır.

KAYNAKLAR

- Açımız, Bige, “İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s.530-568.
- Akbaş, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, İstanbul, Legal, 1. Baskı, 2006.
- Akı, Emine İrem, *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.
- Aktaş, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2011.
- Aldıkaçtı, Açıklın, Nilgün, “Etik ve Hukuk İçin Zorlu Sınav: Yeni Nesil Teknolojik İnovasyonlar”, *TFM*, Cilt 7, Sayı 1,2021, s.1-19.
- Austin, John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye, U. Koloş, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2015.
- Boschetti, Barbara ve Maria Daniela Poli, “A Comparative Study on Soft Law: Lessons from the COVID-19 Pandemic”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Sayı 23, 2021, s.20-53.
- Böök, Birte and Linda Senden, “Soft law: booster or brake for the promotion of gender equality in the EU?” in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Conseil d’État, “Le droit souple”, 2013. <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple> (Yayın Tarihi: 1 Ekim 2013).
- Creyke, Robin ve John McMillan, “Soft Law v Hard Law” in Linda Pearson, Carol Harlow ve Michael Taggart (Ed.), *Administrative Law in a Changing State*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2008.
- Creyke, Robin, “Soft Law and Administrative Law: A New Challenge”, *AIAL Forum*, Sayı 65, 2010, s.15-22.
- Çataloluk, Gökçe, *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2012.

- De Cabo, Ruth Mateos, Siri Terjesen, Lorenzo Escot, Ricardo Gimeno, “Do ‘soft law’ board gender quotas work? Evidence from a natural experiment”, *European Management Journal*, Sayı 37, 2019, s.611-624.
- De Koning, K. J. F. A., “Dutch protection against genetic discrimination in work environments: Adequate or non-existent?”, 2012. <https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122912> (Erişim tarihi: 08.06.2024).
- De Witte, Bruno, “Soft Law in European public law,” in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Demir, Gökhan Yavuz, *Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği*, İstanbul, İthaki, 1. Baskı, 2015.
- Druzin, Bryan H., “Why does Soft Law Have any Power Anyway?”, *Asian Journal of International Law*, Sayı 7, 2017, s.361-378.
- Durkheim, Emile, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, İzmir, Cem, 1. Baskı, 2018.
- Düğer, Sırrı, “Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadî Hayata Müdahalesindeki Değişim”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2022, s. 427-475.
- Dworkin, Ronald A., “‘Natural Law’ Revisited”, *University of Florida Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1982, s.165-188.
- Eliantonio, Mariolina ve Emilia Korkea-aho, “Soft law and courts: saviours or saboteurs of the rule of (soft) law?”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Eliantonio, Mariolina, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth, “Introduction to *Research Handbook on Soft Law*”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Emerson, Blake, “Administrative guidance in the United States: the moral and political stakes of non-binding law”, in Mariolina Eliantonio,

Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Erol, Ömer Faruk, “Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2022, s.737-782.

Faure, Michael ve Niels Philipsen, “An Economic analysis of soft law as a regulatory tool”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Fuller, L. L., *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2016.

Gersen, Jacob E. ve Eric A. Posner, “Soft Law: Lessons from Congressional Practice”, *Stanford Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, 2008, s.573-628.

Gustafsson Nordin, Ingrid ve Kristina Tamm Hallström, “International standarts and the dilution of responsibility”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Hage, Jaap, “What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

Harvey, David, *Postmodernliğin Durumu*, Çev. Sungur Savran, İstanbul, Metis, 6. Baskı, 2012.

Holmes, O. W., “Codes and The Arrangement of Law”, *American Law Review*, Cilt 5, Sayı: 1, 1870, s.1-13.

Holzer, Boris, “Rules and responsibilities: business and social norms in transnational governance,” in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Hooghiemstra, Reggy ve Hans van Ees, “Uniformity as response to soft law: Evidence from compliance and non-compliance with the Dutch corporate governance code”, *Regulation & Governance*, Sayı 5, 2011, s.480-498.

- Hume, David, İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme, Çev. Ergün Baylan, Ankara, BilgeSu, 1. Baskı, 2009.
- Iavicoli, Sergio vd., “Hard and Soft Law Approaches to Addressing Psychosocial Risks in Europe: Lessons Learned in the Development of the Italian Approach”, *Journal of Risk Research*, Sayı 17, 2014, s.855-869.
- Kararmaz, Furkan, “Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları”, Doktora Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi, 2017.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora, 1. Baskı, 2016.
- Kirste, Stephan, “Concept and Validity of Law”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.
- Klabbers, Jan, “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Sayı 65, 1996, s.167-182.
- Klabbers, Jan, “Soft authority in global governance”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Klabbers, Jan, “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Sayı 67, 1998, s.381-391.
- Knauff, Matthias, “Coronavirus and Soft Law in Germany: Business as Usual?”, *European Journal of Risk Regulation*, Koronavirüs Özel Sayısı, 2021, s.45-58.
- Korver, Ton ve Peter R. A. Oeij, “The Soft Law of the Covenant: Making Governance Instrumental”, *European Journal of Industrial Relations*, Cilt 11, Sayı 3, 2005, s.367-384.
- Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 2. Baskı, 1970.
- Mackor, Anne Ruth, “What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

- Marchant, Gary, “Soft Law’ Governance of Artificial Intelligence”, *UCLA AI Pulse Papers*, 2019. <https://escholarship.org/uc/item/0jq252ks> (Erişim Tarihi: 20.04.2024).
- Metin, Sevtap, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2,2003, s.35-83.
- Miller, James C., “The FTC and the Voluntary Standards: Maximising the Net Benefits of Self-Regulation”, *Cato Journal*, Cilt 4, Sayı 3, 1985, s.897-904.
- Mörth, Ulrika, “Democracy and soft law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Nolan, Justine, “The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?”, *University of New South Wales Research Papers*, Sayı 72, 2013. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2338356 (Erişim tarihi: 20.04.2024).
- Ogus, Anthony, “Rethinking Self-Regulation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 15, Sayı 1, 1995, s.97-108.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966.
- Özkök, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.1-18.
- Parella, Kishanthi, “Hard And Soft Law Preferences In Business And Human Rights”, *AJIL Unbound*, Sayı 114, 2020, s.168-173.
- Rawls, John, *Bir Adalet Teorisi*, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Ankara, Phoenix, 1. Baskı, 2017.
- Schade, Frederik ve Mikkel Flyverbom, “Soft law governance in the field of AI: a European perspective”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Schwarcz, Steven L., “Soft law as governing law”, *Minnesota Law Review*, Cilt 104, Sayı 5, 2020, s.2471-2514.

- Snyder, Francis, “Bamboo, or governance through soft law: hybridity, legitimacy, and sustainability”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Sossin, Lorne ve Charles W. Smith, “Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government”, *Alberta Law Review*, Cilt 40, Sayı 4, 2003, s.867-893.
- Şahin Ceylan, Şule, *H. L. A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2014.
- Terpan, Fabien, “The definition of soft law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Tore, İrem, “Gender Diversity on Boards of Directors in Joint-Stock Corporations in Turkey: Combining Hard and Soft Law”, *Hacettepe HFD*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s.1765-1794.
- Toydemir, Melda Ezgi, “Durkheim’in Toplum Kuramında Organik Dayanışmalı Toplumlarda Hukukun Ahlaki Niteliği”, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi, 2021.
- Trubek, David M., Patrick Cottrell ve Mark Nance, “‘Soft Law’, ‘Hard Law’ and EU Integration”, in Gráinne de Búrca ve Joanne Scott (Ed.), *Law and the New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2006.
- Uzun, Ertuğrul, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, İstanbul, Nora, 1. Baskı, 2016.
- Van der Sluijs, Jessika, “Soft Law – an International Concept in a National Context”, *Scandinavian Studies in Law*, C. 58, 2013, s.285-306.
- Van Klink, Bart ve Oliver W. Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.
- Voorwinden, Astrid ve Sofia Ranchordás, “Soft law in city regulation and governance”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika

Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Weeks, Greg, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2016.

Westerman, Pauline, “Validity: The Reputation of Rules”, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

Zerili, Filippo M., “Anthropology and soft law”, in Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

İnternet Kaynakları

https://enerji.gov.tr/Media/Dizin/BHIM/tr/Duyurular/TurkiyeninEnerjiVerimliliği2030StratejisiVeUlusalEnerjiVerimliliğiEylemPlanı_202401161407.pdf (Erişim tarihi: 12.07.2024).

<https://kafesizturkiye.com/firma-taahhutleri> (Erişim tarihi: 14.07.24).

<https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/geltung> (Erişim tarihi: 21.07.2024).

<https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/guiltigkeit> (Erişim tarihi: 21.07.2024).

<https://www.aile.gov.tr/duyurular/roman-vatandaslara-yonelik-strateji-belgesi-2023-2030-ve-i-asama-eylem-planı-2023-2025-yayimlandi/> (Erişim tarihi: 12.07.2024).

<https://www.aile.gov.tr/media/133653/kamu-gorevlileri-etik-sozlesmesi.pdf> (Erişim tarihi: 15.07.2024).

<https://www.aub.org.tr/protokol-ve-mutabakat-zapti> (Erişim tarihi: 07.07.24).

<https://www.cbfo.gov.tr/haberler/katilim-finans-strateji-belgesi-2022-2025ne-iliskin-cumhurbaskanligi-genelgesi-resmi> (Erişim tarihi: 12.07.2024).

<https://www.etik.gov.tr/media/kbftnrxn/etikrehber2022.pdf> (Erişim tarihi: 15.07.2024).

<https://www.goethe.de/ins/tr/tr/spr/unt/for/gia/mem.html> (Erişim tarihi: 07.07.24).

<https://www.tarimorman.gov.tr/Konular/Plan-Program-Ve-Faaliyet-Raporlari/sector-politika-belgeleri> (Erişim tarihi: 12.07.2024).

Doğrudan Yabancı Yatırımların Teşviki Bakımından Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz İktisabı

Gökçe ARIKAN*

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

* Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, gokce.arikan@balikesir.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-0883-1795

Makale geliş tarihi: 20 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Kasım 2024

Atf önerisi: Arıkan, Gökçe, “Doğrudan Yabancı Yatırımların Teşviki Bakımından Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz İktisabı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 377-421. **DOI:** 10.30915/abd.1536274.

DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARIN TEŞVİKİ BAKIMINDAN YABANCI TÜZEL KİŞİLERİN TÜRKİYE’DE TAŞINMAZ İKTİSABI

ÖZ

Doğrudan yabancı yatırımların, ülkelerin ekonomilerine ve gelişmelerine sağladığı katkılar dikkate alındığında pek çok devlet gibi Türkiye’nin de doğrudan yabancı yatırım çekmenin yollarını aradığı bir ortamda, doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı şirketlerin, yabancı sermayeli şirketlerin ve uluslararası kuruluşların taşınmaz iktisabı önem arz etmektedir. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununa tabi yabancı tüzel kişilerin taşınmaz iktisabının, doğrudan yabancı yatırımların ülkeye çekilebilmesinde teşvik edici nitelikte olup olmadığı değerlendirilmektedir. Yabancı sermayeli şirketlerin faaliyetleri için gerekli olan taşınmazları iktisap etmelerinde, yetkili makamlardan izin alması yerine, Türk şirketleri ile aynı statüye tabi tutulmaları ya da yetkili makamlara bildirimde bulunmaları yönünde bir düzenleme, doğrudan yabancı yatırımların teşviki bakımından tercih edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: taşınmaz iktisabı, yabancı tüzel kişi, doğrudan yabancı yatırım, yabancı şirket, yabancı sermayeli şirket.

**ACQUISITION OF REAL ESTATE IN TURKEY BY
FOREIGN LEGAL ENTITIES IN TERMS OF THE
INDUCEMENT OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT**

ABSTRACT

Considering the contributions of foreign direct investments to the economies and development of countries, in an environment where Turkey, like many other countries, is looking for ways to attract foreign direct investment, the acquisition of real estate by foreign companies, foreign-capital companies and international organizations making foreign direct investments is of great importance. It is being evaluated whether the real estate acquisition of foreign legal entities subject to the Foreign Direct Investment Law has an encouraging nature in attracting foreign direct investments to the country. In order to encourage direct foreign investment, instead of requiring foreign capital companies to obtain permission from the authorities when acquiring real estate necessary for their activities, a regulation requiring them to be subject to the same status as Turkish companies or to notify the authorities should be preferred.

Keywords: real estate acquisition, foreign legal entitie, foreign direct investment, foreign company, foreign capital company.

GİRİŞ

Her devlet, kendi toprakları üzerindeki egemenliğinin bir sonucu olarak kendi ülkesindeki taşınmazlarının, yabancılar tarafından iktisap edilmesini sınırlandırma hakkına sahiptir^[1]. Yabancıların taşınmaz iktisabı ve taşınmaz üzerindeki haklarına ilişkin yasaklama ve sınırlandırmalar, her bir devletin kendine özgü olan çeşitli politika hedeflerine ulaşabilmesi amacıyla devletlerce farklı şekillerde düzenlenmektedir. Bu anlamda taşınmaz iktisabının doğrudan yasaklanması ya da taşınmaz iktisabı için önceden izin alınması ya da yabancı taşınmaz iktisabının kayıt altına alınması ya da taşınmaz iktisabı için önceden bildirimde bulunulması gibi çeşitli yollarla devletler kendi politika hedeflerine ulaşmayı amaçlamaktadır^[2].

Gelişmekte olan, yükselen ve geçiş ekonomileri, yabancı sermaye rejimlerini serbestleştirme ve yatırım çekmek için çeşitli politikalar izleme konusunda ilk sırada gelmektedir^[3]. Zira doğrudan yabancı yatırımlar, yeni iş imkânları oluşturarak ev sahibi devlette istihdama katkı sağlama; sermaye, teknoloji ve yönetim kaynakları transferini gerçekleştirme; ev sahibi devletin ekonomik büyümesini ve rekabeti artırma gibi olumlu etkilere sahiptir^[4]. Doğrudan yabancı yatırımların söz konusu olumlu etkileri dolayısıyla, Türkiye gibi pek çok devletin doğrudan yabancı yatırım çekmenin yollarını aradığı ve yabancı sermayenin de kendisi için en uygun devleti tercih ettiği bir durumda, Türkiye’nin doğrudan yabancı yatırımları ülkeye çekebilmesi önem arz etmektedir. Bu anlamda 05 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYYK) Genel Gereğesinde de yabancı doğrudan yatırımları en çok çeken ülkelerin, uzun dönemde

-
- [1] Robert Jennings ve Arthur Watts (Ed.), *Oppenheim’s International Law*, London, Longman, 9. Baskı, 1992, s.911.
- [2] Stephen Hodgson, Cormac Cullinan ve Karen Campbell (Ed.), *FAO Legal Papers, Land Ownership and Foreigners – A Comparative Analysis of Regulatory Approaches*, 1999, s.44.
- [3] Sarbajit Chaudhuri Chaudhuri ve Ujjaini Mukhopadhyay, *Foreign Direct Investment in Developing Countries: A Theoretical Evaluation*, New Delhi, Springer, 2014, s.1.
- [4] Rodolphe Desbordes ve Shang-Jin Wei, “The effects of financial development on foreign direct investment,” *Journal of Development Economics*, Elsevier, Cilt 127, 2017, s.153; Tareq Mahbub, *Encouraging Foreign Direct Investment (FDI) in Bangladesh’s Power Sector: The key factors for long-term investment sustainability*, Switzerland, Springer, 2023, s.7-8.

ekonomik istikrarı yakalayacağı ifade edilerek, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi ve doğrudan yabancı yatırımların arttırılması amacı ifade edilmektedir. Doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi ve yatırımların arttırılmasında yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de taşınmaz iktisap edebilmesi, doğrudan yabancı yatırımların teşvik edici olması bakımından önemlidir.

DYYK’na tabi yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de taşınmaz iktisabına ilişkin olan düzenlemelerin, doğrudan yabancı yatırımları teşvik edici nitelikte olup olmadığı sorusu temelinde; ilk olarak DYYK kapsamındaki yabancı tüzel kişiler, ikinci olarak yabancı şirketlerin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak iktisabı, üçüncü olarak yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak iktisabı ve son olarak da uluslararası kuruluşların taşınmaz iktisabı incelenmektedir.

I. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR KANUNU KAPSAMINDAKİ YABANCI TÜZEL KİŞİLER

DYYK 2’inci maddesinin a fıkrasında yabancı yatırımcı, gerçek ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı tanımlanmıştır. Bu anlamda “Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım^[5] yapan, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel

[5] Doğrudan yabancı yatırım, yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’na alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları ile yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla; yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı ifade etmektedir (DYYK m. 2/b); *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)*, tahkim yargısı yetkisinin sınırlarını belirleyen “yatırım” kavramını tanımlamamıştır. Bu sebeple yatırım kavramı, uluslararası yatırım tahkimine ilişkin kararlarda farklı özellikleriyle açıklanmıştır. Örneğin *Salini v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4, 23.07.2001) kararında yatırım için fon transferi, para ya da varlık katkısı, bunun belirli bir süre olması, yatırımcının risklere katılımı ve ev sahibi devlete ekonomik katkı sağlaması olarak belirlenmiştir. Ancak daha sonra verilen *Pantechniki v. Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21, 30.07.2009) kararında, Salini kararındaki yatırım kavramı için öngörülen unsurlardan birinin yokluğunun, diğer bir unsurun daha güçlü varlığıyla giderileceği ve söz konusu unsurlar, yatırım kavramının zorunlu unsurları olarak kabul edilmek yerine yatırımın özellikleri olarak açıklanmıştır. Bükreş’teki bir binanın

kişiler^[6] ile uluslararası kuruluşlar yabancı yatırımcıdır” (DYYK m. 2/a-2). Dernek ve vakıfların nitelikleri dolayısıyla yatırım faaliyetleri söz konusu olmayacağı için, DYYK kapsamında tüzel kişi yatırımcının ticari ortaklık olarak kabul edilmesi gerekir^[7]. Aynı zamanda mülga 08 Ocak 1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (YSTK) kapsamında kurulmuş yabancı sermayeli şirketler de DYYK kapsamında yabancı yatırımcıdır (DYYK m. 5/a).

DYYKUY^[8] 17’inci madde hükmü, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya ortak olabilecekleri şirket türlerine ilişkin düzenleme getirmiştir. Buna göre, “yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler; Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK)^[9] düzenlenen şirketler ile Türk

lüks bir otel ve restorana dönüştürülmesiyle ilgili bir özelleştirme projesiyle ilgili olan *Hassan Awdi v. Romania* (ICSID Case No. ARB/10/13, 02.03.2015) kararında ise, mahkeme, davacının ev sahibi devletin ekonomisine katkıda bulunmaması temelindeki Romanya’nın yargı yetkisi itirazlarını, ev sahibi devletin ekonomisine katkının ikili yatırım anlaşmasında yer almaması sebebiyle reddederek, ev sahibi devletin ekonomisine katkıda bulunma gerekliliğinin; yatırım kavramına dahil edilmesi gerektiği iddiasını da reddederek, yatırım kavramının münhasıran ikili yatırım anlaşmasında belirtildiği şekilde belirlenmesi gerektiğine karar verdi. bkz., ICSID Cases Databases, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> (E.T. 10.10.2024); Yatırım kavramının belirlenmesinde ev sahibi devlet ve yatırımcının ilgili anlaşmalardaki iradelerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz., David Collins, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2. Baskı, 2022, s.94; Yatırım kavramını tanımlarken ev sahibi devletin ekonomisine katkıda bulunma unsuruna yer verilmemesi yönünde bkz. Şaban Kayıhan ve Etem Kara, *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.111; Gelişmiş devletlerin yatırım kavramını geniş kapsamda tanımlarken, az gelişmiş devletlerin ise yatırım kavramını dar kapsamda tanımlanması ICSID tahkiminde uyuşmazlıkların kapsamını da daraltma amacına yönelik olduğuna ilişkin bkz., Melis Avşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, 2007, s.132.

[6] DYYK tüzel kişi yabancı yatırımcı için kuruluş yerini esas alarak yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri yabancı kabul etmiştir. bkz. Sibel Özel, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s.603.

[7] *Ibid.*

[8] Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, *Resmî Gazete*, 20 Ağustos 2003, Sayı 25205.

[9] 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

Borçlar Kanunu'nda (TBK)^[10] düzenlenen adi şirketlerdir” (DYYKUY m. 17/1). “Adi ortaklık, sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, DYYK kapsamında adi şirket sayılırlar” (DYYKUY m. 17/2)^[11].

DYYK, tüzel kişi yabancı yatırımcı olarak *yabancı şirketleri*^[12] tanımlarken aynı zamanda *yabancı sermayeli şirketlerin*^[13] de DYYK kapsamında olduğu görülmektedir. DYYK kapsamındaki tüzel kişiler hem yabancı şirketleri hem de yabancı sermayeli şirketleri ifade etmektedir. Tamamen yerli sermayeli olmaları itibarıyla DYYK kapsamı dışında olan şirketler ise; şirkete yabancı bir yatırımcının ortak olması halinde DYYK kapsamına girmektedir^[14].

[10] 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

[11] DYYKUY, TBK yürürlüğünden önceki dönemde düzenlenmiş olduğundan adi şirket kavramına yer vermiştir. TBK m. 620 vd. hükümlerinde yer alan adi ortaklık hükümleri - bir ortaklığın kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıması halinde - DYYK kapsamında uygulama alanı bulabilecektir. DYYK kapsamındaki tüzel kişiler ele alındığı için tüzel kişiliğe sahip olmayan adi ortaklık üzerinde detaylı durulmayacaktır. Bununla beraber yabancı sermayeli yatırımlar içerisinde önemli bir yer tutan joint venture, konsorsiyum tipi ortaklıklar adi ortaklık olarak kabul edilmektedir. bkz. Kemal Dayınlarlı, *Joint Venture Sözleşmesi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s.179; Pınar Öztürk, *Ortak Girişim (Joint venture) ve Uygulanacak Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s.19.

[12] “Türk mevzuatına göre kurulup, tescil edilen ve idare merkezi Türkiye’de olan şirketler Türk şirketleridir. Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nın 7. maddesinde de hükme bağlanan bu hususun yeni düzenleme olan DYYK ve ilgili mevzuatta yer almaması sonucu değiştirmez. ... Bir şirketin yabancı şirket olup olmadığının tespiti için, Türk şirketi olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Türk hukukunda genel kabul gören görüş, Türk mevzuatına uygun olarak kurulmuş ve merkezi Türkiye’de olan şirketlerin Türk şirketi sayılacağı yönündedir. Buna göre, Türk hukukuna göre kurulmamış ve merkezi Türkiye’de olmayan şirketler yabancı şirket sayılacaktır.”, bkz., Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, s.104.

[13] Türkiye’deki yabancı sermayeli şirketlerin sayısı 2002 yılında 5.600 iken, 2022 yılının ilk yarısında bu sayı 78.257’dir. bkz. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, Türkiye’de Uluslararası Doğrudan Yatırım, <https://www.invest.gov.tr/tr/whyturkey/sayfalar/fdi-in-turkey.aspx> (E.T. 10.10.2024).

[14] Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, s.110.

II. YABANCI ÜLKELERDE KURULAN TÜZEL KİŞİ ŞİRKETLERİN TÜRKİYE’DE TAŞINMAZ VE SINIRLI AYNI HAK İKTİSABI

A) GENEL OLARAK

Yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişi şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak iktisabına ilişkin olan bu kısımda, öncelikle yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilmelerini genel olarak düzenleyen 22 Aralık 1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu 35’inci maddesi ve sonrasında da yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişi şirketler tarafından, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde bulunan taşınmazların iktisabını özel olarak düzenleyen 12 Mart 1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu 8’inci maddesi ile endüstri bölgelerinde bulunan taşınmazların iktisabını özel olarak düzenleyen 09 Ocak 2002 tarih ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu 4’üncü maddesi incelenmektedir. Yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişi şirketlere yönelik diğer özel kanunlardaki düzenlemeler ise sınırlı aynı hak iktisabına ilişkin olduğundan ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

B) 2644 SAYILI TAPU KANUNU MADDE 35

03.05.2012 tarihli değişiklik sonrasında Tapu Kanunu 35’inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, “yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilirler. Tüzel kişiliğe sahip olmayan şirketler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edilemez. Yabancı ticaret şirketleri lehine taşınmaz rehni tesisinde ise herhangi bir sınırlama söz konusu değildir”^[15]. Bu anlamda yabancı devletlerde, söz konusu yabancı devletin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliği haiz yabancı ticaret şirketleri ancak özel kanunlarda bu yönde bir hüküm bulunması durumunda taşınmaz

[15] Yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişi şirketler lehine taşınmaz rehni tesis edilecek taşınmazın mutlaka ipotek borçlusuna ait olması gerektiği gibi taşınmaz maliki bir başkasının borcu için kendi taşınmazı üzerinde ipotek tesisine izin verebilir. Üzerinde ipotek tesis edilecek taşınmazın Türk vatandaşı ya da yabancıya ait olması arasında fark yoktur. bkz., Nuray Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2012, s.161; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 4. Baskı, 2016, s.316.

mülkiyeti iktisap edinebilirler^[16]. Dolayısıyla DYYK 2'inci maddesinin a fıkrasının ikinci bendi düzenlemesindeki yabancı devletlerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin taşınmaz edinebilmeleri, 2644 sayılı Tapu

- [16] Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 27. Baskı, 2022, s.316; “2003 yılında 4916 sayılı kanun m. 19 ile Tapu Kanunu’nda yapılan değişiklikten önce, yabancı şirketlerin Türkiye’de taşınmaz mal edinmelerine bazı ikili antlaşmalarla izin verilmişti. Antlaşmalarla oluşturulan rejim, ahdi ve fiili karşılıklılık üzerinde durulmakta; ayrıca taşınmaz mal ediniminin şirketin faaliyetlerini yerine getirmesi bakımından gerekli olması aranmaktaydı. 2003 yılında 4916 sayılı Kanunla Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde yapılan değişiklikle, yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişi şirketlerin, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlayıcı hükümlere uygun olmak kaydıyla Türkiye’de taşınmaz mal edinebileceklerine ilişkin açık bir düzenleme getirilmişti. Bu düzenlemede, yabancı gerçek kişiler ile yabancı tüzel kişi şirketler arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştı. Tapu Kanunu’nun 2005 yılında 5444 sayılı Kanun ile düzenlenen 35. Maddesi ise oldukça farklı bir hüküm içermektedir. Buna göre, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirlerdi. Tapu Kanunu’nun, 3.5.2012 tarihinde kabul edilen 6302 sayılı Tapu ve Kadastro Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile yeniden düzenlenen 35. maddesi, 18.5.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemede yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinimine reform niteliğinde değişiklikler yapılmıştır. Buna karşın yabancı tüzel kişilerin taşınmaz mal edinmesi açısından ise 18.5.2012 tarihinden önce var olan sistem aynen korunmuştur.” bkz., Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.160-161; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Yabancı Sermaye ve Yabancıya Mülk Satışı*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s.108; 2005 yılına kadar yabancı tüzel kişilerin -konumuz bakımından yabancı şirketlerin-taşınmaz iktisabında karşılıklılık şartının arandığı görülmektedir. Mevcut düzenlemede karşılıklılık aranmamakla beraber uzun yıllar karşılıklılık prensibi Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. Kanaatimizce karşılıklılık anayasal bir ilke olmadığı gibi milletlerarası hukukun temel prensiplerinden biri de değildir. Karşılıklılık siyasi bir tercihtir. Fakat uzun yıllar karşılıklılık prensibin gerekli olduğu doktrinde ifade edilmiştir, konuya ilişkin bkz., Yazarsız-Tartışma, “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 5, Sayı 2, 1985, s.123; Sibel Özel, “Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmeleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni- Prof. Dr. Yılmaz Alruğ’a Armağan*, Cilt 17, Sayı 1-2, 1997-1998, s.305; Günseli Öztekin Gelgel, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmasında Müteakabiliyet İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni-Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan*, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s.405; farklı yönde bkz. Vedat Raşit Seviğ, “Bazı Yabancıların Karşılıklılık Aranmaksızın Taşınmaz Edinmesini Sağlayan Kanunun İptali Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 5, Sayı 2, 1985, s.141.

Kanunu 35’inci madde düzenlemesi gereğince, yabancı ülkelerde söz konusu ülkenin mevzuatlarına göre kurulmuş tüzel kişiliğe sahip^[17] ticaret şirketi olmaları ve özel kanun hükümlerinde taşınmaz edinimlerine ilişkin bir hüküm bulunması şartına bağlıdır.

Tapu Kanunu 35’inci maddesinin üçüncü fıkrası düzenlemesi, Cumhurbaşkanı’na yabancı tüzel kişi şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmeleri konusunda sınırlama, durdurma ve yasaklama hususunda yetki vermiştir. Buna göre, “Cumhurbaşkanı, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüz ölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir”.

Yabancı ticaret şirketlerinin, Tapu Kanununun 35’inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne aykırı şekilde taşınmaz iktisap etmeleri durumunda ise, taşınmazın bedeli hak sahibine ödenmek suretiyle söz konusu taşınmaz tasfiye edilir. Buna göre; “Tapu Kanununun 35’inci madde hükmüne aykırı şekilde iktisap edinilen, iktisap amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen,

[17] “Joint venture, sözleşmeye dayalı joint venture ve sermayeye katımlı joint venture olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeye dayalı joint venture, ortaklık sermayesi bulunmayan, ortak amacın gerçekleşmesi ortakların birleştirdikleri katkılarla mümkün olan ve bir organizasyona sahip olması zorunlu olmayan joint venture türüdür. Bu türde ortaklar bir ticaret ortaklığı kurmamakta, ortak bir amaca ulaşmak için faaliyetlerini birleştirmektedirler. Sözleşmeye dayalı joint venture adı ortaklık olarak nitelendirilmekte ve dolayısıyla tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Sermayeye katımlı joint venture’da ise, ortaklık sermayesi bulunmakta ve ortaklar bu sermayeye katılmaktadırlar. Sermayeye katımlı joint venture’da ortaklar aralarında bir ortaklık sözleşmesi (temel/esas sözleşme) imzaladıktan sonra ticaret şirketi türlerinden birini seçerek ortaklık kurmakta ve ortaklığın sermayesine katılmaktadırlar. Sermayeye katımlı joint venture, bir ticaret şirketinin bünyesinde ortaya çıkması dolayısıyla tüzel kişiliği haizdir. Sözleşmeye dayalı joint venture’ın, yabancı bir devletin kanunları uyarınca kurulması, tüzel kişiliği haiz olmayan bir ortaklık niteliğinde olması ve Türkiye’de taşınmaz edinebilmek için Tapu Kanunu kapsamında bahsedilen esas unsurlardan biri olan tüzel kişiliğe sahip olmaması sebebiyle Tapu Kanunu uyarınca taşınmaz edinimleri söz konusu olamayacaktır.”, bkz., Ali Önal ve Çapa Sadık, “Yabancı Ortaklı Joint Venture’ların (Ortak Girişimlerin) Türk Hukuku Uyarınca Taşınmaz Edinimleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı, Cilt 2, Sayı 3, 2016, s.81-82.

yapısız taşınmazda geliştirilecek projeyi^[18] süresinde geliştirmeyenler, miras yoluyla iktisap edilen taşınmazlar ve sınırlı aynı haklar, tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir” (Tapu Kanunu m. 35/6).

C) YABANCI ŞİRKETLERİN TAŞINMAZ İKTİSABINA İLİŞKİN 2634 SAYILI TURİZMİ TEŞVİK KANUNU MADDE 8/E

Turizm sektörünü düzenlemek, geliştirmek ve dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturmak amacıyla yürürlüğe giren Turizmi Teşvik Kanunu (TURTK), turizm yatırımının teşvik edilmesi amacıyla yerli ve yabancı yatırımcılara taşınmaz iktisabı imkânı sağlamaktadır. Türkiye’de turizm yatırımı veya turizm işletmesi faaliyetinde bulunan yabancı tüzel kişilerin, yabancıların taşınmaz mal iktisabına ilişkin sınırlamalardan muaf tutulması için, taşınmazın turizm alanı (kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinde) olarak belirlenen bir yerde olması gerekir^[19]. Zira TURTK 8’inci maddesi E fıkrası düzenlemesi gereğince, “kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerindeki taşınmazların iktisabı, Köy Kanunu^[20] ile Tapu Kanunu’nda yer alan yabancı uyruklularla ilgili tahditlerden Cumhurbaşkanı kararı ile istisna edilebilir”. Dolayısıyla kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerindeki taşınmazların, yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişi şirketler tarafından edinimi Cumhurbaşkanı kararı ile mümkündür. TURTK 8’inci maddesi E fıkrası düzenlemesi gereğince; askeri bölgeler hariç, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin turizm alanlarında – bu alanlar köy sınırları içinde olsa bile - Cumhurbaşkanı kararı ile taşınmaz iktisap edebilmeleri mümkündür^[21].

[18] Yabancı ticaret şirketlerinin iktisap ettikleri yapısız taşınmazda proje geliştirmek istemeleri durumunda, söz konusu projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlık onayına sunmak zorunlulukları söz konusudur. Buna göre; “İlgili Bakanlık tarafından başlama ve bitirilme süresi belirlenerek onaylanan proje tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmek üzere taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğüne gönderilir ve onaylanan projenin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ilgili Bakanlıkça takip edilir” (Tapu Kanunu m. 35/4).

[19] Asar Aydoğan, *Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2006, s.306.

[20] 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu.

[21] Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, 2003, s.225; Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.214-215.

TURTK 8’inci maddesi E fıkrası düzenlemesine istinaden, Uygulanacak Esaslar^[22] 83/6433 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla yürürlüğe konulmuştur.

“Turizm sektöründe; TURTK ve diğer mevzuatta yer alan teşvik tedbirleri ile istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı’ndan, turizm yatırımı belgesi veya turizm işletmesi belgesi alınması zorunludur” (TURTK m. 5/1). 18 Temmuz 2021 tarih ve 7334 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3’üncü maddesi ile getirilen 18.07.2021 tarihli değişiklik öncesindeki düzenlemede Bakanlık tarafından kabul edilen zorunlu sebeplerle bu sürenin uzatılabileceği düzenlenirken; 18.07.2021 tarihli değişiklik sonrası TURTK m. 5’inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünde sadece “Bakanlıkça bu süre uzatılabilir” denilmek suretiyle süre uzatımı için artık zorunlu bir sebebin varlığı aranmamaktadır.

Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı TURTK 8’inci maddesi hükmünde düzenlenmiştir. 23 Mayıs 2019 tarih 7175 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2’inci maddesi ile getirilen 23.05.2019 tarihli değişiklik öncesinde kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde bulunan taşınmazların tahsisinde; imar planlarının yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerde bulunması aranırken değişiklik sonrasında Bakanlık tarafından turizm amaçlı değerlendirilmesinde yarar görülen ve ilgili Bakanlığa bildirilen taşınmazlar olması tahsis için yeterli görülmektedir. Buna göre “Kamu hizmetlerinde kullanılanlar ile üzerinde irtifak hakkı tesis edilenler hariç, Hazine’nin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından uygun görülenler üç ay içerisinde tahsis edilir, bu süre içinde tahsisin yapılmaması veya olumsuz görüş bildirilmemesi halinde tahsis yapılmış sayılır (TURTK m. 8/A-1)”.

“Kamu kuruluşlarına ait olanlar, talep tarihinden başlayarak en geç 2 ay içinde Hazine adına tapuya tescil ve Kültür ve Turizm Bakanlığı’na

[22] “Yabancı uyruklu kişilerin, turizm bölge, alan ve merkezlerinde 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8 inci maddesinin (E) fıkrası uyarınca taşınmaz mal iktisaplarına ilişkin talepleri Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarının Başkanlığında, Genelkurmay Başkanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dış- İşleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü temsilcilerinden oluşan Kurulca yapılacak inceleme ve Kültür ve Turizm Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karara bağlanır” (Yabancı Uyruklu Kişilerin Turizm Bölge, Alan ve Merkezlerinde Taşınmaz Mal İktisaplarına Uygulanacak Esaslar m. 1, *Resmî Gazete*, 13 Mayıs 1983, Sayı 18046).

tahsis edilir (TURTK m. 8/A-2). Diğer gerçek ve tüzel kişiler ile vakıflara ait olup turizm işletmesi belgesine sahip olmayanlar, Bakanlık tarafından kamulaştırılarak, Hazine adına tapuya tescil ve tescil tarihinden başlayarak en geç bir ay içinde Bakanlığa tahsis edilir. Uyuşmazlıkların çözümlenmemiş olması, arazinin turizm amaçlı kullanıma tahsisine engel değildir” (TURTK m. 8/A-3)^[23].

“2873 sayılı Millî Parklar Kanunu^[24] gereğince tespit ve ilân edilen yerlerde, ilgili Bakanlıkça belirlenen ve üzerinde turizm maksatlı konaklama tesisi bulunan veya konaklama tesisi yapılması uygun görülen alanları yatırımcılara tahsis etmeye sadece Bakanlık yetkilidir” (TURTK m. 8/A-4). “Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından uygun görülen yat limanlarının yapılması amacıyla yatırımcılara taşınmaz tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir” (Turizmi TK m. 8/A-5). Dolayısıyla, TURTK 8’inci maddesinin A fıkrası gereğince, gerek Hazine gerek kamu kuruluşlarına ait ve gerekse gerçek ve tüzel kişilere ait olup da turizm işletmesi belgesine sahip olmayan taşınmaz malların, yerli ve yabancı yatırımlara tahsis edilmek üzere kamulaştırılarak Kültür ve Turizm Bakanlığı’na tahsisini öngörmüştür^[25].

“Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar; saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Kültür ve Turizm Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Orman ve Su İşleri Bakanlığı tarafından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir” (TURTK m. 8/C). Bu anlamda “Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın

[23] “Bu kamulaştırma kararı ile ilgili olarak dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülüp sonuçlandırılacaktır.” ifadesi Anayasa Mahkemesi 29 Ocak 2014 tarih ve E. 2013/108, K. 2014/15 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. İptal edilen düzenleme, kamulaştırma kararı aleyhine dava hakkını ortadan kaldırmaktaydı. Bu durum iptal kararından önce de temel hakların özüne yönelik bir kısıtlama olduğu ve kararlar aleyhine yargı yolunun kapatılmasının geri dönülmez neticelere yol açacağı düşüncesiyle haklı olarak eleştirilmekteydi. bkz. Çelikel ve Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, s.327.

[24] 09 Ağustos 1983 tarih ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu.

[25] Çelikel ve Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, s.326.

tasarrufuna geçen taşınmazları, yabancı uyruklu tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakları^[26] dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve Bakanlık tarafından yapılır” (TURTK m. 8/D).

“Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri dışında kalan ve imar planları ile turizm amaçlı kullanıma ayrılan; kamu hizmetlerinde kullanılanlar ile üzerinde irtifak hakkı tesis edilenler hariç, Hazinesin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar, tapuya tescili mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki tescil harici yerler ile jeotermal suyun kullanımına yönelik turizm amaçlı kullanıma konu edilebilecek Hazinesin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerleri, konaklama tesisleri yapılmak amacıyla yatırımcılara tahsis etmeye münhasıran Bakanlık yetkilidir” (TURTK m. 8/F-1). Dolayısıyla TURTK ile turizm yatırımı veya turizm işletmesi faaliyetinde bulunan yabancı şirketlere, taşınmaz iktisabı yanında taşınmaz tahsisinde de önemli bir kolaylık sağlandığı görülmektedir.

D) ENDÜSTRİ BÖLGELERİ KANUNU MADDE 4

09 Ocak 2002 tarih ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununun (EBK) amacı; “endüstri bölgelerinin kurulması, yönetim ve işletilmesine ilişkin esasları düzenlemektir” (EBK m. 1/1). Endüstri bölgesi; “ülke ekonomisini uluslararası rekabet edebilir bir yapıya kavuşturmak, teknoloji transferini sağlamak, üretim ve istihdamı artırmak, yabancı sermaye girişini hızlandırmak ve özellikle üretim maliyetleri açısından büyük ölçekli yatırımlar için uygun sanayi alanı oluşturmak üzere kurulacak üretim bölgeleri” olarak tanımlanmıştır (EBK m. 1/A/b).

[26] “Üst hakkı bir kişiye başkasına ait arazideki yapının (inşaatın) maliki olma yetkisini veren bir irtifak hakkıdır. Üst hakkı, sahibine, arazinin altında veya üstünde bir inşaat yaparak veya arazide hakkın kurulmasından önce mevcut bir inşaatı muhafaza ederek ona malik olma yetkisi verir. ... Dağlarda, deniz veya göl kıyılarında oteller, çeşitli turistik tesisler üst hakkı kurulması yoluyla sağlam hukuki temellere dayanılarak inşa edilebilecektir”, bkz., M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 25. Baskı, 2023, s.991.

EBK 13'üncü maddesinin A fıkrası gereğince, endüstri bölgelerinde yatırım yapmak isteyen yabancı şirketler lehine taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikte irtifak hakkı tesis edilmesi veya kullanma izni verilmesi mümkündür. Yatırımcı irtifak hakkı veya kullanma izni verilmesinden itibaren en geç beş yıl içerisinde yatırımını tamamlamakla yükümlüdür. Yatırımın belirlenen sürede gerçekleşmemesi durumunda yabancı şirketin irtifak hakkı tesisini veya kullanma izni sözleşmesi feshedilir.

20 Ekim 2022 tarih ve 7419 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5'inci maddesi hükmü ile getirilen değişiklik sonrasında endüstri bölgelerinde yabancı şirketlerin taşınmaz iktisabına EBK 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrası düzenlemesiyle imkân tanınmıştır. Buna göre EBK 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereğince; "Endüstri bölgelerinde; Hazine adına tescilli taşınmazlar ile bedeli Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bütçesinden karşılanmak suretiyle kamulaştırılarak Hazine adına tescil edilen taşınmazlardan yatırımcılar lehine irtifak hakkı tesis edilenler, yatırımın tamamlanması şartıyla ve yatırımcının talep etmesi durumunda Bakanlığın uygun görüşü üzerine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca yatırımcıya üzerindeki muhdesatın bedeli alınmaksızın rayiç bedel üzerinden doğrudan satılabilir. Kamulaştırma bedeli yatırımcılar tarafından karşılanmak suretiyle kamulaştırılarak Hazine adına tescil edilen taşınmazlardan yatırımcılar lehine irtifak hakkı tesis edilenlerin mülkiyeti ise, yatırımın tamamlanması şartıyla ve yatırımcının talep etmesi durumunda Bakanlığın uygun görüşü üzerine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca yatırımcıya bedelsiz olarak devredilebilir". Dolayısıyla doğrudan yabancı yatırım kapsamındaki yabancı şirketler, endüstri bölgelerindeki taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak iktisap edebilecekleri gibi irtifak hakkı tesis edilen söz konusu taşınmazların mülkiyetini yatırımın tamamlanması şartıyla iktisap edebilirler.

E) YABANCI ŞİRKETLERİN SINIRLI AYNİ HAK İKTİSABINA İLİŞKİN ÖZEL KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

1- Türk Petrol Kanunu

30 Mayıs 2013 tarih ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu’nun (TPK) 10’uncu maddesi birinci fıkrası gereğince, “petrol hakkı sahibi, petrol faaliyetinde gerekli arazinin kullanma hakkını; kiralamak, irtifak hakkı tesis etmek veya kullanma izni almak suretiyle elde edebilir”. TPK 10’uncu maddesi ikinci fıkrası gereğince, petrol hakkı sahibi kamulaştırma bedelini ödeyerek kullanma hakkına sahip olur. Dolayısıyla DYYK kapsamındaki petrol hakkı sahibi yabancı tüzel kişi şirket, arazinin kullanma hakkını kiralamak, irtifak hakkı tesis etmek veya kullanma izni almak ve ruhsatına kaydedilmek suretiyle elde edebilmektedir. TPKUY^[27] üçüncü bölümü, petrol hakları başvuru usul ve esaslarına ilişkindir. Buna göre TPKUY 6’ncı maddesi I fıkrası düzenlemesi gereğince, Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü’ne başvurulur. “Başvuru sahibinin yabancı bir şirket olması durumunda Türkiye’de tescil edildiğine dair bilgi ve belgelerin verilmesi gerekir” (TPKUY m. 6/II).

Yürürlükten kaldırılan 07 Mart 1954 tarih ve 6326 sayılı mülga Petrol Kanunu’nda, petrol hakkı sahibi, anlaşma veya kamulaştırma yolu ile petrol faaliyeti için gerekli taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilirken^[28]; söz konusu mülga Petrol Kanunu’nun yerini alan TPK, petrol hakkı sahibine, arazinin mülkiyetini iktisap edebilme imkânı vermemektedir. Doğrudan yabancı yatırım yapan petrol hakkı sahibi yabancı tüzel kişi şirketlerin, petrol faaliyeti için gerekli taşınmazın mülkiyetini iktisap etme hakkının ortadan kaldırılarak sadece kullanma hakkından yararlandırılması yönünde

[27] Türk Petrol Kanunu Uygulama Yönetmeliği, *Resmî Gazete*, 22 Ocak 2014, Sayı 28890.

[28] “Bir petrol hakkı sahibi; arama işletme veya belge sahasında veya civarında petrol ameliyatı için lüzumlu olan arazinin kullanma hakkını, arazi özel mülkiyet konusu ise anlaşma veya kamulaştırma yolu ile; arazi sahipsiz ise arama ruhsatnamesine işletme ruhsatnamesine veya belgeye kaydedilmek suretiyle iktisap edebilir. Anlaşmaya dayanan kullanma hakkı 3 yıldan fazla sürdüğü takdirde özel mülkiyet konusu arazinin maliki de petrol hakkı sahibinden bu arazinin kamulaştırılmasını isteyebilir. Ancak; diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde petrol hakkı sahibi özel mülkiyet konusu arazinin sahibi ile anlaşmak suretiyle mülkiyetini de iktisap edebilir (Mülga 6326 sayılı Petrol Kanunu m. 87 /1)”.

bir düzenleme, doğrudan yabancı yatırımların teşviki ve doğrudan yabancı yatırımların Türkiye'ye çekilebilmesi bakımından kısıtlayıcı niteliktedir.

DYYK Genel Gereğesinde, Türkiye'nin doğrudan yabancı yatırımlar alanında hiç bir dönem kendisinden beklenen performansı sergileyemediği vurgulanarak “gelişmekte olan ülkelerin kaynak açığını gidermede, özellikle borç yükünün azaltılmasında anahtar role sahip bulunan doğrudan yabancı yatırımların; teknoloji, istihdam, modern know-how, yönetim becerisi, pazarlama ve ihracat olanakları gibi yararlarının maksimize edilebilmesi için, ülke çıkarları ile yatırımcının çıkarları arasında akılcı bir dengenin sağlanması ve bu yönde stratejik politikaların izlenmesi” gerektiği ifade edilmektedir. DYYK amacına uygun olarak doğrudan yabancı yatırımların artırılması hedefine uygun şekilde, yabancı şirketlerin faaliyetleri için gerekli taşınmazları iktisap edebilmelerine 6326 sayılı mülga Petrol Kanunu'nda olduğu gibi özel kanunlarda imkân sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

2- Petrol Piyasası Kanunu

04 Aralık 2003 tarih ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun (PPK) amacı, “yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin edilen petrolün doğrudan veya işlenerek, güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin düzenlenmesidir” (PPK m. 1/1). PPK 3'üncü maddesi altıncı fıkrası gereğince; “lisans kapsamındaki faaliyetlerde bulunacak özel hukuk tüzel kişileri TTK hükümlerine tabidir. Türkiye'de piyasa faaliyetlerinde bulunan ve yabancı devletler mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk tüzel kişileri, Türkiye'deki faaliyetleri bakımından Türkiye'de yerleşik sayılırlar”. Dolayısıyla yabancı devlet kanunlarına göre sermaye şirketi niteliğindeki özel hukuk tüzel kişilerine de lisans verilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır^[29].

PPK'nun mülkiyet, kamulaştırma ve özel tedbirler başlıklı 11'inci maddesi, PPK kapsamındaki tesisler için gerekli arazi, arsa ve binalara ilişkin hak veya mülkiyet iktisabının anlaşımaya ve kamulaştırma yoluyla yapılmasını öngörmektedir. Buna göre; “Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti Hazineye, kullanma hakkı kamulaştırma bedelini ödeyen lisans sahibine ait olur.

[29] Yabancıların, TTK'na göre kurulan Türk tüzel kişilerine ortak olması, hisse satın alması veya doğrudan yatırım yaparak tüzel kişi kurmaları şeklinde olabilir, bkz., Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, s.238; Ekşi, *Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı*, s.229.

Kullanma hakkı tapu siciline kaydedilmek suretiyle lisans sahibi adına yapılır ve bunlar lisansın bir parçası olup lisans müddetince devam eder. Lisansın sona ermesi veya iptali halinde, lisans sahiplerince ödenmiş bulunan kamulaştırma bedelleri iade edilmez” (PPK m. 11/a).

PPK 11’inci maddesi b fıkrası gereğince, sınırlı ayni haklara ve kiralamaya yönelik bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, “tüzel kişiler, faaliyetleri ile ilgili olarak kamuya ait araziler üzerinde, bedeli ilgili tüzel kişi tarafından ödenmesi suretiyle mülkiyetin gayri aynî hak tesisini ve bu arazilerin kiralanmasını talep edebilir. Bu istek Kurul tarafından uygun görüldüğünde, Kurum ilgili kanunlar uyarınca ihtiyaca göre intifa, irtifak, üst hakkı veya uzun süreli kiralama yoluna gider”.

3- Petrolün Boru Hatları İle Transit Geçişine Dair Kanun

23 Haziran 2000 tarih ve 4586 sayılı Petrolün Boru Hatları İle Transit Geçişine Dair Kanununun (PTGK) amacı, “petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası anlaşımaya hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktır” (PTGK m. 1). PTGK 3’üncü maddesi gereğince, “yatırımcı; bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili olarak milletlerarası anlaşımaya hariç diğer proje anlaşmalarına taraf olan gerçek ve tüzel kişiler ve ortaklıklar ile bunların kanunî halefleri veya devralanları” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla yabancı şirketlerin, doğrudan yabancı yatırımcı olarak, petrol boru hattı projesine ilişkin yatırım anlaşmalarının tarafı olabilmeleri mümkündür.

Kamulaştırma ve tescil, PTGK 8’inci maddesi d, e ve h fıkralarında düzenlenmektedir. Buna göre “Görevlendirilen kamu kurum veya kuruluşu, kamulaştırma ve/veya diğer iktisapları, mülkiyet edinme veya gayrimenkul üzerinde müstakil ve daimî haklar dahil irtifak hakkı tesisi suretiyle yapabilir” (PTGK m. 8/e). “Kamulaştırma ile görevlendirilen kamu kurum veya kuruluşu lehine tesis edilen müstakil ve daimî hak, proje kapsamında petrol hakkı sahiplerine devir ve tahsis edilebilir” (PTGK m. 8/h). PTGK 3’üncü maddesi k fıkrası müstakil ve daimî hak kavramını, gayrimenkul statüsüne tâbi mülkiyetin gayri aynî hakkı^[30] olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla

[30] Mülkiyetin gayri ayni haklar kavramı sınırlı ayni hak olarak tanımlanmaktadır. “Mülkiyetin dışında kalmasına rağmen sahibi adına ayni hak doğuran durumlar vardır.

kamulaştırma ile görevlendirilen kamu kurum veya kuruluşu lehine tesis edilen bir irtifak hakkı, bir transit petrol boru hattı projesi kapsamında yabancı bir şirkete devir ve tahsis edilebilmektedir. Bu anlamda bir transit petrol boru hattı projesi kapsamında yabancı bir şirketin, taşınmazın mülkiyetinin iktisabına imkân tanınmak yerine sadece sınırlı aynı hakkın iktisabına imkân tanınmaktadır.

4- Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun

08 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun (YİDK), “yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar” (YİDK m. 2). YİDK 3’üncü maddesi b fıkrası gereğince, “sermaye şirketi, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş veya kurulacak olan ve gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ortak olduğu ve YİDK 4’üncü maddesi hükmünde belirtilen Cumhurbaşkanı kararında öngörülen şartları taşıyan anonim şirkettir”. “Yabancı şirket, mülga YSTK hükümleri uyarınca Türkiye’de faaliyette bulunmasına izin verilen kuruluşu ifade eder” (YİDK m. 3/c). DYYK 5’inci maddesi gereğince, mülga YSTK’na yapılan atıflar DYYK’na yapılmış sayılacağından; mülga YSTK kapsamında kurulan şirketler, DYYK’na tabidir.

“Yap-işlet-devret modeli, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder” (YİDK m. 3/a).

İntifa dışındaki irtifaklarda yararlanma yetkisi sınırlıdır, zira sınırlı yararlanma yetkisi bir taşınmazda inşaat yapma ve buna sahip olma (yapı

Bunlar irtifak hakları, taşınmaz haklarıdır. Uygulamada mürur (geçit) hakkı denilen irtifak hakkı (MK. 671), en çok kullanılan irtifak hakkı çeşididir. İrtifak haklarının ana özelliği, bir hak üzerinde, birinin mutlak aynı bir hakkının, bir başkasının ise sınırlı (mahdut) aynı hakkının bulunmasıdır”. bkz., Esat Şener, *Açıklamalı – Madde Anıflı Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s.563.

üzerinde irtifaka bağlı bir mülkiyet) sağlıyorsa, bu halde irtifak, bir üst(inşaat) hakkıdır^[31]. Devletin tasarrufu olan yerlerde, yap-işlet-devret modelinin işlemesi için en uygun yol üst hakkından yararlanmaktır^[32]. 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı^[33] 40’ıncı maddesi hükmünde yer alan taşınmazların kullanımı bakımından da üst hakkı düzenlenmiştir. Buna göre “Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetler için; mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ait taşınmazlar, Hazineye ait taşınmazlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ile bedeli idare veya görevli şirket tarafından ödenmek suretiyle kamulaştırılarak tapuda idare veya Hazine adına tescil ya da tapudan terkin edilen taşınmazlar görevli şirketin kullanımına bırakılır ve bunlar için irtifak hakkı ve kullanıma izin bedelleri dahil kullanım bedeli hasılat payı alınmaz” (2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı m. 40/1).

İdarenin kamulaştırarak görevli şirkete üst hakkı çerçevesinde taşınmaz malları tahsis etmesi durumunda, kamu malından özel istisnai yararlanma söz konusudur^[34]. Kamu malından yararlanırken, kamu malı üzerinde yararlananların yaptıkları bina ve tesislerin mülkiyeti, üzerinde bulunduğu kamu malının mülkiyetinden ayrı değerlendirilerek, bunların mülkiyeti yararlanana ait kabul edilir^[35]. “Yabancı şirket lehine verilen üst hakları ve kullanma izinlerinin sona ermesi durumunda yabancı şirketin kullanımına bırakılan taşınmazlar üzerindeki tüm yapı ve tesisler herhangi bir tazminat

[31] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s.908.

[32] *Ibid*, s.991.

[33] Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar; bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesine uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelere yer verilmek suretiyle Maliye, Bayındırlık ve İskan, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur (YİDK m. 4); 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 2011/1807 sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 11 Haziran 2011, Sayı 27961, Mükerrer.

[34] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.217.

[35] Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Yayınevi, 1999, s.226.

veya bedel ödenmeksizin idareye intikal eder” (2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı m. 40/4).

Devir kısıtlamaları getirilmişse üst hakkının tapu kütüğünde taşınmazın bulunduğu sayfadan ayrı bir sayfaya tescili yapılmamakta, taşınmazın bulunduğu sayfanın irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri sütununa bir irtifak hakkı olarak tescil edilmektedir^[36]. Zira mülga 06.08.1994 tarihli ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 25’inci maddesi hükmünde, görevli şirketin; yatırım ve işletme dönemlerinde uygulama sözleşmesinden doğan tüm hak ve yükümlülüklerini aynı şartlarla ve söz konusu Kararda belirtilen usul ve esaslara uygun başka bir şirkete, idarenin görüşü ve Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile devredebileceği düzenlenmekteydi. 09.03.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgede üst hakkının devrinin izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde (kamu kuruluşlarınca getirilmek istenen kısıtlamalar dahil) üst hakkı müstakil nitelik kazanmayacağından, tescilin tapu kütüğündeki taşınmazın sayfasındaki irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri sütununda yapılması gerekir.

5- Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu

14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanununun (KYGTK) amacı; “bireyin ve toplumun kültürel gereksinimlerinin karşılanmasını; kültür varlıkları ile somut olmayan kültürel mirasın korunmasını ve sürdürülebilir kültürün birer ögesi haline getirilmesini; kültürel iletişim ve etkileşim ortamının etkinleştirilmesini; sanatsal ve kültürel değerlerin üretilmesi, toplumun bu değerlere ulaşım olanaklarının yaratılması ve geliştirilmesini; ülkemizin kültür varlıklarının yaşatılması ve ülke ekonomisine katkı yaratan bir unsur olarak değerlendirilmesi, kullanılması ile kültür merkezlerinin yapımı ve işletilmesine yönelik kültür yatırımı ve kültür girişimlerinin teşvik edilmesini sağlamaktır” (KYGTK m. 1).

KYGTK 3’üncü maddesi hükmünde, kültür yatırımı tanımlanmıştır. Buna göre, “kültür yatırımı; Kanun’un amacı doğrultusunda, kültür merkezleri ile her türlü kültürel ve sanatsal faaliyetlerin üretildiği, sergilendiği, eğitim ve öğretimi ile bunlarla ilgili bilimsel çalışmaların yapıldığı alan, yapı ve

[36] 09 Mart 1991 tarih ve 1508 sayılı Genelge, *Resmî Gazete*, 23 Kasım 1990, Sayı 20704.

mekânların yapımına, teknolojik alt yapıların kurulmasına veya donatılmasına yönelik yatırım faaliyetlerini ifade eder”. KYGTK 5’inci maddesi a fıkrası gereğince, yabancı şirketlerin doğrudan yabancı yatırım kapsamındaki kültür yatırımı ve girişimleri için ilgili taşınmazların tahsisi, kiralanması ve söz konusu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edilmesi mümkündür.

6- Elektrik Piyasası Kanunu

14 Mart 2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun (EPK) yürürlüğe girmesinden önce, 03 Mart 2001 tarih ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun yürürlükten kaldırılan 14’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, “Kanunda belirtilen piyasa faaliyetlerinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerden, yabancı gerçek ve tüzel kişiler elektrik üretimi, iletim ve dağıtım sektörlerinde, sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olmazlar” denilmekteydi. Dolayısıyla yeni düzenleme ile yabancı gerçek ve tüzel kişiler için böyle bir sınırlama kaldırılmıştır.

“Elektrik piyasasında üretim veya dağıtım faaliyetlerinde bulunan önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişilerinin, önlisans ve lisansa konu faaliyetleri için gerekli olan kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ilişkin kamulaştırma talepleri Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından değerlendirilir ve uygun görülmesi halinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından kamu yararı kararı verilir” (EPK m. 19/1).

“Piyasada elektrik üretim veya dağıtım faaliyetinde bulunan yabancı şirketler, faaliyetleri ile ilgili olarak taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, kullanma izni verilmesi veya kiralama yapılabilmesi için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’ndan talepte bulunur” (EPK m. 19/8-a). “Kamulaştırma bedeli önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişisi tarafından ödenerek tapuda Hazine adına tescil edilen veya niteliği gereği tapudan terkin edilen taşınmazlar üzerinde Maliye Bakanlığı tarafından kamulaştırma bedelini ödeyen önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz irtifak hakkı tesis edilir ve/veya kullanma izni verilir” (EPK m. 19/2). Dolayısıyla elektrik piyasasında üretim veya dağıtım faaliyetlerinde bulunan önlisans veya lisans sahibi yabancı şirketler, söz konusu faaliyetleri için gerekli olan taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı, kullanma hakkı ya da kiralama hakkı elde etme imkânına sahiptir.

7- Bankacılık Kanunu

19 Ekim 2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 57'inci maddesinin birinci fıkrası gereğince; bankalar, gayrimenkullerinin net defter değerleri toplamı öz kaynaklarının yüzde ellisine kadar taşınmaz iktisap etme imkânına sahiptir. Ancak bankalar “gayrimenkul ve emtiayı esas alan sözleşmeler ile kıymetli madenlerin alım ve satımı hariç olmak üzere ticaret amacıyla gayrimenkul ve emtianın alım ve satımı ile uğraşamaz, ipotekli konut finansmanı kuruluşu ve gayrimenkul yatırım ortaklıkları hariç olmak üzere ana faaliyet konusu gayrimenkul ticareti olan ortaklıklara katılamazlar” (Bankacılık Kanunu m. 57/2). Bu anlamda Türkiye’de bankacılık alanında faaliyet gösteren yabancı şirketler ticaret amacı dışında, gayrimenkul ve emtiayı esas alan sözleşmeler ile kıymetli madenlerin alım ve satımı için taşınmaz iktisap edebilir ve ipotekli konut finansmanı kuruluşu ve gayrimenkul yatırım ortaklıklarına katılabilirler.

“Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde bankalar, alacaklardan dolayı edinilmek zorunda kaldıkları gayrimenkulleri elden çıkarılmak zorundadır” (Bankacılık Kanunu m. 57/4). Dolayısıyla bankacılık alanında faaliyet gösteren yabancı şirketler, ticaret amacıyla taşınmaz iktisap edemedikleri gibi aynı zamanda 2006/26333 sayılı Yönetmelik^[37] 5'inci maddesi birinci fıkrası gereğince, alacaklarından dolayı iktisap ettikleri taşınmazları, iktisap tarihinden itibaren üç yıl içinde elden çıkarmak zorundadır. Ancak 2006/2633 sayılı Yönetmelik 5'inci maddesi sekizinci fıkrası gereğince, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu izni ile bankaların, alacaklarından dolayı edindikleri gayrimenkuller, öz kaynaklarının yüzde ellisini ve bankacılık işlerini yürütebilmek için ihtiyaç duydukları sayı ve büyüklüğü aşmamak şartıyla kendilerinin kullanımına tahsis edilebilir ve bu durumda elden çıkarma zorunluluğu söz konusu olmaz.

8- Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun

09 Kasım 2007 tarih ve 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanununun 7'inci maddesinin ikinci

[37] Bankaların Kıymetli Maden Alım Satımına ve Alacaklarından Dolayı Edindikleri Emtia ve Gayrimenkullerin Elden Çıkarılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete*, 01 Kasım 2006, Sayı 26333.

fıkrası ve 2008/13347 sayılı Yönetmelik^[38] 4’üncü maddesi hükmü gereğince; “üzerinde nükleer güç santrali kurulacak taşınmazların Hazinesin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması halinde, bu taşınmazlar üzerinde yabancı şirket ile yabancı sermayeli şirket lehine Maliye Bakanlığı tarafından, diğer kamu kurum veya kuruluşlarının mülkiyetinde bulunması halinde ise Cumhurbaşkanı kararı ile bedelsiz olarak süresi belirlenmiş kullanma izni, irtifak hakkı tesis edilir”. Dolayısıyla üzerinde nükleer güç santrali kurulacak taşınmazlarda, yabancı şirketler, kullanma hakkı ya da irtifak hakkı iktisap etme imkânına sahiptir.

III. YABANCI SERMAYE İLE TÜRKİYE’DE KURULAN ŞİRKETLERİN TAŞINMAZ VE SINIRLI AYNİ HAK İKTİSABI

A) YABANCI SERMAYE İLE TÜRKİYE’DE KURULAN ŞİRKETLERİN TAŞINMAZ VE SINIRLI AYNİ HAK İKTİSABINA İLİŞKİN 6302 SAYILI VE 03 MAYIS 2012 TARİHLİ KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞE KADAR OLAN SÜREÇTEKİ GELİŞMELER

DYYK yürürlüğe girmesinde önce, Türkiye’de yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin olan mülga YSTK hükümlerinde taşınmaz iktisabı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, YSTK 10’uncu maddesinde düzenlenen, yerli sermaye ile yabancı sermayenin eşitliği prensibine istinaden uygulamada yabancı sermaye ile kurulan şirketler taşınmaz iktisap edebilmekteydi^[39].

DYYK yürürlüğü sonrasında ise, DYYK 3’üncü maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından 11.03.2008 tarihinde verilen kararla iptal edilen d fıkrası gereğince, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, Türk vatandaşlarının taşınmaz iktisabı hakkına sahip oldukları bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilmekteydi^[40].

[38] Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete*, 19 Mart 2008, Sayı 26821.

[39] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.170-171.

[40] “Türkiye’de Türk hukukuna uygun olarak kurulan ve idare merkezinin Türkiye’de bulunduğu, yabancı yatırımcıların ortaklığıyla kurulan ya da iştirak edilen şirketler, Türk şirketi sayılmaktadır. Bu şekilde Türk tüzel kişiliği kazanmış bulunan şirketlerin yatırımlarıyla ilgili olarak taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinimi, 442 sayılı

Anayasa Mahkemesinin 11.03.2008 tarihli iptal kararından^[41] sonra 15

Köy Kanunu ve 2644 sayılı Tapu Kanunu ile sınırlanmamış bulunduğundan söz konusu serbestinin Kanunda yer alması amaçlanmıştır (DYYK m. 3/d bendi gerekçe)” denilmek suretiyle, söz konusu şirketlerle ilgili taşınmaz ediniminde herhangi bir sınırlamanın öngörülmemiş olması d bendindeki düzenlemenin esas dayanak noktası olmuştur., bkz., Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss142m.htm> (E.T. 10.10.2024).

- [41] “... yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkân sağlandığı; bu durumun Anayasanın Başlangıç kısmı ile 2., 3. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptali istenilen (d) bendinde, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Böylece, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerdir. Bilim ve teknolojiadaki gelişmeler, artan ulaşım ve iletişim olanakları, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerde beliren yeni yapılanma gereksinimleri, uluslararası ilişkilere yoğunluk ve yeni boyutlar kazandırmıştır. Bunun sonucu olarak kimi durumlarda yabancı yatırımcılara mülk edinme hakkının tanınması ve buna koşut olarak da konunun ülke koşullarına göre belli yasal sınırlamalara bağlı tutulması gereği ortaya çıkmıştır. Anayasa’nın Cumhuriyet’in niteliklerini belirleyen 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu maddeyle göndermede bulunularak Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilen Anayasa’nın Başlangıç’ının beşinci paragrafında ise, hiçbir faaliyetin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin karşısında korunma göremeyeceğine işaret edilmektedir. Anayasa’nın 5. maddesinde de, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır. Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan,

Temmuz 2008 tarih ve 5782 sayılı Tapu Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Tapu Kanunu’nun 2003 yılında yürürlükten kaldırılan 36’ncı maddesi yeniden düzenlenmiştir^[42]. Buna göre “yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler; askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri için Genelkurmay Başkanlığı’nın ya da yetkilendireceği komutanlıktan izin almak, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri için taşınmazın bulunduğu yerdeki valilikten izin almak şartıyla, ana sözleşmelerinde

Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinimleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında millî ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinme olanağı tanınmaktadır. Dava konusu Yasa kuralı, Anayasanın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasanın Başlangıcı ile 3. ve 11. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. ...4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin dava konusu (d) bendinin iptaline karar verilmesi ile meydana gelen hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, yeni düzenleme yapılabilmesi için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur... KARŞIOY GEREKÇESİ ... 4875 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (d) bendinin Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşen bir yönü de bulunmamaktadır. Anılan bende göre yabancı ortaklı Türk şirketlerinin taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinimlerinin usul ve esaslarının gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü, yukarıda işaret edildiği üzere, bu edinimi yapacak olan şirket Türk şirkettir ve Türk hukukuna göre de önünde bu yönde sınırlama olamayacağından, kuralda bir belirsizlik söz konusu değildir”, Anayasa Mahkemesi, 16 Nisan 2008 tarih ve E 2003/71, K 2008/79 sayılı Karar.

[42] “Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu iptal kararında, şirketin yabancı veya yerli olması ayrımını değil, kontrol sistemini dikkate almıştır.”, bkz., Rifat Erten, “Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler: Uluslararası Sempozyum Bildirileri*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010, s.412.

belirtilen faaliyet konularını gerçekleştirmek amacıyla taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebilirler”^[43].

B) 6302 SAYILI VE 03 MAYIS 2012 TARİHLİ KANUN İLE YENİDEN DÜZENLENEN TAPU KANUNUNUN 36'INCI MADDESİNE GÖRE YABANCI SERMAYE İLE TÜRKİYE'DE KURULAN ŞİRKETLERİN TAŞINMAZ VE SINIRLI AYNI HAK İKTİSABI

2644 sayılı Tapu Kanunu 36'ıncı maddesinin birinci fıkrası gereğince, “29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28'inci maddesi kapsamındaki kişiler hariç olmak üzere yabancı uyruklu gerçek kişilerin, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların yüzde elli veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları Türkiye’de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebilir ve kullanabilirler”^[44].

Yabancı sermaye ile Türk mevzuatına göre Türkiye’de kurulan ve ortaklarının bir kısmı veya tamamı yabancı olan şirketler “yabancı sermayeli şirketler”dir^[45]. Ancak Tapu Kanunu’nun m. 36'ıncı maddesinin birinci fıkrası, yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan bütün şirketleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla Tapu Kanununun 36'ıncı maddesinin birinci fıkrası kapsamına,

[43] Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik, *Resmî Gazete*, 06 Ekim 2010, Sayı 27721.

[44] “Düzenleme ile, sadece yabancı yatırımcıların şirketin yönetimine ve kararlarına etkide bulunma imkânı olduğu şirketlerin maddede yer alan izin veya değerlendirme sürecine tabi olması amaçlanmaktadır. Bu kapsamın dışında kalan uluslararası sermayeli şirketler, yerli sermayeli şirketlerin tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinebilecek ve kullanabileceklerdir.”, Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ile Gerekçesi, 10.10.2024, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss228.pdf>.

[45] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s. 169; Türkiye’de, Türk mevzuatına göre kurulan ve merkezi Türkiye’de bulunan şirketlerin, Türk uyruklu şirketler olduğu ve şirket ortaklarının veya kurucularının vatandaşlığının, şirketin vatandaşlığına etkisi olmadığı yönünde bkz. İrfan Baştuğ, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, 1974, s.57; Turgut Erem, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, 7. Baskı, 1977, s.55; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015, s.90-91.

sadece yabancı sermayenin çoğunluğu teşkil ettiği şirketler girmektedir^[46]. Bu anlamda DYYK kapsamındaki tüzel kişiliği haiz olmayan yabancı adi ortaklıkların taşınmaz mülkiyeti edinimi mümkün değildir. Bununla birlikte yabancı sermayenin çoğunluğu teşkil etmediği şirketler, aynı yerli sermayeli şirketler gibi taşınmaz mülkiyeti iktisap edebilir (Tapu Kanunu m. 36/4).

Yönetmelik^[47] 4’üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince, “Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti edinmek isteyen şirketler^[48], gerekli bilgi ve belgelerle^[49] birlikte taşınmazın bulunduğu yerdeki Valilik İl Plânlama ve Koordinasyon Müdürlüğü’ne bizzat, posta veya elektronik posta yoluyla başvururlar. Taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak^[50] iktisabı kapsamındaki işlemler, tüm belgelerin Valiliğe tam ve eksiksiz teslimi ile başlar” (Yönetmelik m. 4/10).

[46] Hüsnü Turanlı, “Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 2, 2018, s.183.

[47] 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 36. Maddesi Kapsamındaki Şirketlerin ve İştiraklerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik, *Resmî Gazete*, 16 Ağustos 2012, Sayı 28386.

[48] Söz konusu şirket ile kastedilen yabancı yatırımcıların birlikte veya ayrı ayrı elli veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya bu hisse oranına sahip olmamakla birlikte yöneticilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip buldukları Türkiye’de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirkettir (Yönetmelik m. 3/g).

[49] Söz konusu bilgi ve belgeler; başvuru dilekçesi, taşınmaza ilişkin tapu kayıt bilgileri ve koordinatlı çap örneği, taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname (Ek-1) ile taahhütnameyi imzalayan şirket yetkilisine ait imza sirküleri, şirketin taşınmaz tasarrufuna izinli olduğunu ve temsilcisini gösterir yetki belgesi, şirket hisselerinin borsada işlem görmemesi halinde, yabancı ortakların isimlerini veya unvanlarını, tabiiyetlerini ve ortaklık oranlarını içeren şirket merkezinin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğünden son bir ay içinde alınan mevcut durumu gösteren belge, şirket hisselerinin borsada işlem görmesi halinde, borsada işlem gören hisselerden şirket sermayesinin %10’una veya daha fazlasına sahip yabancı yatırımcılar ile borsada işlem görmeyen hisselerle sahip olan yabancı yatırımcıların isimlerini veya unvanlarını, tabiiyetlerini ve ortaklık oranlarını içeren, Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş.’den alınan mevcut durumu gösteren belge, yabancı yatırımcıların, ortaklık oranının ellinin altında olmakla birlikte, yöneticilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip olduğu şirketlerde, şirket merkezinin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğünden onaylı ana sözleşme örneğidir.

[50] Sınırlı aynı hak, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hak ile taşınmaz rehni dışındaki sınırlı aynı hakkı ifade etmektedir (Yönetmelik m. 3).

“Valilik, taşınmaz iktisabının ülke güvenliğine uygunluğu bakımından, taşınmaz edinimi başvurusunun yapılmasını müteakip üç iş günü içinde, taşınmaza ilişkin tapu kayıt bilgileri ve koordinatlı çap örneğini Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklara göndererek, taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya 2565 sayılı Kanunun^[51] 28’inci maddesi çerçevesinde belirlenen bölge içinde kalıp kalmadığını, on beş gün içinde bildirmesini talep eder^[52]. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde söz konusu taşınmazın belirtilen alanlar içerisinde olmadığına hükmedilerek işlem yapılır” (Tapu Kanunu m. 36/3 - Yönetmelik m. 5/1). “Taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde, taşınmaz mülkiyeti edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olup olmadığı Valilik bünyesindeki Komisyon tarafından beş gün içinde değerlendirilir” (Yönetmelik m. 7/1). “Başvuru sonucunun olumlu olması veya olumlu sayılması halinde, tescil işleminin yapılması için Valilik tarafından şirket veya iştirak ile tapu sicil müdürlüğüne üç iş günü içinde yazılı bilgi verilir. Tescil talebi, yazılı bilginin şirkete veya iştirake tebliğ edilmesinden itibaren altı ay içinde yapılır. Bu sürenin aşılması halinde, taşınmaz edinimi başvurusu yenilenir” (Yönetmelik m. 6/2,3). Dolayısıyla yabancı sermayenin çoğunluğunu teşkil ettiği Türkiye’de kurulan yabancı sermayeli şirketlerin, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek için taşınmaz iktisabı, Valilik İl Plânlama ve Koordinasyon Müdürlüğü’ne yapılan başvurunun olumlu sonuçlanmasına bağlıdır.

Tapu Kanununun 6’ncı maddesi ikinci fıkrası gereğince, “söz konusu şirketlerin Türkiye’de kurulu başka bir şirkete doğrudan veya dolaylı olarak ortak olması durumunda, yabancı yatırımcının ortak olunan şirketteki nihai ortaklık oranının yüzde elli veya daha fazla olması halinde; yabancı yatırımcıların, taşınmaz maliki yerli sermayeli şirketlerin hisselerinin yüzde

[51] 18 Aralık 1981 tarih ve 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu.

[52] Taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya 2565 sayılı Kanun’un 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge içinde kaldığının bildirilmesi halinde Valilik, söz konusu bildirim müteakip üç iş günü içinde diğer başvuru belgelerinin birer sûtretini Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklara göndererek, mülkiyet edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olup olmadığını, otuz gün içinde bildirmesini talep eder. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde mülkiyet edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olduğuna hükmedilerek işlem yapılır (Yönetmelik m. 6/1).

elli veya daha fazlasını doğrudan veya dolaylı olarak edinmesi ve taşınmaz maliki mevcut yabancı sermayeli şirketlerde yabancı yatırımcıların ortaklık oranının hisse devri sonucunda yüzde elli veya daha fazlasına ulaşması durumunda da aynı esaslar geçerlidir”^[53]. Ancak Tapu Kanunu ve ilgili Yönetmelik’te taşınmaz mülkiyetini edinmiş bir şirketin sonradan yabancı kontrolüne geçmesi durumunda ne olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Farklı devletler, taşınmazın sahibi olan şirketin kontrolünün yabancılarca geçmesi durumunda şirketin belirli bir süre içinde bildirimde bulunma yükümlülüğü altında olmasına ilişkin düzenlemeler getirmiştir^[54]. Bu yöndeki düzenlemeler ekonomik kalkınmada doğrudan yabancı yatırımların öneminin dikkate alınması gerektiğini^[55] ve yabancı sermayeli şirketlerin faaliyet konularını gerçekleştirmek için ihtiyaç duydukları taşınmaz malları iktisap etmelerinde katı bir tutum sergilenmemesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

“Taşınmaz rehni tesisinde, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi kapsamındaki mülkiyet edinimlerinde, şirket birleşmelerinden ve bölünmelerinden doğan taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak naklinde, organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri ve serbest bölgeler gibi özel yatırım bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinimlerinde ve ilgili mevzuata göre belli sürede elden çıkarma zorunluluğunun devam etmesi kaydıyla bankaların, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde kredi olarak sayılan işlemler nedeniyle ya da alacaklarını tahsil amacıyla edindikleri taşınmazlarda Tapu Kanununun

[53] “...Böylece, uluslararası sermayeli şirketlerin iştirak ettiği şirketlerin kapsam dahilinde bulunup bulunmadığı yönündeki tereddütlerin giderilmesi hedeflenmektedir. Bunun yanısıra, yabancı yatırımcıların, taşınmaz maliki yerli sermayeli şirketlerin hisselerinin yüzde elli veya daha fazlasını doğrudan veya dolaylı olarak edinmesi halinde, bu şirketlerin mülkiyet edinim durumları ve taşınmazları kullanımları ile yabancı yatırımcıların bu maddede yer alan koşulları sağlamamaları nedeniyle mevcut yabancı sermayeli şirketlerin bu madde kapsamı dışında kalarak taşınmaz edinmesi halinde, yabancı yatırımcının ortaklık oranının daha sonra yüzde elli veya daha fazlasına ulaşması durumunda aynı esaslar uygulanacaktır.” Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ile Gerekeşi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem24/yil01/ss228.pdf> (E.T. 10.10.2024).

[54] Hodgson, Stephen, Cormac Cullinan ve Karen Campbell (Ed.), *Land Ownership and Foreigners*, s.7.

[55] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.196.

36'ncı maddesindeki sınırlamalar uygulanmamaktadır" (Tapu Kanunu m. 36/5)^[56].

Kanun koyucunun yabancı sermayeli şirketler lehine taşınmaz rehninde bir sınırlama getirmemiş olması doğaldır, zira yabancı şirketler bile bu açıdan bir sınırlamaya tabi tutulmamışken yabancı sermayeli şirketler için de bir sınırlama olmaması gerekir^[57]. Zira burada bir taşınmaz iktisap etme iradesi yok, tam tersine teminat olarak taşınmazın gösterilmesi söz konusudur^[58]. Yabancılık unsuru taşıyan ipotek tesislerinde 27 Kasım 2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 21'inci maddesi gereğince Türk Hukuku uygulanır^[59].

Doktrinde, "taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi kapsamındaki mülkiyet edinimlerine" Tapu Kanununun 36'ncı maddesi hükümlerinin uygulanmaması neticesinde, taşınmazın, ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu

[56] "Uygulamada bankaların ve diğer ticaret şirketlerinin, yürüttükleri faaliyetler çerçevesinde alacaklarını teminat altına almak amacıyla tesis ettikleri ipoteğin, borcun ifa edilmemesi nedeniyle paraya çevrilmesi sürecinin başlatılması ve süreç sonunda ilgili taşınmazın alacağa mahsuben icra marifetiyle edinilmesi durumlarına rastlanmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen edinimin 2644 sayılı Kanununun 36. maddesi çerçevesinde yeni bir sürece dahil edilmesi, uygulamadan zorluğa ve hak kayıplarına neden olmaktadır. Bu nedenle, ipotek lehdarının rehnin paraya çevrilmesi suretiyle yapılan takip kapsamında elde ettiği taşınmazlar kapsam dışında bırakılmaktadır. Ayrıca, şirket birleşmeleri sonucunda devralan veya yeni kurulan şirket, devralınan şirketlerin yerine geçmekte; devralınan şirketin malvarlığı, devralan veya yeni kurulan ortaklığa kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla intikal etmektedir. Keza bölünmede de bölünen şirketin malvarlığına ilişkin olarak çıkartılan envanterde yer alan bütün aktifler ve pasifler, tescil ile devralan şirketlere geçmektedir. Bu çerçevede, şirket birleşmelerinden ve bölünmelerinden doğan taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak naklinin de kapsam dışı tutulması hususu düzenlenmektedir." Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ile Gerekeşi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss228.pdf> (E.T. 10.10.2024).

[57] Nuray Ekşi, "Son Yasal Düzenlemeler Kapsamında Yabancı Sermaye İle Türkiye'de Kurulan Şirketlerin Taşınmaz İktisapları", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2012, s.30.

[58] "Bunun aksine bir düzenleme eskiden olduğu gibi Türk şirketlerini cezalandırma, kredi alamama neticesini doğuracaktır.", bkz., Ziya Akıncı, "Tüzel Kişilerin Türkiye'de Mal Edinmesi", *Yabancıların Taşınmaz Edinmeleri: Güncel Tartışmalar-Panel Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.73.

[59] Ekşi, *Son Yasal Düzenlemeler Kapsamında Yabancı Sermaye İle Türkiye'de Kurulan Şirketlerin Taşınmaz İktisapları*, s.31.

elde edilmesi durumunda söz konusu taşınmazın şirketin faaliyetlerini yürütmek amacıyla kullanılması şartının aranmayacak, yetkili makamlardan izin alınmayacak ve iktisabın ülke güvenliğine uygun olup olmadığının araştırılmayacak olması nedeniyle endişeyle yaklaşılmaktadır.^[60] Bu nedenle Tapu Kanununun 36’ncı maddenin uygulanmasının, yabancı sermayeli şirketin kendi alacağı için tesis edilen ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takipte (9 Haziran 1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 124’üncü maddesinin son fıkrası uyarınca, yabancı sermayeli şirket artırmaya katılması) taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesiyle sınırlanması gerektiği, yoksa yabancı sermayeli şirketin kendi lehine tesis edilmemiş olan bir ipotek için yapılan takibin sonucunda taşınmazın mülkiyetini icra yoluyla iktisabı olarak anlaşılmalıdır; hatta bir adım daha ötesine giderek yerli sermaye ile Türkiye’de kurulan bankaların kendi alacaklarına mahsuben cebri icradan taşınmaz edindiklerinde bu taşınmazları belli bir süre içinde ellerinden çıkarma yükümlülükleri varken yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan söz konusu şirketler için taşınmazı elinden çıkarmasının öngörülmemiş olması nedeniyle haklı eleştiri almıştır^[61]. Bu nedenle Tapu Kanunu m. 36/5 düzenlemesinde bankalar için getirilmiş olan sınırlama yani taşınmazı mevzuatta öngörülen süre içinde elden çıkarma zorunluluğu, muvazaalı

[60] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.205.

[61] “... örneğin gazetede gördüğü bir cebri satış ilanını değerlendirip cebri satışa konu herhangi bir rehlinli taşınmazı 36. maddedeki sınırlamalara tabi olmaksızın satın alamaz. Bu şekilde yapılan mülkiyet edinimleri, ihalenin feshi hükümlerine başvurulmasına veya 36. maddenin altıncı ve yedinci fıkralarının uygulanmasına gerek olmaksızın, kanuna aykırı olarak (kanunun dolanılmasıyla) gerçekleşmiş oldukları ve Türk kamu düzenini ihlal ettikleri için kesin olarak hükümsüzdür. ... taşınmazı cebri icradan, kendi alacağına mahsuben satın alan yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan şirketin dahi bu taşınmazı uzun süre elinde tutmasına müsaade etmek kanunun amacıyla bağdaştırılmaz. Aksi yönde bir uygulamanın kabulü, yabancıların taşınmaz edinmeleri konusunda getirilen sınırlamaların sözde kredi sözleşmeleri ve muvazaalı icra takipleri ile delinmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple 36. Maddenin beşinci fıkrası hükmünde bankalar için getirilmiş olan sınırlama yani taşınmazı mevzuatta öngörülen süre içinde elden çıkarma zorunluluğu diğer yabancı sermayeli şirketler için de kıyasen uygulanmalıdır. Taşınmazı, mevzuatta öngörülen süre içinde elinden çıkarmayan yabancı sermayeli bankalara ve şirketlere karşı 36. maddenin altıncı ve yedinci fıkralarının uygulanması gerekecektir.” Prof. Dr. Ali Cem Budak’ın 28 Mayıs 2012 tarihinde Nuray Ekşi’ye gönderdiği e-mail bkz., *Ibid*, s.206; Tapu Kanunu m. 36/5 düzenlemesi, muvazaalı yollara başvurulmasını teşvik edici nitelikte olması sebebiyle eleştirilmektedir, bkz., Ekşi, *Son Yasal Düzenlemeler Kapsamında Yabancı Sermaye İle Türkiye’de Kurulan Şirketlerin Taşınmaz İktisapları*, s.33.

işlemlerin önlenmesi bakımından diğer yabancı sermayeli şirketler için de kıyasen uygulanması önerilmektedir^[62].

“Tapu Kanunu hükümlerine aykırı şekilde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen^[63] taşınmazlar ve sınırlı ayni haklar, Maliye Bakanlığı tarafından verilecek süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde, tasfiye edilerek bedele çevrilir^[64] ve bedeli hak sahibine ödenir” (Tapu Kanunu m. 36/7).

Yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan şirketlerin faaliyetleri için gerekli olan taşınmazları iktisap etmelerinde yetkili makamlardan izin alması yerine, Türk şirketleri ile aynı statüye tabi tutulmaları doğrudan yabancı yatırımın ülke ekonomisindeki önemi dolayısıyla tercih edilmeli ve bu yönde Tapu Kanunu 36’ncı madde hükmü ve ilgili Yönetmelikte değişiklik yapılması doğrudan yabancı sermayenin Türkiye’ye çekilmesi için önem taşımaktadır^[65]. Söz konusu yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz iktisabında Türk şirketleri

[62] Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, s.310.

[63] Valilik, şirketlerin veya iştiraklerin taşınmazlarına ilişkin bilgilerini, her yıl Aralık ayı sonunda ilgili tapu sicil müdürlüğünden temin ederek bu bilgileri; taşınmaz sayısı, taşınmazın yüzölçümü, taşınmazın türü ve kullanım amacı çerçevesinde inceler. Yapılan inceleme sonucunda kullanım amacı açısından şüpheli gördüğü durumları, Komisyonun bilgisine sunar (Yönetmelik m. 13/2). Yapılan inceleme sonucunda taşınmazın veya sınırlı aynî hakkın, bu madde hükümlerine aykırı kullanıldığına değerlendirilmesi halinde, bu durum yazılı olarak şirkete veya iştirake üç iş günü içinde bildirilir. Bildirime, otuz gün içinde yazılı cevap verilmesi zorunludur. Aksi takdirde, bildirim içeriği kabul edilmiş sayılır. Komisyon tarafından, ana sözleşmede belirtilen faaliyet konusuna aykırı kullanımın tespiti halinde kullanımın ana sözleşmede belirtilen faaliyet konusuna uygun hale getirilmesi için bir defaya mahsus olmak üzere altı aylık süre tanınabilir (Yönetmelik m. 13/5-6).

[64] Maliye Bakanlığı, taşınmaz maliki veya sınırlı ayni hak sahibi şirkete veya iştirake, taşınmazın veya sınırlı aynî hakkın altı ay içinde tasfiye edilmesini yazılı olarak bildirir. Bu süre, haklı sebeplerin varlığı halinde, bir defaya mahsus olmak üzere altı aya kadar uzatılabilir. Şirketin veya iştirakin, taşınmazı veya sınırlı aynî hakkı, Maliye Bakanlığınca verilen süre içinde tasfiye etmemesi halinde bunlar, Maliye Bakanlığı tarafından genel hükümlere göre tasfiye edilir ve tasfiye harcamaları düşüldükten sonra bedeli hak sahibi adına açılacak bir banka hesabına yatırılır. İşlemlerin sonucu hak sahibi ile ilgili Valiliğe yazılı olarak bildirilir. Yabancı sermayeli gayrimenkul yatırım ortaklıklarının edindikleri taşınmazların ve/veya sınırlı ayni hakların tasfiye işlemleri, Sermaye Piyasası Kurulu ile iş birliği halinde gerçekleştirilir (Yönetmelik m. 14/2).

[65] Ekşi, *Son Yasal Düzenlemeler Kapsamında Yabancı Sermaye İle Türkiye’de Kurulan Şirketlerin Taşınmaz İktisapları*, s.35.

ile aynı statüye tabi tutulması yönünde bir değişiklik yapılmasına ilişkin politika benimsenmeyecekse bile en azından yabancı sermayeli şirketlere, izin yerine bildirimde bulunmak suretiyle taşınmaz iktisabı imkânı sağlanması doğrudan yabancı yatırımın ülkeye çekilmesi bakımından dikkate alınmalıdır.

C) YABANCI SERMAYE İLE TÜRKİYE’DE KURULAN ŞİRKETLERİN SINIRLI AYNİ HAK İKTİSABINA İLİŞKİN MADEN KANUNU’NDAKİ DÜZENLEME

04 Haziran 1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 4’üncü maddesi gereğince, “madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup icinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir”. Madenler üzerindeki “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma” ile egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak devletin hakimiyetine ve düzenlemesine tabi olan kamusal alanlar olarak belirlenmiş olma ifade edilir^[66]. Maden Kanunu 3’üncü maddesi gereğince, “maden hakları; madenlerin aranması, bulunması ve işletilebilmesi için verilen izinler ve maden yataklarının bulunmasına yardımcı olanlara tanınan maddi imkânları ifade etmektedir”.

“Maden hakları, medeni hakları kullanmaya ehil Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliği haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine, gerçek veya tüzel tek kişi adına verilir”. (Maden Kanunu m. 6/1, Maden Yönetmeliği^[67] m. 7/1). Dolayısıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilere maden hakkı tanınmadığından, madenlerin yer aldığı taşınmaz mallar üzerindeki irtifak ve/veya intifa hakkının yabancı gerçek veya tüzel kişilere tanınması mümkün olmayacaktır. Fakat madencilik yapabileceği ana sözleşmesinde yazılı Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş yabancı sermayeli şirketler Türk şirketi statüsünde sayılacağı için yabancı

[66] “Çıkarılan maden çıkarana ait sayılmakta, ancak bunun geliri üzerinden bir payı “devlet hakkı” olarak ödemek durumundadır. Bütün bu hususlar, çıkarılmakla madenin mülkiyet konusu olduğu ve özel mülkiyette kabul edildiği, devletin hakkının dahi madenin bir kısmı üzerinde olmayıp, geliri üzerinden bir pay olarak düzenlenmiş olduğunu göstermektedir.”, Aydın Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi*, Lamure, 2008, s.138, 141.

[67] Maden Yönetmeliği, *Resmî Gazete*, 11 Aralık 2022, Sayı 32040.

sermayeli şirketlere maden hakkı verilebilecektir^[68]. Tüzel kişiliğe sahip olmayan ve ticaret şirketi niteliğini taşımayan adi şirketlerin maden hakkı sahibi olabilmesi mümkün değildir^[69].

Maden Kanunu'nun 46'ncı maddesi hükmü, irtifak, intifa hakkı ve kamulaştırmaya ilişkindir. Buna göre, “maden arama dönemi içerisinde arama sahası özel mülkiyete konu gayrimenkul üzerinde kullanma amacına münhasır olmak üzere belli süreler için madenci, Bakanlığa müracaat ile irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi isteyebilir” (Maden Kanunu m. 46/1). Doktrinde, maddede düzenlenen irtifak hakkının idari irtifak olduğu, şartların gerçekleşmesi halinde idari irtifak hakkının tapu sicilinden önce doğduğu ve tapu siciline yapılacak tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu ifade edilmiştir^[70].

“İşletme ruhsatı safhasında işletme faaliyetleri için gerekli olan özel mülkiyete konu taşınmaz, taraflarca anlaşma sağlanamaması ve işletme ruhsatı sahibinin talebi üzerine Bakanlıkça kamu yararı bulunduğuna karar verilmesi halinde kamulaştırılır” (Maden Kanunu m. 46/5)^[71]. Maden hakkı verilen

[68] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.211; Çelikel ve Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, s.256.

[69] “... ortakları yabancı uyruklu olsa bile, Türk Kanunlarına göre kurulmuş bir ticaret şirketi “Türk Şirketi” sayılır. Yabancı uyruklu kişiler, kendi adlarına maden hakkı sahibi olmadıkları halde, Türk Kanunlarına göre kurdukları şirket aracılığıyla maden hakları sahibi olmalarına imkân tanınmıştır.”, Mustafa Topaloğlu, *Maden Hukuku: 5995 Sayılı Kanunla Değişik Maden Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Karahan Kitabevi, 2011, s.62.

[70] “... Çünkü bu irtifak hakkının kuruluşu Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir. Bakanlık irtifak hakkını Anayasanın 46. Maddesinde verdiği yetkiyle Kamu gücüne dayanarak bir idari işlemle kuracaktır. İdari irtifakla Medeni Kanun’da öngörülen medeni irtifaklar arasındaki fark kuruluş yönündendir. Kurulduktan sonra nitelik olarak fark bulunmamaktadır. İdari irtifaklar, Medeni Kanun’un md. 838’de belirtilen “Düzensiz İrtifaklar”a benzetilebilir.”, *Ibid*, s.324-325.

[71] “... kural olarak ruhsat alınmış olması sahibine bu konuda faaliyet gösterme hakkı verir. Ancak, mülkiyet hakkına elatılamayacağı da kuşkusuzdur. Ne var ki, işletme ruhsatı alınan yerin özel mülkiyete konu olması halinde taraflarca anlaşma sağlanamaması ve işletme ruhsatı sahibinin talebi üzerine Bakanlıkça (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı) kamu yararı bulunduğuna karar verilmesi durumunda kamulaştırılacağı 3213 Sayılı Yasanın 46. maddesi hükmü gereğidir. Somut olayda, davalı şirket tarafından davacı ile aralarında düzenlenen ve çekişmeli taşınmaz kullanmasını haklı kılan sözleşme, vs. sunulmamış ve bu yönde bir savunma yapılmadığı gibi kamu

yabancı sermayeli şirketlere, Maden Kanunu 46’ ıncı madde hükmü gereğince, madenlerin yer aldığı taşınmaz mallar üzerinde irtifak ve/veya intifa hakkı verilebilecektir^[72]. Dolayısıyla yabancı sermayeli şirketlere, mülkiyet hakkı verilmemekle birlikte irtifak ve/veya intifa hakkı^[73] verilebilmektedir. Buna karşılık, yabancı gerçek kişilere yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişilerin Türkiye’de maden hakları bulunmadığından madenlerin içinde yer aldığı taşınmaz mallar üzerinde bunlara irtifak veya intifa hakları da tanınmaz^[74].

Dünya genelinde de arazi sahipleri ile maden imtiyaz sahibi arasında çıkabilecek sorunları çözmeye yönelik olarak, maden imtiyaz sahibi lehine taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sağlanması yönünde yasal düzenlemeler mevcuttur^[75].

yararı kararı alındığına ve kamulaştırdığına dair de bir bulgunun varlığı kanıtlanmış değildir. Öyleyse, sadece maden işletme ruhsatı alınmış olmasının çekışmeli taşınmazın tasarrufu yönünde ruhsat sahibine bir hak bahşetmeyeceği tartışmasıdır. Hal böyle olunca, davalı şirket tarafından çekışmeli taşınmazda haklı ve geçerli bir neden olmaksızın elatılan tüm bölümler bakımından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirmeye yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 10 Ekim 2024 tarih ve E. 2010/334, K 2010/2074 Sayılı Karar, <http://www.kazanci.com.tr> (E.T. 10.10.2024).

[72] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.211; “Mülkiyet hakkı; sahibine, hakkın konusu olan şeyde kullanma (usus), ürünlerinden yararlanma (fructus) ve malı tüketme (abusus) yetkilerini veren aynı hak iken, sınırlı aynı haklar, sahibine, mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya ikisini sağlar.” Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s.179-180.

[73] İntifa hakkı, hak sahibine eşyadan usus-fructus (kullanma ve ürünlerinden yararlanma) yetkisi vererek tam yararlanma sağlayan irtifak hakkıdır. bkz, *Ibid*, s.948.

[74] Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, s.211.

[75] Ana Elizabeth Bastida, “Mining Law in the Context of Development: An Overview”, *International Competition for Resources: The Role of Law, State and Markets*, Philip Andrews Speed(Ed.), Dundee University Press, 2008, s.121.

D) YABANCI SERMAYE İLE TÜRKİYE'DE KURULAN ŞİRKETLERİN SINIRLI AYNI HAK İKTİSABINA İLİŞKİN JEOTERMAL KAYNAKLAR VE DOĞAL MİNERALLİ SULAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

03 Haziran 2007 tarih ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanununun (JKDMSK) 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, "jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sulara ilişkin hakların, statüsünde jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sularla ilgili faaliyet yapabileceği hususu yer alan Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliği haiz şirketlere verilmesi mümkündür". Dolayısıyla yabancı sermayeli şirketler, faaliyetleri sırasında ihtiyaç duydukları taşınmaz mallar üzerinde irtifak hakkı elde edebilir (JKDMSK m. 12).

IV. ULUSLARARASI KURULUŞLARIN TAŞINMAZ İKTİSABI

DYYK 2'inci maddesinin a fıkrasında, Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan uluslararası kuruluşlar^[76], yabancı yatırımcı kapsamında düzenlenmiştir. Uluslararası kuruluşların taşınmaz iktisabına ilişkin olarak hukukumuzda düzenleme bulunmamakla beraber söz konusu uluslararası kuruluşların anlaşmalarına Türkiye'nin taraf olması ve anlaşmalarda da uluslararası kuruluşun taşınmaz edinebileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunması halinde DYYK kapsamındaki uluslararası kuruluşların taşınmaz edinebilmeleri mümkündür^[77].

Devletler arasındaki anlaşmalar ile kurulan uluslararası kuruluşların Türkiye'de bir şirket kurması ya da bir şirkete ortak olması durumunda^[78], söz

[76] Doktrinde uluslararası kuruluşlarında yabancı yatırımcı kavramı içine alınması, hangi tür uluslararası kuruluşların bu haktan yararlanacağına açık olmaması nedeniyle eleştirilmektedir. bkz. Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, 152; Cemile Demir Gökyayla ve Ceyda Süral, "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2004, s.136.

[77] Ekşi, *Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı*, s.275; Ömür Karaağaç, *Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri*, Lykeion Yayınevi, 2017, s.140.

[78] Uygulamada uluslararası kuruluşların yatırımlarına rastlanmamaktadır. bkz. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "Tapu Kanunu'nun Yeniden Düzenlenen 36.Maddesi Kapsamındaki Şirketlerin veya İştiraklerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimi", *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.579.

konusu kuruluşların sahip olduğu pay “yabancı sermaye payı” olarak kabul edileceğinden; yabancı sermayenin çoğunluğu teşkil etmesi durumunda Tapu Kanununun 36’ncı maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, söz konusu şirketin edindiği taşınmaz mülkiyeti ya da sınırlı aynî hakkın, şirket sözleşmesindeki faaliyet konularına özgülenmesi^[79] ve söz konusu iktisabın ülke güvenliğine uygun olup olmadığının araştırılması gerekir.

Yatırımlara ve kalkınmaya ilişkin OECD-Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü, UNCTAD-Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı, UNIDO-Birleşmiş Milletler Sanayi Kalkınma Teşkilatı, WTO-Dünya Ticaret Örgütü, ITC-Uluslararası Ticaret Merkezi, MIGA-Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu, KEİ-Karadeniz Ekonomik İşbirliği, ECO-Ekonomik İşbirliği Teşkilatı, DEG-Alman Kalkınma ve Yatırım Kuruluşu, WAIPA-Dünya Yatırım Geliştirme Ajansları Birliği gibi pek çok uluslararası kuruluş olmasına karşın; DYYK kapsamındaki uluslararası kuruluşlar, Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan uluslararası kuruluşlardır. Dolayısıyla söz konusu uluslararası kuruluşların DYYK kapsamında olduğu söylenemez. Zira doğrudan yabancı yatırım, DYYK 2’inci maddesinin b fıkrasında düzenlenen yurt dışından getirilen ve yurt içinden sağlanan değerler ile uluslararası kuruluşların Türk ortaklığı kurması, Türk ortaklığına hisse senetleri satın alarak katılması ya da Türkiye’de şube açarak yatırım yapmasını ifade eder.

DYYK kapsamında bir uluslararası kuruluşun Türkiye’de taşınmaz iktisabına ilişkin IFC-International Finance Corporation (Uluslararası Finans Kurumu) Anlaşmasının 6’ncı maddesi bu kapsamdadır. IFC Anlaşmasının 3’üncü maddesi gereğince, kendi fonları ile özel sektörün gelişimini teşvik amacıyla finansman sağlayan ve yatırım hizmeti sunan IFC^[80], kendi fonları ile kazanca istirak, sermayeye istirak veya yatırımı sermayeye tahvil etmek haklarının temini dâhil olmak üzere uygun şekillerde yatırımlar yapabilir. IFC Anlaşmasının 6’ncı maddesi düzenlemesi, Kurumun taşınmaz edinmesine ilişkin düzenleme içermektedir. Buna göre, “Kurum tam hükmi şahsiyeti ve bilhassa; mukavele akdetme, gayrimenkul ve menkul mal edinme ve bunları elden çıkarma, dâva ikame etme kabiliyetini haiz olacaktır.”

[79] Turanlı, *Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimi*, s.195.

[80] 01 Eylül 1956 tarih ve 6850 sayılı Milletlerarası Finansman Kurumuna Katılmak İçin Hükümete Salâhiyet Verilmesine Dair Kanun; Rana Özsoy, *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Uluslararası Yatırım Tahkimi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.202.

Dolayısıyla DYYK kapsamındaki bir uluslararası kuruluşun Türkiye’de taşınmaz edinebilmesi için söz konusu uluslararası kuruluşu Türkiye’nin tanıdığına ilişkin olarak uluslararası anlaşmaya taraf olunması ve bu anlaşmada da taşınmaz edinimini öngören bir düzenleme olması gerekmektedir.

SONUÇ

Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı şirketlerin, yabancı sermayeli şirketlerin ve uluslararası kuruluşların taşınmaz ve sınırlı aynı hak iktisabı birbirinden farklı düzenlemelere tabidir. Doğrudan yabancı yatırımların, gelişmekte olan, yükselen ya da geçiş ekonomisine sahip devletler için taşıdığı önem dikkate alındığında; doğrudan yabancı yatırımı ülkeye çekmek ve teşvik etmek için ilgili düzenlemelerin bu amaca uygun olması gerekmektedir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynı hak iktisap edinimleri genel olarak 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35’inci maddesi hükmünde düzenlenmektedir. Bu kapsamda yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişi şirketlerin taşınmaz iktisabına; kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde bulunan taşınmazların iktisabını özel olarak düzenleyen Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8’inci maddesi ile endüstri bölgelerinde bulunan taşınmazların iktisabını özel olarak düzenleyen Endüstri Bölgeleri Kanununun 4’üncü maddesi düzenlemeleri imkân vermektedir. Türkiye’nin doğrudan yabancı yatırımlar alanında hiçbir dönem kendisinden beklenen performansı sergileyemediği dikkate alındığında, DYYK amacına uygun olarak doğrudan yabancı yatırımların artırılması hedefine uygun şekilde, yabancı şirketlerin faaliyetleri için gerekli taşınmazları iktisap edebilmelerine yönelik özel kanunlarda imkân sağlanması yönünde değişiklikler yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu anlamda 20.10.2022 tarihinde Endüstri Bölgeleri Kanunu 4’üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmünde yapılan değişiklik ile endüstri bölgelerinde yabancı şirketlerin taşınmaz iktisabına imkân tanınması doğrudan yabancı yatırımların teşviki bakımından önemli bir gelişmedir. Türkiye’nin doğrudan yabancı yatırımları teşvik etmek ve ülkesine çekmek için doğrudan yabancı yatırımcılara yönelik kısıtlayıcı değil; serbestleştirici liberal politikalar benimsemesi önem teşkil etmektedir.

Yabancı şirketlerin sınırlı aynı hak iktisabı ise; Türk Petrol Kanunu, Petrol Piyasası Kanunu, Petrolün Boru Hatları İle Transit Geçişine Dair Kanun, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, Kültür Yatırımları ve Girişimleri Teşvik Kanunu, Elektrik Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu, Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun gibi özel kanunlarda düzenlenmektedir. 6326 sayılı mülga Petrol Kanunu’nda, petrol hakkı sahibi, petrol faaliyeti için gerekli taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilirken; söz konusu mülga Petrol Kanunu’nun yerini alan Türk Petrol Kanunu, petrol hakkı sahibine, arazinin mülkiyetini iktisap edebilme imkânı vermemektedir. Doğrudan yabancı yatırım yapan petrol hakkı sahibi yabancı tüzel kişi şirketlerin, petrol faaliyeti için gerekli taşınmazın mülkiyetini iktisap etme hakkının ortadan kaldırılarak sadece kullanma hakkından yararlandırması yönünde bir düzenleme, doğrudan yabancı yatırımların teşviki ve doğrudan yabancı yatırımların Türkiye’ye çekilebilmesi bakımından kısıtlayıcı niteliktedir.

Türkiye kurulu olan ve çoğunluğu yabancı sermayeli şirketlerin, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebilmeleri Tapu Kanununun 36’ncı maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmektedir. Bu anlamda yabancı sermayeli şirketlerin faaliyetleri için gerekli olan taşınmazları iktisap etmelerinde yetkili makamlardan izin alınması düzenlemesi yerine, yetkili makamlara bildirimde bulunmak suretiyle taşınmaz iktisabı imkânı sağlanması doğrudan yabancı yatırımın ülkeye çekilmesi bakımından dikkate alınmalıdır. Söz konusu yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz iktisabında Türk şirketleri ile aynı statüye tabi tutulması yönünde bir değişiklik doğrudan yabancı yatırımın ülke ekonomisindeki önemi dolayısıyla tercih edilmeli ve bu yönde bir değişiklik yapılması doğrudan yabancı sermayenin Türkiye’ye çekilmesi için önem taşımaktadır. DYYK yürürlüğü öncesinde, uygulamada yabancı sermaye ile kurulan şirketlerin Türkiye’de taşınmaz iktisap edebildiği ve yabancı sermayeli şirketlerin de zaten Türk şirketi statüsünde olduğu dikkate alınmalıdır.

DYYK hükümlerine tabi uluslararası kuruluşların taşınmaz iktisabına ilişkin olarak ise söz konusu uluslararası kuruluşların anlaşmalarına Türkiye’nin taraf olması ve anlaşmalarda da uluslararası kuruluşun taşınmaz edinebileceğine

ilişkin bir düzenlemenin bulunması halinde DYYK kapsamındaki uluslararası kuruluşların taşınmaz edinebilmeleri mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya, “Tüzel Kişilerin Türkiye’de Mal Edinmesi”, *Yabancıların Taşınmaz Edinmeleri: Güncel Tartışmalar-Panel Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.64-74.
- Avşar, Melis, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, 2007, s.95-140.
- Aydoğan, Asar, *Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2006.
- Bastida, Ana Elizabeth, “Mining Law in the Context of Development: An Overview”, *International Competition for Resources: The Role of Law, State and Markets*, Philip Andrews Speed (Ed.), Dundee University Press, 2008.
- Baştuğ, İrfan, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, 1974.
- Chaudhuri, Sarbajit Chaudhuri ve Ujjaini Mukhopadhyay, *Foreign Direct Investment in Developing Countries: A Theoretical Evaluation*, New Delhi, Springer, 2014.
- Collins, David, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- Çelikel, Aysel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 27. Baskı, 2022.
- Dayınlarlı, Kemal, *Joint Venture Sözleşmesi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Demir Gökyayla, Cemile ve Ceyda Süral, “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2004, s.131-167.
- Desbordes, Rodolphe ve Wei, Shang-Jin, “The effects of financial development on foreign direct investment,” *Journal of Development Economics*, Elsevier, Cilt 127, 2017, s.153-168.
- Ekşi, Nuray, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2012.

- Ekşi, Nuray, “Son Yasal Düzenlemeler Kapsamında Yabancı Sermaye İle Türkiye’de Kurulan Şirketlerin Taşınmaz İktisapları”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2012, s.3-36.
- Ekşi, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 4. Baskı, 2016.
- Erem, Turgut, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, 7. Baskı, 1977.
- Erten, Rifat, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005.
- Erten, Rifat, “Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar”, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler: Uluslararası Sempozyum Bildirileri*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010, s.397-428.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Yabancı Sermaye ve Yabancıya Mülk Satışı*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.
- Gülân, Aydın, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Yayınevi, 1999.
- Gülân, Aydın, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi*, Lamure, 2008.
- Hodgson, Stephen, Cormac Cullinan ve Karen Campbell (Ed.), FAO Legal Papers, *Land Ownership and Foreigners – A Comparative Analysis of Regulatory Approaches*, 1999. (Land Ownership and Foreigners)
- Jennings, Robert ve Arthur Watts (Ed.), *Oppenheim’s International Law*, London, Longman, 9. Baskı, 1992.
- Karaağaç, Ömür, *Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri*, Lykeion Yayınevi, 2017.
- Kayıhan, Şaban ve Etem Kara, *Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Mahbub, Tareq, *Encouraging Foreign Direct Investment (FDI) in Bangladesh’s Power Sector: The key factors for long-term investment sustainability*, Switzerland, Springer, 2023.

- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 25. Baskı, 2023.
- Önal, Ali ve Sadık Çapa, “Yabancı Ortaklı Joint Venture’ların (Ortak Girişimlerin) Türk Hukuku Uyarınca Taşınmaz Edinimleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı, Cilt 2, Sayı 3, 2016, s.63-86.
- Özel, Sibel, “Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmeleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni- Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan*, Cilt 17, Sayı 1-2, 1997-1998, s.305-316.
- Özel, Sibel, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s.599-617.
- Özsoy, Rana, *Uluslararası Yatırım Hukuku ve Uluslararası Yatırım Tahkimi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztekin Gelgel, Günseli, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütekebbiliyet İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni-Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan*, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s.405-422.
- Öztürk, Pınar, *Ortak Girişim (Joint venture) Ve Uygulanacak Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015.
- Seviğ, Vedat Raşit, “Bazı Yabancıların Karşılıklılık Aranmaksızın Taşınmaz Edinmesini Sağlayan Kanunun İptali Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 5, Sayı 2, 1985, s.141-147.
- Şener, Esat, *Açıklamalı – Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Tekinalp, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, 2003.
- Topaloğlu, Mustafa, *Maden Hukuku: 5995 Sayılı Kanunla Değişik Maden Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Karahan Kitabevi, 2011.

- Turanlı, Hüsnü, “Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 2, 2018, s.175-212.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, “Tapu Kanunu’nun Yeniden Düzenlenen 36.Maddesi Kapsamındaki Şirketlerin veya İştiraklerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimi”, *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 571-598.
- Yazarsız-Tartışma, “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 5, Sayı 2, 1985, s.123-140.

Diğer Kaynaklar

- Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem22/yil01/ss142m.htm> (E.T. 10.10.2024).
- ICSID Cases Databases, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> (E.T. 10.10.2024).
- Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ile Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem24/yil01/ss228.pdf> (E.T. 10.10.2024)
- TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 69, 1994, <https://www.tbmm.gov.tr> (E.T. 10.10.2024).

On the Nature of and Some Challenges to Parliamentary Sovereignty in The United Kingdom: A Jurisprudential Perspective*

Yahya Berkol GÜLGEÇ**

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

* An earlier version of this article was presented online at ‘Genel Kamu Hukukçuları Kolekyumu’ (The Colloquium of General Public Lawyers) on 11 April 2021. I would like to thank Thomas Adams (University of Oxford) very much for his insightful comments on a draft of the paper. I am also indebted to Melih Çiçekci (Bursa Uludağ University) and Salih Taşdoğan (Bursa Uludağ University) for their comments on the earlier versions of the paper.

** Assistant Professor, Bursa Uludağ University Faculty of Law, Department of Public Law, Legal Philosophy and Sociology, ybgulgec@uludag.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2577-5799.

Date of issue: August 21, 2024 **Date of acceptance:** November 26, 2024

Cite: Gülgeç, Yahya Berkol, “On the Nature of and Some Challenges to Parliamentary Sovereignty in The United Kingdom: A Jurisprudential Perspective”, *Journal of Ankara Bar Association*, Volume 83, Issue 1, January 2024, p. 423-483. **DOI:** 10.30915/abd.1536827.

ON THE NATURE OF AND SOME CHALLENGES TO PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY IN THE UNITED KINGDOM: A JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

The article ultimately claims that the classical formulation of parliamentary sovereignty, properly understood, survives the most contemporary and relevant challenges it faces. The first part is reserved for the examination of the content and the source of the principle. The Diceyan conception of the principle is elaborated and defended against Wade's version. Then, based on the Allan – Goldsworthy argument, the article determines that it is theoretically more appropriate to conceive of the principle as the rule of recognition. The second part focuses on the most contemporary and relevant challenges to the principle. These are the Parliament Acts 1911 and 1949, the European Communities Act 1972, and the Human Rights Act 1998. The challenge posed by the Parliament Acts fails because the Acts do not legally restrict the Parliament. Similarly, based on the distinction between normative hierarchy and the primacy of application, the European Communities Act needs to be conceived of as relating to the obligations of the law-applying officials and not the Parliament. Lastly, the four challenges raised by the Human Rights Act fail based on discussions surrounding the doctrine of implied repeal, the concept of normative collision, and the distinction between constitutional and ordinary statutes.

Keywords: parliamentary sovereignty, normative hierarchy, the rule of recognition, common law, implied repeal.

BİRLEŞİK KRALLIK'TA PARLAMENTONUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN MAHİYETİ VE KARŞILAŞTIĞI BAZI GÜÇLÜKLER ÜZERİNE: HUKUKBİLİMSEL BİR PERSPEKTİF

ÖZ

Makale en nihayetinde doğru biçimde anlaşılabilir parlamentonun üstünlüğünün klasik formülasyonunun, karşılaştığı en yeni ve alakalı zorluklara galip geldiğini iddia etmektedir. İlk bölüm ilkenin içeriği ve kaynağının incelenmesine ayrılmıştır. İlkeye dair Dicey'nin anlayışı detaylandırılmış ve Wade'in versiyonuna karşı savunulmuştur. Sonrasında, Allan – Goldsworthy tartışmasına dayanılarak, ilkeyi tanıma kuralı olarak anlamının teorik açıdan daha uygun olduğu belirlenmiştir. İkinci bölüm ilkenin karşılaştığı en yakın tarihli ve alakalı zorlukları ele almaktadır. Bunlar 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları, 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunudur. Parlamento Kanunlarının teşkil ettiği güçlük bu kanunlar Parlamenteoyu hukuken sınırlandırmadığı için atlatılabilir. Benzer biçimde, normlar hiyerarşisi ve uygulama önceliği arasındaki farka dayanarak, Avrupa Toplulukları Kanunu'nun da Parlamento'nun değil, hukuk uygulayıcılarının görev ve sorumluluklarına ilişkin olduğunu düşünmek gerekir. Son olarak, İnsan Hakları Kanunu'nun teşkil ettiği dört güçlük, zımnî ilga, normatif çatışma kavramı ve anayasal kanunlar ile sıradan kanunlar arasındaki ayırım etrafındaki tartışmalar temelinde atlatılabilir.

Anahtar Kelimeler: parlamentonun üstünlüğü, normatif hiyerarşi, tanıma kuralı, common law, zımnî ilga.

INTRODUCTION

Parliamentary sovereignty is a fundamental feature of British^[1] constitutional law. However, the principle is thought to be challenged by some constitutional developments. It is argued that these challenges altered the original principle considerably, even if they did not altogether abolish it. The paper aims to refute the most relevant and significant of these challenges by making use of a jurisprudential and theoretical approach.

The first part of the paper will deal with the content and the source of parliamentary sovereignty. The Diceyan conception of the principle will be presented. It will be demonstrated that the principle essentially concerns the legal regime of Acts of Parliament. As such, it stresses the normatively superior nature of statutes within the British constitutional system. Then I will briefly examine Wade's understanding of parliamentary sovereignty and ultimately argue that Dicey's conception is theoretically less problematic. Lastly, I will comment on the legal character and the source of the principle by drawing on the discussion between Jeffrey Goldsworthy and T. R. S. Allan. I will conclude that it is theoretically less problematic to conceive of the principle as the rule of recognition. As such, I will have established the meaning and the nature of the principle that is allegedly affected by the challenges to be examined later on.

The second part of the paper will be reserved for the discussions of the 'challenges' to the classical formulation. The challenges to be examined here are constituted by the existence of some special Acts of Parliament that seem to influence the legal regime of other statutes. Some examples are the 1707 Act of Union with Scotland, the 1931 Statute of Westminster, the 1911 and 1949 Acts of Parliament (the 'Parliament Acts'), the 1972 European Communities Act (the 'ECA'), and the 1998 Human Rights Act (the 'HRA'). I will not have the space to comment on all of these challenges separately. I will discuss the challenges posed by the latter three, which are more contemporary and widely discussed in the literature.

The supposed challenges to the principle will be refuted based on a largely jurisprudential perspective. The first subsection will argue that the Parliament Acts cannot be considered true challenges to the original meaning of parliamentary sovereignty because they do not restrict the Parliament by

[1] I will employ the expression 'British' as the adjective form of 'the UK'.

requiring it to comply with a specific procedure while issuing statutes. This subsection will also reply to an alternative refusal of the challenge, which conceive of norms passed under the Parliament Acts as delegated legislation. I will make use of a jurisprudential account regarding the taxonomy of legal norms to reject this route. I will argue in relation to the ECA that the difference between the primacy of application and normative hierarchy helps demonstrate that normatively, Section 2(4) of the ECA affects not the obligations of the Parliament but those of the courts. Therefore, it cannot be argued that the lawmaking powers of future Parliaments are restricted by the ECA. The last section will deal with four challenges imposed by the HRA. The supposed challenges will be refuted largely based on jurisprudential discussions such as the difference between legal and factual restrictions on lawmaking powers; the connection between the doctrine of implied repeal and the concept of normative collision; and the distinction between constitutional and ordinary statutes.

I. ON THE NATURE OF THE PRINCIPLE: THE CONTENT AND THE SOURCE

A) THE CONTENT OF THE PRINCIPLE: DICEY VS. WADE

First, let me make a short comment on what parliamentary sovereignty does not mean. The principle does not concern the supremacy of the Houses over other governmental powers. This supremacy is attributed to the Acts of Parliament issued through a triad of wills: House of Commons, House of Lords, and the Crown^[2]. Secondly, the principle does not merely imply the supremacy of statutes over other acts. It also stresses the unlimited law-making power of the triad^[3]. This is why I prefer the expression of ‘parliamentary sovereignty’ over ‘parliamentary supremacy’. In other words, the principle has two facets, one relating to the supreme hierarchical power

[2] Andrew Le Sueur, “Fundamental Principles”, in David Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd Edition, 2009, p. 43.

[3] Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Palgrave Macmillan, 10th Edition, 1979, p. 39-40.

of statutes, and the other to the unrestricted scope of such acts^[4]. Let me now move on to the formulation of the principle.

The history of parliamentary sovereignty in legal literature can be traced back to Francis Bacon. Bacon argued that acts that are by their nature revocable cannot be made immune to revocation or amendment and that a supreme power cannot end its own existence^[5]. He, therefore, articulated perhaps for the first time a tenet of the classical understanding of the principle, which adopts the restriction that the Parliament cannot give up its unlimited sovereignty as the only restriction that the Parliament is subject to. Sir Edward Coke is another author who contributed a lot to the formulation of the principle with his determination that legal acts contrary to the will of the Parliament cannot be binding^[6]. William Blackstone took over the flag in the formulation of the principle, stressing the limited powers of courts when they encounter Acts of Parliament^[7]. Although it is argued that Blackstone has largely misunderstood Coke's account of the supremacy of the High Court of Parliament^[8], his understanding has been crucial to Dicey's formulation of the principle, which is compatible with the meaning accorded by the legal practice to the principle. Blackstone also reserves a certain discretion for the courts, where they may refuse to apply a statute whose formulation is not clear^[9]. This is in conformity with the actual

[4] It is also useful to mention for readers who are more familiar with the Continental legal systems that the phrase 'Parliament' in the British legal system does not refer to the duo of the Houses but to the triad mentioned above (see Anthony Wilfred Bradley and Keith David Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, Pearson, 14th Edition, 2007, p. 55).

[5] Francis Bacon, "The History of the Reign of King Henry the Seventh", in James Spedding, Robert Leslie Ellis, and Douglas Dennon Heath (eds.), *The Works of Francis Bacon*, Harlow, Longman & Co, 1838, Volume VI, p. 160.

[6] Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, London, W. Rawlins, 6th Edition, 1681, Volume IV, p. 42.

[7] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, London, A. Strahan, 15th Edition, 1809, Volume IV, p. 91.

[8] Roy Stone de Montpensier, "British Doctrine of Parliamentary Sovereignty: A Critical Inquiry", *Louisiana Law Review*, Volume 26, Issue 4, June 1966, p. 753.

[9] See generally Howard L Lubert, "Sovereignty and Liberty in William Blackstone's 'Commentaries on the Laws of England'", *The Review of Politics*, Volume 72, Issue

practice of the courts in the UK: courts may interpret statutory provisions in such ways that ensure the compatibility of the statute with common law or with human rights. In what follows, I will mainly examine Dicey's account of the principle. Nevertheless, it is impossible to avoid commenting on Sir William Wade's conception of parliamentary sovereignty and how it differs from Dicey's.

Albert Venn Dicey indicates that parliamentary sovereignty has a twofold meaning: First, it means that the Parliament has the authority to make law with any content. Second, it propounds that no other body has the right to abrogate or precede over Acts of Parliament^[10]. This is true regardless of the level of injudiciousness or oppressiveness exhibited by the will of the Parliament^[11]. The fact that statutes are not restricted in content is called the positive aspect of parliamentary sovereignty, while the fact that they cannot be annulled by courts is named as the negative aspect^[12]. Also, the Parliament does not need authorization to make statutes and its statute-making power is not subject to procedural limits other than the ones imposed by the standing orders. Lastly, the Parliament is not bound by previous parliaments^[13].

Dicey also stresses that the only limitation to the law-making powers of the Parliament is the reaction of the electorate (the public)^[14]. This could be mistaken for a condition on the validity of statutes. Kelsen believed that

2, Spring 2010, p. 284-286.

- [10] Dicey, *op. cit.*, p. 40. See also Gil Anav, "Parliamentary Sovereignty: An Anachronism", *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 27, Issue 3, 1989, p. 631-632.
- [11] Christopher Forsyth, "The Definition of Parliament After Jackson: Can the Life of Parliament Be Extended Under the Parliament Acts 1911 and 1949?", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 1, January 2011, p. 132-133.
- [12] Alison L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart, 2009, p. 2.
- [13] Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, Abindgon, Routledge, 10th Edition, 2013, p. 117. See also Rivka Weill, "Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Volume 39, Issue 2, Winter 2012, p. 458.
- [14] Dicey, *op. cit.*, p. 76-85.

a legal norm had to be minimally efficacious^[15], the persistent violation of the norm by the public *could* lead to its invalidity. However, I think it must be clear that Dicey had in mind not a normative but a factual claim. Accordingly, although the Parliament's lawmaking power is not subject to normative content restrictions, the reaction of the public could act as a factual limit on the exercise of such power.

Another important issue related to the principle concerns whether it is applicable to all acts of the Parliament. The British legal system, in a similar fashion to its Continental counterparts, has two kinds of acts issued by the Parliament. One is an Act of Parliament issued by the wills of both Houses and the Crown. The other is a resolution of the Parliament. These resolutions are not issued by the triad. The will of a single House is sufficient for passing a resolution. As indicated above, the principle purports to grant supremacy to the Acts of Parliament issued by the combination of the two Houses and the Crown, not to the resolutions of the Houses. Resolutions regulating the relations between the Houses and the Crown or standing orders in relation to the internal functioning of the Houses are excluded from the scope of the principle^[16].

It appears, then, that parliamentary sovereignty can be formulated as follows: 'The Acts of Parliament are not subject to content restrictions, are supreme and revocable only by another Act of Parliament'. The final remark regarding the meaning of the principle is that the normative supremacy of the Acts of Parliament over other legal norms as implied by the principle does not require that powers used by governmental bodies and courts must originate from an Act of Parliament. It merely suggests that such powers could be overridden by the Acts of Parliament^[17].

The attempt to bind a 'future' Parliament might take two forms. The attempt is either about the manner and form of future legislation or it concerns the content of future statutes. The content of a norm is the 'ought'

[15] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2nd Edition, 2008, p. 213.

[16] John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, London, Palgrave MacMillan, 4th Edition, 2002, p. 195.

[17] Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart, 2015, p. 23.

created by the norm. It can always be expressed by a normative proposition. All (practical) normative propositions have the elements of an addressee, an action, and a prescription, i.e. a prohibition or permission, regarding the action. In this sense, content restrictions concern what sort of normative propositions could constitute the contents of the norms.

The manner and form of norms, on the other hand, concern which facts need to obtain for the existence of the norm. The manner and form of a norm are not normative propositions but a collection of empirical facts. Whether the simple majority of the members present in a parliament have voted in favour of a draft, whether the president has signed the presidential decree, or whether the text of the norm has been published in the Official Gazette: all of these exemplify the empirical facts that make up the manner and form of a norm.

The orthodox formulation of the principle rejects the possibility of binding future parliaments in either sense. Just as it cannot give up its power to regulate certain matters, it also cannot dictate how future legislation is to be made. This is the original conception. This claimed impossibility of binding future parliaments in terms of the manner and form in which they express their lawmaking will is a normative and not a factual or logical issue^[18]. Both factual and logical issues are uninteresting and there is no real or coherent reason to think why the self-restriction of the Parliament by manner and form requirements should not be possible. Of course, a parliament that is unrestricted with regard to its lawmaking procedures cannot logically be the same as a parliament that has been so restricted by a prior parliament in terms of the unrestricted nature of their lawmaking powers. However, one does not encounter any logical incoherencies unless one tries to claim that both parliaments are identical. On the other hand, the factual question of whether a parliament can succeed in *binding* a future parliament with regard to its lawmaking procedures is entirely contingent^[19]. A prior parliament could do so if the future parliament indeed follows the restrictions put in place (this is, after all, the factual meaning of “binding”). The question the

[18] For a misunderstanding regarding the meaning of “cannot” in “the Parliament cannot bind its successors” please see Vernon Bogdanor, “Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 32, Issue 1, Spring 2012, p. 182-183.

[19] *Ibid.*, p. 183.

principle deals with, at least in my perspective, is whether the Parliament has the legal power to subject future parliaments to manner and form restrictions. As such, it is a normative question.

Here is how I will dodge the difficulty posed by the alleged manner and form restrictions: The Parliament, as the supreme political and legal body within the constitutional system, possesses the power to determine how it will express its will to lay down a statute. In other words, it may determine when the citizens and legal officials should deem it to be the case that the Parliament has laid down a statute. The introduction of additional forms to make statute are not contrary to the principle. This, however, presupposes an original procedure of lawmaking: if there are additional ways, there must be an original way. Furthermore, it is *logically* impossible for this original way of lawmaking to be determined by a statute. It is only when this original manner and form of lawmaking is claimed to be eliminated by a statute that problems with respect to manner and form restrictions arise. This is because the additional ways of lawmaking are alternatives and they do not restrict the Parliament by making it necessary that it conforms to any procedure other than the original one. I will discuss below, with respect to the challenge posed by the Parliament Acts that the introduced method for lawmaking cannot be conceived as restricting or abolishing of the original lawmaking method. Therefore, any restrictions existing with respect to the alternative lawmaking method are unproblematic for the principle of parliamentary sovereignty. But where does this original method come from? This is a question related to the nature of the principle. The two candidates are common law or the rule of recognition. I will argue in the following section that it is theoretically more coherent and less problematic to hold that the original method is provided by the rule of recognition^[20].

Jeffrey Goldsworthy argues that the Parliament can be accepted as sovereign even when it can exercise a normative power to change its composition,

[20] One may want to argue that in case an Act of Parliament provides a new method for making Acts of Parliament and restricts the range of matters that can be regulated by Acts made by such procedure, it means that an Act of Parliament, that is one that has been created by the alternative procedure, is subject to content restrictions. How is this not against the principle of parliamentary sovereignty? Indeed, this is partly the challenge posed by the Parliament Acts. I will answer this question below where I consider whether the Parliament Acts constitute a problem for the classical conception of the principle of parliamentary sovereignty.

procedure or form of legislating. The sovereignty continues unless content-based restrictions are introduced^[21]. Goldsworthy seems to think that the original lawmaking procedure that is the Crown in Parliament can be altered by an Act of Parliament and that this would not be problematic for parliamentary sovereignty unless substantive limits on the Parliament's lawmaking powers are imposed. I, on the other hand, argue that while alternative lawmaking procedures can be envisaged, no Act of Parliament can eliminate the Crown in Parliament as a valid lawmaking method. The Crown in Parliament defines the Acts of Parliament that the rule of recognition originally establishes the superiority of. The changing of this procedure defining the ordinary lawmaking procedure of the Parliament implies the changing of the rule of recognition. Of course, the rule of recognition may be changed. However, this requires the participation of all legal officials and the Parliament's will alone is not sufficient. Hence, the Parliament does not possess the legal power to prevent making of statutes through the Crown in Parliament.

Dicey's parliamentary sovereignty is a legal account of sovereignty. Dicey explicitly separates legal sovereignty from political sovereignty^[22]. As such, Dicey's parliamentary sovereignty is a legal fact^[23]. Roy Stone de Montpensier understands a legal fact as '... a fact, a particular or series or group of particulars of which the law takes notice'^[24]. However, this would be a strange meaning to take as the basis of Dicey's theory, as this would amount to presupposing a law that takes note of the fact that is parliamentary sovereignty, a law that Dicey never mentions. Perhaps, then, Dicey meant, whether in a justified or unjustified manner, something else by a 'legal fact'. Sometimes the word 'fact' is used to denote that something is the case, i.e., something either exists or is true. One way of interpreting Dicey's 'legal fact' as something other than pure nonsense is by assuming that Dicey wanted to stress that parliamentary sovereignty is legally valid (existent). This way, the fact is

[21] Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1999, p. 16.

[22] Dicey, *op. cit.*, p. 70-76.

[23] *Ibid.*, p. 38.

[24] Montpensier, *op. cit.*, p. 774.

understood as the existence of the norm and the truth of the normative proposition expressed by the norm.

Henry William Rawson Wade is another lawyer who conceived of parliamentary sovereignty as a fact. However, his fact cannot be interpreted as the existence of a norm. Wade observed that Dicey's classic conception of the principle started to be widely controverted^[25]. Wade's mission was to demonstrate that the principle was still in place while providing a new explanation for it.^[26] I cannot provide an in-depth examination of Wade's account here. Instead, I will present the main tenets of Wade's understanding and express my reasons for doubting the aptness of this conception.

Wade believed that the final resting point of all law was to be found outside the law^[27]. While commenting on whether a Parliament could bind its successor, he notes that the courts' duty to obey statutes cannot be created or abolished by statutes^[28]. This is because that rule is the basis for the legal validity and binding force of statutes.^[29]

I think that Wade's conclusion is mistaken. First, note that not all forms of self-referencing sentences are problematic. The problem only occurs when the content of the sentence relates to the meaning of or proposition expressed by the sentence. For instance, a sentence in the form of 'This sentence is false' is problematic because it concerns the truth value of the proposition it expresses^[30]. However, there is nothing problematic with a law that reads 'Parliament can make and unmake any law' even if it refers to itself^[31]. There is no logical contradiction involved. If this is the case,

[25] H. W. R. Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal*, Volume 13, Issue 2, November 1955, p. 172.

[26] Richard Kay, "Constitutional Change and Wade's Ultimate Political Fact", *University of Queensland Law Journal*, Volume 35, Issue 1, 2016, p. 32.

[27] *Ibid.*, 33.

[28] Wade, *op. cit.*, 187.

[29] *Ibid.*

[30] Patrick Fitzgerald, "The Paradox of Parliamentary Sovereignty", *Irish Jurist*, Volume 7, Issue 1, Summer 1972, p. 38.

[31] *Ibid.*, p. 44.

then N_1 (Act of Parliament) might first establish the legal validity of N_2 (precedent) and then confer on N_2 the power to alter or abolish N_1 . The self-reference of N_1 would not constitute a logical difficulty in the sense implied by Wade's argument^[32].

Wade understands the rule establishing the legislative authority of the Parliament not as a legal rule or a legal fact but as '...*the ultimate fact upon which the whole system of legislation hangs*'^[33]. Later, he characterizes this fact as a 'political reality' established by a revolution^[34]. In a similar fashion, it could, according to Wade, only be altered by a subsequent revolution^[35].

Wade also recognizes that this 'political fact' cannot be altered by any legal act. In fact, it can only be altered by the courts^[36]. This may be a strange conclusion for anyone even remotely familiar with how revolutions take place. Regular courts of the legal system that is about to be revolutionized can play an important role in completing the revolution. However, this is only the case if they join the revolutionary movement. It is just as likely that, being the guardians of the former legal system, they would resist the revolution, in which case any successful revolution will simply dispose of the established courts. This means that they cannot contribute the changing of the ultimate political fact, and this would render Wade's determination that it can only be changed inside the courts false. Could it be that Wade was not talking about the courts of the old legal system but rather about the courts in general? If it were so, then perhaps it could be argued that a revolution is only complete i) if it can make the existing courts recognize the

[32] Note that this is the case even if it is true that the statute could not have established the principle in the first place: No norm can create a legal situation before another norm first determines the conditions for its validity. This does not *ipso facto* mean that the said basis of normativity cannot be altered by the norm. Wade's explanation of why a Parliament cannot change the legal characteristics of its own law-making seems to be mistaken.

[33] Wade, *op. cit.*, p. 188.

[34] *Ibid.*

[35] *Ibid.*, p. 188-189. Also see generally H. W. R. Wade, "Sovereignty: Revolution or Evolution?", *Law Quarterly Review*, Volume 112, October, 1996, p. 568-571, where Wade sticks with the idea that revolution is how the ultimate fact can be altered.

[36] Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", *op. cit.*, p. 189.

new ultimate political fact or ii) if it can establish new courts recognizing its ultimate political fact. Then a revolution is always complete with some form of recognition of the ultimate fact by regular courts, whether they were established under the new ultimate political fact or not.

Wade's ultimate political fact has been a source of inspiration for Hart's rule of recognition^[37]. Both the ultimate political fact and the rule of recognition are in a sense non-legal starting points on which whole legal systems hang. However, the rule of recognition is understood, at least by many, as a rule to be adopted from an internal perspective by all senior legal officials^[38]. Wade has been criticized on the grounds that courts alone cannot change the ultimate political fact (the rule of recognition)^[39]. This seems to be a valid criticism. Perhaps then Wade's argument should be revised to mean that the ultimate political fact cannot be revolutionized without the participation of the courts. In other words, the courts are not sufficient but necessary elements of such a revolution.

As I noted, Wade's explanation regarding why the British legal system cannot accommodate the idea of entrenched legislation seems to be wanting. This is, however, no reason to reject his analysis altogether. After all, it is disputed if the principle allows its own alteration by a statute. However, the determination of the courts as the only place where the principle can be altered seems to be problematic and not only because of the difficulties noted above. This determination also suffers from some form of self-contradiction. Regardless of whether parliamentary sovereignty is understood in legal or political terms, it cannot be based on a decision or the acceptance of the courts. This would amount to the rejection of the same principle that is trying to be affirmed. If the legal power of the Parliament is established by common law, which is to be understood as the precedent of the courts, it cannot be normatively supreme as the principle suggests. Similarly, if

[37] Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 80.

[38] Hart is partly responsible for the difference of opinion on which officials will adopt the rule of recognition (see Scott J Shapiro, "What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)", in Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 241).

[39] See MacCormick, *op. cit.*, p. 86.

the political supremacy of the Parliament is subject to the recognition of the courts, it is difficult to see how the courts are not the sovereign actors of the political system. Yes, they are currently submitting themselves to certain limitations by recognizing that they ought to give effect to the Acts of Parliament, but they remain the only actor capable of abolishing these limitations through their practice.

Another potential problem pertains to the factual character of parliamentary sovereignty in Wade's account. Since it is a political fact, its meaning is not in normative terms. What it determines cannot be the duties and powers of the Parliament. It can only determine, given the political setting, what the Parliament can and cannot do. It sets the limits of the political capacity of an organ. This is all acceptable unless it is claimed that the said limitations are legal. Legal limitations are supposed to be normative. Parliamentary sovereignty, at least as it appears in Dicey's account, has normative content. How could such normative content be sufficiently explained by a political fact? Of course, political facts may sufficiently explain what the judges believe the powers and duties of the Parliament to be. It is true that according to Wade, the courts have the last say on if a statute is valid or not^[40]. Before accusing Wade of the naturalistic fallacy, one must note that Wade's determination as to the authority of the courts can have normative meaning, according to which courts are legally authorized to determine the limits of and the conditions for the legislative activities. However, if this is the case, then there is no reason to characterize parliamentary sovereignty as a political fact. It is rather a norm of common law constituted by the legal decisions of the courts as to what an Act of Parliament is.

The following section will reiterate the contradictory nature of holding that the principle is based on the authority of the courts while discussing T. R. S. Allan's view of parliamentary sovereignty. Dicey's conception, on the other hand, does not suffer from any such logical difficulties. Both conceptions, however, encounter a problem in explaining the normativity of law. Both authors characterize their versions of parliamentary sovereignty as some sort of a fact and without the intervention of a norm it is impossible for facts to account for the normative status of law in general and Acts of Parliament in particular. I believe, however, that the problem of normativity can be resolved without fundamentally altering both accounts, with reference to

[40] Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", *op. cit.*, p. 189.

some outside, even non-conclusive source of normativity. This is not the place to venture into such a project but, to give an idea about the core idea, it could be argued that not all legal or political facts but only those that necessarily relate to some, conclusive or inconclusive, legal or political value could constitute parliamentary sovereignty. Therefore, it could be guaranteed that legal officials have at least some reason^[41] to heed the principle. This would not in any significant way modify Dicey's and Wade's accounts of parliamentary sovereignty. The same cannot be said for the problem of incoherence that is only encountered by Wade's conception of parliamentary sovereignty. In what follows I will adopt Dicey's conception because its theoretical difficulties are surmountable without any major modification. This is also expedient because it is the conception that is widely recognized by legal scholars and officials in the UK.

B) THE SOURCE OF THE PRINCIPLE: ALLAN VS. GOLDSWORTHY

T.R.S Allan argues that the source of the principle of parliamentary sovereignty is common law^[42]. Common Law can be summarily described as judge-made law^[43]. The British courts have referred to the principle in several decisions. In the *Jackson* case^[44] it has been established by reference to parliamentary sovereignty that the Parliament could even regulate the

[41] I am relying here on the Razian idea that reasons stem from values (Joseph Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 323).

[42] T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 10; Alex Carroll, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, Pearson, 10th Edition, 2021, p. 44; Ergun Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi" [The Theory of Parliamentary Sovereignty in England], *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 25, Issue 1, March 1968, p. 59; Ines Weyland, "The Application of Kelsen's Theory of Legal System to European Community Law", *Law and Philosophy*, Volume 21, Issue 1, January 2002, p 4.

[43] See for instance William Minor Lile, "Judge-Made Law", *Virginia Law Review*, Volume 15, Issue 6, April 1929, p. 527.

[44] See *Regina (Jackson and others) v Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.

procedure for the making of Acts of Parliament^[45]. The problem is to ascertain if the courts merely refer to the principle or also constitute it. In the first scenario, what the courts do is not different from when they refer to a positive legal rule. The rule is not valid because it is referred to in a court decision. In the second scenario, the referred norm does not have an external source but is created by the court as it is referred to.

According to Jeffrey Goldsworthy, the principle constitutes the rule of recognition of the legal system^[46]. According to Hart, what distinguishes a legal system from primitive social orders are secondary rules^[47]. Primitive social orders are entirely composed of primary rules. Primary rules are rules regarding the behaviors of the persons subject to the order. Secondary rules, on the other hand, are rules about primary rules^[48]. Secondary rules are divided into three distinct categories as the rule(s) of recognition, rules of change and rule of adjudication. A legal order is constituted by the unity of primary and secondary rules. The secondary rules remedy the uncertainty and the static nature of the primitive social orders^[49]. The rules of recognition determine the criteria by which the membership of other rules in a legal system is assessed^[50]. A legal rule is valid only if it conforms to the criteria in the rule of recognition^[51].

1- T.R.S. Allan and Parliamentary Sovereignty as a Common Law Principle

Allan believes that the principle should be understood as being based on common law principles. In other words, it is a judge-made principle, the validity of which again depends on the continuity of the precedent. He

[45] Pavlos Eleftheriadis, "Parliamentary Sovereignty and the Constitution", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Volume 22, Issue 2, July 2009, p. 267.

[46] See generally Goldsworthy, *op. cit.*, p. 238-279.

[47] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 3rd Edition, 2012, p. 94.

[48] *Ibid.*

[49] *Ibid.*

[50] *Ibid.*, p. 100.

[51] Nicholas W. Barber, "Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 20, Issue 1, Spring 2000, p. 135.

also offers reasons against perceiving the principle as the rule of recognition. This section will summarize his arguments and comment on the soundness thereof.

According to Allan, the reason for attributing supremacy to the laws enacted by the parliament of the UK is the belief or confidence that the parliament shall conduct lawmaking activities to establish a liberal European democracy based on the common law traditions and principles^[52]. This is why regardless of how broadly it is interpreted; it is logically impossible for the Parliament to legislate in a way that violates the common law principles and traditions without at the same time destroying the moral basis for parliamentary sovereignty^[53]. Therefore, Allan sees a conferral in the foundation of the principle. Courts accept parliamentary sovereignty because they believe that the Parliament will not legislate in violation of certain political principles or common law traditions. Note, however, that it is not merely a belief that judges hold. It is thought of as a valid restriction on the exercise of the sovereignty. Allan must believe that the restriction here is moral because the conferred power originally belongs to the courts. Anyone else exercising the power instead of the courts, with their conferral, ought to be bound by the restrictions put into place. Note that the argument may only work if such conferral is historically accurate. I will not elaborate on the issue as we will encounter the issue of historicity later.

Since common law lies at the foundation of the principle, it is limited by the interpretation of the judges. Allan relies on examples in the decisions of the British courts where judges interpret the statutes in such a way that they do not contradict existing common law precedents^[54]. Behind this interpretation lies the belief that the Parliament would not contradict a common law principle without express intent^[55]. Allan concludes that since such an interpretation disregards the literal meaning of an Act of Parliament,

[52] T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 139.

[53] *Ibid.*

[54] Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 17.

[55] Jason N. E. Varuhas, "The Principle of Legality", *Cambridge Law Journal*, Volume 79, Issue 3, November 2020, p. 578.

any understanding which finds the foundation of the principle outside the common law, rendering the Parliament the unrestricted and the sole sovereign would not be acceptable^[56].

This argument is hardly forceful. If Acts of Parliament are supreme, such supremacy is accorded to the norm that is the meaning of the text^[57] conveying it. Texts often, although not always, have multiple meanings even if the differences between these meanings are slight. Interpretation, therefore, should generally be understood as the act of determining the possible meanings that are norms^[58]. Moreover, as long as the act of interpretation continues to concern the eligible meanings, the interpreter has discretion regarding which meaning to choose and apply^[59]. Sure, an argument can be made in favor of one act of interpretation against another. Perhaps one interpretation is in conformity with an urgent societal need while the other is not. However, the interpreter has the power to choose any of the alternative meanings as they are all signified by the text. Disregarding the better fulfilment of societal needs would not necessarily affect the validity of the interpretation. Now, as long as judges stick to one of the eligible meanings in their interpretations, they cannot be said to deny the wording of the Act of Parliament. True, sometimes the meaning that is disregarded by the judges may be the one that is immediately implied by the text; however, it must be kept in mind that norm is not the text but the meaning thereof. So long as the chosen meaning can be extracted from the text, it cannot be said that the judges are disregarding the statute or limiting the principle in any way. Also, when judges interpret a statutory provision so that it is not contrary to a common law principle or precedent, they claim to give effect

[56] Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 17.

[57] See Giorgio Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *Ratio Juris*, Volume 27, Issue 2, June 2014, p. 200.

[58] See for instance Kelsen, *op. cit.*, p. 351. Kelsen speaks of meanings that the norms have. However, this should be understood only as a figure of speech. As he clarifies elsewhere (see Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon, 1991, p. 26), norms are the meanings themselves and therefore they do not have meanings. The meaning is to be ascribed to an act of will.

[59] Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, p. 349-350.

to the implicit intention of the Parliament^[60]. From this, it can be inferred that where the Parliament's intent to override a common law principle or precedent is explicit, the judges do not have the authority to disregard such explicit intention. Therefore, in case the wording chosen by the Parliament does not allow the inference of a meaning that is in conformity with common law, the judges must apply statutes in common law's stead. Ultimately, the cases where a statute is said to be interpreted in conformity with common law cannot demonstrate that the principle of parliamentary sovereignty exists due to or as restricted by common law.

Allan indicates that the common law tradition cannot tolerate absolute principles^[61]. Therefore, problems such as the meaning and the scope of parliamentary sovereignty cannot be settled once and for all^[62]. Whether a legal act is truly an Act of Parliament cannot be determined solely based on the issuer of the act. Rather, factors such as compatibility with common law principles and traditions, which have moral foundations, need to be taken into consideration^[63]. Accordingly, any understanding of law necessarily involves moral reasoning because proper reasons that must ground official practice are moral reasons^[64]. Allan notes that "The interpreter cannot divorce her construction [of law and legal system] from her own moral opinions. She proceeds on the assumption that the purpose of law is to instantiate some scheme of justice..."^[65]. Allan seems to be claiming that anyone, even legal positivists, trying to understand how a legal system's sources fit together must refer to some moral idea/argument/reasons because the law is ultimately related to the ideal of justice. All this is to reject Goldsworthy's

[60] Goldsworthy, *op. cit.*, p. 250.

[61] Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, *op. cit.*, p. 143.

[62] See T. R. S. Allan, "The Common Law as Constitution: Fundamental Rights and First Principles", in Cheryl Saunders (ed.), *The Courts of Final Jurisdiction: The Mason Court in Australia*, Alexandria, The Federation Press, 1996, p. 161.

[63] Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, *op. cit.*, p. 141-142.

[64] *Ibid.*, p. 145.

[65] *Ibid.*, p. 157.

idea that legal obligation and moral obligation are different^[66]. Shortly, Allan declares that “...what is not legitimate is not law, and so binds no one”^[67].

A comment to refute or support Allan’s ideas would require a detailed treatment of the old discussion between natural law theories and legal positivism. This is not the place to do that. I will still refer to certain points that need to be kept in mind while attempting to evaluate Allan’s claims regarding the relationship between morality and law. Allan seems to assume rather than demonstrate that one must refer to moral considerations/reasons/evaluations while attempting to interpret the legal system as a consistent whole. Also, even if reference to some evaluative outside source is required, morality is not the only source for the normativity of law. Prudence is also a suitable outside provider of normativity. The reason Allan disregards prudence is probably because he thinks that it is somehow inferior to morality or that it is not a proper source of obligations. The relationship between morality and prudence is highly controversial^[68]. I will only say that the categorical superiority of morality seems contrary to common sense and prudential reasons must be allowed to defeat moral reasons at least when they are considerably weightier. Allan is perhaps right regarding prudence not being a source of obligations, as obligation is considered as a duty towards someone else^[69]. It is not clear, however, why one must refer to an obligation to explain legal normativity. Obligations are constituted by special kinds of reasons called second-order reasons. These are not only reasons to act in a certain way but also reasons to refrain from acting based

[66] *Ibid.*, p. 157-158.

[67] *Ibid.*, p. 158.

[68] There are views holding either morality or prudence as categorically superior. There are also views that refuse to settle the relationship between morality and prudence categorically by allowing reasons stemming from either to defeat the other (see generally Roger Crisp, “Prudential and Moral Reasons”, in Daniel Star (ed.), *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

[69] See for instance, Kenneth Einar Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *Ratio Juris*, Volume 26, Issue 1, March 2013, p. 29.

on certain reasons^[70]. Joseph Raz called such reasons exclusionary reasons^[71]. However, normativity is not made up of such obligations in the form of exclusionary reasons. Prudence is a perfectly fit candidate to explain how law provides first-order prudential reasons. Therefore, unless the stronger claim that law must be capable of creating *obligations* is true, I do not see how it is only morality as the proper source of obligations that must account for legal normativity. It is perfectly rational to hold that legal normativity is genuine without asserting that the law may obligate.

Lastly, Allan notes an important criticism regarding the possibility of understanding parliamentary sovereignty as the rule of recognition. Allan notes that Dicey's parliamentary sovereignty as a "legal fact" cannot remain a plain social fact. Knowing the content of the law, in other words knowing what it prescribes always requires an understanding of the ideal of the rule of law, which is ultimately dependent on morality. Allan concludes that the normative dimension of the law is inescapable^[72] and hints that Hart's rule of recognition may be missing the important connection between legitimacy and legality^[73].

Allan is not alone in his doubts regarding the normativity of the rule of recognition. Naturally, I can neither examine nor resolve the issue here. However, since the existence of the rule of recognition is a fact^[74], deriving legal normativity based on this rule turns into a seemingly irresolvable puzzle. A strict abider of Hume's Law would straightaway conclude that legal normativity cannot be explained by reference to the existence of the rule of recognition. The failure of Hart's practice theory of rules in explaining normativity has also been recognized by his pupil Joseph Raz^[75]. Some other legal positivists, however, believe that Hart has abandoned a pure practice

[70] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 34-55.

[71] Regarding the concept of an exclusionary reason see Raz, *op. cit.*, p. 22.

[72] Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, *op. cit.*, 137.

[73] *Ibid.*, p. 140.

[74] Hart, *op. cit.*, p. 110.

[75] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 53.

theory of rules in favor of conventionalism^[76]. Conventionalism is largely the idea that the most fundamental rules of a legal system are conventions^[77]. Conventions, in turn, form a subcategory of customs. What makes them different is the reason they are followed and their arbitrariness. They are at least partly followed because others follow it^[78]. They are also arbitrary in that the content of the convention could be different and it would serve the population just as well^[79]. Arbitrariness may require a little elaboration and usually the example that is given is the convention regarding which side of the road must be used for driving. It could either be right or left but it does not essentially matter which side of the road is picked as long as one side is picked^[80]. Doubts about conventionalism's ability to account for legal normativity, however, persist.

The foundations of law are problematic. The rules and norms we seek to base whole legal systems on seem unsatisfactory from multiple angles. The basic norm can merely account for a make-believe legal normativity. The rule of recognition, on the other hand, seems incapable of establishing its own binding force and the normativity of other rules within the legal system. I think the strongest criticism to be extracted from Allan's account can be formulated as follows: If the principle is the rule of recognition^[81], then it

[76] See for instance Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 156.

[77] Leslie Green, *The Germ of Justice: Essays in General Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 85.

[78] *Ibid.*, p. 83-84.

[79] *Ibid.*, p. 84.

[80] Green, *op. cit.*, p. 81.

[81] It must be kept in mind that the ultimate rule of recognition within a legal system provides the criteria for the validity of *some legal norms* within the system and obligates the judges to accept norms fulfilling those criteria as binding. It is not necessary that an ultimate rule of recognition provides the criteria for all the rules of the system. It is sufficient that it provides the criteria for the supreme norms. The criteria for other norms can be provided by non-ultimate rules of recognition (for the separation between the ultimate rule of recognition and non-ultimate rules of recognition please see Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2011, p. 50). The idea that the principle of parliamentary is the (ultimate) rule of recognition does not necessarily exclude the ultimate rule of recognition from

can never be genuinely binding. How can we argue that a principle without binding force can establish the legal supremacy of the Acts of Parliament?

There is more to be said about Allan's claim that common law lies at the foundation of the principle of parliamentary sovereignty. However, I will first present Goldsworthy's arguments because his assessment includes a large part of what could be said about perceiving common law as the source of parliamentary sovereignty.

2- Jeffrey Goldsworthy: The Principle as the Rule of Recognition

Goldsworthy analyzes that the idea that common law must be the source of the principle proceeds by way of eliminating alternatives^[82]. Bradley summarizes the argument in the following manner^[83]: The sovereign cannot be determined by an act of self-conferral: The sovereignty of the Parliament may not be based on an Act of Parliament. This would amount to a self-declaration of sovereignty which is insufficient. By the same logic, it is not possible for the courts to be sovereign due to a court decision. However, the argument goes, it is possible to think of parliamentary sovereignty as conferred upon the Parliament by common law. Goldsworthy argues that the argument is doomed to fail. If parliamentary sovereignty stems from common law, what is the origin of the courts' powers? The answer cannot

expressing the criteria of validity for other norms within the system. Therefore, if the powers of the British courts have an independent origin and do not directly depend on their being recognised by the Acts of Parliament, it is possible for the ultimate rule of recognition to include criteria for the powers of the courts as well. Then, it must be possible for the ultimate rule of recognition to provide a hierarchy between the recognized sources for although the principle of parliamentary sovereignty does not require the powers of the courts to stem from the Acts of Parliament, it does require their decisions to be null on the face of an Act of Parliament on the contrary. Hart thought that the rule of recognition could incorporate an order of precedence in cases of conflict (H. L. A. Hart, "The Morality of Law", *Harvard Law Review*, Volume 78, Issue 6, April 1965, p. 1293). I assume that by "order of precedence" Hart meant normative hierarchy and not merely a primacy of application. The fact that Hart talks about statutes depriving precedents of their legal status (see *ibid.*) seems to support my interpretation (see *ibid.*).

[82] Goldsworthy, *op. cit.*, p. 238.

[83] Anthony Bradley, "The Sovereignty of Parliament: Form or Substance?", in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edition, 2011, p. 39.

be statute as this leads to a vicious circle. Arguing that common law is the source for the courts' power, on the other hand, would be as problematic as arguing that an Act of Parliament is the basis for the principle^[84].

I believe that the strength of Goldsworthy's argument must be recognized. After all, if all legal powers must stem from an act of conferral, one cannot regress infinitely and must arrive at a source of the original power which was never conferred^[85]. In a Kelsenian view of a legal system, such an organ with the original power is the primary constituent power, not because it naturally or religiously possesses the power of constitution-making but because it is presupposed to have this power by virtue of the basic norm. A similar authority is bound to be determined for the British legal system. Even if the power of the parliament is based upon the decisions of the courts, the question regarding the source of the courts' decision-making power remains. As explained by Goldsworthy, the argument cannot find this source without embracing circularity or self-contradiction.

It must also be noted that there is something wrong with deriving parliamentary sovereignty from common law. The fact that common law is the source of the principle is the indication of common law's supreme normative position. However, the content of the principle holds the Acts of Parliament as the supreme norms within the legal system. Thus, we are faced with a contradiction: A principle establishing one of the legal sources^[86] as the supreme norm of the system cannot itself be based on any of these legal sources.

Goldsworthy also propounds a historical objection against the idea that it is common law that lies at the foundation of parliamentary sovereignty. Judges have always been subordinates to the Crown and the Parliament. Therefore, Goldsworthy finds the claim that the sovereignty has been conferred upon

[84] Goldsworthy, *op. cit.*, p. 240.

[85] Goldsworthy is aware of the problem of infinite regress. See *ibid.*, p. 237. See also Kelsen, *op. cit.*, p. 16.

[86] By conventional legal sources I mean those sources, the validity of which could be explained either by reference to another conventional source or to the ultimate source of validity within the legal system. This ultimate source of validity would be the rule of recognition in a Hartian conception of the legal system, and the basic norm in a Kelsenian conception.

the Parliament by the courts absurd^[87]. The Parliament's sovereignty has been established as the result of a sequence of political struggles. Among these were the destruction of papal jurisdiction and the controlling of royal prerogatives of the Crown. Judges were compelled to accept both consequences, even if in the latter case it was necessary to impeach many judges and to overturn their decisions by statutes^[88].

I think that the importance of the historical argument should not be overstated. Parliamentary sovereignty is a principle about the normative force of the Acts of Parliament. The principle does not necessarily say anything about the politically sovereign organ, class, or group. While the legal sovereign is almost always determined by the political sovereign, the two do not have to align. In other words, the legal sovereign is not always a "representative" of the political sovereign. Over time the legal sovereign may come to act in the interests of a class or group other than the political sovereign. Let me come up with an example to illustrate. A parliament established following the bourgeoisie revolution against noblemen is expected to represent the interests of the bourgeoisie which is the political sovereign. However, such representation is always indirect and flawed. It is possible for the communists to gain the majority and thereby end the relationship of representation between the legal and political sovereigns *without themselves becoming the political sovereign*^[89]. Now, the legal sovereign is still the Parliament which no longer represents the political sovereign. This may happen but of course, one would not expect this separation to last long: either the political or the legal sovereign must change. Either the proletariat will become the new sovereign, or the Parliament will lose its status as the legal sovereign as a result of the struggle between the proletariat and the bourgeoisie. In this sense, Goldsworthy's claims regarding the subordinate situation of the courts seem to be of a political nature. The reference made to the judges' being

[87] Goldsworthy, *op. cit.*, p. 242-243.

[88] *Ibid.*, p. 243.

[89] One may get the impression that by earning the majority in the parliament the proletariat became the new political sovereign. However, political power is much more complex than that. More than legal authority, it comprises economic power. Also bearing in mind the complexity of election systems and the possibility of coalitions, it is not difficult to find scenarios where the politically weaker group gains the majority in the Parliament.

compelled by other political powers implies that what he has in mind is political subordination. As I tried to explain, while it generally is, it does not have to be the case that the legal sovereign reflects the political sovereign. The final legal decision-making power may belong to an organ or body that cannot be perceived as the political sovereign. Therefore, even if judges and courts have never been political sovereigns, it is possible to argue that they were legal sovereigns at least during some of the political struggles that took place between the courts and the Parliament. Furthermore, it could be argued that although they are still not political sovereigns, the courts started to become legal sovereigns. It is not that I want to claim this is the case. I just want to stress that the historical argument cannot be conclusive against Allan's claims.

Goldsworthy also replies to Allan's argument based on the fact that judges interpret statutes in a way that is compatible with the principles of common law. Goldsworthy notes that according to Allan the matter is not merely about interpretation because the difference between interpretation and application is not in kind but in degree^[90]. Therefore, questions regarding interpretation could potentially turn into questions of validity^[91]. Accordingly, when judges restrictively interpret a statute so that it is compatible with common law principles, they are, or they may be deciding on questions regarding the validity of the statute. Goldsworthy finds this argument far from being persuasive based on a very simple reason. Accordingly, behind such an interpretative move is the courts' belief that the Parliament would not want to legislate in a way contrary to common law principles unless explicitly^[92]. However, this also means that the courts are eliminating those meanings of the text that would result in a collision with common law principles not because they believe they have the authority to restrict the legislative powers of the Parliament. On the contrary, they want to make sure that they reflect the genuine will of the Parliament in their decisions by eliminating

[90] Goldsworthy, *op. cit.*, p. 250. For Allan's remarks see Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 17.

[91] See T. R. S. Allan, "Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution", *Law Quarterly Review*, Volume 113, April 1997, p. 447.

[92] Goldsworthy, *op. cit.*, p. 250.

meanings that would only be meant by the Parliament in an explicit way^[93]. If anything with regard to the principle of parliamentary sovereignty is to be inferred from this interpretative tendency of the courts it is that they endorse the principle of sovereignty not that they restrict it.

Goldsworthy relies on the distinction between a legal and a moral obligation in order to argue that judges' moral obligations do not necessarily ground their authority to reconsider the principle of parliamentary sovereignty when the need arises. Accordingly, judges might have moral duties and some of these duties might as well constitute the *content* of a common law principle^[94]. In some cases, therefore, judges may be morally obligated to refrain from applying a statute. However, this obligation is not sufficient to conclude that the judge is legally authorized to invalidate the statute in question^[95].

Now, before continuing I must touch upon the idea of a "legal obligation" as distinct from a "moral obligation". It has been long claimed by legal positivists, especially those that follow Hart, that legal obligation is a distinct kind. Hart determined the existence of a legal obligation by reference to the existence of a strong social pressure to comply with a legal rule^[96]. Legal positivists such as Matthew H. Kramer and Kenneth Einar Himma rightly reject the existence of legal reasons as a category, recognizing moral and prudential reasons as the only available law-related reasons for action^[97]. Therefore, if there is a kind of "legal" obligation distinct from a "moral" obligation, it seems like prudential reasons are the only option to explain this sort of obligation. The requirement of social pressure for the existence of legal obligations can be understood in light of this explanation, although it is highly unlikely that Hart meant to define legal obligation with reference to prudential reasons. The only remaining problem then is the impression

[93] See *ibid.*, p. 250-252.

[94] *Ibid.*, p. 254.

[95] *Ibid.*

[96] Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 86.

[97] Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 82, fn. 4; Kenneth Einar Himma, "Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation", *Ankara Law Review*, Volume 9, Issue 2, Winter 2012, p. 115-116.

that the concept of obligation seems to concern the other-regarding and exclusionary normativity, like something that is owed to someone else or to society. Prudential requirements concerning the well-being of the agent cannot be owed to someone else, or when the agent is thought of as taking care of her well-being as an obligation to someone else (for instance there is sense in claiming that a child studying abroad is obligated to take good care of herself as any harm to her health would upset her parents) the said requirement seems to have transformed into a moral requirement because of its other-regarding nature^[98]. It looks like unless one can argue that obligation is not always owed to another and that it is reasonable to have an obligation towards oneself, it is difficult to separate legal and moral obligation. This may be possible. However, there is another strategy available to the legal positivist. As I have argued in the previous section, the term obligation does not have to be the central concept when explaining legal normativity. There is a non-exclusionary sense of normativity at our disposal that can be expressed by “requirements” rather than “obligations”. Accordingly, just because judges are morally required to refrain from applying a statute it cannot be inferred that this is what the judges ought to do, all things considered, because prudential reasons provided by the law on the contrary may outweigh the moral reason in favor of disregarding the statute. This way, judges would not be under an obligation to disregard the statute due to a non-moral requirement provided by the law. This would, in turn, be sufficient to argue that moral requirements and legal requirements do not have to coincide. The success of this latter strategy, in turn, depends on demonstrating that prudential reasons are capable of defeating moral reasons. I believe that either strategy is promising^[99].

[98] The concept of an exclusionary prudential reason, however, seems perfectly reasonable. After all, some authorities may know what is best for the agent better than the agent herself. When this is the case, complying better with the reasons that the agent has requires that she treats the directive of the authorities regarding her own health as exclusionary. This seems to be in congruence with Raz’s account of legal directives as exclusionary reasons.

[99] Regarding obligations to oneself please refer to Daniel Muñoz, “Obligations to Oneself”, in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2022, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/self-obligations/>, Date of Access: 14 August 2024. One does not have to follow rational egoism (see Roger Crisp, *Sacrifice Regained: Morality and Self-interest in British Moral Philosophy from Hobbes to Bentham*, Oxford, Clarendon, 2019, p. 6-9) and establish the categorical

Lastly, Goldsworthy stresses the need for a legal organ with ultimate authority. This is because, in an environment where every person or organ is authorized to invalidate the decision of the other, the legal system cannot function. There are certain benefits expected from a legal system such as the promotion of social coordination and cooperation or an increase in predictability, and so on and so forth. Unless there is a legal organ with final authority, one cannot reap such benefits expected from having a legal system^[100]. While Goldsworthy notes that it is not logically necessary for the functioning of the legal system that the Parliament has the ultimate authority, he notes first that it is not clear in any way if it would be better that the judges exercise this authority^[101]. He then provides a strong reason for thinking that it is more suitable for the Parliament to have the ultimate authority. This is because democratic participation is one of the most fundamental rights of the citizens^[102]. Granting the ultimate authority to the judges would mean that people would not be able to participate in the formation of this authority directly, thus preventing the reaping of many benefits of a functioning democracy.

The first point that Goldsworthy makes regarding the functioning of a legal system does not affect Allan's argument. After all, he sees courts as the organs with final authority within the legal system. There is no doubt that the argument Goldsworthy makes regarding why the Parliament, instead of the courts, should be conferred this final authority is going to be forceful for many. Accordingly, it is more in line with a theory of democracy that the final authority rests with the Parliament rather than the unelected courts. I would call for some caution regarding this argument. While this argument does not weaken the rest of the arguments put forward by Goldsworthy, it is different in kind. He no longer tries to demonstrate that it logically cannot be or historically is not the case that the principle of parliamentary

superiority of prudence over morality. It is sufficient that the opposite claim regarding the superiority of morality is rejected based on views allowing prudential reasons to defeat moral reasons.

[100] Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, *op. cit.*, p. 261-262, 265.

[101] *Ibid.*, p. 262-263.

[102] *Ibid.*, p. 263.

sovereignty is judge-made. Rather, the point is that it is more desirable for the Parliament to hold the final authority rather than the courts. This is claimed by reference to people's right to political participation. The argument is not that the Parliament's authority derives from such right but rather that considering the existence of the right, it is better that the Parliament has it. It may be true that the legal system would be more democratic if the Parliament had supreme control. However, this hardly means that it is better that the (simple) majority of the population is handed unlimited power. The tension between constitutionalism and democracy is well known. In a constitutionalist understanding, it might be wise to limit the authority of the simple majority and one way of doing this allocating more power to the courts even if this meant allocating to them powers to determine the ultimate limits of the parliamentary powers. In fact, this is the case in many constitutional democracies of continental Europe. This is usually perceived as non-problematic because the judiciary is perceived as the least dangerous branch^[103]. The judiciary cannot move on its own, but its authority needs to be activated by the filing of the cases. Moreover, despite the principles guaranteeing the impartiality and independence of the judges, the judiciary is largely dependent upon the legislature and the executive in its organization and functioning. All this is to say that it is far from established that it is better for the simple majority to exercise the final authority. Many legal systems, convinced that the simple majority's rule could mean only another form of oppression, chose to install limitations on the authority of the popular organs of the state. Ultimately, we do not have conclusive reasons to accept that it is better for the Parliament to exercise this final authority.

Common law did not always imply judge-made law. In fact, it was first meant to signify customary norms recognized by the judges^[104]. Now, Goldsworthy finds the idea that the principle of parliamentary sovereignty is judge-made absurd, although he leaves the door open for understanding the principle as a part of common law in the old sense. Parliamentary sovereignty is discovered and applied by the courts; however, the courts lack the power to amend it unilaterally as they are not the ones who created it. In this sense, the principle is a product of the custom between senior legal

[103] See Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 2nd Edition, 1986.

[104] Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, op. cit., p. 243.

officials which is to be understood as encompassing more than only judges^[105]. Still, Goldsworthy notes that characterizing the principle of parliamentary sovereignty as common law could be confusing in today's environment where common law is understood as something quite different^[106].

Allan's objections to the characterization of the principle of parliamentary sovereignty as the ultimate rule of recognition of the British legal system are all but one deflected. The argument that still stands is the one targeting the rule of recognition's capability of accounting for legal normativity. I think that the said critique is serious. However, as I noted above, the deficiency of the rule of recognition or the general analysis of legal normativity based on social facts can be mended by a minimum concession. Ultimately, such a concession does not alter, in any important way, what a rule of recognition is or what parliamentary sovereignty implies.

I believe that Goldsworthy's argument based on the self-contradictory nature of deriving parliamentary sovereignty from common law is conclusive. It is not only self-contradictory in the sense that is explained by Goldsworthy, that is in the sense that the argument is either circular or it must reject the claim it is based upon. The other arguments, based on history or desirability of locating ultimate authority within the Parliament, do not seem to be conclusive. In the best-case scenario more needs to be said before they can be accepted. However, the truth of Goldsworthy's main claim does not depend on these latter arguments.

Ultimately, I conclude that it is theoretically more appropriate to consider the principle of parliamentary sovereignty as the rule of recognition of the British legal system. As such, it can be altered but only with a joined effort by all legal officials. Neither the Parliament nor the courts may alter the principle single-handedly albeit the process may be initiated by the Parliament or the courts.

[105] *Ibid.*

[106] *Ibid.*

II. THE FAILURE OF THE CHALLENGES

A) THE 1911 AND 1949 ACTS

The challenge provided by the 1911 and 1949 Acts of Parliament is that they restrict the role played by the House of Lords in making Acts of Parliament^[107]. The 1911 Act of Parliament modified the House of Lords' absolute veto power concerning certain issues as a suspensive veto^[108]. Section 2(1) of the Act read, before the amendments by the 1949 Bill:

“If any Public Bill (other than a Money Bill or a Bill containing any provision to extend the maximum duration of Parliament beyond five years) is passed by the House of Commons in three successive sessions... that Bill shall, on its rejection for the third time by the House of Lords... be presented to His Majesty and become an Act of Parliament on the Royal Assent being signified thereto, notwithstanding that the House of Lords have not consented to the Bill...”

In other words, although the House of Lords still played a role in the making of Acts of Parliament, the role itself was altered and restricted *by an Act of Parliament*. Moreover, the 1911 Act of Parliament was later amended by the 1949 Act of Parliament in accordance with the procedure introduced by the 1911 Act of Parliament, without the affirmative vote of the House of Lords. The 1949 Act of Parliament shortened the period for which a bill had to wait for the affirmative vote of the House of Lords before it could be presented for royal assent.

The question leading to the challenge is: How can a type of legal source^[109], itself being passed in accordance with a certain procedure, envisage a different

[107] İlhan Arsel, “Lordlar Kamarasının Salâhiyetlerini Tahdide Son Teşebbüsler” [Latest Attempts to Restrict the Powers of the House of Lords], *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 7, Issue 1, March 1950, p. 92.

[108] See Carroll, *op. cit.*, p. 274.

[109] I am using the term ‘legal source’ to distinguish it from a ‘legal norm’ (see Fábio Perin Shecaira, “Sources of Law Are not Legal Norms”, *Ratio Juris*, Volume 28, Issue 1, March 2014, p. 15-30). In a sense, legal sources are the carriers of legal norms. They are forms containing the meaning that is to be the norm. However, they are not identical to norms, as a single norm can be constituted by several legal sources. A single piece of legal source can and usually does contain several legal norms.

procedure for what is supposed to be the same legal source? This may seem strange at first. Perhaps, in the end, it is theoretically incoherent to hold that both the 1911 and 1949 Acts of Parliament are the same kinds of norms. However, even if it is, this is not an unfamiliar phenomenon at all. An identical phenomenon exists in all legal systems with a written/rigid constitution. These constitutions contain clauses regulating constitutional revisions. In the first constitution of a legal system, the constitutional revision clause itself, along with other constitutional provisions, are issued in a way contrary to the revision clause. This is necessarily the case, for the derived constituent power that is authorized to revise the constitution did not exist by the time the first constitution was put in place. Now, assume that some constitutional provisions were revised according to the procedure introduced by the constitution. Following the revision process, the constitution will comprise provisions introduced based on different procedures^[110]. One difference between the two cases is that usually after a constitution is put in place, the procedures used to issue the constitution become unavailable; from then on, the revision of the constitution is to be made in accordance with the legal limitations imposed by the constitution. In the case of the 1911 and 1949 Acts of Parliament, however, there are two different available methods for passing an Act^[111]. This, however, should not make any difference in our judgment in both cases. *If* a legal source can regulate its own making^[112], there is no reason why it cannot determine two

[110] One may frown at my treatment of whatever methods were adopted for making the historically first constitution as ‘procedures’. One may claim that there are no procedures for making a constitution for the first time as the primary constituent power is legally not restricted by any form of lawmaking. Such an objection would not be well-placed, however, for it is one thing to claim that the primary constituent power is not bound by any one procedure and quite a different thing to claim that the first constitution can be issued without any procedures. Procedure is always required for the creation of the law, even when it is so simple that a public declaration of a certain text by a single person would do. Ultimately, the procedures by which the revision clause and the latter revising provisions are enacted would be different.

[111] In *Jackson* Lord Bingham explicitly considered the procedure introduced by the 1911 Act as a new procedure for enacting Acts of Parliament (see Stuart Lakin, “Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 28, Issue 4, Winter 2008, p. 721).

[112] About self-regulation by constitutions, see Fitzgerald, *op. cit.*, p. 43-44.

different procedures for doing so. In fact, some written constitutions do precisely this: they introduce different procedures for constitution-making. The Turkish Constitution of 1982 (art. 175) envisages that a referendum is a mandatory part of the revision process in some cases but not in others. Accordingly, if a proposal for the revision of the constitution has been adopted by the Parliament by a two-thirds majority, the revision proposal does not have to undergo a referendum, and the President of the Republic may directly publish it in the Official Gazette. However, if the proposal has been adopted by a majority of more than three-fifths but less than two-thirds of the Parliament, then the revision cannot gain validity without undergoing the referendum process. This can be interpreted as follows: the public has the authority to participate in the revision of the constitution, but not always. A similar determination applies to the case of the House of Lords: the affirmative vote of the upper house is required for passing an Act of Parliament, except in cases where it is not.

I have argued, following Fitzgerald, that self-referencing legal rules are not generally problematic from a logical perspective. The foregoing demonstrates that what the Parliament Acts do is nothing really out of the ordinary. The only thing that remains to be considered is what effect these Acts have on the original Diceyan conception of parliamentary sovereignty. The *Jackson* case^[113] concerned whether the 1949 and 2004 Acts of Parliament, which were passed in accordance with the new procedure introduced by the 1911 Act of Parliament, were truly Acts of Parliament. While the court decided that the 1949 and 2004 Acts passed in accordance with the 1911 Act were valid Acts of Parliament, therefore generally benefiting from the effects of parliamentary sovereignty, there was discussion as to whether the procedure in the 1911 Act could ever be used to alter the restrictions initially introduced by the joint wills of the two houses. More specifically, it was discussed if the House of Commons could unilaterally pass an Act so that the Parliamentary term could be extended beyond five years^[114]. With Lord Bingham being the exception, most of the court rejected the idea that the House of Commons

[113] *Jackson v Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.

[114] Lakin, *op. cit.*, p. 721.

possesses the power to do this, for the restriction was initially imposed by the wills of both houses^[115].

Apparently, then, at least according to the majority in the court, not all Acts of Parliament enjoyed complete freedom from content restrictions as suggested by Dicey's original account. Some Acts of Parliament passed in accordance with a certain procedure were subject to legal boundaries. I will assume until later, when I will defend Lord Bingham's point of view that the majority of the court was right. It should first be noted that the challenge posed by the case of the Parliament Acts concerns the first part of the principle of parliamentary sovereignty which is about the unrestricted nature of the content of Acts of Parliament. It does not, at least not directly, raise questions about the legal-hierarchical force of the Acts once they have been passed under the 1911 Act.

However, based on the foregoing, it cannot be argued that the first meaning of parliamentary sovereignty is not true in its fullest sense. This is because although the Parliament Acts allow for an alternative law-making procedure, they cannot be said to restrict the Parliament in any way. Indeed, the procedure introduced by the Parliament Acts cannot be used to *make or unmake any law*. This is, however, no reason to hold that the Parliament cannot pass statutes with any content through its main procedure of lawmaking, and unless this can be said, the principle can be said to be secure. Nor can the Parliament Acts be said to bind future Parliaments. A subsequent Parliament *can* indeed pass statutes based on the Parliament Acts; nevertheless, it is not in any way *required* or *obligated* to do so. This is why, I think, it is safe to conclude that the Parliament Acts do not necessarily conflict with the core meaning of parliamentary sovereignty.

An alternative objection to the challenge posed by the Parliament Acts could argue that the norms passed under the Parliament Acts are not proper Acts of Parliament. The very fact that the Parliament Acts envisage a new procedure for law creation is sufficient to conclude that the norms produced through such a procedure cannot be properly called an Act of Parliament. Since the principle of parliamentary sovereignty concerns the normative

[115] *Ibid.*

power and the legal scope of proper Acts of Parliament, the Parliament Acts cannot be relevant in this discussion. Whether this explanation is acceptable or not depends on how legal norms are to be classified. It is impossible to cover the whole issue here. I will attempt to reject this alternative explanation by relying on a general overview of the taxonomy of legal norms.

All legal norms are created as a result of a particular *procedure* followed by an authorized *organ* or *person*. In other words, the fact that someone or a group of people followed a particular procedure creates the legal norm. The legal norm thus created has a normative force. I will define normative force as the combination of the norm's scope and the strength of the ought generated by the existence of the norm, i.e., its binding force. The scope of the norm determines the range of cases over which the norm could enjoy binding force. By binding force, I mean the hierarchical status of the norm (and not necessarily its primacy of application).

My argument here depends on the following: If the legal scopes or the binding forces of two norms are different, they cannot qualify as the same kind of legal norm. This is also usually true for the procedure for the creation of the norm: two norms are often different if the organs authorized to issue them or the procedures for their creation are different from each other. However, this is not always the case. If the scopes and binding forces of the end products of different procedures are exactly the same, one can have no reason to call these norms different kinds. They function exactly in the same way within a legal system; therefore, it would be more appropriate to think that the same norm can be issued by two different organs and/or two different procedures.

This means that the difference in the authorized organs or required procedures can only lead to a different norm if at least one of the scope or binding force elements is also different. The element of scope relates to the range of issues the norm could regulate. Let O_1 and O_2 be the organs authorized to issue norms with procedures P_1 and P_2 . Let S_1 and S_2 be the general range of matters and actions that these norms could regulate^[116].

[116] It is important to note that S_1 and S_2 do not refer to the particular actions regulated by the two norms at any given time, but rather to the possible range of actions regarding which they could constitute an 'ought'.

Now, S_1 and S_2 could perfectly overlap, partially intersect, or be entirely exclusive of each other. The instances of partial intersection or mutual exclusivity would mean that the norms produced as a result of P_1 and P_2 are to be categorized as different norms. Where S_1 and S_2 overlap, the binding force of the two norms needs to be evaluated. The binding force of the norms in this setting has two different meanings. The first meaning relates to the norms' capacity to end each other's validity. The norm that can end the existence of the other without its own existence being unaffected by the other norm would possess more binding force. N_1 would be normatively stronger than N_2 if it could repeal N_2 , but N_2 could not repeal N_1 . The binding force of the two norms in this first meaning could be different regardless of whether the scopes of the two norms overlap with, intersect with, or exclude each other. The second meaning can exist only in cases of overlapping or intersection. The effect of the two norms' binding force could also be observed in what their addressees or appliers ought to do in cases of collision. If one of the norms always must give way to the other, i.e., if it is always the case that the addressees of the norm ought to conform to or that the legal officials ought to base their decision on one of the colliding norms, then that norm has superior binding force. Since their binding forces (and, therefore, their overall normative forces) are different, two norms need to be classified as different types of norms.

However, self-imposed or tolerated scope restrictions are not sufficient to determine a difference in normative force. If the scope restrictions regarding a norm (N_1) could be revised or repealed by N_1 , one cannot hold that N_1 's scope is restricted in any proper sense as its potential scope does not change. Ultimately, this will mean that the scope of such a norm is determined by itself; the scope restrictions are self-imposed (if it is N_1 that initially envisaged the restriction) or tolerated (if it is another norm that initially imposes them). Such self-imposed or tolerated restrictions cannot be said to affect the general classification of the norm.

This general framework regarding why certain norms are classified as the same type could be detailed, and several examples could be provided from different legal systems. However, for our present purposes, this much will have to suffice. Now let us get back to the initial argument against the classification of norms produced as a result of the procedure provided by the Parliament Acts as proper statutes. The 'proper' statutes are created through

the procedure known as the Crown in Parliament. This is not the case for statutes passed under the Parliament Acts. However, as explained above, the fact that the procedures for the creation of the two norms are different does not suffice to demonstrate that the two norms must be classified as different norms. One needs to see if there are scope or binding force differences. From the fact that the Parliament Acts qualify the norms produced by way of the procedure provided therein as ‘Acts of Parliament’ and the fact that such norms could repeal or alter ‘proper’ Acts of Parliament, it is fair to conclude that there are no differences of binding force between proper Acts of Parliament and norms passed under the Parliament Acts. Therefore, if the norms passed under the Parliament Acts are not proper statutes this has to be due to a difference in their scopes.

At first glance, it seems as if the norms passed under the Parliament Acts are subject to a scope restriction that proper Acts of Parliament are not. Accordingly, norms passed under the Parliament Acts cannot relate to issues such as national taxation or public finances. Nor can they extend the parliamentary term beyond five years. Proper Acts of Parliament are not subject to such scope restrictions. Therefore, although the scopes of both norms largely overlap, there is a limited field of exclusion with regard to the scope of the norms passed under the Parliament Acts. However, I want to argue that it would be a mistake to view this as a genuine scope restriction that would require a separate classification of the norms passed under the Parliament Acts. This is because the said restrictions could be altered by a norm under the Parliament Acts.

Maybe it could be argued that the norms under the Parliament Acts cannot directly regulate issues relating to national taxation or public financing or extend the parliamentary term as long as the said restrictions are in force; however, there seems to be no reason to hold that the said restrictions cannot be repealed or revised by the same norms. First, nothing in the Parliament Acts directly envisages such a restriction. If the norms under the Parliament Acts are proper Acts of Parliament except for the specific restrictions envisaged, it needs to be conceded that the norms introducing the restriction are not exempt from revision by norms under the Parliament Acts.

This is where I will be challenging the majority’s opinion in *Jackson* that a norm under the Parliament Acts could not alter the restrictions imposed

by the Parliament Acts upon such norms. In *Jackson*, Lord Bingham makes the following remarks:

“...there is nothing in the 1911 Act to provide that it cannot be amended, and even if there were such a provision it could not bind a successor Parliament. Once it is accepted... that an Act passed pursuant to the procedures in section 2(1), as amended in 1949, is in every sense an Act of Parliament having effect and entitled to recognition as such, I see no basis in the language of section 2(1) or in principle for holding that the parenthesis in that subsection, or for that matter section 7, are unamendable save with the consent of the Lords”^[117].

The opposition’s view is formulated by Lord Nicholls as follows:

“The Act setting up the new procedure expressly excludes its use for legislation extending the duration of Parliament. That express exclusion carries with it, by necessary implication, a like exclusion in respect of legislation aimed at achieving the same result by two steps rather than one. If this were not so the express legislative intention could readily be defeated”^[118].

One thing that is not challenged by Lord Nicholls’ analysis is that there is nothing within the 1911 Act as amended by the 1949 Act that forbids the revision or the repeal of the relevant restrictions within Section 2(1) by an Act passed under the Parliament Acts. As Lord Bingham stressed, because these norms are characterized by the Act itself as Acts of Parliament, they need to be conceived of as being capable of revising or repealing other Acts of Parliament unless otherwise is expressly stated by the Parliament Acts. I would like to stress that my claim here is not that norms under the Parliament Acts are proper Acts of Parliament simply because they are named so by the Parliament Acts. The will of the Parliament cannot bind the legal theorist attempting to categorize norms. The point is that such characterization by an Act must have a meaning, and it is plausible to assume that this meaning concerns the normative power of the norms passed under the Parliament Acts to revise or repeal Acts of Parliament.

Of course, I assume Lord Nicholls would not oppose any of this. The disagreement between the camps represented by Lord Bingham and Lord

[117] *Jackson v Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262 [32].

[118] *Jackson v Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262 [32].

Nicholls concerns whether the restrictions in Section 2(1) comprise a restriction regarding the repeal or the revision of said restrictions by a norm passed under the Parliament Acts. The first answers the question in the negative while the second in the positive. It is also worth noting that Lord Bingham represents the majority view regarding this case^[119]. I believe that Lord Bingham has the upper hand in this discussion. Although originally made with the participation of both Houses, the said restrictions do not exclude the possibility of a norm passed under the Parliament Acts revising Section 2(1). The repeal of restrictions and the use of the Parliament Acts in order to prolong the parliamentary term are analytically distinct. It is conceivable that a norm passed under the Parliament Acts repeals the restrictions within Section 2(1) as to the scope of the norms that can be passed under the Parliament Acts without the House of Commons ever attempting to prolong the parliamentary term. If the House of Commons never attempts to prolong the parliamentary term, it does not act in a way that is contrary to the original restriction within the 1911 Act. Thus, it cannot be argued that the express legislative intention is ultimately defeated in two steps, as Lord Nicholls contends. However, if it is conceded that therefore the restrictions should be revisable by a norm passed under the Parliament Acts, Lord Nicholls would have no ground for holding that a later version of such a norm cannot do this.

I have indicated above that self-imposed or tolerated scope restrictions should not affect the categorization of norms. Since the scope restrictions in Section 2(1) are tolerated, they cannot be used to argue that norms passed under the Parliament Acts are not proper Acts of Parliament. Otherwise, one would have to concede when the scope restrictions are repealed by a norm passed under the Parliament Acts that now these norms are proper Acts of Parliament. How could an *improper* Act of Parliament render itself a proper Act of Parliament? This puzzling situation can only be avoided if it is acknowledged that the norms passed under the Parliament Acts were proper Acts of Parliament to start with.

[119] Mark Elliot, “United Kingdom: Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 2, April 2007, p. 375.

B) THE EUROPEAN COMMUNITIES ACT

The ECA is no longer in force following Brexit. However, its examination may still be relevant, for it may still be the case that the Act challenged and exposed the traditional conception of parliamentary sovereignty so that it is no longer possible to defend it. It may be argued that leaving the EU would not revive parliamentary sovereignty^[120]. The supposed challenge posed by the Act stems from the principle of the primacy of the EU law. I will claim that the principle, at least for the purposes of the domestic legal system, implies primacy of application and not normative hierarchy. This should save the traditional conception of the principle^[121].

Section 2(1) of the ECA aims to confer direct applicability to some EU norms^[122]. While it is generally the EU law and its authorities that will determine which norms are to have direct applicability, the Act makes an exception to that by specifying which norms of the EU could not have direct applicability within the British legal system^[123]. The part of the Act that deals with the primacy of the Union law is Section 2(4). According to Section 2(4) domestic norms, including the Acts of Parliament, are to be interpreted in conformity with the EU law^[124]. In case this is not possible, any collision between the domestic norms and the EU law ought to be resolved in favour of the EU law^[125].

[120] Nicholas W. Barber, "The Afterlife of Parliamentary Sovereignty", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 1, January 2011, p. 152-153.

[121] My focus here will be on the municipal legal system. I will assume that the challenge posed by the ECA against parliamentary sovereignty is only meaningful in a dualist setting or in a monist setting where the international (or supranational) legal order is not already assumed to be superior. Whatever the challenge is, its source must be municipal, i.e., stemming directly from the existence of the ECA rather than some extra-systemic normative source.

[122] John Fairhurst, *The Law of the European Union*, Harlow, Pearson, 8th Edition, 2010, p. 262.

[123] See Alder, *op. cit.*, p. 197.

[124] Barnett, *op. cit.*, p. 188.

[125] Carroll, *op. cit.*, p. 110.

Section 2(4) has been interpreted by some scholars as a provision that binds future parliaments^[126]. Moreover, this binding is not in terms of manner and form, but rather in terms of content: the fact that the courts are to deny legal effect to any later Act of Parliament that collides with a directly applicable provision of the EU law is interpreted as a legal restriction upon the lawmaking powers of the Parliament. Richard Ekins diverges from this group of scholars. He eventually claims that Section 2(4) imposes no legal restrictions on the lawmaking power of the Parliament. He interprets Section 2(4) as a default rule finding application unless the Parliament expressly intends the contrary. Because the Parliament retains the power to legislate in a way that collides with or overrides the EU law, Section 2(4) cannot be said to impose a legal restriction on the Parliament^[127].

I generally agree with Ekins' analysis but would like to add another reason to reject that the ECA serves as a restriction upon the lawmaking powers of the Parliament. The argument relies on the distinction between applicability and existence. Accordingly, Section 2(4) introduces a legal requirement regarding the law-applying officials. It does not introduce a legal limit on how a valid Act of Parliament shall be made. What is required of legal officials is the non-application of a statute that collides with a norm of the EU law *unless the Parliament has expressly willed the Act to derogate from the EU law*.

The idea that Section 2(4) constitutes a legal restriction upon the lawmaking powers of the Parliament can only be defended if no distinction is made between the applicability and the existence of a legal norm. Only a norm that exists can be applicable or inapplicable. The lawmaking power concerns the power to create a norm. A created norm then may be applicable or inapplicable. Restrictions regarding the applicability of a norm cannot be perceived as restrictions upon the lawmaking powers of the Parliament. The first reason is that it is the courts that are tasked with disapplying a statutory

[126] See for example, Wade, "Sovereignty: Revolution or Evolution?", *op. cit.*, p. 570; Paul Craig, "Britain in the European Union", in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edition, 2011, p. 118 (where the author stresses that the Parliament may not even be able to derogate from its obligations under the EU while the United Kingdom is still a member of the EU).

[127] Richard Ekins, "Legislative Freedom in the United Kingdom", *Law Quarterly Review*, Volume 133, 2017, p. 590-591.

provision colliding with the EU law. Considering that it is a power of the courts that is restricted, it is difficult to see why this should be conceived of as a restriction on the Parliament's power to make valid statutes. Future parliaments can make any statute they like, even those with content that collides with the existing EU law. No authority can declare or render such statutes invalid. All that is required is that they rely upon the norm of the EU law while determining the contents of their decisions.

Thus, a primacy of *application* is established in favour of the EU law. Positive rules of collision are not rare sights in legal systems. Two examples are Article 25 of the German *Grundgesetz* and Article 90/5 of the Turkish Constitution. Article 25 of the German *Grundgesetz* establishes a primacy of application in favour of the general rules of international law which are to be considered integral parts of the federal legal system and have primacy over national laws in cases of collision. Article 90/5 of the Turkish Constitution fulfils a similar role by establishing that international treaties concerning fundamental rights and freedoms shall take precedence over national statutes. It is crucial to take note of the main differences between the primacy of application and normative hierarchy. Normative hierarchy concerns the validity relationships between different legal norms. That which determines the procedure or the content of the other is the superior norm within the normative hierarchy. It is usually assumed by virtue of the principle of *lex superior derogat legi inferiori* that in an instance of collision between norms of different hierarchical levels, the higher norm takes precedence. This precedence is independent of the legal requirement to invalidate the inferior norm. It is conceivable that the principle of *lex superior* finds application even when no legal organ is authorized to invalidate the colliding inferior norm or where the authorized organ fails to fulfil its obligation. Imagine that two norms of different hierarchical levels envisage incompatible duties. Assume that nobody took the issue to the authorized court or that the authorized court failed to take note of the collision and annul the lower norm. Further, assume that both norms are now candidates to be applied by a court of first instance other than the one that is authorized to annul the lower norm. It is conceivable to argue that since the court of first instance ought to render a decision based on the higher norm as long as the incompatibility between the contents of the two norms persists. This does not mean that by virtue of being neglected in a single instance of application, the inferior norm

thereby becomes invalid. It continues to exist to apply to a future case if the conditions are right, e.g. if the higher norm is repealed.

The primacy of application does not affect the existence of norms. The simple existence of a primacy of application in favour of another norm does not mean that the maker of the norm is precluded from issuing the norm. Because primacy of application and normative hierarchy are analytically separate, it is even possible for a hierarchically lower norm to enjoy primacy of application over the higher norm. There is nothing logically contradictory or otherwise inconceivable in arguing that the maker of the higher norm may envisage a primacy of application in favour of the lower norm. Moreover, it does not restrict its future self by doing so because the organ obligations of which is affected by such a provision would not be the norm creator but the law-applying officials. In other words, provisions concerning the primacy of application are not related to hierarchical criteria for the valid emergence of a norm. Unless a requirement relates to how a valid norm is to be created, it is not possible for this requirement to constitute a restriction upon the norm-creating powers of the authorized organ.

Ultimately, then, the ECA should not be understood as limiting the content of statutes to be issued by future parliaments. There has never been a legal obligation on the part of future parliaments to refrain from legislating in a way that collides with the existing EU law. This is because such colliding statutes remain valid. What is affected is not the legal power of the Parliament to make such statutes but the legal power of the courts to apply them. Since the ECA never constituted a successful challenge against parliamentary sovereignty, the principle of parliamentary sovereignty remains unaffected by it after Brexit.

C) HUMAN RIGHTS ACT

The HRA is the Act of Parliament ensuring the enforcement of the European Convention on Human Rights (the 'ECHR', the 'Convention') within the UK. It poses four challenges to the principle of parliamentary sovereignty^[128]. The first challenge is rather easily parried. Section 3(1) of the

[128] These challenges are determined by Young (see Young, *op. cit.*, p. 3-5). Young also mentions an indirect challenge arguing that the sovereign is not the Parliament, but that sovereignty is shared between the Parliament and the courts (*ibid.*, p. 5). However, as it becomes clear later (see *ibid.*, p. 11), the implied challenge concerns the

HRA provides that primary legislation must be interpreted, where possible, in a way consistent with the ECHR. Section 3(2)(b) adds however that this interpretative power cannot affect the validity of primary legislation. All that courts could do in cases where a provision of primary legislation cannot be interpreted in a way to conform to the ECHR, is to declare the primary legislation's incompatibility. Since the validity of primary legislation is not affected and the Parliament is not put under a general obligation to refrain from legislating in a way contrary to the ECHR, the principle of parliamentary remains unaffected by the first challenge^[129].

Mark Elliot, on the other hand, believes that the formal compatibility between the HRA and the principle of parliamentary sovereignty is not really significant. Accordingly, the existence of the HRA is likely to expand the chasm between the legally unrestricted nature of the Parliament's lawmaking powers and the political reality, i.e. how the Parliament actually behaves while making Acts of Parliament^[130]. If one is interested in predicting how the Parliament is likely to legislate, then sure, whether the HRA is compatible with parliamentary sovereignty or not is not the most significant question. There are factors besides legal restrictions or powers that determine in what direction a Parliament will legislate. All of these factors combined constitute the political reality of lawmaking. Surely, parliamentary sovereignty would be important when and if the Parliament chooses to act against its general tendencies. Therefore, Elliot's downplay of the importance of whether the HRA is compatible with the principle of parliamentary sovereignty can only be justified if it is further argued that it is the political reality that

interpretation of the principle rather than challenging its existence. In other words, the implied challenge argues that Dicey's original formulation never accords sovereignty to the Parliament to start with. As I chose to understand Dicey's conception as relating to the normative force of Acts of Parliament, rather than the characterization of a certain organ as the sovereign, and for concerns of brevity, I will not examine this challenge here.

[129] See also Young, *op. cit.*, p. 4; Markus Ogorek, "The Doctrine of Parliamentary Sovereignty in Comparative Perspective", *German Law Journal*, Volume 6, Issue 6, June 2005, p. 974-975.

[130] Mark Elliot, "Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order", *Legal Studies*, Volume 22, Issue 3, 2002, p. 351.

really matters, not the normative realm. I doubt that this latter argument can be made.

The second challenge posed by the HRA concerns the creation of a new manner and form of making primary legislation. Section 19(1)(a) and (b) of the Act provides that when proposing legislation, a minister needs to make a declaration either confirming that he or she believes the bill to be in conformity with the Convention or declaring that the government wishes the House to proceed without such confirmation. The challenge is that if these procedural requirements are considered to be conditions for the validity of primary legislation, a previous Parliament can bind a future Parliament in a way contrary to the principle of parliamentary sovereignty^[131]. Young rightly points out that the principle of parliamentary privilege would still prevent the courts from reviewing primary legislation based on its compatibility by the HRA^[132]. Still, the absence of judicial review should not be equated with the absence of legal restrictions. In other words, the absence of the legal consequence of nullity or annullability in case of a norm's (A) contrariness to another (B), should not be taken directly as the absence of legal requirement that A needs to be in conformity with B^[133]. If the requirement introduced by the HRA constitutes a challenge for parliamentary sovereignty, many other provisions have been posing the same challenge for a long time. All norms come in certain forms. The fact that an act without royal assent is not an Act of Parliament is a restriction that is universally viewed as unproblematic for the principle of parliamentary sovereignty. Similarly, the standing orders of both Houses comprise requirements of form and manner that need to be followed while making primary legislation. They are not perceived as challenges to the principle. This is because any Act of Parliament could ultimately repeal the standing orders of the Houses while it is not possible

[131] Young, *op. cit.*, p. 5.

[132] *Ibid.*, p. 5-6.

[133] For a more detailed explanation please see Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü* [Hierarchy of Norms: The Hierarchical Power of Regulatory Acts and Court Decisions in Turkish, German and English Legal Systems], İstanbul, On İki Levha, 2nd Edition, 2018, p. 11, 140 (fn. 444).

for a provision of the standing orders to repeal an Act of Parliament^[134]. It is therefore reasonable to conclude that neither should the HRA as long as failure to meet its requirements leads to the invalidity of the primary legislation. After all the manner and form requirements imposed by the HRA are similar to those posed by the standing orders of the Houses in that they do not lead to the invalidity of the statutes and that ultimately those requirements themselves can be repealed by an Act of Parliament.

The third challenge is the one that is related to the theory of implied repeal and Henry VIII clauses. Since no future Parliament can be bound by the decision of a previous Parliament, it should always be possible for a later statute to impliedly repeal an earlier statute. Henry VIII clauses are those provisions of primary legislation that confer the government the power to amend or repeal Acts of Parliament. Henry VIII clauses can be retrospective or prospective^[135]. Section 10(1) and (2) of the HRA provides that a minister can amend a piece of primary legislation in case (i) a court has found it incompatible with a Convention right, (ii) if in the light of a violation decision of the European Court of Human Rights against the UK a piece of primary legislation appears to be incompatible with the UK's obligations under the ECHR, and (iii) the minister considers that there are compelling reasons to do so. Now, if this could be interpreted as a restriction on a future Parliament intending to pass a provision contrary to the Convention (say, a provision envisaging that citizens of a non-British origin shall not be able to carry claims against taxation to the courts) and therefore preventing the implied repeal of the relevant section of the HRA, we would have a challenge in our hands. Young disperses the appearance of a challenge by demonstrating its logical impossibility. The argument would

[134] Again, this is not to say that the Houses are legally allowed to act in a way contrary to the provisions of the standing orders while issuing Acts of Parliament. As long as the standing orders remain valid sources of law, the Houses are required to comply with it regardless of whether non-compliance shall lead to the invalidity of the resulting act.

[135] In short, retrospective clauses only confer the power to amend or repeal statutes prior to the enactment of the clause while prospective Henry VIII clauses also concern primary legislation to be enacted in future. See Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, 6.

work in the event that the following two propositions can simultaneously be true: 1) A latter statute violating the Convention collides with Section 10 of the HRA and, therefore, ought to be able to repeal it impliedly and 2) Section 10 of the HRA imposes a restriction on the future Parliament that passed the Act in violation of the Convention. Young rightly observes that only one of these can be true^[136]: An impliedly repealed Section 10 according to the first proposition cannot impose any restrictions on the Parliament which, through its Act, impliedly repealed Section 10. In fact, I think that neither proposition is true. First, implied repeal only concerns the cases of collision. Collisions, in turn, involve cases where two or more norms envisage different requirements regarding the same action. To put it differently, a collision occurs when complying with one of the norms inevitably amounts to the violation of the other^[137]. In our case, a provision regarding the powers of ministers cannot collide with a provision preventing citizens with non-British origins from filing lawsuits against taxation in a British court. The first concerns the powers of ministers and the other rights of certain citizens. The application of Henry VIII power does not make it impossible for citizens of non-British origin to comply with their obligations. The second proposition is also false. Section 10 concerns the powers of ministers to amend certain Acts of Parliament, not the Parliament's

[136] Young, *op. cit.*, p. 7-8. Note, however, that I slightly changed Young's argument, hopefully without replacing anything essential, which appeared to as a little difficult to follow. In Young's terms, the first proposition should be formulated as 'A latter statute violating the Convention impliedly repeals Section 10 of the Human Rights Act'. I chose to stress that implied repeal occurs when the contents of two Acts are incompatible because I will make use of this statement soon. The second proposition would be along the lines of 'Section 10 can still be used to overturn the statute in violation of the Convention'. I changed the second proposition because I think that the powers of the ministers should not be interpreted as obligations of the Parliament. In other words, it may be the case that the Parliament is not under any obligation to refrain from passing statutes violating the Convention even if the ministers are authorized to amend such statutes. After all, nothing in the wording of the HRA seems to suggest a general obligation on the Parliament's part. The challenge to the principle of parliamentary sovereignty will not exist as long as such a general obligation against the doctrine of implied repeal is present. I assume that Young and I have the same restriction in mind. Therefore, I believe that it is not wrong to attribute this argument to Young.

[137] See Carlos E Alchourr n and Eugenio Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", in Risto Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Berlin, Springer, 1981, p. 107.

obligation to refrain from passing primary legislation in violation of the Convention. Nothing in the section seems to impose an obligation on the ministers to amend the primary legislation in violation of the Convention. The section simply determines the conditions for exercising such power. Therefore, it would not be possible to infer the Parliament's obligation from the minister's obligation even if such an inference could be made^[138].

The fourth challenge relies on a distinction between ordinary and constitutional primary legislation. In *Thoburn*, the Lord Justice Laws makes the distinction based on whether the content of the statute generally regulates the relationship between the citizen and the state or determines the scopes of fundamental constitutional rights while expressly stating that the constitutional statutes are hierarchically superior^[139]. Another difference between the two is that the constitutional statutes are protected against implied repeal while ordinary ones are not^[140]. The challenge, then, is that the HRA is a constitutional statute that cannot be impliedly repealed.

Young finds a way of interpreting the existence of constitutional statutes as compatible with the existence of the doctrine of implied repeal as required by the principle of parliamentary sovereignty. The gist of the argument is that there are already established restrictions on the scope of implied doctrine such as the principle of *generalia specialibus non derogant* according to which latter general expressions cannot impliedly repeal earlier specific provisions.

[138] If a written constitution envisages that unconstitutional statutes are to be annulled by the constitutional court and if this is the only thing that a constitution says, could the Parliament be said to have an obligation to refrain from passing unconstitutional statutes? I believe that if the reverse was true, meaning that if the constitution required the parliament was required by the constitution to refrain from passing unconstitutional statutes but no judicial review was envisaged, the parliament would be obligated to refrain from making unconstitutional statutes. I do not think, however, that the mere existence of another organ's obligation to invalidate unconstitutional statutes should imply the existence of an obligation on the parliament's part. Regardless, it is not the case we are dealing with here.

[139] *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] 1 QB 151 [62].

[140] *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] 1 QB 151 [63].

The existence of constitutional statutes is a further scope-related restriction on the doctrine of implied repeal. However, there is no reason to hold that implied repeal cannot be applied to constitutional statutes. The existence of constitutional statutes only requires judges to try harder to interpret the latter divergent statute in conformity with the earlier constitutional one. Ultimately, this still may not be possible allowing for the doctrine of implied repeal to take effect^[141].

Here I will briefly put forward some reasons for doubting the truth of the Lord Justice Laws' claims regarding constitutional statutes. In the theory of constitutional law there is a well-known distinction between a constitution in the formal sense (*Verfassung im formellen Sinn*) and a constitution in the material sense^[142] (*Verfassung im materiellen Sinn*). According to the formal sense, there is no content-related criterion for qualifying as a constitutional provision. Any provision could be constitutional if it is within the legal source called the 'constitution' that is rigid and normatively supreme^[143]. In its material sense, however, what matters is the content of the provision. Accordingly, a material constitution is composed of a body of rules regulating the duties and powers of state organs along with the fundamental organization of a state^[144].

It makes sense to require a constitution in the material sense to be a constitution in the formal sense. In other words, since the constitution in the material sense is composed of politically and legally significant norms, it

[141] See Young, *op. cit.*, p. 35-45.

[142] See Josef Aulehner, *Grundrechte und Gesetzgebung* [Fundamental Rights and Lawmaking], Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 264.

[143] This is the conception of a constitution in the formal sense (*Verfassung im formellen Sinn*). See Roman Herzog, *Allgemeine Staatslehre* [General Constitutional Theory], Königstein, Athenäum, 1971, p. 309.

[144] See Georg Jellinek, *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage* [Statute and Ordinance: Constitutional Studies on a Legal-Historical and Comparative Basis], Tübingen, Mohr Siebeck, 1887, p. 262-263. To qualify as constitutional in the material sense, it is not required that the provision is in a normatively supreme position. Theoretically, anything could be constitutional: an administrative act, a statute, or a written constitution. Similarly, a provision within a normatively superior rigid constitution may fail to qualify as constitutional in the material sense.

may be desirable to render it normatively supreme so that it is more stable. The most obvious defect in the reasoning of the Lord Justice Laws is that it seems to conflate the two senses of the constitution. The Lord Justice Laws defines constitutional statutes in purely material terms and then goes on to argue that there must be a hierarchy between constitutional statutes and ordinary statutes. Hierarchy must be established either by the supreme norm of the legal system or by a norm superior to both norms subject to evaluation^[145]. The Lord Justice Laws' argument does not specify the norm that is the reason for the existence of the hierarchy.

This conclusion is, however, perhaps too hasty. If the supreme positive norm of the legal system is common law as developed by the courts, it may well be the case that constitutional statutes are superior, that the courts accept it so in their decision is what renders constitutional statutes superior. First, it needs to be stressed that the superiority of common law as developed by the courts over Acts of Parliament would be in direct contradiction with the principle of parliamentary sovereignty. What is concerned here would not be a limitation upon the supreme power of the Parliament but a complete rejection thereof. Therefore, what the Lord Justice Laws' argument aims to demonstrate needs to be assumed in its most extreme form for this argument to work. A milder approach could argue that although common law as developed by the courts is not the supreme normative source within the legal system, it is still possible for the courts to modify the rule of implied repeal as it relates to the application of statutes with specified contents. Notice, first, that the Lord Justice Laws' argument makes direct reference to a hierarchy rather than a simple difference the two norms exhibit with regard to the issue of implied repeal. Hierarchy, in the original argument, is the reason for not applying the doctrine of implied repeal to the so-called constitutional statutes. Even if this approach is milder, I think that it eventually has to rest upon the problematic claim that common law is superior to the Acts of Parliament. This is because the power of altering what statutes can and cannot do each other relates to the determination of the legal regime of these norms. The norm that can determine the legal regime of another must be

[145] The fact that one of the norms purports to determine the conditions for the valid enactment of the other is not sufficient. It needs to be demonstrated that such a norm has the legal power to do so.



the superior norm and we go back to the original problem of characterizing common law as the superior norm.

The problem with Lord Justice Laws' argument persists even if it is granted that hierarchical superiority is directly implied by the content of the norm in question. First, if hierarchy exists between two norms the principle of *lex posterior derogat legi priori* cannot be applied. The doctrine of implied repeal is inapplicable to the conflicts between norms with different hierarchical levels. Regarding incompatibilities between norms of different hierarchical levels, it is the principle of *lex superior derogat legi inferiori* that finds application. Therefore, even if constitutional statutes are *ipso facto* superior to ordinary statutes the conclusion must be that ordinary statutes can *never* repeal constitutional statutes, not that they can only *expressly* repeal prior constitutional statutes.

Secondly, although the argument is that there is a hierarchy between constitutional and ordinary statutes, it seems to reach a conclusion that is valid for constitutional statutes enacted at different times. In order for the doctrine of implied repeal to apply, it must be the case that the norms in question concern, broadly speaking, the same matters. If the earlier statute is constitutional by virtue of its content, so must be the latter one. Otherwise, the occasion for implied repeal never arises. Since both these statutes would have to be of the same hierarchical level, the only way the earlier statute escapes being impliedly repealed seems to be by becoming the more specific norm. This, in turn, is contingent and does not establish the categorical immunity of the earlier constitutional statute from implied repeal^[146].

[146] Also note that it seems more appropriate for a democracy to prefer that the later constitutional statutes apply instead of the earlier ones. Democracy is the rule of the people that exist *now*. The more recent will of the parliament therefore is supposedly more in conformity with the will of the public. None of this is to say, of course, that this is sufficient to reject the Lord Justice Laws' argument. The immediate rule of the public in the now is subject to restrictions that are generally thought of as reasonable. Constitutionalism envisages such a restriction on the majority rule (see for instance Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi* [Constitutionalism and Democracy], İstanbul, Bilgi Üniversitesi, 2019, p. 27-28). The point is rather that in the absence of overriding reasons on the contrary, the will of the people now ought to be held superior to the will of the people in the past.

CONCLUSION

All challenges examined here are purely intra-systemic. In other words, they concern whether the existence of certain norms within the legal system, namely the Parliament Acts, the ECA, and the HRA, could ultimately undermine or significantly alter the original conception of parliamentary sovereignty. One difficulty posed by the challenges was that they lie at the top of the British hierarchy of norms. The self-regulation of norms at the ground zero of legal systems can sometimes present difficulties due to self-referentiality or circularity. I hope to have demonstrated above that although such difficulties exist in the cases of the challenges, these are not insurmountable. In fact, with the right jurisprudential orientation, it becomes obvious that the so-called challenges are in conformity with the original meaning of parliamentary sovereignty.

None of this is to say that the principle is eternal. However, the discussion above suggests that this will most probably be due to a new fundamental norm established as a result of revolutionary and not necessarily violent constitutional developments, rather than an intra-systemic norm challenging the principle. If all legal officials collectively stop recognizing the validity of parliamentary sovereignty, they would all be violating the most fundamental norm of the legal system for a while. Of course, it could be argued that the principle would eventually cease to exist: The long-term violation of the rule of recognition of the system would have to mean that it is no longer the rule of recognition. This is not the case today and if it ever becomes the case, it will not be due to intra-systemic norms made by some of the legal officials but due to extra-systemic facts concerning the internal points of view of all legal officials.

BIBLIOGRAPHY

- Alchourr n, Carlos E. and Bulygin, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, in Risto Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Berlin, Springer, 1981, p. 95-124.
- Alder, John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, London, Palgrave MacMillan, 4th Edition, 2002.
- Allan, T. R. S., *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon, 1995.
- Allan, T. R. S., “Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution”, *Law Quarterly Review*, Volume 113, April 1997, p. 443-452.
- Allan, T. R. S., “The Common Law as Constitution: Fundamental Rights and First Principles”, in Cheryl Saunders (ed.), *The Courts of Final Jurisdiction: The Mason Court in Australia*, Alexandria, The Federation Press, 1996, p. 146-166.
- Allan, T. R. S., *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Anav, Gil. “Parliamentary Sovereignty: An Anachronism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 27, Issue 3, 1989, p. 631-656.
- Arsel, İlhan, “Lordlar Kamarasının Salâhiyetlerini Tahdide Son Teşebbüsler” [Latest Attempts to Restrict the Powers of the House of Lords], *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 7, Issue 1, March 1950, p. 92-115.
- Aulehner, Josef, *Grundrechte und Gesetzgebung* [Fundamental Rights and Lawmaking], Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- Bacon, Francis, “The History of the Reign of King Henry the Seventh”, in James Spedding, Robert Leslie Ellis, and Douglas Demon Heath (eds.), *The Works of Francis Bacon*, Harlow, Longman & Co, 1838, Volume VI, p. 1-263.
- Barber, Nicholas W., “Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 20, Issue 1, Spring 2000, p. 131-154.

- Barber, Nicholas W., "The Afterlife of Parliamentary Sovereignty", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 1, January 2011, p. 144-154.
- Barnett, Hilaire, *Constitutional and Administrative Law*, Abingdon, Routledge, 10th Edition, 2013.
- Bickel, Alexander M, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 2nd Edition, 1986.
- Bix, Brian, "Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority", *Quinnipiac Law Review*, Volume 16, Issue 3, Fall 1996, p. 241-254.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, London, A. Strahan, 15th Edition, 1809, Volume IV.
- Bogdanor, Vernon, "Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 32, Issue 1, Spring 2012, p. 179-195.
- Bradley, Anthony, "The Sovereignty of Parliament: Form or Substance?", in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edition, 2011, p. 35-69.
- Bradley, Anthony W. and Ewing, Keith David, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, Pearson, 14th Edition, 2007.
- Carroll, Alex, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, Pearson, 10th Edition, 2021.
- Coke, Edward, *Institutes of the Laws of England*, London, W. Rawlins, 6th Edition, 1681, Volume IV.
- Craig, Paul, "Britain in the European Union", in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edition, 2011, p. 102-131.
- Crisp, Roger, "Prudential and Moral Reasons", in Daniel Star (ed.), *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 800-820.
- Crisp, Roger, *Sacrifice Regained: Morality and Self-interest in British Moral Philosophy from Hobbes to Bentham*, Oxford, Clarendon, 2019.

- Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Palgrave Macmillan, 10th Edition, 1979.
- Ekins, Richard, “Legislative Freedom in the United Kingdom”, *Law Quarterly Review*, Volume 133, 2017, p. 582-605.
- Eleftheriadis, Pavlos, “Parliamentary Sovereignty and the Constitution”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Volume 22, Issue 2, July 2009, p. 267-290.
- Elliot, Mark, “United Kingdom: Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 2, April 2007, p. 370-379.
- Elliot, Mark, “Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order”, *Legal Studies*, Volume 22, Issue 3, 2002, p. 340-376.
- Fairhurst, John, *The Law of the European Union*, Harlow, Pearson, 8th Edition, 2010.
- Fitzgerald, Patrick, “The Paradox of Parliamentary Sovereignty”, *Irish Jurist*, Volume 7, Issue 1, Summer 1972, p. 28-48.
- Forsyth, Christopher, “The Definition of Parliament After Jackson: Can the Life of Parliament Be Extended Under the Parliament Acts 1911 and 1949?”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 1, January 2011, p. 132-143.
- Goldsworthy, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1999.
- Gordon, Michael, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart, 2015.
- Green, Leslie, *The Germ of Justice: Essays in General Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2023.
- Gülgeç, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü* [Hierarchy of Norms: The Hierarchical Power of Regulatory Acts and Court Decisions in Turkish, German and English Legal Systems], İstanbul, On İki Levha, 2nd Edition, 2018.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 3rd Edition, 2012.

- Hart, H. L. A., "The Morality of Law", *Harvard Law Review*, Volume 78, Issue 6, April 1965, p. 1281-1295.
- Herzog, Roman, *Allgemeine Staatslehre* [General Constitutional Theory], Königstein, Athenäum, 1971.
- Himma, Kenneth Einar, "The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation", *Ratio Juris*, Volume 26, Issue 1, March 2013, p. 16-46.
- Himma, Kenneth Einar, "Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation", *Ankara Law Review*, Volume 9, Issue 2, Winter 2012, p. 109-134.
- Jellinek, Georg, *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage* [Statute and Ordinance: Constitutional Studies on a Legal-Historical and Comparative Basis], Tübingen, Mohr Siebeck, 1887.
- Kay, Richard, "Constitutional Change and Wade's Ultimate Political Fact", *University of Queensland Law Journal*, Volume 35, Issue 1, 2016, p. 31-46.
- Kearns, Thomas R., "Legal Normativity and Morality", *Western Ontario Law Review*, Volume 14, 1975, p. 71-104.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon, 1991.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2nd Edition, 2008.
- Kramer, Matthew H., *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Lakin, Stuart, "Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 28, Issue 4, Winter 2008, p. 709-734.
- Le Sueur, Andrew, "Fundamental Principles", in David Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd Edition, 2009.

- Lile, William Minor, “Judge-Made Law”, *Virginia Law Review*, Volume 15, Issue 6, April 1929, p. 525-536.
- Lubert, Howard L., “Sovereignty and Liberty in William Blackstone’s ‘Commentaries on the Laws of England’”, *The Review of Politics*, Volume 72, Issue 2, Spring 2010, p. 271-297.
- MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2011.
- Marmor, Andrei, *Social Conventions: From Language to Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2009.
- McConalogue, Jim, *The British Constitution Resettled: Parliamentary Sovereignty Before and After Brexit*, Londra, Palgrave MacMillan, 2020.
- McGarry, John, “Principle of Parliamentary Sovereignty”, *Legal Studies*, Volume 32, Issue 4, December 2012, p. 577-599.
- Montpensier, Roy Stone de, “British Doctrine of Parliamentary Sovereignty: A Critical Inquiry”, *Louisiana Law Review*, Volume 26, Issue 4, June 1966, p. 753-788.
- Muñoz, Daniel, “Obligations to Oneself”, in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2022. URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/self-obligations/>, Date of Access: 14 August 2024.
- Ogorek, Markus, “The Doctrine of Parliamentary Sovereignty in Comparative Perspective”, *German Law Journal*, Volume 6, Issue 6, June 2005, p. 967-980.
- Özbudun, Ergun, *Anayasacılık ve Demokrasi* [Constitutionalism and Democracy], İstanbul, Bilgi Üniversitesi, 2019.
- Özbudun, Ergun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi” [The Theory of Parliamentary Sovereignty in England], *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 25, Issue 1, Mart 1968, p. 59-79.

- Pino, Giorgio, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *Ratio Juris*, Volume 27, Issue 2, June 2014, p. 190-217.
- Raz, Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- Shapiro, Scott J., "What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)", in Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 235-268.
- Shecaira, Fábio Perin, "Sources of Law Are not Legal Norms", *Ratio Juris*, Volume 28, Issue 1, March 2014, p. 15-30.
- Varuhas, Jason N. E., "The Principle of Legality", *Cambridge Law Journal*, Volume 79, Issue 3, November 2020, p. 578-614.
- Wade, H. W. R., "The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal*, Volume 13, Issue 2, November 1955, p. 172-197.
- Wade, H. W. R., "Sovereignty: Revolution or Evolution?", *Law Quarterly Review*, Volume 112, October 1996, p. 568-575.
- Weill, Rivka, "Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Volume 39, Issue 2, Winter 2012, p. 457-512.
- Weyland, Ines, "The Application of Kelsen's Theory of Legal System to European Community Law", *Law and Philosophy*, Volume 21, Issue 1, January 2002, p. 1-37.
- Young, Alison L., *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart, 2009.

Cases

Regina (Jackson and others) v Attorney General [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.

Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] 1 QB 151.

Statutes

Act of Union with Scotland 1707.

European Communities Act 1972, s 2.

Human Rights Act 1998, s 3, 10, 19.

Parliament Act 1911 (as amended), s 2.

Statute of Westminster 1931.

SEGBİS Yolu ile Yapılan Ceza Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Etmesi Meselesi: Suçluların İadesine İlişkin Bir Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararının Tekrar Akla Getirdikleri*

Ahmet Mert DUYGUN**

Özgün ÖZYÜKSEL***

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

* İşbu makalenin yayıma hazırlanmasındaki dilbilgisi ve biçimsel konulardaki yardımları için Arş. Gör Arif Emre Sümer ve Arş. Gör. Elif Kocakuşaklı Nazlım'a teşekkürü borç biliriz.

** Dr. Öğretim Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. mert.duygun@kocaeli.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-7519-6170.

** Dr. Öğretim Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı. ozgun.ozyuksel@bakircay.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-7009-9646.

Makale geliş tarihi: 22 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 13 Kasım 2024

Atıf önerisi: Duygun, Ahmet Mert ve Özgün Özyüksel, "SEGBİS Yolu ile Yapılan Ceza Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Etmesi Meselesi: Suçluların İadesine İlişkin Bir Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararının Tekrar Akla Getirdikleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 485-515. **DOI:** 10.30915/abd.1537524.

SEGBİS YOLU İLE YAPILAN CEZA YARGILAMASININ ADİL YARGILANMA HAKKINI İHLAL ETMESİ MESELESİ: SUÇLULARIN İADESİNE İLİŞKİN BİR FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ TEKRAR AKLA GETİRDİKLERİ

ÖZ

Ceza yargılamasının çeşitli evrelerinde videokonferans sisteminin kullanılması, yargının dijitalleşmesi açısından ilk bakışta oldukça etkili ve faydalı bir yöntem olarak görülse de bu durum uygulamada birçok sorunu beraberinde getirmiş ve adil yargılanma hakkının ceza yargılaması için geçerli olan birçok temel ilkesinin ihlal edilmesi ihtimalini doğurmuştur. Bu durum sadece ulusal hukuk açısından sonuç doğurmamakta, suçluların iadesi gibi sınırı aşan uyuşmazlıklar açısından da uyuşmazlıklara yol açmaktadır.

Bu çalışmada Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 18 Kasım 2023 tarihli bir ihlal kararından yola çıkılarak videokonferans sisteminin ceza yargılamasında kullanılmasının adil yargılanma hakkı açısından doğurduğu tartışmalar, insan hakları hukuku, anayasa hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından ayrı ayrı detaylı biçimde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, bilişim, yüz yüzelik, videokonferans, anayasa şikâyeti.

**THE ISSUE OF VIOLATION OF THE RIGHT TO A FAIR
TRIAL BY CRIMINAL PROCEEDINGS THROUGH AUDIO
AND VIDEO INFORMATION SYSTEM: RECONSIDERATION
AFTER A FEDERAL GERMAN CONSTITUTIONAL
COURT JUDGEMENT ON EXTRADITION**

ABSTRACT

The use of videoconferencing in various phases of criminal proceedings is, at first glance, a very effective and useful method in terms of digitalization of the judiciary.

Although it is seen, this situation has brought many problems in practice and this has led to the possibility of violations of many fundamental principles of the right to a fair trial that apply to criminal proceedings.

This situation not only has consequences in terms of national law, but also leads to disputes in cross-border disputes such as extradition.

In this study, based on a violation decision of the Federal German Constitutional Court dated November 18, 2023, the discussions arising from the use of the videoconferencing system in criminal proceedings in terms of the right to a fair trial will be discussed in detail separately in terms of human rights law, constitutional law and criminal procedure law.

Keywords: The right to a fair trial, informatics, confrontation clause, videoconference, Constitutional complaint.

GİRİŞ

Bilişim alanında yaşanan gelişmeler, birçok alanda olduğu üzere yargı erkini de önemli ölçüde etkilemiş^[1] ve yargılama sırasında bu dijitalleşmenin sonucunda çok sayıda yeni aracın kullanılması sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda örnek gösterilebilecek önemli araçlardan bir tanesi ise Ses ve Görüntü Bilişim Sistemidir (SEGBİS). Mahkeme huzurunda hazır bulunması gereken kimselerin mahkemede bedenen hazır bulunmasalar dahi dinlenmelerini mümkün kılan^[2] bu sistemin yasal dayanağını ilkin 2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 196. maddesinin 4. fıkrası oluşturmuş, daha sonra bu sistem 2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun (HMK) 149. maddesi ile medeni usul hukukunda da uygulama alanı bulmuş; bu sistemin kullanılmasına ilişkin detaylar ise 20/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir.

SEGBİS'in kullanılması başta ceza yargılamasına ilişkin olmak üzere çok sayıda tartışmaya yol açmış^[3]; ancak bilhassa COVID-19 pandemisi olmak üzere çok sayıda koşul tüm eleştirilere rağmen bu sistemin yargılamalarda kullanılması ihtiyacını daha da arttırmıştır^[4].

Bu noktada SEGBİS'in özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında doğurduğu sorunlara dair tartışmalar ise sadece Türk hukuku ile sınırlı kalmamış; güncel sayılabilecek bir mahkeme kararının da gösterdiği üzere karşılaştırmalı hukukta dahi kendisine yer bulmuştur. Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir anayasa şikâyeti üzerine verdiği 18 Kasım 2023 tarihli karar, SEGBİS'in kullanılmasında yargı makamlarının göstermek

[1] Bu bağlamda bkz. Duygu Dülger, *Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmelerin Anayasal Fonksiyonlar Üzerindeki Dönüştürücü Etkisi*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2024, s.142 vd.

[2] Tanım için bkz. Mehmet Çatlı ve Elifsu Beyza Demir, "Pandemi Döneminde Sanığın Hazır Bulunması ve SEGBİS", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2021, s.233.

[3] Bu bağlamda SEGBİS'in ceza muhakemesinde kullanılmasına ilişkin kapsayıcı bir çalışma için bkz. Serhat Deniz Çelikkaya, *Türk Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)*, İstanbul, Adalet, 1. Baskı, 2020.

[4] Çatlı ve Demir, *op.cit.*, s.254.

zorunda olduğu hassasiyetin adil yargılanma hakkı açısından ne denli önemli olduğunu bir kere daha ortaya koymuş; aksi takdirde insan hakları hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kadar uluslararası hukuk açısından da sonuçlar ortaya koyabildiğini bir kez daha göstermiştir.

İşte bu nedenle, öncelikle Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bu kararı açıklanacak; ardından SEGBİS başta olmak üzere videokonferans sistemlerinin ceza yargılamasında kullanılmasına ilişkin hukuki tartışma ve sorunlar hem uluslararası insan hakları yargısı hem de ulusal anayasa yargısı ve yüksek mahkeme kararları ile ortaya konulacaktır.

I. FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN 18 KASIM 2023 TARİHLİ ANAYASA ŞİKÂYETİ KARARI: KARARA KONU OLAN VAKANIN GELİŞİMİ

Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), 18 Kasım 2023 tarihinde anayasa şikâyeti^[5] yolu sonucunda verdiği kararında^[6] Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan ve uyuşturucu kaçakçılığı suçundan dolayı İzmir Ağır Ceza Mahkemesinin hakkında yakalama kararı olan başvuruçunun Türkiye'ye iade edilmesinin hak ihlali oluşturduğuna hükmetmiştir.

Başvuruçunun iade edilmesine ilişkin somut olayda Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi, Federal Almanya Başsavcılığının talebi üzerine başvuruçunun Türkiye'ye iade edilmesine karar vermiştir. Bu iade sürecine ilişkin, Federal Almanya Dışişleri Bakanlığının yazılı notunda, başvuruçunun İzmir Ağır Ceza Mahkemesinin bulunduğu şehir merkezine (Bayraklı Adliyesine) 400 kilometre uzaklıktaki Yalvaç Cezaevinde kalacağı; yine Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığının 22 Şubat 2023 tarihli yazılı notunda, Yalvaç Cezaevinin koşullarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 3. maddesi kapsamında başvuruçunun kötü muamele ya da işkenceye uğramayacağına dair güvence oluşturacak nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bu iade işlemine karşı başvuruçunun 13 Ocak 2023 ve 2 Şubat 2023 tarihlerinde ayrı ayrı olmak üzere itirazda bulunmuş ve Yüksek Eyalet Mahkemesinin hakkında çıkarmış olduğu yakalama kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Yüksek Eyalet

[5] Alman hukukunda "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru" yolu anayasa şikâyeti (*Verfassungsbeschwerde*) olarak nitelendirilmektedir.

[6] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18.12.2023- 2 BvR 1368/23-, parag.1-49,

Mahkemesi 22 Mart 2023 tarihli yönergesi ile Mahkemenin daha evvel verdiği iade süreçlerinden de bilindiği üzere, Yalvaç Cezaevinde mahkûm ve tutuklularının yerleşkede kalarak videokonferans yoluyla, kendileri hakkında yürütülmekte olan davaya katılmalarının mümkün olduğunu belirtmiştir. Nitekim Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi, 6 Nisan 2023 tarihli nihai kararı ile başvuru iadesine yönelik yapılmış olan itirazı reddetmiştir. Mahkeme, bu kararına gerekçe olarak daha önce yapılmış olan iade süreçleri sonucunda cezaevinde minimum Avrupa standartlarının altında kalacak bir tutulma koşullarının olmadığını belirtmiş ve bu cezaevinde AİHS'in 3. maddesi bağlamında kötü muamele ya da işkence yapıldığına ilişkin bir emare bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ilaveten aşağıda da değinilecek AİHM kararlarına referansla videokonferans yoluyla yargılama yapılmasının doğrudan adil yargılanma hakkının ihlalinin doğurmayacağını ifade etmişlerdir^[7]. Başvurucunun bu karara karşı tekrar yaptığı itirazı Mahkeme, benzer gerekçelerle reddetmiş; en sonunda Federal Almanya Cumhuriyeti hükümeti de 21 Aralık 2023 tarihinde başvuru iadesini Türkiye'ye iade edilmesini onaylamıştır^[8].

II. FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN HUKUKİ KORUNMA GÜVENCESİNİN İHLAL EDİLMESİNE İLİŞKİN İHLAL TESPİTİ VE BU TESPİTİN GEREKÇELERİ

Başvurucu bunun üzerine Federal Alman Anayasa Mahkemesine (FAYM), geçici tedbir talebini de içeren anayasa şikâyetinde (bireysel başvuru) bulunmuştur. FAYM, bu başvuru üzerine vermiş olduğu esasa ilişkin kararında başvuru iadesine Federal Alman Anayasasının 19. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş olan “*hukuki korunma güvencesinin (Rechtsweggarantie)*”^[9] ihlal

[7] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18.12.2023, parag. 20.

[8] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18.12.2023, parag. 23.

[9] İlgili madde şu şekilde Türkçeye çevrilebilir: “*Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen herkese hukuk yolu açıktır. Başka bir yetkili merci öngörülmediği müddetçe, olağan hukuk yolu yetkilidir. Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi bu hükmün dışındadır.*”. Öğretide ilgili hükmün lafzından ötürü özel hukuktan kaynaklı hukuki uyumsuzlukların bu maddenin koruma altında olmadığı ifade edilse de Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bu uyumsuzlukların genel yargısal korunma (*allgemeinen Justizgewährungsanspruch*) hükmünden dolayı yargı yolunda görüleceğini belirtmektedir. Bkz. Thorsten Kingreen ve Ralf Poscher, *Grundrechte: Staatsrecht-II*, Heidelberg, C.F Müller, 2021, s.325.

edildiği tespitinde bulunmuş ve Celle Yüksek Eyalet Mahkemesinin 4 Eylül 2023 tarihli kararının kaldırılmasına hükmetmiştir^[10].

FAYM, suçluların iadesi açısından özellikle iadenin gerçekleşeceği ülkede (*Hedef Ülke-Zielstaat*) olan yapısal sorunların bulunmasının ileride suçluların iadesi süreçlerini akamete uğratabileceğini belirtmiştir. Bu durum ise ancak iade durumunda, anayasal vazgeçilmez ilkelere veya temel hakların vazgeçilemeyecek koruma düzeyine veya Federal Alman Anayasası'nın 25. maddesi uyarınca uluslararası hukuk kapsamında bağlayıcı asgari standartlara uyulmayacağına dair olgusal göstergeler varsa geçerlidir. Bunun için, somut olayda bu asgari standartların talep eden devlette gözetilmeyeceğine dair önemli bir ihtimalin bulunduğu geçerli nedenler olmalıdır^[11]. İlâveten Mahkeme, Alman Anayasası'nın tüm kamu organlarının kanun ve hukukla bağlı olacağını belirten 20. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ortaya koyduğu minimum Avrupa standardını da kapsadığını belirtmekte ve bu bağlamda özellikle somut olayda başvurusunun iade sonrasında Türkiye'de videokonferans ile yargılamaya katılmasının AİHM'in adil yargılanma hakkı açısından ortaya koyduğu standartları karşılayıp karşılamadığının ve iade işleminin hukuka uygunluğunun derece mahkemelerince incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır^[12]. Diğer bir ifadeyle derece mahkemeleri, ne ilk derece yargılaması ve istinaf yargılamaları arasındaki niteliksel farklılıkları dikkate almış, ne de Türkiye'de yapılacak yargılamada videokonferans kullanılmak suretiyle ilgili temel hakka yapılacak müdahalenin hangi meşru amacı güttüğüne ilişkin bir tespiti ortaya koyamamışlardır.

Bu gerekçeyle FAYM, somut olaydaki yapısal eksiklikler ve başvurusunun İzmir'de yapılacak yargılamaya şahsen katılım katılmayacağı sorusunun cevapsız kalması ışığında, Federal Alman Anayasası'nın 19. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Öyle ki FAYM'ye göre bu durum İzmir'deki mahkeme, görsel-işitsel iletim teknolojisinin kullanımı teknik

[10] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18. Dezember 2023, parag. 46.

[11] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18. Dezember 2023, parag. 34-35.

[12] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18. Dezember 2023, parag. 43.

yöntemlerini ayrıntılı olarak ele alındığını belirtse ve bu konuda somut vaka hakkında güvence verse dahi geçerlidir^[13].

Özetle FAYM önüne gelen bu başvuruda, suçluların iadesi kurumu açısından iade edilecek kişinin Türkiye’de yapılacak yargılamada, duruşmada hazır bulunmak yerine videokonferans (SEGBİS) yöntemiyle duruşmaya katılmasına ilişkin somut gerekliliklerin ortaya konması gerektiğini, aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacağından bu durumun bir iade engeli olacağını ifade etmiştir. Belirtmek gerekir ki FAYM’nin bu tespiti, eğer iade edilecek ülkede adil bir yargılanma yapılmayacağına ilişkin koşullar mevcut ise, iadenin gerçekleşmemesine dair Avrupa Adalet Divanı içtihadı ile paraleldir^[14].

Ceza yargılamasında sanığın duruşmada hazır bulunmasının sağlanmayıp, sanığın yargılamaya videokonferans (SEGBİS) yöntemi ile katılmasının Federal Alman anayasa hukukunda bu şekilde adil yargılanma hakkı ihlali doğurabileceğini belirten bu kararın ışığında, aşağıda Avrupa İnsan Hakları sistemi ve Türk anayasa ve ceza hukukunda SEGBİS’in ne ölçüde adil yargılanma hakkı ile bağdaştığına değinmek gerekmektedir.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA CEZA YARGILAMASINA VİDEOKONFERANS YOLUYLA KATILINMASININ ADİL YARGILANMA HAKKINI İHLAL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ceza yargılamasında videokonferans kullanılmasının adil yargılanma hakkı açısından bir ihlale yol açıp açmadığını incelediği temel kararı, “*Marcello Viola v. İtalya*” kararıdır^[15]. Kararda başvuru Marcello Viola, istinaf aşamasındaki yargılamada üç kere rızası hilafına duruşma salonuna götürülmeyle, videokonferans yolu ile yargılamaya katılmak zorunda bırakılmıştır. Viola’nın bu durumun adil yargılanma hakkı ihlali oluşturduğuna ilişkin temyiz talepleri de kabul edilmemiş ve başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) bireysel

[13] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats, 18. Dezember 2023, parag. 44.

[14] Avrupa Adalet Divanının adil yargılanma hakkını iade engeli olarak ortaya koyduğu içtihadına ilişkin bkz. Klaus Michael Böhm, “Aktuelle Entwicklungen im Auslieferungsrecht”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2019, s. 260-261.

[15] AİHM, *Marcello Viola v. İtalya*, No 45106/04, 5 Ocak 2007.

başvuruda bulunmuştur. AİHM ise somut olayın koşulları ışığında yaptığı değerlendirmede, başvurucunun duruşma salonuna götürülmemesinde başvurucu hakkında yargılamanın cinayet ve mafya yapılanmasına sahip bir suç örgütüne üye olmaktan ötürü yargılanmasının olduğunu ve somut olayda tanıkların korunması gibi kamu yararı içeren bir meşru amaç güdüldüğünü tespit etmiştir. Somut vakada başvurucunun herhangi bir üçüncü kişinin gözetimi olmaksızın yapılan ve sanığın da müdafii görüşebilme imkanının da olmadığı yargılamanın, orantılı bir müdahale oluşturduğu tespit edilmiştir. Mahkeme, özetle duruşma salonunda bulunmayan bir sanığın video yargılanması yoluyla ceza yargılamasına katılmamasının tek başına adil yargılanma hakkı ihlali oluşturmadığını ortaya koymaktadır.

Yargılamanın videokonferans yoluyla yapılmasının, adil yargılanma hakkı açısından AİHM tarafından tartışıldığı bir başka vaka ise COVID-19 pandemisi sırasında bir istinaf duruşmasının yargıçlardan birisinin karantinada olması nedeniyle duruşmaya videokonferans yoluyla duruşmaya bağlanması sonucunda olmuştur^[16]. AİHM, somut vakada karantinada bulunan yargıcın COVID-19 virüsünün yayılmasını önlemek amacıyla videokonferans yoluyla duruşmaya bağlanmasının meşru bir amaç güttüğünü ve ilgili duruşmanın daha çok yargılamadaki teknik hususlara ilişkin olduğu tespitlerinde bulunmuş ve videokonferans yoluyla bağlanmanın genel olarak Fin hukukundaki usul kurallarına aykırı olmakla birlikte, yargılamanın bir bütün olarak adil olmasından hareketle, başvurucunun iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur^[17].

[16] AİHM, *Alppi v. Finlandiya*, No 15736/22, 28 Kasım 2023. Nitekim pandeminin ceza yargılamasına etkisi sadece duruşmaların videokonferans yoluyla yapılmasında değil, delillerin toplanması gibi alanların da artan biçimde dijitalleşmesinde ve birçok koruma tedbirine başlanmanın ön koşulu olan “şüpheli” kavramının yeni anlamlar kazanmasında da kendisini göstermektedir. Bu hususta bkz. Candide Şentürk, “Pandeminin Ceza Muhakemesi Açısından Yaratığı Bazı Sorunlar ve Dijitalizasyon”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Özel Sayı 2020, s. 94 vd.

[17] *Alppi v. Finlandiya*, para. 22-23. AİHM’in kendisi de COVID-19 kapsamında duruşmalı baktığı bireysel başvurular için videokonferans yoluyla başvuruları görüşme yolunu tercih etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, söz konusu duruşmaları videokonferans yoluyla yaptıktan sonra ertesi gün bu konferansların kayıtlarını internet sayfasına yüklemiştir. Bkz. Burak Ateş, “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 51, 2022, s. 474. Türkiye’de ise Hakimler ve Savcılar Kurulu(HSK) koronavirüs salgının ilk günlerinde “*tutuklu işlere yönelik soruşturma ve kovuşturmalar*

Mahkeme, yine temyiz aşamasında bir yargılama açısından sanığın mahkeme salonunda bulunmasının esas olarak arzulanan şey olduğunu kabul etmekle beraber, sanığın duruşmaya fiziken katılamamasının adil yargılanma hakkı açısından nihai bir son olmadığını vurgulamış; eğer başvuranın önceden böyle bir talebi yoksa ve başvuran da duruşma sırasında görüntülü iletişim sistemi aracılığıyla duruşmaya itiraz ettiğine dair herhangi bir kanıt bulunmaktaysa, bu durumun tek başına adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine hükmetmektedir^[18].

Ancak AİHM'nin bu kararları, Mahkeme'nin ceza yargılamasında videokonferans sisteminin kullanılması yoluyla adil yargılanma hakkına yapılan müdahaleye “açık çek” verdiği yönünde anlaşılmalıdır^[19]. Nitekim Mahkeme *Medvedev v. Rusya* başvurusunda, cezaevinde tutulan başvurucunun temyiz yargılamasına video bağlantısı yoluyla katılmasını ve bu nedenle duruşma salonunda olan avukatı ile bağlantı kuramamasına yönelik Hükümet'in tatmin edici gerekçeler ortaya koyarak, adil yargılanma hakkına yapılan müdahaleyi meşru kılamadığını ifade etmiştir^[20].

Son olarak Mahkeme, kendi hazırlamış olduğu bilgi notunda ceza yargılamasında videokonferans yöntemine başvurmanın ceza yargılamasının aleniliğine ve böylece adil yargılanma hakkına dair ölçüsüz bir müdahale

ile ivedi sayılacak diğer hususlar haricinde duruşma ve keşiflerin ertelenmesi ile gerekli görülen hallerde SEGBİS uygulaması kullanılması hususunun mahkemelerimizce değerlendirilmesi” hususunda tavsiye kararında bulunmuştur. HSK'nın bu kararı için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/8de3b0fa-1cf2-4c58-8b3f-647eaa19c5d4.pdf>

[18] Bkz. AİHM, *Golubev v. Rusya*, (Kabul Edilemezlik Kararı) No 26260/02, 09 Kasım 2006.

[19] Adil yargılanma hakkı açısından Mahkemenin takdir marjı doktrinini nasıl uyguladığına ilişkin bkz. Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2020, s.281 vd. Aynı hususta bkz. Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2013, s. 371. Şirin, gerek adil yargılanma hakkı açısından güvenceleri sağlayacak araçları seçmek konusunda gerekse de yargılamanın yürütülmesi ve delillerin değerlendirilmesi açısından ulusal makamların hatırı sayılır bir takdir marjından yararlandığını ifade etmektedir.

[20] AİHM, *Medvedev v. Rusya*, No 5217/06, 27 Temmuz 2017.

oluşturabileceğini belirtmiştir^[21]. Nitekim Mahkeme, *Riepan v. Avusturya*^[22] ve *Hummatov v. Azerbaycan*^[23], kararlarında, sanığın mahkeme salonunda bulunmaksızın yargılamanın yapılmasının “yargılamanın aleniyeti” ilkesini ihlal edebileceğini detaylı olarak tartışmış ve somut olaylarda bu ilkeden neden sapılması gerektiğinin yeterli biçimde ortaya konulmadığını vurgulamıştır.

IV. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA SEGBİS VE ADİL YARGILANMA HAKKI İLİŞKİSİ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda SEGBİS’in temel hak ve özgürlükler rejimi açısından bir temel hakkın ihlaline yol açıp açmadığına dair görüştüğü ilk karar Erdal Korkmaz^[24] kararı olup, ilgili kararda SEGBİS’in tartışılması kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkının usuli boyutuna ilişkindir. Somut olayda CMK m. 108/1 uyarınca tutukluğunun gözden geçirilmesine yönelik incelemeleri SEGBİS yoluyla yapılan başvurular, SEGBİS yoluyla yapılan incelemede müdafileri davet edilmediği için 1982 Anayasası’nın 19. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi ise SEGBİS sistemi ile cezaevinde yahut yargılama makamının bulunduğu yargı çevresi dışında bulunan kişilerin bir an önce hâkim önüne çıkarılabildiğini ve böylece haklarında makul sürede karar verilebilmesi olanağı sağlandığını belirtmiş ve böylece hak ihlallerinin önlenmesinin yanında güvenliğin de sağlanabildiğine dikkat çekmiştir^[25]. Bu noktada AİHM’in yukarıda bahsedilen “*Marcello Viola*

[21] ECHR, Article 6 (criminal limb) Hearings via video link bkz. <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/hearings-via-video-link>

[22] AİHM, *Riepan v. Avusturya*, (Kabul Edilebilirlik Kararı) No 35115/97, 14 Kasım 2000.

[23] AİHM, *Hummatov v. Azerbaycan*, No 9852/03, 29 Kasım 2007. Somut olayda Mahkeme, kısaca başvuru sanığın ceza yargılamasına merkezden oldukça uzak bir yerde bulunan Gobustan Yüksek Güvenlikli Cezaevinde yapılması ve duruşmanın tarihi ve yerine ilişkin halkın yeterince bilgilendirilmemiş olmasının, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir.

[24] Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 18 Kasım 2015 Tarih ve 2013/2653 Başvuru Numaralı *Erdal Korkmaz ve Diğerleri* Kararı.

[25] Anayasa Mahkemesinin *Erdal Korkmaz ve Diğerleri* Kararı, para.101.

v. *İtalya*” kararındaki değerlendirmesine^[26] değinen Mahkeme, SEGBİS sistemi ile ifadesi alınan kimselerin duruşma salonundakileri görme, konuşulanları duyma gibi imkanları olduğunu ve eş zamanlı olarak diğer tarafın da aynı imkânlarla sahip olarak sorgu, ifade alma ve beyanda bulunma gibi yargısal işlemleri yapabildiğini belirterek, bu sayede “yüz yüzelik ilkesi” sağlandığını vurgulamıştır. Dolayısıyla somut olayda Mahkeme, Anayasa’nın 19. maddesindeki “tutuklanan kişinin yetkili bir makam önünde yetkili bir yargı mercine başvuru hakkı açısından” bir ihlal tespit etmemiş; ancak başvuru sahiplerinin, tutukluluk incelemelerinde müdafî yardımından yararlandırılmamış olmalarının Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiği anlamına geldiğine hükmetmiştir^[27].

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, *Emrah Yayla*^[28] ve *Şehrihan Çoban*^[29] kararlarında ise duruşmada hazır bulunma hakkının SEGBİS kullanılarak müdahale edilmesinin kanunilik koşulunu karşıladığını ve kategorik olarak anayasaya aykırılık oluşturmadığını ifade etmiştir. “*Emrah Yayla*” başvurusunda başvuru hakkında ceza infaz kurumunda verilen disiplin cezasına karşı, İnfaz Hakimliğine yapılan şikâyetin duruşmalı olarak görüşülmesine karar verilmiş, ancak bu duruşmada başvuru sahibinin SEGBİS odasında hazır bulundurulmasıyla savunmasının alınmasına karar verilmiştir. Başvuru sahibinin bu duruşmada hazır bulunma talebi ise, SEGBİS sisteminin kullanılmasının adil yargılanma hakkı ihlali doğurmayacağı yönünde Anayasa Mahkemesi kararları olduğu belirtilerek İnfaz Hakimliğince reddedilmiştir. “*Şehrihan Çoban*” başvurusunda ise başvuru, hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan kamu davası açılmış ve başvuru bu dava kapsamındaki ilk duruşmada hazır bulunarak savunma yapmıştır. Ancak

[26] Oysaki haklı olarak belirtildiği üzere bu karar temyiz aşamasına ilişkindir ve yukarıda da açıklandığı üzere AİHM, ceza yargılamasında videokonferans kullanılmasının “duruşmada hazır bulunma hakkına” her zaman meşru bir müdahale oluşturduğu yönünde kategorik bir yaklaşıma sahip de değildir. Bu yönde bkz. Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 232 vd.

[27] Anayasa Mahkemesinin *Erdal Korkmaz ve Diğerleri* Kararı, para. 120.

[28] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 6 Şubat 2020 Tarih ve 2017/38732 Başvuru Numaralı *Emrah Yayla* Kararı.

[29] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 6 Şubat 2020 Tarih ve 2017/22672 Başvuru Numaralı *Şehrihan Çoban* Kararı.

daha sonra güvenlik nedeniyle başka bir ildeki ceza infaz kurumuna sevk edilen başvuruçunun duruşmada hazır bulunma talebi reddedilmiş ve başvuruçunun videokonferans yöntemi ile savunmasının alınması, mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve başvuru hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu karar, temyiz edilse de Yargıtay tarafından onanmıştır.

Mahkeme her iki kararda da ölçülülük incelemesi açısından yaptığı değerlendirmelerde bu müdahalenin her ne kadar güdülen meşru amacı gerçekleştirmek için elverişli olsa da neden gerekli olduğunun derece mahkemelerince ortaya konulması gerektiğini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, SEGBİS kullanılarak adil yargılanma hakkına yapılan müdahalede, temel hakka daha az müdahale edebilecek alternatif başka bir aracın neden kullanılamayacağının derece mahkemelerince gerekçeli biçimde ortaya konulmadan kategorik olarak SEGBİS'e başvurulmasının hak ihlaline yol açacağını ifade etmiştir^[30]. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, her iki başvuruda da Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir^[31].

Anayasa Mahkemesi, "*Hüseyin Barsak*" başvurusunda ise, gereklilik unsuru açısından bir ihlal tespit etmemekle^[32] beraber bu kez başvuruçunun

[30] Nitekim ölçülük ilkesinin üç unsurundan birisi olan gereklilik unsuru, güdülen amaca varma hususunda aynı derecede elverişli olan birçok araç arasından en az müdahalede bulunan, daha yumuşak aracın kullanılmasını ifade etmektedir Bkz. Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Bir Anayasal İlke midir", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s.11.

[31] Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 10 Şubat 2021 Tarih ve 2018/33439 Başvuru Numaralı *Fatih Mehmet Harmancı* Kararı.

[32] Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 14 Ekim 2020 Tarih ve 2017/23924 Başvuru Numaralı *Hüseyin Barsak* Kararı. Somut olayda başvuruçunun hakkında PKK terör örgütü üyesi olup devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma, kişiyi yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürme suçlarından kamu davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, "*Emrah Yayla*" ve "*Şehriban Çoban*" kararlarının aksine somut olayda gereklilik unsuru açısından bir sorun tespit etmemiştir; çünkü ilgili başvuruçunun konusu olan yargılamayı yapan mahkemenin bulunduğu il ve ilçelerde yargılamanın görüldüğü tarihlerde terör olaylarının yoğunlaşması, kamuoyunda hendek olayları olarak bilinen terör olaylarının yaşanması ve bu dönemde PKK terör örgütü tarafından bazı yerleşim yerlerinde cadde ve sokaklara hendekler kazıp barikatlar kurulması; yine bu dönemde bu bomba ve patlayıcılar yerleştirmek suretiyle şehirlerin bir kısmında

yargılamanın tüm oturumlarına sesli ve görüntülü iletişim tekniği ile katılmış olmasını ölçülülüğün üç alt unsurundan sonuncusu olan “orantılılık” açısından yaptığı incelemede, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Çünkü Mahkeme’ye göre somut olayda esas hakkındaki mütalaanın okunduğu ve başvuru hakkında hüküm verilmesi gibi esaslı işlemlerin yapıldığı oturumlara başvuru hakkının duruşmada hazır bulunma taleplerinin reddedilmesi, yargılamanın adillğine zarar vererek, ölçülülük ilkesinin “orantılılık” unsurunu ihlal etmektedir. Mahkeme benzer tespitleri, Yargıtay içtihatlarına atıfla “*Ferhat Çatuk*” başvurusunda da tekrar etmiştir^[33].

Son olarak Anayasa Mahkemesinin tanık sorgulama hakkı açısından SEGBİS kullanılmasına dair içtihadına da kısaca değinmek gerekmektedir. Nitekim öğretide de belirtildiği üzere tanıkların güvenilirliğinin sorgulanması, adil yargılanma hakkının bir parçası olan tanık sorgulama hakkının en önemli unsurlarındandır^[34]. Bu bağlamda Mahkeme, tanık beyanının tek yahut belirleyici delil olduğu durumlar açısından eğer tanık deliline somut bir yargılamada değil de yargılama öncesi yahut haricen ulaşıldıysa, bu durumda sanığın tanığı sorgulama hakkına ilişkin yaşadığı bu olumsuzluğun telafisi açısından bazı ek güvencelere ihtiyaç duyulabileceğini belirtmiş; bu bağlamda örneğin yargılama çevresi dışında bir tanık söz konusu ise bu tanık ya da tanıkların SEGBİS gibi vasıtalarla dinlenmesinin telafi edici olabileceğini ortaya koymuştur^[35].

Bu kapsamda AİHM ve AYM’nin ceza yargılamasında videokonferans kullanımına ilişkin temel ilkeleri ortaya koyduktan sonra aşağıda ceza

hâkimiyet kurulmaya çalışılması gibi olgular nedeniyle başvuru hakkının yargılamanın yapıldığı duruşma salonuna transferinin güvenlik açısından sakıncalı olduğu yönünde yapılan değerlendirme temelsiz değildir ve bu sebeple somut vakada duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin neden “gerekli” olduğu gerekçeli biçimde derece mahkemesince ortaya konulmuştur.

[33] Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 16 Eylül 2020 Tarih ve 2017/25628 Başvuru Numaralı *Ferhat Çatuk* Kararı, para.57.

[34] Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018 s.364.

[35] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 12 Haziran 2024 Tarih ve 2021/63876 Başvuru Numaralı *Emre Sunar* Kararı, para. 40; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 26 Temmuz 2022 Tarih ve 2021/12137 Başvuru Numaralı *Uğur Özcan* Kararı, para. 40.

yargılamasında videokonferans kullanımının nasıl düzenlendiği hem mevzuat hem de yargı kararları ışığında aktarılacaktır.

V. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA SANIĞIN DURUŞMAYA VİDEOKONFERANS İLE KATILMASI

Türk ceza muhakemesi hukukunda kısaca “SEGBİS^[36]” olarak ifade edilen sesli ve görüntülü bilişim sistemine ilişkin hükümlere, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik (kısaca “SEGBİS Yönetmeliği”) başta olmak üzere farklı düzenlemelerde^[37] rastlamak mümkündür^[38].

CMK m. 2/1 hükmüne göre, “a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ... ifade eder.” Çalışmamızın konusunu oluşturan FAYM kararında mesele “sanığın” duruşmaya videokonferans yoluyla katılması ise de, CMK bakımından şüphelinin de bu yolla sorgulanabileceği öncelikle ifade edilmelidir. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 7’nci maddesiyle değişik CMK m. 94 hükmünün 2. fıkrasına göre, “Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.” Madde

[36] 20 Eylül 2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 3/1-c’ye göre, “SEGBİS: UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemini ... ifade eder.”

[37] Örneğin 23 Nisan 2016 tarih ve 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu m. 9/1’e göre, “Adli yardımlaşma talebinin yerine getirilmesinde görüntülü ve sesli iletişim teknolojinin kullanılması istenebilir.” Ayrıca bkz. SEGBİS Yönetmeliği m. 11.

[38] Öğretide, bu yönteme ilişkin yeknesak bir terim üretemeyen yasa koyucu haklı olarak eleştirilmiş ve yöntemin “duruşmaya uzaktan (videokonferans vasıtasıyla) katılma” şeklinde adlandırılması önerilmiştir. Bkz. Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2021, s. 342-343.

gereğesinde de ifade edildiği gibi “sevk (yol) tutuklaması” usulüne son vermek amacını taşıyan^[39] değişiklik, bu yönüyle olumlu karşılanmış^[40] olup Adalet Bakanlığının 14/12/2011 tarihli ve 150 sayılı Genelge’sinde^[41] (kısaca “Genelge” de) de bu hususa vurgu yapılmıştır^[42]. SEGBİS sayesinde ifade ve sorgu işlemleriyle duruşmaların kayda alınmasına ve Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan yahut mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikâyetçi, katılan vs.) videokonferans yoluyla dinlenmesine ve ifadelerinin kayda alınmasına olanak tanındığına dikkat çekilen Genelge’de, bu sistemin “*ifade alma, sorgu ve duruşma işlemlerinde teknik imkânlardan yararlanma, sesli görüntülü iletişim tekniğini kullanma ve teknik araçlarla kayda almaya dair düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması; ifadesi ya da savunması alınacak kişilerin bizzat mahkemesince dinlenilmesi ya da sorgulanması, bunun sonucu olarak dosyaya, kişiye ve olaya göre daha sağlıklı ifade alınması; mahkemece duruşmaların daha etkin yönetimi ve mahkemenin, duruşma sırasında gerçekleşen olaylara ve tarafların beyanlarına daha iyi vukûfiyeti; yol tutuklaması uygulamasından*

[39] Aynı yönde tespitler için bkz. Veysel Candan Canoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2017, s. 65; Zekiye Özen İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2022, s. 76; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2023, s. 136; Burcu Zoğlar Durmaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Bakımından İfade ve Sorgu*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2021, s. 96.

[40] İnci, *op.cit.*, s. 76-77; Ali Rıza Çam, *Adli Kolluk ve Bilişim*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2015, s. 69. Bizim de katıldığımız farklı görüş için bkz. Çelikkaya, *op.cit.*, s. 24-25: “*Yol tutuklamasından kaynaklanan mağduriyetlerin giderilmesi SEGBİS kullanımının gereğesi olarak görülmemeli; bilakis bu mağduriyetlere hiç sebebiyet verilmemelidir.*”

[41] <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4f88225b-a65d-48c9-9191-51e11a539407.pdf>.

[42] Böylece Yönetmelik metninde hâlen görünen SEGBİS Yönetmeliği m. 17/1-c hükmü de yürürlükten kalkmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=15315&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeli&mevzuatTertip=5>). Aynı yönde bkz. İnci, *op.cit.* s. 76.

kaynaklanan mağduriyetlerin ortadan kaldırılması” gibi faydalar sağlayacağı ileri sürülmüştür^[43].

Videokonferans yönteminin ceza muhakemesine hâkim olan yüz yüzelik ve vasıtasızlık ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı öteden beri tartışmalıdır. Aksi görüşü savunanlar^[44] varsa da, taraftar olduğumuz görüşe göre, videokonferans

[43] Benzer bir değerlendirme için bkz. Gizem Dursun Özdemir, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 143-144, 2016, s. 128: “SEGBİS’in hayata geçirilmesiyle birlikte ... istinabe usulünden kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması ve makul sürede, adil yargılama yapılması amaçlanmıştır.” Yine bkz. Selahattin Kolcu, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 92, Sayı 3, 2018, s. 263; Sami Acar ve Hülya Gürsoy, “Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş, Sayı 4, 2012, s. 131-133.

[44] Örneğin bkz. Acar ve Gürsoy, *op.cit.*, s. 132-133; Ateş, *op.cit.*, s. 468; Dursun Özdemir, *op.cit.*, s. 153; Erdal Yerdelen, “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2019, s. 274-275; Yenisey ve Nuhoglu, *op.cit.*, s. 787. Aynı yönde yukarıda da bahsedildiği üzere bkz. Anayasa Mahkemesi, *Erdal Korkmaz ve Diğerleri Kararı*, para. 103: “... SEGBİS vasıtasıyla yargılamada yüz yüzelik ilkesi sağlanmış olmaktadır.” Bu savın dayanağı, muhakeme süjelerinin birbirlerinin yüzünü videokonferans vasıtasıyla da olsa görüyor olmasıdır. Oysa “Hiçbir mikrofonun teknik özellikleri veya kameranın çözünürlüğü, insanın gözünden, kulağından daha duyarlı olamaz. Teknoloji ne kadar gelişmiş olursa olsun SEGBİS’te mekân farklılığından dolayı kamera ve mikrofon aracılığıyla iletişim kurulması nedeniyle, bırakalım sanığı, hâkim dahi tam olarak duruşmaya hâkim değildir. Zira, diğer mekânda kameranın görüş açısı dışında neler olup bittiğini, hâkim, savcı, katip, mübaşir, sanık, mağdur, tanık ve bilirkişi dahil hiç kimsenin tam olarak bilmesine imkân yoktur.” (Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 27 Mayıs 2021 Tarih ve E. 2021/12028, K. 2021/9993 Sayılı Kararı; Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 18 Ekim 2021 Tarih ve E. 2021/21759, K. 2021/15738 Sayılı Kararı)

yöntemi yüz yüzelik ilkesinin “mutlak^[45] zorunluluk” hâllerinde başvuru bir alternatifi^[46], vasıtasızlık ilkesinin önemli bir istisnasıdır^[47].

Esas mesele, yani sanığın duruşmaya videokonferans ile katılması meselesi ele alınmadan önce, tanıkların ve bilirkişilerin de CMK sisteminde videokonferans yöntemiyle dinlenebileceğine dikkat çekilmelidir. CMK m. 58/3'e göre “*Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.*” Öte yandan, huzurda dinlense dahi, tanığın dinlenmesi esnasında görüntü veya ses kaydı alınması mümkün olup mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi imkânsız olup tanıklığı maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu görülen kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunludur (CMK m. 52/3). CMK m. 62 uyarınca, bu hüküm bilirkişiler hakkında da uygulanacaktır. Burada dikkat çekici olan, CMK m. 180 hükmünün ilk dört fıkrasında tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine ilişkin esasları belirleyen yasa koyucunun, maddenin son (beşinci) fıkrasında, tanık veya bilirkişinin videokonferans vasıtasıyla dinlenmesinin mümkün olduğu hâllerde bu yöntemle başvurulmasını emretmiş olmasıdır^[48]. Yasa koyucunun

[45] Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 348.

[46] *Ibid.*, s. 267-268. Yazar, AYM'nin *Şehriyan Çoban* kararında, *Erdal Korkmaz* kararındaki yaklaşımından uzaklaştığına dikkat çekmektedir. Aynı hususa dikkat çekilen bir başka çalışma için bkz. Burak Güngör, *Suç İsnadı Altında Bulunanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2021, s. 112. Videokonferans yönteminin vasıtasızlık ilkesine *kısmen* uygun olduğu yolundaki değerlendirme için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pinar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023, s. 133.

[47] Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet, 21. Baskı, 2023, s. 577. Gerçekten de, SEGBİS bir “vasıta” olup SEGBİS yoluyla yapılan bir muhakeme işleminin “vasıtasız” olduğu söylenemez.

[48] Yenisey ve Nuhoglu, *op.cit.*, s. 136, 763. Tanık kural olarak huzurda dinlenmeli, bu olanaksızsa videokonferans gerçekleştirilmeli, bu da mümkün değilse naip hâkimce dinlenmeli, eğer buna da imkân yoksa son çare olarak istinabe yoluna başvurulmalıdır. Ünver ve Hakeri'den mülhem olarak bkz. Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 419.

bu tercihi, öğretide de işaret edildiği üzere, videokonferans yönteminin doğrudan doğruluk (vasıtasızlık) ilkesi bakımından naiplik ve istinabe yöntemlerinden üstün olmasından ileri gelmektedir^[49].

Sanığın duruşmaya videokonferans ile katılmasına ilişkin başlıca hüküm, 15 Ağustos 2017 tarih ve 694 sayılı KHK'nin 147. maddesiyle^[50] değişik CMK m. 196/4 hükmüdür^[51]. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana değişmeyen ilk üç fıkrasına göre, "(1) Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutabilir. (2) Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafiiine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafiiin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur. (3) Sorgu tutanağı duruşmada okunur." Maddenin "Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır." şeklindeki dördüncü fıkrası ise, anılan KHK ile değiştirilmiş ve bu değişiklik 01 Şubat 2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun'un 142. maddesiyle kanunlaştırılmıştır. Fıkranın son şekline göre, hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilecek veya duruşmalara katılmasına karar verilebilecektir. Fıkırada göze

[49] Abdullah Batuhan Baytaç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2021, s. 237-238; Zoğlar Durmaz, *op.cit.*, s. 93. Videokonferans yönteminin istinabe yönteminin yarattığı sakıncaları tümüyle giderdiğini ileri süren Baytaç'a göre, videokonferans yöntemi yurdun tamamına yayılmalı ve istinabe yöntemi tümüyle terk edilmelidir. Oysa, Zoğlar'ın da ifade ettiği gibi, videokonferans yöntemi vasıtasızlık ilkesine "istinabeye göre" daha uygun olmakla birlikte, bu ilkenin gereklerini tam olarak karşılamamaktadır.

[50] CMK'deki bu değişikliğin OHÂL KHK'si ile yapılması, ayrı bir çalışmaya konu edilebilecek, ciddi bir sorundur. Aynı hususa dikkat çeken yazar için bkz. Kolcu, *op.cit.*, s. 267.

[51] Huzurdaki sanığın sorgusu da, SEGBİS Yönetmeliği m. 9/1 ve 12/1 uyarınca, teknik olanakların mevcudiyeti hâlinde, her muhakeme işlemi gibi SEGBİS ile kayda alınır. Bu çalışmada ele alınan temel konu, huzurda bulunma talebi reddedilen sanığın videokonferans yoluyla dinlenmesidir.

çarpan ilk husus, “*Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre*” ibaresine hükmün son şeklinde yer verilmemiş olmasıdır. Bunun ilk sonucu, istinabenin mümkün olmadığı hâllerde dahi videokonferans yönteminin işletilebilmesidir^[52]. Değişikliğin ikinci önemli sonucu, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar dâhil olmak üzere tüm suçların muhakemesinde videokonferans usûlüne başvurulabilmesidir^[53]. Hükümde bu usûlün “*hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda*” işletilebileceği ifade edilmişse de, bu durumlar somutlaştırılmamış^[54] ve bu muğlak hükümle sanık aleyhine

[52] Erdal Yerdelen ve Burak Taş, “SEGBİS Kullanımında ‘Zorunlu’ Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 18, Sayı 51, 2023, s. 19; Yenisey ve Nuhoğlu, *op.cit.*, s. 787. Genelge’ye göre, bu, değişiklikten önce de mümkündü. Genelge’den: “... *istinabe yasağı getirilen hallerde, SEGBİS kullanılmak suretiyle ... yüzüzelik ilkesinin sağlandığı gözetilerek bu işlemin ... istinabe olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar açısından da kullanılabilmesi sonucuna ulaşılmaktadır.*” CMK m. 196/4’ün kapsamının Genelge ile genişletilmesi ve Yargıtayın da Genelge’den güç alarak normun çerçevesini aşması açıkça hukuka aykırıdır. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 19 Kasım 2015 Tarih ve E. 2015/19059, K. 2015/6873; Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 16 Aralık 2015 Tarih ve E. 2015/19519, K. 2015/36159. (Haklı eleştiriyi birlikte aktaran: Dursun Özdemir, *op.cit.*, s. 138: “... *genelgede açıklanan ve Yargıtayın da benimsemiş olduğu görüş yerinde değildir. Zira m. 196/4’te SEGBİS’in uygulanabileceği durumlar, yukarıdaki fıkra içeriğine göre ...’ ifadesiyle belirtilmiştir.*”) Yine bkz. Ersan Şen, “Uzakta Olan Sanığın Sorgusu”, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1875201-uzakta-olan-sanigin-sorgusu>.

[53] Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, “İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 127; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2023, s. 223; Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2023, s. 246; Vahit Bıçak, “Olağanüstü Hallere Özgü Suç Soruşturması Hükümlerinin ve Bunların Uygulanmasının Değerlendirilmesi”, *in İzzet Özgenç (Ed.), Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejimleri Sempozyumu*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 472; Yerdelen ve Taş, *op.cit.*, s.19; Zoğlar Durmaz, *op.cit.*, s.94.

[54] Kolcu, *op.cit.*, s. 267; Yerdelen ve Taş, *op.cit.*, s.30. Yazarlara göre, bu durumları somutlaştırarak muğlaklığı gidermek hâkimlerin görevidir.

geniş bir takdir sahası yaratılarak^[55] “istisna^[56]” niteliğindeki videokonferans uygulamasının fiilen “kural” hâline getirilmesinin önü açılmıştır^[57].

CMK m. 196/2'nin son cümlesine göre, “Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur.” Her ne kadar “Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre” ibaresine maddenin 4. fıkrasının değişik şeklinde yer verilmemişse de, sorgunun videokonferans aracılığıyla yapılıp yapılmayacağına karar verilmeden evvel sanığa anılan cümle uyarınca mutlaka tercihi sorulmalıdır^[58]. Sanığın duruşmaya videokonferans ile katılması meselesi de, bu çerçevede sanığın talebine göre iki başlık altında incelenebilir. Sanığın duruşmaya videokonferans ile katılmayı talep ettiği ilk olasılıkta, sanığın talebini makul şekilde gerekçelendirip gerekçelendirmediği irdelenmeli; duruşmada hazır bulunmanın sanık açısından *ağırlıklı olarak*^[59] bir hak fakat aynı zamanda bir yükümlülük olduğu dikkate alınarak mazeretin makul olduğu hâllerde talebin kabulüne (videokonferans yapılmasına)^[60], aksi

[55] Alparslan Dereli, *Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması (CMK Madde 289/1–h)*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 133; Dülger ve Taşkın, *op.cit.*, s. 223; Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 348; Kaymaz, *op.cit.*, s. 246-247; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s. 133.

[56] Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Savaş, 21. Baskı, 2021, s. 341: “Kural, sanığın da duruşmada hazır bulunmasıdır.”

[57] Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 345-346; Fahri Gökçen Taner, “AİHM İçtihadı Işığında Türkiye’de SEGBİS Kullanımının Müdafî Yardımından Faydalanma ve Duruşmaya Etkili Katılım Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020*, Cilt 3, 2021, s. 934. Yine bkz. Yerdelen, *op.cit.*, s.284: “Yalnızca somut gerekçelerle ve ‘istisnai’ olarak başvurulabilen SEGBİS usulünün, uygulamada ‘zorunlu’ addedildiği görülmektedir.”

[58] Sanığın tercihinin sorulması, tercihinin bağlayıcı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Aynı yönde bkz. Yerdelen ve Taş, *op.cit.*, s.19. Farklı görüş için bkz. Kaymaz, *op.cit.*, s.246: “694 sayılı KHK ile değişiklikten önce CMK’nın 196/4. maddesinde CMK’nın 196/2. maddesine de yollamada bulunulmaktaydı. (...) Buna göre, kural olarak esas mahkemesi huzurunda ifade vermek isteyen sanığın SEGBİS yöntemiyle sorgusunun yapılması mümkün değildi.”

[59] Dursun Özdemir, *op.cit.*, s.132.

[60] Örneğin bir celse için adliyeye getirilirken veya adliyeden çıkarılırken kamuya ve basına ters kelepçeli şekilde teşhir edilmiş veya duruşma salonunda saldırıya uğramış

takdirde talebin reddine karar verilmelidir^[61]. Bu noktada, 694 sayılı KHK ile yapılan değişiklikten önce, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçların muhakemesinde “sanık kabul etse dahi” videokonferans usûlünün işletilemediği gözden kaçırılmamalı^[62] ve değişikliğin *bu yönüyle* isabetli olduğu ifade edilmelidir.

Uygulamada asıl sorun yaratan olasılık ise, sanığın huzurda dinlenmeyi talep etmesine rağmen duruşmaya videokonferans ile katılmaya mecbur edilmesi olasılığıdır^[63]. Nitekim gerek çalışmamıza konu FAYM kararına gerekse konuyla ilgili rastladığımız ve yukarıda da muhtevastından bahsedilmiş olan AYM ve AİHM kararlarına esas teşkil eden vakalarda, bu olasılık gerçekleşmiştir. Anayasa m. 36’da düzenlenen adil yargılanma hakkının “duruşmada hazır bulunma” hakkını da kapsadığı^[64], sanığın “duruşma salonunda bizzat hazır bulunma” isteminin reddedilmesinin bu hakka yönelik bir müdahale niteliği taşıdığı^[65] muhakkaktır^[66]. Bu müdahalelerin ihlâl oluşturup oluşturmadığı tartışmasına gelince; Anayasa Mahkemesine göre CMK m. 196/4’e istinaden gerçekleştirilen ve dolayısıyla kanunilik ölçütünü sağlayan^[67] bu müdahaleler, *yaşam hakkının korunması, kamu düzeninin sağlanması, usûl ekonomisinin gerçekleştirilmesi, yargılamanın makul*

bir sanık, bu gerekçeyle sonraki celseye videokonferans aracılığıyla katılmayı haklı olarak talep edebilir.

- [61] Ersan Şen ve Cem Serdar, “Sanığın SEGBİS ile Savunma Talebi”, *Yorumluyorum* – 26, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 409; Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 354-355.
- [62] Bu hususa dikkat çeken yazar için bkz. Kaymaz, *op.cit.*, s.245.
- [63] Halil Güner, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 99, 2014, s. 86: “Ancak Türkiye’de uygulama istisna değil, tutuklu veya hükümlü olan herkese uygulanması gerektiği şeklinde benimsenmektedir.” Yine bkz. Yerdelen, *op.cit.*, s.284.
- [64] Anayasa Mahkemesi, *Şehrivan Çoban Kararı*, para. 73. Aynı yönde bkz. Dursun Özdemir, *op.cit.*, s.129-133.
- [65] *Şehrivan Çoban Kararı*, para. 78.
- [66] Sedat Erdem Aydın, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2022, s. 255.
- [67] *Şehrivan Çoban Kararı*, § 82.

sürede tamamlanması^[68] gibi çeşitli meşru amaçlara dayanabilmektedir^[69]. Bu bakımdan, sanığın huzurda dinlenme talebinin reddedildiği hâllerde, müdahalenin ihlâl oluşturup oluşturmadığı tartışması, çoğu kez müdahalenin “ölçülülüğü” noktasında toplanmaktadır. Videokonferans yönteminin adil yargılanma hakkı ihlâl edilmeksizin işletilebilmesi için, ölçülülük ilkesinin tüm ölçütlerinin somut olayda gerçekleşmesi şarttır^[70]. Müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğu kabul edilse dahi, uygulamada sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik müdahalelerin gerekliliği çoğu kez kuşkuludur. Her ne kadar AYM yasa koyucunun CMK m. 196/4’te bu hakkın önemini nazara aldığını ve hâkim veya mahkemeye ancak “zorunlu gördüğü durumlarda” videokonferans yöntemine başvurma yetkisi tanıdığını ifade etmiş^[71] ise de, bu muğlak ibarenin arzu edilen güvenceyi sağlamadığı ortadadır. Bu noktada, hükümdeki zorunluluğun “mutlak zorunluluk” olarak anlaşılması^[72] ve somut olaydaki zorunluluğun

[68] Videokonferans yöntemine “yargılanmanın makul sürede tamamlanması” gerekçesiyle başvurulamayacağı, makul sürede yargılanma ve savunma haklarından birinin diğerine feda edilemeyeceğine dair itiraz için bkz. Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 349. Yazarın görüşüne esas itibarıyla katılmakla birlikte, çok sanıklı davalarda bir sanığın savunma hakkının diğer sanıkların makul sürede yargılanma hakkı lehine sınırlanabileceğini düşünüyoruz.

[69] *Şehriyan Çoban Kararı*, para. 83-88. AYM, Anayasa m. 36’da herhangi bir özel sınırlama sebebine yer verilmediğine dikkat çekmekle birlikte, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu dair yerleşik içtihadından (örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 29 Ocak 2014 Tarih ve E. 2013/130, K. 2014/18; Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 14 Temmuz 2016 Tarih ve E. 2016/37, K. 2016/135) hareketle, Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin adil yargılanma hakkına da sınır teşkil edebileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda bkz. Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun ve Battal Niyazi Şahin, “Anayasa Mahkemesi’nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar/ Ortak Koruma Alanı)”, in Ece Göztepe, Ozan Ergül ve Selda Çağlar (Ed), *Fazıl Sağlam’a Armağan*, Ankara, Seçkin, 2022, s.265-304.

[70] Dülger ve Taşkın, *op.cit.*, s. 140; Yerdelen ve Taş, *op.cit.*, s.32.

[71] Anayasa Mahkemesi, *Şehriyan Çoban Kararı*, para. 93.

[72] Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 348.

kararda gerekçelendirilmesi gerektiği^[73], müsnet suçun ve muhtemel cezanın ağırlığının müdahalenin zorunluluğuna gerekçe oluşturamayacağı^[74] özellikle vurgulanmalıdır. Elverişlilikten sonra gereklilik ölçütünün de sağlandığı hâllerde, orantılılık incelemesi yapılacaktır. Ne var ki, uygulamada bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmediğine sıklıkla tanıklık edilmektedir.

Sanığın SEGBİS aracılığıyla dinlenmesine ilişkin tartışmaların başlıca sebebi, müdahalenin kanunî dayanağını oluşturan CMK m. 196/4 hükmünün, AİHM ve AYM kararlarında aranan güvenceleri içermemesidir^[75]. Örneğin sanık ile müdafinin videokonferans öncesinde ve sırasında aynı yerde hazır bulunabilmeleri^[76], eğer aynı yerde değil iseler videokonferans dışı bir kanaldan (mesela bir telefon hattından) mahrem

[73] Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2021, s. 72; Kolcu, *op.cit.*, s. 270; Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 347. Aynı hususa dikkat çekilen ve yazarca aktarılan örnek bir karar için bkz. Yargıtay On Altıncı Ceza Dairesi, 14 Temmuz 2020 Tarih ve E. 2019/11944, K. 2020/3657 Sayılı Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 14 Kasım 2019 Tarih ve E. 2017/3549, K. 2019/4938 Sayılı Karar; Yargıtay On Altıncı Ceza Dairesi, 19 Eylül 2019 Tarih ve E. 2019/2909, K. 2019/5419 Sayılı Karar (Aktaran: Kaymaz, *op.cit.*, s. 246-247.).

[74] Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s. 349.

[75] Kaymaz, *op.cit.*, s.250; Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s.349.

[76] Dursun Özdemir, *op.cit.*, s.140: "... dinlenecek kişinin şüpheli ya da sanık olması halinde yanında müdafinin de bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunması yerinde olurdu. Zira YCGK'nun 10.06.2008 tarih ve 9-148-169 sayılı kararında belirttiği koşullardan biri de 'sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması halinde sanık müdafinin talebi durumunda sanığın yanında bulunma olanağının sağlanması'dır." Ayrıca bkz. SEGBİS Yönetmeliği m. 18: "Dinleme sırasında dinlenecek kişinin bulunduğu yerde Cumhuriyet savcısı veya hâkimin hazır bulunması, talep eden makamın isteğine bağlıdır." Taner, İtalya'daki düzenlemeden farklı olarak savcı veya hâkimin sanığın yanında hazır bulunmasını zorunlu görmeyen (talep eden makamın takdirine bırakan) bu hükmü haklı olarak eleştirmekte, sanığın cezaevi-tutukevi personeliyle sorun yaşayabileceğine ve savunma hakkını özgürce kullanamayabileceğine dikkat çekmektedir. Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, s.348-349.

şekilde görüştürülmeleri gerekli^[77] ise de, AİHM içtihadıyla geliştirilen bu güvence uygulamada göz ardı edilmektedir^[78]. Yasal düzenlemedeki eksiklerin yönetmelik ve genelgelerle giderilmesi mümkün değildir^[79]. Bağlantının kalitesizliği^[80] ve genellikle sorgudan sonra kapatılması^[81], bağlantıdaki aksaklıklar sebebiyle duruşmanın ileri tarihe bırakılması^[82], bilgi-belge ve delillerin sanığa elektronik ortamda her zaman rahat iletilmemesi^[83], kimi zaman sanığın son sözünün dahi iradesi hilâfına videokonferans ile

[77] Bkz. AİHM, *Sakhnovskiy v. Rusya* [BD], No 21272/03, 2 Ekim 2010. Anılan karar ve AİHM içtihatlarında geliştirilen sair güvenceler hakkında bkz. Kaymaz, *op.cit.*, s. 249-250; Taner, “AİHM İçtihadı Işığında Türkiye’de SEGBİS Kullanımının Müdafî Yardımından Faydalanma ve Duruşmaya Etkili Katılım Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi”, s. 939: “*Kanımızca Büyük Daire tarafından verilen Sakhnovskiy/Rusya kararı, Türkiye’de SEGBİS sisteminin işleyişi dolayısıyla yakında verilecek ihlal kararlarının habercisi niteliğindedir.*” Sanık ile müdafî özel olarak görüşemediğinde, bu süjeler örneğin tanıklara soru sorma haklarını da etkili şekilde kullanamayacaklar ve silâhların eşitliği ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır. Bkz. Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silâhların Eşitliği*, s. 372. Tutukevindeki kimsenin hâkim ve avukat refakati olmaksızın dinlenmesinin sakıncasına dikkat çeken bir başka yazar için bkz. Güner, *op.cit.*, s.85.

[78] Yerdelen, *op.cit.*, s.284-285.

[79] Karakehya ve İnce Tunçer, *op.cit.*, s.132.

[80] Çelikkaya, *op.cit.*, s. 101; Dereli, *op.cit.*, s. 132; Dülger ve Taşkın, *op.cit.*, s. 653; Taner, “AİHM İçtihadı Işığında Türkiye’de SEGBİS Kullanımının Müdafî Yardımından Faydalanma ve Duruşmaya Etkili Katılım Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi”, s. 932-933; Yerdelen, *op.cit.*, s. 284. Sanık videokonferans ile sorgulanmayı kabul etmiş olsa dahi, ses ve görüntü kalitesizliğinin adil yargılanma hakkının ihlâlîni sonuçlayabileceği yolundaki isabetli tespit için bkz. Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silâhların Eşitliği*, s. 345. Sanığın videokonferansta duruşma salonundakileri net bir şekilde görüp duyabilmesi gerektiğine dair bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *op.cit.*, s. 136. Her ne kadar SEGBİS Yönetmeliği m. 4/1’de “*Görüntü ile sesin aynı anda güvenli bir şekilde iletilmesi ve kaydedilmesi gerekir.*” denmiş ise de, uygulamada ses-görüntü senkronizasyonunun pek de kolay sağlanmadığı gözlemlenmektedir.

[81] Dereli, *op.cit.*, s.132; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op.cit.*, s.85.

[82] Yerdelen, *op.cit.*, s.285.

[83] SEGBİS Yönetmeliği m. 4/3: “*Aynı şekilde, SEGBİS Yönetmeliği m. 4/3’e göre “Bilgi, belge ve delillerin elektronik ortamda anında iletilmesi gerekir.”*”

dinlenmesi^[84], özellikle istinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesi sayısının azlığı sebebiyle SEGBİS'in fiilî zorunluluğa dönüşmesi^[85] gibi süregelen sorunlar da dikkate alındığında, yasal düzenlemedeki eksiklerin yanı sıra, teknolojik^[86] ve ekonomik yetersizlikler ile temel hak ve hürriyetler konusundaki duyarsızlığın^[87] da bu kördüğümde payı olduğu anlaşılmaktadır.

SONUÇ YERİNE

Yukarıda belirtilen AİHM, AYM ve Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere ceza yargılamasında SEGBİS'in kullanılması, ilk bakışta (*prima facie*) adil yargılanma hakkının ve onun alt unsurlarından birisi olan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelmese de yukarıda da bahsedilen Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında da gözlendiği üzere uygulamada yaşanan teknik sorunlar, elektriklerin kesilmesi, sistemin hatalı işlemesi ve internet hızının yavaşlığından kaynaklı olarak sanığın görüntüsünün ya da sesinin yargılamanın yapıldığı salona aktarımında eksiklikler, sanığın his ve mimiklerinin anlaşılır olmaması ve bu nedenle yargılamayı yürüten mahkemenin

[84] Yargıtay On Altıncı Ceza Dairesi, 19 Haziran 2015 Tarih ve E. 2015/1076, K. 2015/1932 Sayılı Karar; Yargıtay On Altıncı Ceza Dairesi, 19 Haziran 2015 Tarih ve E. 2015/1078, K. 2015/1930 Sayılı Karar; Yargıtay On Altıncı Ceza Dairesi, 19 Haziran 2015 Tarih ve E. 2015/1083, K. 2015/1926 Sayılı Karar (Aktaran: Yerdelen, *op.cit.*, s. 277.) Ayrıca bkz. Yargıtay On Altıncı Ceza Dairesi, 19 Haziran 2015 Tarih ve E. 2015/1084, K. 2015/1924 Sayılı Karar; Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 31 Ekim 2022 Tarih ve E. 2021/3618, K. 2022/7054 Sayılı Karar. (Aktaran: Kaymaz, *op.cit.*, s. 251: “Kararlarını inceleme imkânı bulduğumuz Yargıtayın diğer dairelerinin, SEGBİS yöntemiyle sorgu için AİHM’in içtihatlarında belirtmiş olduğu teminatların sağlanması koşulunu aramadıkları görülmektedir.”)

[85] Karakehya ve İnce Tunçer, *op.cit.*, s. 126.

[86] Her ne kadar SEGBİS Yönetmeliği m. 4/2’de “Görüntü, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye; ses, ilgilinin duygularını anlamaya ve söylediklerini anlaşılır şekilde dinlemeye imkân verecek nitelikte olur.” denmiş ise de, uygulamada sistemin her zaman bu performansa erişemediği bilinmektedir.

[87] Yerdelen, *op.cit.*, s. 284: “Sanığın savunma hakkını kısıtlayan bu usulün, salt teknik aksaklıklar sebebiyle değil, hakkın özünü zedeleyen hatalı uygulamalar sebebiyle de dürüst yargılanma hakkını ihlal etmektedir.”

önünde sanığın kendisini yeterince ifade edememesi sonucunu doğurmaktadır.^[88] Aynı şekilde sanık, SEGBİS'in olduğu odadan, mahkeme salonunda yapılan yargılamayı düzenli biçimde takip edememekte; yine SEGBİS'te yaşanan bazı sorunlar duruşmanın ertelenmesine dair yol açmakta^[89] ve bu durum da kimi durumlarda amaçlananın aksine adil yargılanma hakkının koruma alanında yer alan bir başka usuli hak olan “makul sürede yargılanma hakkının” ihlal edilmesine de yol açmaktadır.

Nitekim bu durum, çalışmamızın ilk kısmında da belirttiğimiz üzere, adil yargılanma hakkı ihlaline yol açacağı gerekçesiyle uluslararası insan hakları ve ceza hukuku bağlamlarında yargı kararlarına konu olmakta ve bu nedenle şüpheli ve sanıkların iade edilmesinde karşılaştırmalı yargı kararlarının gösterdiği üzere çeşitli sorunlara yol açmaktadır.

[88] Erdal Yerdelen, “Videokonferenz im türkischen Strafprozessrecht”, KriPoZ 4 | 2018: 235.

[89] Yerdelen, s.235.

KAYNAKÇA

- Acar, Sami ve Hülya Gürsoy, “Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş, Sayı 4, 2012, s. 111-137.
- Ateş, Burak, “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 51, 2022, s. 443-482.
- Aydın, Sedat Erdem, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2022.
- Baytaz, Abdullah Batuhan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2021.
- Bıçak, Vahit, “Olağanüstü Hallere Özgü Suç Soruşturması Hükümlerinin ve Bunların Uygulamasının Değerlendirilmesi”, in İzzet Özgenç (Ed.), *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 463-475.
- Böhm, Klaus Michael, “Aktuelle Entwicklungen im Auslieferungsrecht”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2019, s.256-262.
- Canoğlu, Veysel Candan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2017.
- Çam, Ali Rıza, *Adli Kolluk ve Bilişim*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2015.
- Çatlı, Mehmet ve Demir, Elifsu Beyza, “Pandemi Döneminde Sanığın Hazır Bulunması ve SEGBİS”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2021, s.230-265.
- Çelikkaya, Serhat Deniz, *Türk Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)*, İstanbul, Adalet, 1. Baskı, 2020.
- Dereli, Alparslan, *Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması (CMK Madde 289/1-h)*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.

- Dursun Özdemir, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 143-144, 2016, s. 127-157.
- Dülger, Duygu, *Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmelerin Anayasal Fonksiyonlar Üzerindeki Dönüştürücü Etkisi*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2024.
- Dülger, Murat Volkan ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2023.
- Esen, Egemen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2020.
- Güner, Halil, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 99, 2014, s. 84-86.
- Güngör, Burak, *Suç İsnadı Altında Bulunanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2021.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018.
- İnci, Zekiye Özen, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2022.
- Kanadoğlu, Korkut, Ahmet Mert Duygun ve Battal Niyazi Şahin, “Anayasa Mahkemesi’nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar/ Ortak Koruma Alanı)”, *in Ece Göztepe, Ozan Ergül ve Selda Çağlar (Ed.), Fazıl Sağlam’a Armağan*, Ankara, Seçkin, 2022, s.265-304.
- Karakehya, Hakan ve Asuman İnce Tunçer, “İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 99-136.
- Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2023.

- Kingreen, Thorsten ve Ralf Poscher, *Grundrechte: Staatsrecht-II*, Heidelberg, C.F Müller, 2021.
- Kolcu, Selahattin, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 92, Sayı 3, 2018, s. 247-273.
- Metin, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Bir Anayasal İlke Midir”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s.1-74.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2021.
- Şen, Ersan, “Uzakta Olan Sanığın Sorgusu”, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1875201-uzakta-olan-sanigin-sorgusu> (Yayın Tarihi: 2/4/2016).
- Şen, Ersan ve Cem Serdar, “Sanığın SEGBİS ile Savunma Talebi”, *Yorumluyorum – 26*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Şentürk, Candide, “Pandeminin Ceza Muhakemesi Açısından Yarattığı Bazı Sorunlar ve Dijitalizasyon”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Özel Sayı 2020, s.94-99.
- Şirin, Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018.
- Şirin, Tolga, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2013, s. 359-399.
- Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2021.
- Taner, Fahri Gökçen, “AİHM İçtihadı Işığında Türkiye’de SEGBİS Kullanımının Müdafî Yardımından Faydalanma ve Duruşmaya Etkili Katılım Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020*, Cilt 3, 2021, s. 929-943.

- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Savaş, 21. Baskı, 2021
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet, 21. Baskı, 2023.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2023.
- Yerdelen, Erdal, “Videokonferenz im türkischen Strafprozessrecht”, *KriPoZ* 4 | 201, s.231-235.
- Yerdelen, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2019, s. 271-287.
- Yerdelen, Erdal ve Burak Taş, “SEGBİS Kullanımında ‘Zorunlu’ Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 18, Sayı 51, 2023, s. 17-34.
- Zoğlar Durmaz, Burcu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Bakımından İfade ve Sorgu*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2021.

2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğunun Kapsamı

Abdlsamet GLLER*

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

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. abdulsamet.guller@hacettepe.edu.tr. **ORCID:** 0000-0003-0744-3528

Makale geliş tarihi: 24 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Kasım 2024

Atf önerisi: Gller, Abdlsamet, “2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğunun Kapsamı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s.517-559. **DOI:** 10.30915/abd.1537535.

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI CUMHURBAŞKANININ CEZAI SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

ÖZ

2017 Anayasa değişikliğiyle getirilen önemli değişikliklerden biri de Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusunda hayat bulmuştur. Bu konuya özgülünen 105. maddenin yeni hâlinde yalnızca Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun düzenleme konusu yapıldığı görülmektedir. Cumhurbaşkanın cezai sorumluluğuna ilişkin yeni hükümlerin, maddenin eski hâline göre köklü bir dönüşümü beraberinde getirdiği söylenebilir. Bu itibarla cezai sorumluluğa ilişkin daha önce yapılan tartışmalar büyük ölçüde önemini yitirdiğinden, yeni hükümlerin incelenmesi önem arz etmektedir. Bununla birlikte, Anayasa değişikliği ortaya çıktığından beri yapılan çok sayıda bilimsel çalışmada, yeni cezai sorumluluk rejiminin hatırı sayılır derecede incelendiği anlaşılmaktadır. Bahse konu çalışmalarda, yeni cezai sorumluluk mekanizması olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınmıştır. Ancak 105. madde hükümlerine ilişkin pek çok mesele irdelenmiş olmakla beraber, cezai sorumluluğun kapsamının belirlenmesi konusunda öğretide kayda değer tereddütlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla yeni düzenlemenin diğer yönleri itibarıyla ele alınmasında pek yarar bulunmamakla birlikte Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun kapsamı, önemli belirsizlikler barındırması ve hâlen yeterince işlenmemiş olması dikkate alındığında, üzerinde daha dazla durulmayı hak etmektedir. Bu çalışmada da bahse konu tereddütlü alanlar üzerinde ortaya çıkan tartışmalar ele alınacak ve muhtemel çözümler önerilmeye çalışılacaktır. Bu yolda öncelikle, öz bir şekilde cezai sorumluluk tanıtıldıktan sonra 2017 öncesi rejim kısaca anlatılacak, akabinde yeni cezai sorumluluk düzeneği ana hatlarıyla gösterilip sorumluluğun kapsamı meselesi üzerinde detaylıca durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: 2017 Anayasa değişiklikleri, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu, Yüce Divan, görev suçu, şahsi suç.

SCOPE OF THE PRESIDENT'S CRIMINAL RESPONSIBILITY AFTER THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

ABSTRACT

The 2017 constitutional amendments introduced important changes in the President's responsibility. In the new version of Article 105, only the criminal liability of the President is regulated. The new provisions on the criminal liability of the President bring about a radical transformation compared to the old version of the article. In this respect, it is important to analyze the new provisions, as the previous discussions on criminal liability have largely lost their significance. Nevertheless, the new criminal liability regime has been investigated to a considerable extent in many scientific studies conducted since the Constitutional amendment. In these studies, the new criminal liability mechanism has been discussed regarding its positive and negative aspects. However, although many issues regarding the provisions of Article 105 have been analyzed, it is observed that significant hesitations have emerged in the doctrine regarding the determination of the extent of criminal liability. Therefore, although there is not much benefit in discussing the new regulation in terms of other aspects, the extent of the President's criminal responsibility deserves more attention, given that it contains significant uncertainties and is still not sufficiently studied. In this study, the debates on these hesitant areas will be discussed and possible solutions will be proposed. In this way, firstly, criminal liability will be briefly introduced, then the pre-2017 regime will be shortly explained, then the new criminal liability regime will be outlined and the scope of liability will be elaborated in detail.

Keywords: 2017 constitutional amendment, President's criminal responsibility, Supreme Criminal Court, crime of office, ordinary crime.

GİRİŞ

1982 Anayasası'nda geniş çaplı dönüşümlere yol açan 2017 Anayasa değişikliği, öğretilerde pek çok yönden çok tartışılmış ve bu çerçevede bugüne değin çok sayıda bilimsel çalışma üretilmiştir. Geniş bir alana yayılan Anayasa değişiklikleri arasında en çok dikkat çeken konuların özellikle hükümet rejiminde gerçekleşen dönüşüm ve Cumhurbaşkanının yetkileri bağlamında kararname yetkisinin statüsü olduğu söylenebilir. Nitekim literatürde yapılan çalışmaların ezici çoğunluğunu bu iki konunun teşkil ettiği kolayca tespit edilebilmektedir. Şu hâlde 2017 tarihli Anayasa değişikliğinin belkemiğinin genel olarak yürütme organı ve dolayısıyla Cumhurbaşkanının anayasal konumu olduğu açıktır. Gerçekten Cumhurbaşkanının seçilmesinden görev ve yetkilerine, yasama organıyla olan ilişkisinden sorumluluk hâline kadar geniş bir düzlemde, son derece radikal dönüşümlerin yaşandığı hesaba katıldığında, bu tespitin haklılığı ortaya çıkmaktadır. Cumhurbaşkanının anayasal konumuna yönelik bu geniş yelpaze içinde esasen en radikal dönüşümlerden biri de hiç kuşkusuz sorumluluk rejiminde hayat bulmuştur. Nitekim 1982 Anayasası'nın bu konuya özgülenmiş olan 105. maddesi, hem hacim itibarıyla genişlemiş, hem de muhteva yönünden ciddi bir değişime uğramıştır. Yapılan değişiklikler sonucunda, Cumhurbaşkanının sorumluluğuna ilişkin bugüne kadar yapılan tartışmaların tamamına yakını değerini yitirmiş durumdadır. Buna karşılık maddenin yeni hâlinin barındırdığı tereddütlü veya eksik alanların, öğretilerde tartışılması ve bu çerçevede yeni çözümler bulunması zarureti ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın 105. maddesinin yeni hâlinde Cumhurbaşkanının sorumluluk alanının yalnızca cezai sorumluluğa hasredildiği görülmektedir. Şu hâlde yeni düzenlemede, üzerinde durulması gereken sorumluluk türünün cezai soruşturma ve kovuşturma sürecine ilişkin olduğu şüphesizdir. Cezai sorumluluğun çerçevesiyle maksadıyla literatürde belli başlı bilimsel çalışmaların yapıldığı ve genel olarak bu konunun olumlu ve olumsuz yanları itibarıyla irdelendiği söylenebilir. Bu bakımdan cezai soruşturma ve kovuşturmanın bir bütün olarak yürütülme süreci ve buna bağlanan sonuçlar bağlamında esasen bu yapılan çalışmalarda serdedilen görüşlere eklenecek pek fazla bir şey bulunmamaktadır. Bununla birlikte yeni cezai sorumluluk rejimi açısından tartışılması ve cevaplanması gereken asıl soru işaretlerinin, sorumluluğun kapsamının nasıl olacağı hususunda düğümlendiği görülmektedir. Nitekim özellikle bu çerçevede mütalaa

edilecek suçların türüne ve Anayasada öngörülen özel ceza soruşturması usulünün zaman bakımından uygulanmasına ilişkin tereddütler ortaya çıkmıştır. Şu hâlde bahse konu soru işaretlerinin tartışılması ve bu yönde çözümler önerilmesinin literatüre katkı yapacağı düşünülmektedir. Bu çalışmada da anılan amaç doğrultusunda, 2017 Anayasa değişikliğiyle beliren cezai sorumluluk mekanizmasının kapsamının belirlenmesi için ayrıntılı bir inceleme yapılması planlanmaktadır. Bu yolda öncelikle diğer sorumluluk çeşitleri içinde cezai sorumluluk kavramı kısaca tanıtılacak, akabinde 2017 öncesi sorumluluk rejimi ana hatlarıyla gösterilecektir. Daha sonra 2017 Anayasa değişikliğiyle kabul edilen cezai sorumluluk yolu genel itibarıyla açıklandıktan sonra cezai sorumluluğun kapsamı bütün yönleriyle ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK CEZAI SORUMLULUĞUNUN TANIMI VE DİĞER SORUMLULUK TÜRLERİNDEN FARKI

Cumhurbaşkanının sorumluluğu denildiğinde akla esas itibarıyla üç tür sorumluluk çeşidi gelmektedir. Bunlar siyasi, hukuki ve cezai sorumluluk olarak sıralanabilir. Çalışmamızın konusu cezai sorumluluğa ilişkin olmakla birlikte, öncelikle konunun diğer sorumluluk türlerinden ayırt edilmesi önem arz etmektedir. Bu bakımdan sorumluluk türlerinin genel itibarıyla tanımlanması ve birbirinden ayrıştırılması faydalı olacaktır.

İlk olarak siyasi sorumluluğa bakılacak olursa, bu kavramın terimsel bir içerik olmak üzere parlamenter rejimlerde^[1] karşımıza çıktığı görülmektedir.

[1] Siyasi sorumluluk mekanizması, saf parlamenter rejimin yanı sıra, esasen parlamenter temelli olan yarı başkanlık ve başkanlık parlamenter rejimde de de bu hâliyle yer almaktadır. Öte yandan siyasi sorumluluğun parlamenter rejimdeki teknik anlamı aşan daha geniş bir tanımının da yapıldığı görülmektedir. Buna göre siyasi sorumluluk, siyasi bir göreve gelen bir makamın, üstlenmiş olduğu bu siyasi görev dolayısıyla onu göreve getirenlere karşı sorumlu olması biçiminde tanımlanabilir ve tercih edilen hükümet rejimine bağlı olarak yasama organına veya halka karşı olmaktadır. Bkz. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022, s.931. Bu bağlamda, Türkiye’de 2017 yılında kabul edilen yeni rejimde, Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunun kendisini seçen halka karşı olduğu hakkında bkz. Şükrü Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Savaş, 2. Baskı, 2018, s.279. Karşılaştırmalı hukukta yürütmenin siyasi sorumluluğunun yerleşik ve alternatif yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saniye Gizem Okutan, *Yürütme Organının Siyasi Sorumluluğunun Sağlanması ve Alternatif Anayasal Müesseseler*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2023.

Nitekim parlamenter rejimin tarihi gelişim seyri içinde tedrici olarak şekillenen bu düzenek, başlangıçta monarka ait olan yetkilerin zamanla hükûmete aktarılması suretiyle meydana gelmiştir. Bu yetki aktarımı ise karşı-imza (birlikte imza, contreseign) mekanizması yoluyla hayat bulur. Günümüzün tüm parlamenter rejimlerinde yer alan bu yöntem yoluyla, yapılan yürütme işlemleri açısından ortaya çıkması muhtemel sorumluluklar, sadece başbakanın ve işleme katılan bakanın üzerinde bırakılmak suretiyle Devlet başkanından kaldırılmaktadır. Bu uygulamanın, kamu hukukunda kayda değer bir yere sahip olan *yetki ile sorumluluğun paralelliği ilkesi* bağlamında ortaya çıktığı söylenebilir^[2]. Nitekim yapılan işlemde bir yetkisi bulunmayan devlet başkanının, tabiatıyla bu işlemde doğabilecek sorumluluklara da katlanmaması icap eder. Şu hâlde sorumsuzluğun, devlet başkanının azalan yetkileri ve buna karşılık hükümetin artan yetkileri arasındaki ters orantıyla açıklanması mümkündür^[3]. Bu bakımdan kural olarak Devlet başkanının tüm işlemlerine aynı zamanda sorumlu başbakan veya bakanın da katılması zorunludur. O kadar ki Devlet başkanı, gezilerine bir bakanın refakatinde çıkar ve kararnamelerde de ilgili bakanın imzası bulunur^[4]. Bu düzenekle birlikte ülkede icra edilen yürütme siyasetinden, yalnızca bu organın etkin başı olan başbakan ve bakanlar kurulu sorumlu olmaktadır. Bu sorumluluk, yukarıda belirtildiği üzere teknik bir anlama işaret etmekte ve bu kapsamda yasama organınca güvenoyu mekanizması vasıtasıyla görevden alınabilmeyi içermektedir^[5]. Şu hâlde siyasi sorumluluk, diğer sorumluluk türlerinin aksine herhangi bir yargılama faaliyeti anlamına gelmeyip, yalnızca bu sorumluluğu taşıyanların görevden uzaklaştırılmaları sonucunu doğuran bir yöntem olarak karşımıza çıkar.

Hukuki sorumluluk, en genel anlamıyla özel hukuk ilişkilerinden doğan sorumluluk türü olarak tanımlanabilir. Nitekim bu kapsamda aile hukuku, borçlar hukuku, kişiler hukuku, miras hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukuk niteliğini haiz hukuk dallarından kaynaklanan sorumluluk söz

[2] Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 17. Baskı, 2014, s.489.

[3] İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul, Legal, 18. Baskı, 2023, s.132.

[4] Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 5. Baskı, 1982, s.399.

[5] Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 10. Baskı, 2022, s.543.

konusu olmaktadır. Şu hâlde Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğundan bahsedildiğinde en genel anlamıyla haksız fiil veya sözleşmeye yahut kanuna aykırı bir fiille vermiş olduğu zararından sorumlu tutulması kastedilmiş olmaktadır^[6]. Bu sorumluluk kapsamında bir nevi ceza yargılaması olan Yüce Divan sürecinin gündeme gelmesi mümkün değildir. Nitekim hukuki sorumluluk kapsamında sorumlu Cumhurbaşkanı, borcunu yerine getirmiyor veya vermiş olduğu zararı karşılamıyorsa, hukuk mahkemelerince yürütülen yargılama sonucunda sorumluluğunu yerine getirmek zorunda kalır^[7]. Bununla birlikte Cumhurbaşkanının şahsi eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğu kapsamında adli yargının görevli olacağı kuşkusuz olmakla birlikte, göreviyle ilgili eylem ve işlemleri çerçevesinde ortaya çıkan hukuki sorumluluk Anayasa'nın 125. ve 129. maddeleri gereğince idari yargıda ve idare aleyhine yürütülebilmektedir^[8].

Son olarak çalışmanın konusunu teşkil eden cezai sorumluluğa bakılacak olursa, bu kapsamda ceza kanunlarında öngörülen suçlar dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluktan bahsedilmektedir. Bu itibarla bir suçun işlendiğine ilişkin iddia veya şüphenin mevcudiyetiyle harekete geçen soruşturma ve iddianamenin kabulüyle başlayan kovuşturma aşamaları neticesinde cezai sorumluluğun müeyyidesi olarak hapis cezası veya adli para cezası verilebileceği gibi ceza kanunlarında öngörülen muhtelif güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilir. Dolayısıyla cezai sorumluluk bütünüyle ceza hukukunun inceleme konusu olmakla beraber, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu genellikle anayasalarca ayrı bir usule bağlandığı için bu yönü itibarıyla anayasa hukukunun da ilgi alanına girmektedir. Bu çalışmada da Anayasamızda son derece farklı bir usule tabi tutulmuş olan Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun anlamı ve kapsamı üzerinde detaylıca durulacaktır. Ancak 1982 Anayasası'ndaki cezai sorumluluk rejimi 2017 referandumuyla ciddi bir değişime uğradığından ilk olarak önceki anayasal tasarımda cezai

[6] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 28. Baskı, 2023, s.342.

[7] Çalışmanın konusu gereği hukuki sorumluluk üzerinde durulmayacaktır. Bununla birlikte, yeri gelmişken Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğunun tam olduğunda herhangi bir şüphe bulunmadığı belirtilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülkadir Yıldız, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 9, Cilt 9, Sayı 1, Ocak 2019, s.14-16.

[8] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op.cit., s.342.

sorumluluğun kapsamının nasıl olduğu ana hatlarıyla gösterilecek, akabinde yürürlükteki düzenlemeler tetkik edilecektir.

II. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ

Günümüzde uygulanan devlet başkanlarına ilişkin sorumsuzluk rejimleri ile bağımsızlıkların altında, tarihi olarak monarşi rejimlerinde yer alan hükümdar düşüncesi yatmaktadır. Nitekim parlamenter rejimin mehası olan İngiltere’de, Devlet başkanının sorumsuzluğuna ilişkin *Kral kötülük yapmaz* ilkesi geçerlilik taşımakta ve bu durum İngilizlere özgü müstehzi bir üslup ile şöyle açıklanmaktadır: “*Kral kendi eliyle bir kimsenin hayatını sona erdirse bundan belki başbakan sorumlu olur, başbakanın hayatını sona erdirirse bundan kimse sorumlu olmaz.*”^[9] Bu nükteli ifadeyle, monarşilerde kabul edilen monarkın mutlak cezai sorumsuzluğu esası veciz bir şekilde anlatılmaktadır.

Bunun gibi, ülkemizde esasen meşrutî (anayasal) monarşi kurma maksadını taşıyan 1876 tarihli Kanun-i Esasî’nin 5. maddesinde, Padişahın şahsının “*mukaddes ve gayri mesul*” olduğu düzenlenmek suretiyle benzer bir anlayış benimseniyordu. Üstelik bu sorumsuzluk rejimi, sadece görevle bağlantılı suçları değil, aynı zamanda Padişahın adi suçlarını da kapsamaktaydı^[10]. Fakat monarşi rejiminden Cumhuriyete geçildiğinde, bahse konu mutlak sorumsuzluk anlayışı da terk edilmiş ve Cumhurbaşkanının sadece görevine yönelik suçlardan ötürü sorumsuz olacağı düşüncesi hâkim olmuştur. Nitekim 1924 Anayasası’nın 41. maddesine bakıldığında, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarından, vatana ihanet dışındaki hâller haricinde sorumsuz olacağı, buna mukabil şahsi suçlar yönünden milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlere atıf yapıldığı görülmektedir^[11]. Bu itibarla artık Cumhuriyet ilkesinin önemli bir sonucu olarak görevinin niteliği gereği yasama dokunulmazlığının geçici korumasından yararlınsa da Cumhurbaşkanının herkes gibi şahsi suçları bakımından tam sorumlu olacağı esası kabul

[9] Teziç, *Anayasa Hukuku*, op.cit., s.486.

[10] Ali Rıza Çoban ve Ali İhsan Erdağ, “Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması”, *TBB Dergisi*, Sayı 75, Mart-Nisan 2008, s.181.

[11] Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 19. Baskı, 2010, s.303.

edilmiş, görev suçları yönünden ise Anayasa'nın ifadesiyle vatan hainliği hariç olmak üzere sorumsuz kılınmıştır. Cumhurbaşkanının görev suçlarıyla şahsi suçları arasında kesin bir ayırım yapıp, ikinci kategori yönünden yasama dokunulmazlığı hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen tek anayasa 1924 Anayasası'dır^[12]. Nitekim 1961 Anayasası'nda ve 1982 Anayasası'nın ilk metninde suçlar yönünden bu tür bir ayırma açıkça yer verilmemiştir. Zira her iki Anayasa'nın Cumhurbaşkanının sorumluluk rejimini hüküm altına aldıkları maddelerinde, mutlak bir siyasi sorumsuzluğu beraberinde getiren karşı-imza kuralına ilaveten, cezai sorumluluk bağlamında, görevle ilgili suçlara yönelik yalnızca vatana ihanet hâli öngörülmüş, şahsi suçlara ilişkin ise herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

1961 Anayasası'nın ve 1982 Anayasası'nın 2017 değişikliğinden önceki hâlinin Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna yönelik bu düzenleme biçimi, öğretide tartışmalara yol açmıştır. 2017 öncesindeki sorumluluk rejimini ortaya koyabilmek maksadıyla bu tartışmalara kısaca değinmeyi yararlı buluyoruz. Bu kapsamda, aşağıda da görüleceği üzere bugünkü rejimle tam bir tezat teşkil edecek şekilde, Anayasa'nın ilk metninin düzenleme biçiminin elvermesi dolayısıyla cezai sorumluluk yönünden Cumhurbaşkanının şahsi suçlarıyla görev suçları arasında bir ayırım yapılabildiği görülmektedir. Bu bakımdan her iki suç kategorisi yönünden de önceki anayasal rejime ana hatlarıyla temas edilecektir.

A) CUMHURBAŞKANININ ŞAHSİ SUÇLARINDAN DOLAYI CEZAI SORUMLULUĞU

Yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa'nın önceki metninde, Cumhurbaşkanının şahsi suçlarına yönelik herhangi bir açıklama yapılmayarak bu konu açıkta bırakılmıştı. Belirtilmelidir ki bu belirsizlik, doktrinde hâkim görüş olarak Cumhurbaşkanının bu suçlar yönünden herkes gibi sorumlu olacağı yaklaşımıyla giderilmiştir^[13]. Nitekim Cumhurbaşkanının

[12] Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Monopol, 7. Baskı, 2022, s.483.

[13] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 17. Baskı, 2017, s.317; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, 2001, s.368; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2015, s.809; Ramazan Cengiz Derdiman, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Alfa Aktüel Yayınları, 2. Baskı, 2011, s.508; Ömer Keskinsoy, *Cumhurbaşkanının Sorumluluğu*, Ankara, Savaş, 1. Baskı, 2012, s.96. Karşı yönde

görevine ilişkin olmayan, dolayısıyla onun kişisel alanıyla bağlantılı suçları bakımından herkes gibi sorumluluk taşıması yadsınamaz bir zorunluluktur^[14]. Çünkü Cumhurbaşkanı gerçek bir kişi olduğundan, tıpkı diğer tüm gerçek kişiler gibi suç niteliğini haiz fiilleri yönünden Türk Ceza Kanunu'na tabi olacağına hiçbir şüphe bulunmamaktadır^[15]. Anayasa'da Cumhurbaşkanının göreviyle alakalı suçları bakımından sorumluluk rejimi ortaya konulduktan sonra, adi suçlardan dolayı sorumlu olacağına ayrıca açıklanmasına ihtiyaç yoktur^[16]. Zira Cumhurbaşkanının da Anayasa ve kanunlar tarafından açık bir şekilde istisna edilmediği müddetçe, her eşit birey gibi şahsi suçları yönünden sorumlu olacağına tereddüt yoktur^[17]. Ayrıca ceza hukukunun önde gelen prensiplerinden olan *ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi* de bu sonucu zorunlu olarak ortaya çıkarmaktadır^[18].

Bu tespiti yapmak kolay olmakla birlikte asıl güçlük, Cumhurbaşkanının şahsi suçlarından ötürü yargılanmasının hangi usule göre yapılacağı sorusunun cevaplanmasında ortaya çıkmıştır. Cumhurbaşkanının bahse konu suçlar bağlamındaki sorumluluğu hakkında herhangi bir hüküm içermeyen Anayasa'da yahut diğer kanunlarda elbette Cumhurbaşkanının yargılanmasına yönelik özel bir düzenleme de yer almıyordu. Bu sebeple Cumhurbaşkanı hakkındaki ceza soruşturması ve kovuşturulmasının normal bir yurttaş gibi yürütülmesi ve anılan suçlar bakımından Cumhurbaşkanının Yüce Divan yerine genel mahkemelerde yargılanması gerektiği isabetle savunulmuştur^[19]. Ancak Cumhurbaşkanı hakkındaki cezai takibatın genel

bkz. Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", in Tarık Zafer Tunaya Armağanı, İstanbul, İstanbul Barosu, 1992, s.278.

- [14] Cankat Taşkın, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu", *TBB Dergisi*, Sayı 92, Ocak-Şubat 2011, s.394.
- [15] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa Ekin, 16. Baskı, 2014, s.329.
- [16] Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2020, s.284; Salih Önder, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2007, s.116.
- [17] Ahmet Emrah Akyazan, "Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", in *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara, Ankara Barosu Yayını, 2012, s.12.
- [18] Taşkın, *op.cit.*, s. 394.
- [19] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, *op.cit.*, s.329.

hükümler çerçevesinde yapılmasının, aynı zamanda Devletin de başı olan Cumhurbaşkanının işgal ettiği makam dolayısıyla sakıncalı olabileceği de açıktır^[20]. Zira Anayasa'nın pek çok sembolik anlam atfettiği bir konuma sahip olan Cumhurbaşkanının genel mahkemeler nezdinde ifadeye çağırılması, gözaltına alınması ya da tutuklanması gibi rahatsız edici görüntüler, bir yandan söz konusu makamın, öte yandan Cumhurbaşkanının bizzat şahsında temsil edilen Devletin saygınlığının yıpranmasına yol açabilirdi. Bu mesele, 1924 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının şahsi suçları yönünden yasama dokunulmazlığına dair hükümlere tabi olacağı açıkça düzenlenmek suretiyle çözülmekteydi. Fakat hem 1961 hem de 1982 Anayasası'nın, bu konuda bir hüküm barındırmaması tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde bu belirsizliği çözümlenmek üzere genel olarak iki karşıt görüşün savunulduğu görülmektedir. Bazı yazarlar, bu uygulamanın Cumhurbaşkanının itibarına zarar vereceği açık olsa da Anayasa'da Cumhurbaşkanına bu yönde bir dokunulmazlık sağlayan sarih bir hüküm bulunmadığı, Anayasa'da geçen milletvekili lafzının kıyasa başvurularak genişletilemeyeceği ve aynı dokunulmazlığı milletvekili sıfatı taşımayan bakanlara da tanıyan Anayasa'nın, istemesi durumunda Cumhurbaşkanı bakımından da benzer bir düzenleme yapacağı gerekçesiyle, Cumhurbaşkanının şahsi suçlarına ilişkin genel yargılama usulünden farklı bir yöntemin kabul edilemeyeceğini savunmuştur^[21]. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, Anayasa'da gösterilen hâllerde Cumhurbaşkanına vekâlet edebilen TBMM Başkanının şahsi suçları bağlamında yararlandığı dokunulmazlık korumasından, Devlet başkanlığı makamının asıl sahibinin yararlanamamasının düşünülmemesi açıktır^[22]. Öte yandan Anayasa'nın milletvekillerine, TBMM dışından atanan bakanlara ve Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerine tanıdığı bu güvenceyi, Cumhurbaşkanından esirgemiş olduğu neticesine ulaşmak makul ve isabetli bir yaklaşım değildir^[23]. Bu itibarla 2017 öncesi düzende Cumhurbaşkanının şahsi suçları yönünden

[20] Önder, *op.cit.*, s.117. Aynı yönde bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, *op.cit.*, s.329.

[21] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, *op.cit.*, s.329; Taşkın, *op.cit.*, s.396.

[22] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, *op.cit.*, s.317; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, *op.cit.*, s.809; Kadir Aktaş, "Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı", *TBB Dergisi*, Sayı 84, Eylül-Ekim 2009, s.271.

[23] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 14. Baskı, 2013, s.335; Fatih Özkul, *1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı* (Doktora Tezi, Danışman Erdal

milletvekili dokunulmazlığından yararlanması gerektiği çözümüne ulaşmak makul bir sonuç olarak karşımıza çıkar.

B) CUMHURBAŞKANININ GÖREVİNE İLİŞKİN SUÇLARINDAN DOLAYI CEZAI SORUMLULUĞU

Cumhurbaşkanının sorumluluk ve sorumsuzluk hâllerini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 105. maddesinin 2017 değişikliği öncesi hâlinde, siyasi sorumsuzluk anlamına gelen karşı-imza kuralı ihdas edilip ayrıca Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı karar ve emirlerinin yargı denetimi dışında olduğu açıklandıktan sonra cezai sorumluluk rejimi hakkında yalnızca vatana ihanet hâli düzenlenmişti. Nitekim maddenin son fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tam sayısının en az dörtte üçünün vereceği kararlar*” suçlandırılabilirdi.

Anayasa'nın bu düzenlemesinde Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili diğer suçları hakkında herhangi bir açıklama getirilmemiş olsa da hükmün mefhumu muhalifinden, cezai sorumluluğun yalnızca vatana ihanet dolayısıyla kabul edildiği yönünde bir çıkarım yapılmıştır^[24]. Bu sebeple, vatana ihanet teşkil etmedikçe göreviyle ilgili fiiller yönünden Cumhurbaşkanının sorumsuz sayıldığı söylenebilir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanının görevine ilişkin suçlarından sorumlu olmamasının esasen, karşı-imza kuralının içkin anlamıyla irtibatlı olduğu belirtilmelidir^[25]. Zira kural olarak tek başına işlem tesis edemeyen ve Başbakan ile ilgili bakanın imzasına gereksinim duyan Cumhurbaşkanının, aynı zamanda bu işlemler yönünden sorumlu da tutulmaması icap eder. Bu bakımdan parlamenter rejimin genel mantığının bir neticesi olarak Cumhurbaşkanının sembolik bir konuma kapatılması ve karşı-imza kuralı dolayısıyla o işlem çerçevesindeki siyasi ve cezai sorumluluğun da Başbakan ve ilgili bakan üzerinde kalması

Onar) Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 302130), s.174-175.

[24] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, *op.cit.*, s.330; Ali Ulusoy, “Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 66, Sayı 3, Yaz 2008, s.24; Levent Emre Özgüç, “Cumhurbaşkanının Ceza Sorumluluğu ve Yargılanma Usulü-1982 Anayasası ile Önerilen Değişikliğin Karşılaştırılması”, *Güncel Hukuk*, Nisan 2017, s.35.

[25] Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, *op.cit.*, s.335.

sebebiyle Cumhurbaşkanının herhangi bir sorumluluk taşıyor olması icap etmektedir. Ne var ki 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanına tek başına yapacağı işlemlere yönelik önemli yetkiler tanıdığı olmasının, parlamenter rejimin bahse konu dokusuna uymadığı da açıktır. Bu sebeple bazı yazarlar, Cumhurbaşkanının karşı-ımkzaya tabi işlemlerinden sorumsuz olmakla birlikte bu durumun tek başına yaptığı işlemlerden doğan sorumluluğu kapsamadığını savunmuştur^[26]. Bizce de tıpkı adi suçlar yönünden açık bir istisna getirilmemesi sebebiyle cezai sorumluluğun mevcut olduğu sonucuna varıldığı gibi, burada da Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yönünden açık bir cezasızlık hâli öngörülmediği için sorumluluğun devam ettiği neticesine ulaşılmalıdır. Her ne kadar 125. maddenin 2017 değişikliğinden önceki 2. fıkrasında Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yönünden bir yargı kısıntısı düzenlenmiş olmakla beraber normun açık hükmü karşısında bu durumun yalnızca ilgili işlemin denetlenmesini yasakladığı ancak Cumhurbaşkanının bu sırada işlemiş olabileceği görev suçuna yönelik cezai sorumluluğunu kaldırmadığı açıktır^[27]. Aksi hâlde

[26] Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.1297. Bu kapsamda Keskinsoy, Cumhurbaşkanının görevi dolayısıyla işleyebileceği vatan hainliği haricindeki suçlar bağlamında, karşı-ımkza kuralına tabi olan veya Cumhurbaşkanınca tek başına yapılan bütün işlemler bakımından cezai sorumluluğun tam olduğunu savunmaktadır. Bkz. Keskinsoy, *Cumhurbaşkanının Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.97.

[27] Buna karşılık Yılmaz, 1982 Anayasasında yer alan bu tür işlemler için yargı yoluna gidilemeyeceği şeklindeki düzenleme gereğince, "Cumhurbaşkanının görevi gereği yaptığı bu tür işlemlerin iptali için idari dava, suç oluşturduğu iddiasıyla ceza davası ya da hukuki sorumluluğu sebebiyle adli yargıda dava açılmayacağı" sonucuna ulaşmaktadır (Didem Yılmaz, "Seçim Döneminde Cumhurbaşkanının Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi ve Bireysel Başvuru Yolu", *TBB Dergisi*, Sayı 122, Ocak-Şubat 2016, s.53). Öte yandan 1982 Anayasası'nın 2017 değişikliği öncesi metninde, Cumhurbaşkanının işlemlerinin yargısal denetimine ilişkin tek düzenleme, bahse konu hüküm değildir. Nitekim 125. maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri yargı denetimi dışında bırakan bu düzenlemeden başka, 105. maddenin 2. fıkrasında da, "Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz." şeklinde bir yasak getirilmiştir. Bu iki ayrı düzenleme karşısında o dönem öğretilde ve bazı yargı kararlarında, Cumhurbaşkanının rektör atama gibi re'sen değil; "iradesinin başka organlarca sınırlandırıldığı" veya "başka organların katkıları ile yaptığı" birtakım işlemlerinin, m. 105/2 kapsamında yer almadığı için yargı kısıntısına dâhil olmadığı ve bu sebeple bu işlemler üzerinde yargısal denetim icra edilebileceği yönünde bir yaklaşım geliştirilmişse de, bu tür işlemlerin re'sen yapılmadığından m.105/2 kapsamına girmemekle birlikte, yalnızca Cumhurbaşkanının

karşı-imza kuralına tabi işlemlerden doğan suçlar açısından cezai sorumluluk yolu ilgili bakan ve başbakan yönünden de olsa işletilebilmekle birlikte, Cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlem kategorisi bakımından geniş bir cezasızlık hâlinin ortaya çıktığı yadsınamaz^[28]. Ayrıca şahsi suçlar yönünden istidlal edilen milletvekili dokunulmazlığı güvencesine ilişkin yukarıda sunulan gerekçelerin bizce burada da geçerli olduğu belirtilmelidir.

2017 öncesi dönemde, TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevine devam edip edemeyeceği hususu da yanıtız kalmaktaydı. Zira Anayasa'nın önceki hâlinde, 2017 değişikliğinden farklı olarak bu hususta bir açıklık yer almıyordu. Bununla birlikte Anayasa'ya göre, göreviyle irtibatlı herhangi bir suç sebebiyle Yüce Divana sevk edilen bir bakanın bakanlığı düşmüş sayıldığı (mülga m. 113/III) göz önünde tutulursa, TBMM'nin vatana ihanet anlamına gelen çok daha ağır bir suç ile itham ettiği Cumhurbaşkanının görevinin başında kalacağı neticesine varmak son derece güçtür^[29]. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk durumunda, Cumhurbaşkanlığı makamının boşalacağı^[30] ve Anayasa'nın

imzalamasıyla tekemmül etmelerinden ötürü m.125/2 kapsamına dâhil olduğunda şüphe yoktur (Ulusoy, *op.cit.*, s.14 vd.). Bu sebeple, 2017 öncesi düzenlemede, Cumhurbaşkanının karşı-imza kuralına dâhil olmayan bütün işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakıldığının kabul edilmesi gerekir. Ne var ki bizce bu yasak, yukarıda ifade edildiği üzere, sadece Cumhurbaşkanının işlemlerinin denetlenmesi hakkında getirilmiş olup, bu işlemleri icra ederken işlenen suçların yasak kapsamında yer almadığının kabul edilmesi gerekir.

[28] Bununla birlikte Taşdöğen, Cumhurbaşkanının görevine ilişkin sorumsuz bir alan kalmamasını teminen Cumhurbaşkanının bütün işlemlerini bilaistisna karşı-imza kuralı çerçevesinde yapması gerektiği ve böylece bu işlemler dolayısıyla doğabilecek cezai sorumluluğun da başbakan ve ilgili bakan üzerinde kalmasıyla sorunun çözüleceği yaklaşımını ortaya koymuştur (Taşdöğen, *op.cit.*, s.1299). Ancak bizce 125. maddenin açıkça düzenlediği tek başına yapılan işlemler kategorisinin mevcudiyeti karşısında bu tezin isabetli olduğunu söylemek güçtür. Şu hâlde 1982 Anayasasının ilk metninin lafzi ve amaçsal yorumuyla Cumhurbaşkanına tek başına yetkili olduğu bir alan tanındığının aşikâr olması dikkate alındığında, bu çerçevede yapılan ve vatana ihanet teşkil etmeyen işlemlerden sorumluluğa ilişkin en makul çözüm, tıpkı şahsi suçlardaki gibi cezai sorumluluğun tam olduğu neticesine ulaşmak olacaktır.

[29] Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, *op.cit.*, s.336.

[30] Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Orion, 2011, 7. Baskı, s. 280.

106. maddesinin önceki hükümleri çerçevesinde yenisi seçiline kadar bu makama Meclis Başkanının vekâlet edeceği kabul edilmiştir^[31].

Cumhurbaşkanının vatana ihanet dolayısıyla sorumluluğuna yönelik tartışma mevzuu olan bir diğer nokta, vatana ihanet kavramının anlamı üzerinde düğümleşmiştir. Çünkü Anayasa'da ve ceza kanunlarında vatana ihanetin tanımlandığı herhangi bir hüküm mevcut değildi. Bu ise, hem hangi fiillerin bu kapsamda mütalaa edileceği hem de Anayasa'daki bu düzenlemenin *kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi* çerçevesinde nasıl anlaşılması gerektiği bakımından ciddi duraksamalara yol açmıştır. Doktrinde bu belirsizliğe yönelik muhtelif yaklaşımların ortaya konulduğu görülmektedir. İlk olarak konuyu ceza hukuku cihetinden ele alan yazarlar, ceza hukukunun başlıca esaslarından olan ve Anayasa'da da koruma altına alınan *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi* gereğince, ceza kanunlarında vatana ihanet adıyla bir suç ihdas edilmedikçe Cumhurbaşkanının vatana ihanet ile suçlandırılmayacağını ve dolayısıyla Yüce Divanda da yargılanmasının mümkün olmadığını savunmuşlardır^[32]. Nitekim Yüce Divan kisvesiyle yargılama yapan Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtildiği üzere bir ceza mahkemesi olduğu ve bu bakımdan bir ceza yargılaması yürüttüğü açıktır. Dolayısıyla tıpkı diğer ceza mahkemeleri gibi Yüce Divan sıfatıyla toplanan Anayasa Mahkemesinin de bir kimse hakkında kanunda düzenlenmemiş bir suçtan dolayı ve yine kanunda öngörülmemiş bir cezaya hükmetmesi olanaksızdır^[33]. Bu tezin tam karşısında, Anayasa'nın vatana ihanet kavramını suçların kanuniliği ilkesinin dışında tuttuğu yaklaşımı bulunmaktadır. Buna göre, Anayasa koyucu tarafından mahiyeti son derece muğlak bırakılan vatana ihanet kavramı, siyaset ve hukukun birleştiği noktada konumlanır

[31] Önder, *op.cit.*, s.120.

[32] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, *op.cit.*, s.331. Aynı yönde bkz. Taşkın, *op.cit.*, s.404. Bu görüşün daha ayrıntılı gerekçelendirmesi için bkz. Kemal Gözler, *Devlet Başkanları Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin, 1. Baskı, 2001, s.106 vd.

[33] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, *op.cit.*, s.331. Akyazan, vatana ihanetin "siyasi/cezai nitelikte" bir kavram olduğunu, teknik anlamda belirli bir suç tipini ifade etmediğini, bu itibarla ceza kanunlarında yer alan ve "ülkenin yüksek çıkarlarını esaslı şekilde ihlal eden" eylemleri kapsadığını kabul etmektedir. Bununla birlikte yazara göre, kanunilik ilkesinin gereği olan "açıklık ve belirlilik" şartı uyarınca, ceza kanunlarındaki hangi suçların bu kapsama dâhil olduğunun yasal düzenlemeyle belli edilmesi zorunluluk taşımaktadır. (Akyazan, *op.cit.*, s.16).

ve bu kapsamda Cumhurbaşkanının, görevini Anayasa'ya ya da ülkenin yüksek yararına aykırı şekilde kötüye kullanmasıyla beliren bir siyasi suç söz konusu olur^[34]. Dolayısıyla vatana ihanet, bir ceza hukuku terimi olmaktan öte *siyasi-cezai (politico-pénale)* bir kavram olarak kabul edilmeli ve suçların kanuniliği ilkesinin dışında tutulmalıdır.^[35]

Cezacı ve anayasacı bu iki yaklaşımı bağdaştıran karma görüş ise, *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin* burada da göz ardı edilemeyeceğini, bu bağlamda Cumhurbaşkanı hakkındaki vatana ihanet ithamının, yalnızca ceza kanunlarında öngörülmüş suçlara dayandırılması hâlinde geçerli olabileceğini savunmuştur^[36]. Buna göre, Cumhurbaşkanı'na ilişkin vatana ihanet suçlamasının ceza kanunlarında yer alan hangi suçlara dayandığı, suçlandırma safhasında TBMM tarafından gösterilecek, suçun tavsifini ise bu tespitle kayıtlı olmaksızın Anayasa Mahkemesi yapacaktır^[37]. Nitekim TBMM İhtüzüğü'nün Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılmasına ilişkin usulü düzenleyen 114. maddesinin 9.10.2018 tarihli ve 1200 numaralı kararla değiştirilmeden önceki metninde de bu doğrultuda “*Yüce Divana sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir.*” denilmek suretiyle bahse konu görüşle birebir uyumlu bir düzenleme yer almıştır. Anayasal bir prensip olan *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi* savsanmaksızın Anayasa'nın diğer düzenlemesi olan vatana ihanetle suçlandırma mekanizması işler kılındığından, bizce de bu görüş daha isabetlidir.

III. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna yönelik 2017 öncesi anayasal rejim ana hatlarıyla ortaya konulduktan sonra şimdi, bu yapının nasıl dönüştüğü ve bugün geçerli olan cezai sorumluluğun mahiyeti ve

[34] Teziç, *Anayasa Hukuku, op.cit.*, s.487.

[35] *Ibid.*

[36] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, *op.cit.*, s.316. Aynı yönde bkz. Murat Sevinç, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 2, 2002, s.133.

[37] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, *op.cit.*, s.316.

kapsamı, öğretide tebarüz eden güncel tartışmalara da değinilmek suretiyle incelenecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu çalışma esasen 105. maddede düzenleme konusu yapılan cezai sorumluluğun kapsamının tespit ve takrir edilmesine özgülenmiş bulunmaktadır. Ancak bundan önce 2017 değişikliğiyle kabul edilen Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin yeni düzenlemelerin diğer yönleri itibarıyla da genel olarak tanıtılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

A) GENEL OLARAK YENİ CEZAI SORUMLULUK REJİMİ

Anayasa'nın 105. maddesinin içeriği 2017 referandumuyla kayda değer bir biçimde değişikliğe uğramıştır. Nitekim yukarıda aktarıldığı üzere yalnızca üç fıkradan oluşan önceki metinde sırasıyla Cumhurbaşkanının karşı imza kuralı çerçevesinde siyasi sorumsuzluğu ve re'sen imzaladığı karar ve emirlerin yargı denetimine tabi olmadığı belirtildikten sonra son fıkrada görev suçlarına yönelik sorumluluğu çerçevesinde de vatana ihanet hâli hüküm altına alınmakta ve bu kapsamda başkaca bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak 105. maddenin yeni hâli gerek hacim yönünden epey genişlemiş, gerekse içerik itibarıyla büyük bir değişime uğramıştır.

“Sorumluluk ve sorumsuzluk hâli” olan başlığı “Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu” olarak değiştirilen 105. maddenin ilk fıkrasının yeni metni şu şekildedir: “*Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.*” Dolayısıyla Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu kapsamında herhangi bir suç tanımlaması yapılmamak suretiyle bu yolun işletilebilmesi için yalnızca “*bir suç işlediği*” iddiası yeterli görülmüştür. Bununla birlikte bu kapsama hangi suçların gireceği konusu öğretide tartışmalı olup bu husus aşağıda detaylıca ele alınacaktır. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası ise Parlamentoda soruşturmanın nasıl açılıp yürütüleceği hakkında son derece ayrıntılı usuli hükümler getirmektedir. Buna göre,

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon,

soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Görüldüğü üzere, yeni düzenlemeyle soruşturma önergesi için üye tam sayısının salt çoğunluğu (301 mv), soruşturma önergesinin kabulü için beşte üç (360 mv), soruşturma sürecindeki adımlar tamamlandıktan sonra Yüce Divana sevk yönünde karar verilebilmesi için ise üçte iki çoğunluğa (400 mv) ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla üye tam sayısının üçte birinin teklifi üzerine üye tam sayısının dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılabilen eski düzenlemedeki teklif ve suçlandırma kararından oluşan iki kademeli süreçten, soruşturma önergesi, önergenin kabulü ve Yüce Divana sevk kararından oluşan üç aşamalı bir modele geçilmiştir. Öte yandan yeni düzenlemede teklif aşaması üçte bir nisabından (200 mv.) üye tam sayısının salt çoğunluğuna (301 mv.) çıkarılmak suretiyle zorlaştırılırken, Yüce Divana sevk yönünde karar alınmasına ilişkin aranan yeter sayı ise üye tam sayısının dörtte üçü (450 mv.) yerine üçte ikisi (400 mv.) kuralına geçilerek kısmen kolaylaştırılmıştır.^[38] Bununla birlikte soruşturma süreci bir bütün olarak incelendiğinde, gerek üç aşamalı yapısı gerekse yüksek karar nisaplarıyla tüketilmesi oldukça zor bir yol olduğu söylenebilir.

105. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında Parlamentoda soruşturmanın nasıl açılıp yürütüleceği bu şekilde ortaya konulduktan sonra takip eden fıkralarda cezai sorumluluğa bağlanan sonuçlar hakkında düzenlemeler yapılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle kendisine yönelik soruşturma kararı

[38] Yeni düzenlemenin Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun işletilmesini daha kolay hâle getirdiği hakkında bkz. Cengiz Gül, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2018, s.244; Yıldız, *op.cit.*, s.12. Buna mukabil, değişiklikle bu yolun tüketilmesinin zorlaştığı görüşü için bkz. Selin Esen, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2016, s.65; Taşdöğen, *op.cit.*, s.1319 vd.

verilen Cumhurbaşkanının seçim kararı alamayacağı hüküm altına alınmış, akabinde Yüce Divanda yapılan ceza yargılaması neticesinde seçilmeye engel teşkil eden bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona ereceği düzenlenmiştir. Böylece 2017 öncesinde Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona erip ermeyeceğine ilişkin tartışmanın yeni düzenleme ile sona erdiği görülmektedir. Dolayısıyla bu denli önemli bir konunun yanıtı bırakılmayıp düzenleme konusu yapılması olumlu bir gelişmedir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yargılandığı süre boyunca görev yapmaya devam etmesi ve Anayasa Mahkemesine üye atamak gibi son derece geniş kapsamlı ve önemli anayasal yetkileri kullanmayı sürdürmesinin isabetli olmadığı cihetiyle bu düzenleme şekli de eleştiriye açıktır^[39].

Ayrıca Anayasa'nın, seçilmeye engel oluşturmayan bir suçtan mahkûm edilmesi durumunda görevde kalmaya devam eden Cumhurbaşkanı hakkındaki bahse konu hükmün nasıl infaz edileceği konusunu açıkta bıraktığı da belirtilmelidir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı, şayet görev süresi elveriyorsa infaz için geçici olarak görevinden ayrılabilir. Bu durumda 106. maddenin üçüncü fıkrasındaki geçici olarak görevden ayrılma hâli söz konusu olduğundan vekâlet hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Buna mukabil özellikle taksirle işlenen suçlardan mahkûmiyetin hiçbir süre sınırı olmaksızın seçilmeye engel teşkil etmemesi kafa karıştırıcıdır. Bunun gibi cezanın Cumhurbaşkanının kalan süresinden fazla olduğu hâllerde

[39] Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, *op.cit.*, s.318. Coşkun, bu çerçevede suçun niteliği yönünden bir tefriğe gidilerek görev suçundan ötürü Yüce Divana sevk hâlinde Cumhurbaşkanlığı görevinin sona ermesi gerektiği, buna karşılık kişisel suçlar söz konusu olduğunda görevde kalmasının uygun olacağı kanaatinde (Vahap Coşkun, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 36, 2017, s.21). Ne var ki görevin sona ermesi bakımından suçlar arasında bu şekilde kategorik bir ayırım yapmak bizce isabetli değildir. Nitekim bazen şahsi bir suç, görev suçlarından çok daha ağır olabilir ve böyle bir ithama maruz kalan Cumhurbaşkanının, söz gelimi görevi kötüye kullanma gibi bir görev suçuna nazaran çok daha fazla yıpranması mümkündür. Bu itibarla, bizce Yüce Divanda fiilen yargılanan Cumhurbaşkanının geçici olarak görevden ayrılmış sayılması ve zaten Anayasada süreye bağlanmış Yüce Divan yargılaması boyunca Cumhurbaşkanlığına vekâlet hükümlerinin uygulanması yolunun tercih edilmesi çok daha makul bir çözüm olurdu. Böylece Yüce Divan yargılaması neticesinde aklanan Cumhurbaşkanı, görevine geri dönebilecek ve böylece masumiyet karinesi zedelenmeyecekken, kovuşturma sonucunda hüküm giyme durumunda ise kalıcı boşalma hükümleri gereğince yeni seçimlere gidilebilirdi.

eğer kesinleşmiş mahkeme kararının infazına başlanırsa aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle kalıcı olarak boşalması durumu ortaya çıkacağından kırk beş gün içinde seçimlere gidilmesi gerekecektir. Ancak bu saptayılar, Anayasa'nın yürürlükteki normlarının yorumlanmasıyla ulaştığımız sonuçlardır. Buna karşılık bu soruna genel ceza hukuku kurallarına göre çözüm bulunmasına da çalışılabilir. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında kanunun 17. maddesine göre, hükümlünün talebi üzerine, kasten işlenen suçlarda üç yıl, taksirle işlenenlerde ise beş yıl veya daha az süreli hapis cezalarının infazının Cumhuriyet Başsavcılığınca her defasında bir yılı geçmemek üzere en fazla iki kere ertelenmesi mümkündür. Maddede her ne kadar, erteleme kararının verilebilmesi için birtakım “*ciddi ve çok ivedi haller*” sayılmış olsa da bu saymanın tahdidi olmadığı görülmektedir. Şu hâlde seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan hüküm giyen Cumhurbaşkanının talebi üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı bu durumu madde kapsamı içinde mütalaa ederse, infazın bir süreliğine ertelenmesi mümkün olabilecektir^[40]. Bununla birlikte eğer kabul edilse bile bu yolun da görev süresinin başındaki bir Cumhurbaşkanı açısından taksirle işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla mahkûmiyet giyme hâlinde bir çözüm sunmayacağı açıktır. Şu hâlde böylesine önemli ve ciddi bir konunun Anayasa'da açıkça düzenlenmesi gerektiği izahtan varestedir.

Bundan başka, son fıkrada Cumhurbaşkanının görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlar yönünden görev süresi sona erdikten sonra da bu madde hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Anılan maddede yer alan özel soruşturma usulünün zaman bakımından kapsamına yönelik tartışmalar aşağıda etraflıca irdelenecektir. 2017 Anayasa değişiklikleriyle yeniden kaleme alınan ve Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna hasredilen 105. maddede yer alan düzenlemeler ana hatlarıyla bu şekildedir.

[40] Tuba Aykanat, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Nuran Koyuncu), Konya, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 535205), s.124. Buna karşılık, Cumhurbaşkanının seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan mahkûm olması durumunda, cezanın infazı için görev süresinin sonunun beklenmesi gerektiği hakkında bkz. Özgün Özyüksel, “Türk Ceza Hukukunda ‘Tam Sorumlu Cumhurbaşkanı’”, in *Metin Günday Armağanı*, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayını, 2020, s.1078.

B) SORUMLULUĞUN KAPSAMI

Yukarıda aktarıldığı üzere, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu hüküm altına alan 105. maddenin ilk fıkrasında Cumhurbaşkanına yönelik “*bir suç işlediği*” ithamının belirmesi hâlinde müteakip fıkralarda öngörülen özel soruşturma usulünün tüketilmesi kaydıyla Yüce Divan yargılaması yapılacaktır. Görüldüğü üzere yeni düzenlemeyle maddenin önceki hâlinde farklı olarak hükümet rejimindeki dönüşüm gereğince karşı-imza kuralı kaldırılmakta ve yürütmenin yasama organına karşı siyasi sorumluluğuna son verilmektedir.^[41] Bu yönüyle Cumhurbaşkanı yönünden karşı-imza kuralı sayesinde önceki rejimde yer almayan siyasi sorumluluk yeni rejimde de kabul edilmemiş ve Cumhurbaşkanının sorumluluk hâli maddenin gerek başlığında gerekse muhtevasında yalnızca cezai sorumluluk hâline inhisar ettirilmiştir.^[42] Öte yandan 105. maddenin Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna yönelik 2017 öncesi düzenleme şeklinin radikal bir biçimde dönüştüğü de açıkça görülmektedir. Nitekim yeni düzenleme ile Cumhurbaşkanının sorumluluğu bağlamında sadece muğlak bir “*vatana ihanet*” kavramını düzenleme konusu yapan diğer hâller yönünden ise sükût eden Anayasa koyucunun aksine bu defa daha genel ve kapsayıcı olduğu izlenimini uyandıran “*bir suç işlediği iddiasıyla*” terkibi tercih edilmektedir. Önceki düzenlemede Cumhurbaşkanının vatana ihanet teşkil etmeyen görev suçları ile şahsi suçlarından sorumluluğunun ne olacağı sorusuna Anayasa doğrudan doğruya yanıt vermemiş ve bu boşluk yukarıda gösterildiği üzere yorum yoluyla öğretici tarafından doldurulmaya çalışılmıştı. Ne var ki yeni düzenleme hangi suçların bu kapsamda olduğu yönünden her ne kadar ilk bakışta daha net ve kapsayıcı görünmekle beraber Anayasa’nın diğer maddeleriyle birlikte yorumlandığında, sorumluluğun kapsamının ne olacağı konusunda bazı tereddütler ortaya çıkmıştır. Bunun gibi, 105.

[41] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2023, s.361; Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet, 3. Baskı, 2022, s.299. Buna karşılık siyasi sorumluluğun teknik anlamıyla ortadan kalkmış olduğu açık olmakla beraber Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanı ve Meclise tanınan karşılıklı fesih yetkisinin bir tür siyasi sorumluluğa vücut vereceği söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 28. Baskı, *op.cit.*, s.337-338; Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, *op.cit.*, s.316; Gül, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri”, *op.cit.*, s.241-242.

[42] Yasama organına karşı siyasi sorumluluğun kaldırılmasının, Anayasanın 117. maddesini fiilen işletilemez hâle getireceği hakkında bkz. Esen, *op.cit.*, s.64.

madde görevden sonraki uygulama hakkında açık bir düzenleme getirmekle beraber, Cumhurbaşkanı hakkında görevden önce işlediği iddia edilen bir suç ithamı ortaya çıktığında ne yapılacağı konusunda bir açıklama mevcut değildir. Bu bakımdan özellikle 105. maddenin görevden önceki suç iddiaları bağlamında uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunun Anayasa'da açık bir yanıtı kavuşturulmamış olması sebebiyle tartışma konusu olmuştur. Çalışmamızda 105. maddenin kapsamının belirlenmesi için cevaplanması zaruri olan bu tartışmalar ayrı ayrı ele alınıp incelenecektir.

1- Suçun Türü Bakımından Kapsamı

Öncelikle belirtilmelidir ki Anayasa değişikliği teklifi 2016 yılında ilk ortaya çıktığı andan itibaren bir süredir 105. maddenin yeni hâlinin şahsi suç ve görev suçu ayrımı yapılmaksızın Cumhurbaşkanı hakkındaki bütün suç iddiaları yönünden uygulama alanı bulacağı konusunda bir duraksama söz konusu değildi ve bu yönde literatürde hemen hemen bir fikir birliği bulunuyordu. Bugün de öğretide hâkim görüşün, ezici bir çoğunlukla yeni düzenlemenin görev suçu-kişisel suç ayrımı yapılmaksızın Cumhurbaşkanı hakkındaki bütün suç ithamları yönünden uygulama alanı bulacağı doğrultusunda olduğu görülmektedir^[43]. Buna karşılık öğretide

[43] Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, *op.cit.*, s.318; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, *op.cit.*, s.362; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, *op.cit.*, s.680; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019, s.305; Eren, *op.cit.*, s.935; Tunç, *op.cit.*, s.304; Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2024, s.466; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023, s.295; Gören, *op.cit.*, s., 285; Keskinsoy, *Türk Anayasa Hukuku, op.cit.*, s.483; Karatepe, *op.cit.*, s. 279; Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, On İki Levha, 3. Baskı, 2023, s.553; Cengiz Gül, "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Cezai ve Siyasi Sorumluluğu", *Atlas International Refereed Journal on Social Sciences*, Cilt 5, Sayı 19, 2019, s.392; Berrin Akbulut, "Anayasanın 105. Maddesinde Yapılan Değişiklik Kapsamında Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğuna İlişkin Esaslar," *in Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2020, s.89; Adnan Küçük, "Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilme İstene Türkiye'ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algular, Beklentiler", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 87, 2017, s.163-164; Yıldız, *op.cit.*, s.11; Taşdöğen, *op.cit.*, s.1305; Bayram Doğan ve İdris Doğan, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2020, s.477; Coşkun, *op.cit.*, s. 20; Özyüksel, *op.cit.*, s.1062; Merve Ünal Açıkgöz, *2017 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Yürütmenin Denetlenmesi*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2021, s.334-335; Fatih Özkul, *2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasasında*

bir süre devam ettiği düşünülen bu yaygın mutabakat, cezai sorumluluğa ilişkin bahse konu düzenlemenin Anayasa'nın 148. maddesi ışığında yeniden değerlendirilmesi gerektiği tezi ile bozulmuş durumdadır. Nitekim Gözler, ilk defa 2020 yılında yayımladığı yazısıyla^[44] ve bu tarihten itibaren Tük Anayasa Hukuku Dersleri isimli eserinin bütün yeni basılarında yeni düzenlemede suç ayırımının kaldırıldığı yönündeki görüşünü değiştirerek Cumhurbaşkanının kişisel suçları dolayısıyla Yüce Divanda yargılanamayacağı tezini savunmaya başlamıştır. Buna göre, 148. maddenin altıncı fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanını ve fıkra da sayılan diğer kişileri “görevleriyle ilgili suçlardan dolayı” Yüce Divan sıfatıyla yargılayacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenleme üzerinde 2017 Anayasa değişikliği sırasında herhangi bir müdahale söz konusu olmayıp, madde yeni rejimde de bu hâliyle mevcudiyetini korumuştur. Bu itibarla Cumhurbaşkanı, şahsi suçlarından ötürü TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilse bile Anayasa Mahkemesinin m.148/6 gereğince görevsizlik kararı vermesi şarttır^[45]. Yazar ayrıca 105. ve 148. madde arasında açık bir çatışma olduğunu ve bu çatışmanın her ikisi de Anayasa normu olması sebebiyle üst kanun alt kanunu ilga eder (*lex superior derogat legi inferiori*) yorum ilkesiyle çözülemeyeceğini ifade ettikten sonra şayet sonraki kanun önceki kanunu ilga eder (*lex posterior derogat legi priori*) prensibine başvurulursa 2017 Anayasa değişikliğiyle yürürlüğe giren 105. maddenin sonraki kanun olması sebebiyle 148. maddenin 6. fıkrasını ilga etmiş olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte yazara göre burada genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğundan iki madde arasındaki çatışma *lex posterior* esasına göre çözülemez. Zira 105. maddede “bir suç” denilmek suretiyle ayırım yapılmaması, 148. maddede ise yalnızca “göreviyle ilgili suçlar”

Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2020, s.170; Sümeyye Kara, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2022, s.258. Aksi yönde bkz. Ece Göztepe, “Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu Almanya ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, in *TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı*, İstanbul, Tekin Yayınları, 2022, s.205 vd.

[44] Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanı Kişisel Suçlarından Dolayı Yüce Divanda Yargılanabilir mi? Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu Konusunda Görüş Değişikliği”, https://www.anayasa.gen.tr/cb-kisisel-suc.htm#_ftnref1 (Yayın Tarihi: 8 Temmuz 2024). Yazar, bahse konu görüş değişikliğine anayasa hukukçusu Taylan Barın'dan aldığı bir e-posta sonrasında gitmiş olduğunu belirtmektedir (Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2023, *op.cit.*, s.339).

[45] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 28. Baskı, *op.cit.*, s.339.

için düzenleme yapılması sebebiyle 148. madde 105. maddeye göre özel hüküm olarak kabul edilmelidir. Bu durumda da çatışmanın özel kanun genel kanunu ilga eder (*lex specialis derogat legi generali*) ilkesine göre çözülmesi icap eder^[46]. Yazar böylece Cumhurbaşkanının adi suçları bakımından Yüce Divan yerine tıpkı 2017 öncesinde olduğu gibi genel usullere göre ceza mahkemelerinde yargılanması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Ancak bu tez, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk defa 2017 yılında Coşkun tarafından ortaya atılmıştır. Nitekim yazar, her ne kadar yeni düzenlemeyle (değişik m. 105) Cumhurbaşkanının her türlü suçu bakımından Anayasa Mahkemesi adres gösteriliyor gibi görünse de 148. maddenin buna engel teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu çerçevede yazara göre, 148. maddede Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanını sadece göreviyle ilgili suçlarından ötürü yargılayabileceği hüküm altında alındığından, Mecliste soruşturma süreci tamamlanıp Yüce Divana sevk yönünde karar alınsa bile Anayasa Mahkemesi, 148. maddeye göre görevsiz olacağından Cumhurbaşkanını şahsi suçları dolayısıyla yargılayamaz^[47].

Aynı şekilde Anayurt da 105. maddeyle 148. madde arasındaki uyumsuzluğa daha evvel dikkat çekmiştir. Nitekim yazar, her iki madde arasında bir çelişki olduğunu vurgulamakta ancak Cumhurbaşkanının yeni konumu dolayısıyla 2017 değişikliğiyle herhangi bir suç ayırımına gidilmediğinin açık olduğunu savunmaktadır^[48]. Zira Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların cezai sorumluluğunun farklı şekilde düzenlenmek istendiği tereddütsüz bir şekilde görülebilmektedir. Gerçekten görev suçu-kişisel suç ayırımının yapılmak istenmesi durumunda 106. maddede Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar yönünden konulmuş olan “*görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla*” ibaresinin 105. maddede de yer alması gerekirdi. Yazar bu gerekçeyle yeni rejimde Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yargılanması bakımından suç ayırımının kaldırılmış olduğunu fakat yeni 105. maddeyle 148. madde arasında gerekli uyum ve bağlantının kurulmamasının düzenleme tekniği yönünden ciddi bir hata olduğunu beyan etmekte ve bu sorunun bir

[46] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 28. Baskı, *op.cit.*, s.340.

[47] Coşkun, *op.cit.*, s.21.

[48] Anayurt, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, *op.cit.*, s.308. Aynı yönde bkz. Atar, *op.cit.*, s.296.

anayasa değişikliğiyle giderilebileceğini belirtmektedir^[49]. Bunun gibi Erdoğan da, 105. maddeyle Cumhurbaşkanının suçları arasında, Cumhurbaşkanı ve bakanlar açısından olduğu gibi görev suçu-adi suç ayrımı yapılmadığına göre, Cumhurbaşkanının hem görev hem de adi suçları yönünden Yüce Divanda yargılanması gerektiğini sonucuna ulaşmakla beraber yazara göre, 148/6. maddede yer alan düzenleme şekli, Cumhurbaşkanının Yüce Divanda görev suçlarıyla yönünden yargılanacağı izlenimi vermesi sebebiyle kafa karıştırıcıdır^[50].

Öte yandan Eren, 148. maddenin lafzi yorumundan hareket ederek Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yalnızca görev suçlarından dolayı yargılabileceği neticesi çıkarılabilmekle beraber, doğru sonuca Anayasa'nın bütünlüğünü kavramak suretiyle sistematik bir yorumla ulaşılabileceği görüşünü ortaya atmıştır. Buna göre 105. maddeden gerek ilk fıkradaki "*bir suç işlediği iddiasıyla*" ibaresinde, gerekse aynı maddenin 5. fıkrasında yer alan "*Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.*" hükmünde herhangi bir suç ayrımı yapılmadığı son derece açıktır^[51]. Ayrıca, Cumhurbaşkanının yargılanması bağlamında, Anayasa Mahkemesinin genel olarak görev ve yetkilerini düzenleyen 148. madde karşısında özel olarak Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen 105. maddenin özel hüküm sayılması gerektiğinde kuşku yoktur. Buna karşılık yazara göre, bu maddenin özel hüküm olmadığı kabul edilse bile, sonraki tarihli olması itibarıyla 148. maddeye göre öncelikle tatbiki gereklidir^[52].

[49] Anayurt, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, *op.cit.*, s.308-309. Aynı yönde bkz. Doğan ve Doğan, *op.cit.*, s. 477. Nitekim Gözler de 2017 Anayasa değişikliğini kaleme alanların Cumhurbaşkanının şahsi suçları yönünden de Yüce Divanda yargılanmasını istediklerinde kuşku bulunmadığını ama anlaşıldığı kadarıyla bu doğrultuda 148. maddenin 6. fıkrasında değişiklik yapılmasının unutulduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla yazara göre bu amaç 148. madde karşısında fiiliyata dökülememiş olmaktadır (Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 28. Baskı, *op.cit.*, s.339).

[50] Mustafa Erdoğan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Hukuk Yayınları, 2. Baskı, 2019, s.146-147.

[51] Eren, *op.cit.*, s.938.

[52] Eren, *op.cit.*, s.939. Aynı yönde bkz. Kara, *op.cit.*, s.266.

Bizce de 148. maddenin eski hâliyle varlığını sürdürüyor olması, 105. maddede yapılan değişikle görev suçu-kişisel suç ayrımının kaldırılmasını engellemediği sonucuna ulaşılmalıdır. Çünkü Anayasa'nın bu kapsamdaki düzenlemeleri lafzi, sistematik, tarihi ve amaçsal yorum yöntemleriyle birlikte ele alındığında bu neticeye varmak dışında bir seçenek kalmamaktadır. Öncelikle 105. maddenin birinci fıkrasının lafzında suçlar arasında bir ayrım yapılmadığı son derece açıktır. Zira metnin eski hâlindeki yalnızca tek bir kavrama indirgenmiş sınırlı cezai sorumluluğun aksine, yeni düzenlemenin kavram itibarıyla hukuken suç olarak nitelenebilecek bütün eylemleri bu madde kapsamına aldığı sarih bir biçimde görülebilmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere 105. maddenin 5. fıkrası, Cumhurbaşkanlığı görevinin sona ermesini “*Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan*” hüküm giyme şartına bağlamıştır. Cumhurbaşkanının seçilme yeterliliğine bakıldığında Anayasa'nın 101. maddesinin bu konuda milletvekili seçilme yeterliliğine atıf yaptığı görülür. Milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddede ise gerek görev suçu gerekse kişisel suç kapsamına giren ve maddede ismen zikredilen muhtelif suçların yanı sıra bunlara ilave olarak maddede yazmayan diğer bütün suçlar yönünden kasten işlenmesi kaydıyla toplam bir yıl ve daha fazla hapis cezasına hüküm giyilmiş olması seçilme engeli sayılmıştır. Şu hâlde bahse konu üç farklı maddenin birlikte yorumlanmasıyla Cumhurbaşkanının Yüce Divanda görevi kapsamında olanlar gibi adi suçları bakımından da yargılanabileceği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Bundan başka Eren'in isabetle ifade ettiği gibi, 105. madde ile 148. madde arasında bir genel hüküm-özel hüküm ilişkisi kurulacaksa, 105. maddenin özel hüküm olmaya daha uygun olduğu kuşkusuzdur. Çünkü 148. madde esasen Yüce Divan yargılamasına özgülenmiş bir madde olmayıp, genel olarak Anayasa Mahkemesinin yetkilerini düzenlemektedir. Bu kapsamda norm denetimleri, bireysel başvuru yolu, siyasi partilerin mali denetimi gibi Yüce Divan yargılaması da Mahkemenin yetkileri arasında sayılmış ve bu kapsamda yargılanacak herkes için geçerli olan bazı genel nitelikli düzenlemeler getirilmiştir. Buna karşılık 105. madde Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yargılanmasına ilişkin gerek kapsam gerekse usul yönünden ayrıntılı hükümler içeren ve sırf Cumhurbaşkanının yargılanmasına hasredilmiş bir madde olarak elbette özel hüküm niteliğine çok daha uygundur. Bu itibarla her iki normün çatışması ihtimalinde 105. maddeye üstünlük sağlanması gerektiği hususunda tereddüt olmamalıdır. Öte yandan

bizce bu iki madde arasında mutlaka bir çatışma ilişkisi kurmak da zorunlu değildir. Zira her iki hüküm sistematik bir yorumla bağdaştırılmak ve uyumlulaştırılmak suretiyle birlikte de uygulanabilir ve her iki hükme de işlerlik kazandırılabilir. Nitekim 148. maddenin Anayasa Mahkemesine maddede sayılanlar yönünden görev suçları dolayısıyla yargılama yetkisi verdiği, 105. maddede ise Cumhurbaşkanı açısından görev suçunu teyit ederek bu defa kapsama şahsi suçları da eklediği söylenebilir. Bu bakımdan iki madde anlam itibarıyla çatışmak zorunda değildir.

Son olarak değişiklik teklifinin madde gerekçesine bakıldığında “Cumhurbaşkanının herhangi bir suç işlediği iddiasıyla” Yüce Divanda yargılanabileceğinin açıkça belirtildiği görülmektedir^[53]. Böylece madde metninde yer alan bir “suç işlediği iddiasıyla” ibaresi zaten anlam itibarıyla yeterince açıkken, gerekçede “herhangi bir suç” denilmek suretiyle bahse konu genel ve kapsayıcı mana ciddi ölçüde vurgulanmış olmaktadır. Dolayısıyla anayasa koyucunun yeni kabul edilen bu düzenleme ile suçlar arasında hiçbir ayırım yapmak istemediği her türlü şüpheden uzaktır.

Yukarıda açıklanan bütün bu gerekçelerle 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yargılanması yolunun görev suçu ve şahsi suç ayrımı yapılmaksızın bütün suç ithamları yönünden geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Öncelikle eski düzenlemeden farklı olarak cezai sorumluluğun kapsamının genişletilmiş olması elbette olumlu bir gelişmedir. Ayrıca 2017 öncesinde Cumhurbaşkanının şahsi suçları yönünden veya vatana ihanet oluşturmayan görev suçlarından sorumlu olup olmayacağı sorusuna anayasal düzeyde yanıt verilmemesinin yol açtığı tereddütlerin ortadan kaldırılması da son derece isabetlidir^[54]. Bunun gibi, eski düzenleme cezai sorumluluğun ceza kanunlarında hiçbir tanımı olmayan vatana ihanet gibi belirsiz bir kavram yerine, kanunlarda açıkça tanımlanan

[53] Madde gerekçesi için bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, s.649.

[54] Aynı yönde bkz. Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, *op.cit.*, s.681; Yıldız, *op.cit.*, s.11; Serdar Güleney ve Nebi Miş, *Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, Ankara, SETA Analiz, 2017, s.14.

suçlar bakımından işletilecek olması, cezai sorumluluğun hukuki niteliğini ön plana çıkarıp, siyasi hesaplasmaya dönüşmesini güçleştirecektir^[55].

Bununla birlikte Cumhurbaşkanının bütün suçları yönünden hiçbir ayırım yapılmaksızın Yüce Divan yolunun açılmış olması tenkide son derece müsaittir. Zira Özbudun'un da ifade ettiği gibi, göreve ilişkin suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanmak ne ölçüde normal ise şahsi suçlar kapsamında herkes gibi genel mahkemeler yerine Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde yargılanmak ve bu yolun işletilmesi için aranan nitelikli çoğunluk kurallarına tabi olmak aynı ölçüde yadırgatıcıdır^[56]. Değişiklikle son derece basit bir şahsi suç ile vatana ihanet teşkil edecek kadar ağır bir görev suçunun aynı düzeyde görülme suretiyle tüketilmesi oldukça zor olan aynı özel usule

[55] Haluk Alkan, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi", *Yeni Türkiye (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı)*, Sayı 94, 2017, s.474.

[56] Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, op.cit., s.318. Bu noktada Göztepe, yeni düzenlemeden Cumhurbaşkanının şahsi suçlarının da özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim yazara göre, Cumhurbaşkanlığı makamını işgal eden kişinin, görevine ilişkin suçlar bağlamında aynı zamanda siyasi boyutu da bulunan cezai sorumluluğunu doğuracak bir prosedürün, böyle bir makamla ve makama ait yetkilerin kullanılmasıyla hiçbir ilgisi olmayan şahsi suçlara da teşmil edilmesi durumunda, istisnai nitelikteki bir suçlandırma ve yargılama düzeneğinin hukuk sisteminin ve Cumhuriyetin temelini oluşturan eşitlik ilkesini anlamsız hâle getirerek ayrıcalıklı bir kişi grubunun teşkil edilmesi sonucunu doğuracağı açıktır (Göztepe, op.cit., s.210). Bu bakımdan yazar, 105. maddenin yeni hâlinde bir "değerlendirme boşluğu" bulunduğunu savlayarak, metinde yer alan "bir suç" ibaresinin bağlamından koparılarak toptancı bir yolla bütün suçları kapsar bir şekilde anlaşılması ölçüsüz ve mantıklı olmayan bir sonuç doğuracağından, "amaçsal daraltma/indirgeme" yoluyla, çok geniş formüle edilmiş normun uygulama alanı sınırlanmak suretiyle kuralın anlam ve amacının korunması yoluna gidilmesi gerektiğini belirtmektedir (Göztepe, op.cit., s.208-209). Dolayısıyla, yeni düzenlemede suç ayırımı yapılmamasını eleştiren diğer yazarlardan farklı olarak, Göztepe'nin, sistematik yorumu anayasal düzenin temeli olan hukuk devleti ve Cumhuriyet yönetim şeklini kavrayacak bir bütünsellik içinde işletmek suretiyle, 105. maddenin yeni metnini bu bağlam çerçevesinde yorumlayarak normun içeriğinde bir çeşit daraltma yoluna gittiği ve esasen metnin anlamında yer alan şahsi suç kategorisini, yorum yoluyla dışarı çıkardığı görülmektedir. Bu yorumun, tespit edebildiğimiz kadarıyla, yeni düzenlemeye yönelik eleştirel görüşler arasında, normun bir çeşit "anlamsal iyileştirme"ye tabi tutulması bakımından dikkat çekici bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Esasen barındırdığı eleştirilere iştirak etmekle birlikte, bu yaklaşımın, anayasa koyucunun amacını sınırlandırmak ile dönüştürmek arasında nerede durduğunu belirleyebilmenin güçlüğü karşısında özellikle, contra legem yorum yasağı eleştirisiyle karşılaşmasının muhtemel olduğu ifade edilmelidir.

tabi tutulmasının, Cumhurbaşkanının sıradan bir kişisel suç dolayısıyla bile yargılanmasını çok büyük ölçüde zorlaştırdığı açıktır^[57]. Bu durumun ise ayrı bir Yüce Divan yolunun tanınmasındaki tarihi sebeplere uygun olmadığı görülmektedir. Gerçekten Yüce Divan gibi özel bir yolun ihdas edilmesinde doğrudan doğruya görevin niteliklerinin başat bir rolü bulunur. Bu yolun tanınmasının yaygın olarak kabul edilen gayesi, egemenlik adı verilen gücü millet adına kullanan üst düzey kamu görevlilerinin görev suçlarını muhakeme etmekten ibarettir^[58]. Zira bu denli önemli egemenlik yetkilerini kullanan kişilerin siyasi karalama veya hesaplaşma gibi amaçlarla kolayca görev suçuyla itham edilebilmesi mümkündür^[59]. Çünkü bu kişilerin üstlendikleri zorlu görevlerin mahiyeti, bu görevlerin icra ediliş biçimi ve bu sırada alınması gerekli olan siyasi kararlar, her zaman toplumun farklı kesimlerinden çeşitli tepkilerin doğmasına yol açabilir. Böylece bu kişilerin görevleriyle ilgili karalamalara uğramaları son derece olağan bir durumdur. Ayrıca Başbakan ve bakanlar gibi bazı kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili cezai sorumluluklarının bir bakıma siyasi sorumluluklarının da devamı mahiyetinde olduğu, bu itibarla suçluluğun takdirinde yalnızca pozitif hukukun değil aynı zamanda siyasi ve içtimai zaruretlerin de dikkate alınması gerektiği öne sürülmüştür^[60]. Bu ve benzeri gerekçelerle ayrı ve özel bir yargılama yolunun ihdas edilmesi son derece yararlıdır. Ancak bu örnekte, bahse konu üst düzey kamu görevlilerinin sadece görev suçları bakımından Yüce Divanda yargılanmaları, şahsi suçları bağlamında ise genel kurallara tabi olmaları gerekir^[61]. Böyle bir sonuca demokratik ülkelerde devlet başkanlarının yargılanmasına ilişkin karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerinden de ulaşılabilmektedir. Nitekim Cumhuriyet rejimleri yönünden

[57] Coşkun, *op.cit.*, s.20-21; Özyüksel, *op.cit.*, s.1063; Özkul, *Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.172.

[58] Bahri Öztürk, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi: Yüce Divan”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 12, 1995, s.59.

[59] Öztürk, *op.cit.*, s.60; M. Yasin Aslan, “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 82, Mayıs-Haziran 2009, s.3.

[60] Joseph Barthélemy ve Paul Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1933, s.867- 68, Aktaran: Çetin Arslan, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Nobel Yayınları, 1. Baskı, 1999, s.8.

[61] Ersan Şen ve Bilgehan Özdemir, “Yüce Divan Yargılaması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2012, s.185; Öztürk, *op.cit.*, s.89.

yapılacak bir incelemede, devlet başkanlarının genellikle görevleri sırasında işledikleri vatana ihanet (yüksek ihanet) veya anayasayı ihlal sayılabilecek fiilleri yönünden özel bir soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi kılındıkları, şahsi suç iddialarının ise bu kapsamda yer almadığı görülmektedir.^[62] Dolayısıyla görev yönünden Yüce Divan benzeri özel bir yolun ihdas edilmesinin, yukarıda açıklanan gerekçelerle savunulması mümkün olmakla birlikte, aynı yöntemin diğer bireylerle hiçbir fark bulunmayan kişisel suçlar bakımından da geçerli sayılmasının, bu yolun anlamıyla örtüşmediği, karşılaştırmalı verilerle de tespit edilebilmektedir. Bu itibarla 105. maddenin yeni hâliyle kabul edilen cezai sorumluluk rejiminde, Yüce Divan yargılamasının kapsamına Cumhurbaşkanının şahsi suçlarının da dâhil edilmesinin isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Bunun yerine yeni düzenleme bakımından, 106. maddeyle Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar için getirilen görev suçları için Yüce Divan, şahsi suçlar yönünden ise yasama dokunulmazlığından yararlanma yönteminin çok daha yerinde olduğu açıktır.^[63]

2. Zaman Bakımından Kapsamı

Cumhurbaşkanının 105. maddede ihdas edilen cezai sorumluluğunun kapsamına göreviyle ilgili olan veya olmayan bütün suçlarının dâhil olduğu tespit edildikten sonra şimdi de suçun işlenme zamanının bu çerçevede nasıl değerlendirileceği sorusunun cevaplanması gereklidir. Anayasa'nın bahse konu düzenlemesinin görev sırasında işlendiği iddia edilen suçlar bakımından geçerli olduğuna herhangi bir kuşku yoktur. Nitekim maddede “*Cumhurbaşkanı hakkında bir suç işlediği iddiasıyla*” denildiğinden bir kimsenin Cumhurbaşkanlığı sıfatına sahip olduğu sırada gerçekleştirdiği eylemleri dolayısıyla bu sığata özgülenmiş olan yargılama yoluna tabi olacağı tereddütten bütünüyle uzaktır. Bundan başka aynı maddenin altıncı fıkrasında “*Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sırada işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda Yüce Divan yolunun, görev sırasında işlendiği savlanan bir suç bulunması kaydıyla Cumhurbaşkanlığı görevi sonrasında da uygulama alanı bulabileceği görülmektedir. Cumhurbaşkanının görevi sırasında işlediği iddia olunan suçlar arasında bir ayırım yapılmayarak Yüce Divan yolunun

[62] Kanadoğlu ve Duygun, *op.cit.*, s.546-552; Göztepe, *op.cit.*, s.176-186; Gören, *op.cit.*, s.286-287.

[63] Aynı yönde bkz. Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, *op.cit.*, s.318.

görev sonrasına da işlerlik kazandırılması eleştiriye açıktır. Zira bu sırada işlenen göreve ilişkin suçlar yönünden Cumhurbaşkanlığından ayrıldıktan sonra da bu yolun işletilebilmesi anlaşılabilirken, adi bir suç bakımından da aynı usulün devam ettirilmesinin amacını anlayabilmek güçtür^[64]. Öte yandan bu düzenlemeyle -her ne kadar açık bir çıkarım olmakla birlikte- Cumhurbaşkanlığı görevinden sonra işlenen suçlar bakımından artık bu maddenin uygulama alanı bulamayacağı da vurgulanmış olmaktadır. Bununla beraber Anayasa metni, Cumhurbaşkanının görevi başındayken, seçilmeden önce işlediği iddia edilen suçlar yönünden 105. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir açıklık barındırmamaktadır. Bu konu henüz öğretilerde pek fazla tartışma konusu edilmiş olmamakla birlikte şimdiden iki karşıt görüşün ortaya çıktığı görülmektedir.

İlk olarak 105. maddenin altıncı fıkrasında yer alan ve hemen yukarıda değindiğimiz düzenlemenin mefhumu muhalifinden, görevden önce işlendiği iddia edilen suçlar açısından bu maddenin uygulanmayacağı anlamının çıkacağı yönündeki yaklaşım dikkat çekmektedir. Nitekim anılan hüküm ile 105. maddenin görevden sonra da uygulanacağını açıkça düzenleyen Anayasa koyucu görevden önceye ilişkin de bu doğrultuda bir düzenleme yapabileceken bu yola yönelmemiştir. Bu sebeple 105. maddenin görevden önce işlenen fiillere uygulanmaması gerektiği savunulmuştur^[65]. Bu çerçevede diğer bir görüşe göre, 105. maddede hüküm altına alınan cezai soruşturma usulü, sığara özgülenmiş olduğundan, henüz Cumhurbaşkanlığı sıfatı elde edilmeden önceki dönemde işlendiği iddia edilen suçlar yönünden uygulama alanı bulamayacaktır. Zira bu özel soruşturma usulü ancak sıfatla birlikte başlar ve sıfatın yitilmesiyle ortadan kalkar. Şu hâlde ancak bu sıfatın taşıdığı sırada işlendiği iddia olunan suçlar açısından geçerli olur^[66].

Bu görüş karşısında bazı yazarlara göre, 105. maddede hiçbir ayırım yapılmayarak mutlak surette “bir suç işlediği iddiasıyla” ifadesine yer verildiğinden tıpkı suç tipleri arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, göreve

[64] Aynı yönde bkz. Tunç, *op.cit.*, s.305.

[65] Özgüç, *op.cit.*, s.37.

[66] Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022, s.338. Yazar, Cumhurbaşkanlığı sıfatının elde edilmesinden önce işlendiği savlanan suçlar yönünden Anayasada açık bir düzenleme olmaması karşısında, çözüm olarak bu kapsamda milletvekilliği dokunulmazlığı hükümlerinin uygulanmasını önermektedir (*Ibid.*, s.339).

başlama ve suçun işlendiği tarih arasında da herhangi bir farklılaştırmaya gidilmemiştir. Bu bakımdan göreve başlamadan önce işlendiği iddia edilen suçlar yönünden de 105. maddenin uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir^[67]. Gerçekten hükmün içeriğinden lafzi olarak böyle bir anlamın çıktığı söylenebilir. Öte yandan Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar için suç ayırımına gitmesi sebebiyle görev suçları yönünden daha zor ve dolayısıyla güvenceli bir usul olan Meclis soruşturması yolunu, şahsi suçlar açısından ise yasama dokunulmazlığı teminatını getirdiği, Cumhurbaşkanı açısından ise suç ayırımına gitmediği için sadece Meclis soruşturması yoluna ilişkin güvenceyle yetindiği görülmektedir. Bu durumda 105. maddenin Cumhurbaşkanının göreve gelmeden önce işlediği iddia edilen suçlar yönünden uygulanmayacağı sonucuna varıldığında, bu suçlar bağlamında Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na bir güvence getirilmediği anlamı çıkmaktadır. Bu sonucun ise Anayasa koyucunun amacıyla örtüşmediği ifade edilmiştir^[68].

Bizce Anayasa değişikliğinde bu hususun gözden kaçırıldığı aşikârdır. Gerçekten yukarıda ifade edildiği gibi, görev sonrasına ilişkin ayrıca düzenleme yapan Anayasa koyucunun, görevden önce işlendiği savlanan suçlar açısından da pekâlâ bu yönde bir hüküm getirmesini beklemek son derece haklı bir yaklaşımdır. Dolayısıyla bu durumun 6771 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki kanuna hâkim olan ve bir diğer örneği 105. ve 148. maddeler arasında da görülebilen düzenleme tekniği bağlamındaki uyumsuzluklara bir başka örnek olarak gösterilmesi mümkündür. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı için göreve ilişkin suçlar bir yana adi suçlar yönünden bile son derece zahmetli bir prosedür içeren Meclis soruşturması yolunu

[67] Tunç, *op.cit.*, s.305; Eren, *op.cit.*, s. 936-37; Keskinsoy, *Türk Anayasa Hukuku, op.cit.*, s.483; Küçük, *op.cit.*, s.163-164; Aykanat, *op.cit.*, s.94-95. Özkul, *Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu, op.cit.*, s.171-172. Özyüksel, 2018 yılından önce görev yapmış bir Cumhurbaşkanı hakkında vatana ihanet kapsamındaki görev suçları ile görevde bulunduğu sıradaki şahsi suç iddiaları yönünden anılan hükmün uygulanacağını belirtmekte, ancak vatana ihanet dışındaki görev suçları yönünden eski düzenlemede bir şahsi cezazırlık hâli söz konusu olduğundan, yeni düzenlemenin “maddi ceza hukukuna ilişkin aleyhe bir hüküm” teşkil etmesi sebebiyle uygulama alanı bulmayacağını savunmaktadır (Özyüksel, *op.cit.*, s.1080-1081). Aynı yönde bkz. Akbulut, *op.cit.*, s.99-101. Bizce, yukarıda açıklandığı üzere, Cumhurbaşkanının karşı-ımkzaya tabi olmayan işlemleri açısından cezai sorumluluğu tam olduğundan, bu suçlar yönünden de 105. maddedeki yeni düzenlemelerin uygulanması gerekir.

[68] Eren, *op.cit.*, s.936-37.

kabul eden Anayasa koyucunun, seçilmeden önceki iddialar bakımından Cumhurbaşkanını tamamen korumasız bıraktığı sonucuna ulaşmak da gerçeklikten bütünüyle uzaktır. Bu bakımdan 105. maddenin amaçsal yorumundan görevi başındaki Cumhurbaşkanının karşı karşıya kaldığı bütün suç ithamları yönünden bahse konu usulün uygulanacağı anlamının çıktığının kabul edilmesi daha tutarlı bir yaklaşımdır. Öte yandan Anayasa'nın yürürlükteki hükümlerinden bu yönde bir sonuç çıkarılmaması hâlinde, görev başındaki Cumhurbaşkanı hakkında daha önce işlediği iddia edilen bir suç dolayısıyla nasıl yargılama yapılacağı hakkında ciddi bir belirsizlik ortaya çıkacağını belirtmek gerekir. Bu bakımdan, 105. maddedeki usulün görevi başındaki Cumhurbaşkanı açısından zaman sınırlaması yapılmaksızın getirilmiş olduğu sonucuna varılmalıdır. Bizce Anayasa'nın yürürlükteki hükümlerinden çıkarılması gereken sonuç bu olmakla birlikte, bu durumun olması gereken hukuk açısından eleştirilebilmesi mümkündür. Zira bir kimsenin Devlet başkanı seçilmeden önce, dolayısıyla diğer eşit yurttaşlar gibi genel hükümlere tabiyken işlemiş olduğu herhangi bir şahsi suç sebebiyle tüketilmesi son derece zor olan Meclis soruşturması ve Yüce Divan yoluna tabi tutulmasının maksadını anlayabilmek güçtür. Bu yöntemin Cumhurbaşkanının statüsünün ve görevinin niteliklerinin gereği zorunlu olduğu söylenemez. Bundan başka böyle bir uygulamanın aynı zamanda eşitliğe aykırı sonuçlar doğuracağı da açıktır^[69]. Anayasa'nın düzenlemesi bu yönde olmakla beraber bizce bu tür sakıncaları ortadan kaldırmanın yolu, yukarıda suçun mahiyetine ilişkin tartışmalarda önerilen çözümden geçmektedir. Gerçekten Cumhurbaşkanına ilişkin görev suçları ile şahsi suç iddiaları bakımından ayırım yapılması ve göreve ilişkin olanların 105. maddede öngörülen Meclis soruşturması yoluna, bütün şahsi suç iddiaları yönünden ise yasama dokunulmazlığı hükümlerine atıf yapılması hâlinde bu ve benzeri tartışmaların hiçbiri ortaya çıkmayacaktır. Çünkü Cumhurbaşkanı hakkında görev sırasında veya görevden sonra ortaya çıkan görev suçu iddiaları için Meclis soruşturması yolu işletilecek ve Cumhurbaşkanı bu sayede asılsız ithamlardan korunacak, ama aynı zamanda gerek görev sırasında gerekse seçilmeden önceki döneme ilişkin bütün adi suç iddiaları yönünden de dokunulmazlıktan yararlanacaktır. Bu durumda bir yandan dokunulmazlığın nispi olması sebebiyle kaldırılmasının mümkün olması, diğer yandan ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli gibi 83. maddede öngörülen istisnaların

[69] Benzer yönde bkz. Tunç, *op.cit.*, s.305-306; Taşdöğen, *op.cit.*, s.1318; Doğan ve Doğan, *op.cit.*, s. 480.

uygulama alanı bulması dolayısıyla daha adil sonuçların ortaya çıkması sağlanacaktır. Öte yandan dokunulmazlık geçici bir koruma sağladığından, görevden ayrıldıktan sonra ortaya çıkan kişisel suç iddiaları bakımından genel hukuk kurallarının uygulanması mümkün olacaktır. Bu çözümün hem Cumhurbaşkanına görevinin niteliği gereği ihtiyaç duyulan güvencelerin her iki suç türü açısından da sağlanması hem de suçun mahiyetine göre daha dengeli, adil ve makul sonuçlar doğurması bakımından çok daha isabetli bir yol olduğu belirtilmelidir.

Son olarak görevden ayrılan Cumhurbaşkanının, seçilmeden önceki bir suç ithamı dolayısıyla anılan maddedeki usule göre Yüce Divanda yargılanmasına imkân olmadığını ifade etmek gerekir. Çünkü öncelikle böyle bir iddia artık 105. maddedeki düzenleme bağlamında Cumhurbaşkanı hakkındaki bir suç iddiası olmaktan çıkmıştır^[70]. İkinci olarak, 105. maddenin altıncı fıkrasında bu madde hükmünün görev sonrasına ilişkin uygulaması açıkça düzenlenmiş olup bu çerçevede “*Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sırada işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde uygulanır*” denilmektedir. Şu hâlde bu hükme göre 105. maddenin görev sonrası dönem için uygulaması sadece görev sırasında işlendiği iddia olunan suçlara indirgenmiştir. Kanunun açık hükmüne karşı yorum yasağı aksi yönde bir çıkarımda bulunmayı engellemektir. Dolayısıyla Anayasa koyucunun görev sonrası döneme yönelik açık bir düzenleme yapması ve bu zaman diliminde yalnızca görev sırasında işlenen suçlar açısından özel soruşturması yolunun işletileceğini belirtmesi sebebiyle, Cumhurbaşkanı görevden ayrıldıktan sonra ortaya çıkan seçilmeden önceki döneme ilişkin suç iddiaları bakımından genel hükümlerin tatbik edileceğinde hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

SONUÇ

2017 Anayasa değişiklikleriyle Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusunda çok kapsamlı bir dönüşüm gerçekleştirildiği buraya kadar yapılan açıklamalardan net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda yeni rejimde Anayasa'nın sorumluluk bakımından yalnızca cezai sorumluluğu düzenleme konusu yaptığı, buna karşılık diğer sorumluluk türlerinden hiç bahsetmediği görülmektedir. Bu durumda Cumhurbaşkanının her eşit yurttaş gibi hukuki sorumluluğunun tam olduğunda bir tereddüt bulunmamakla

[70] Eren, *op.cit.*, s.937.

birlikte, yeni düzenlemeyle hükümet rejimi tercihinin bir sonucu olarak parlamento önünde siyasi sorumluluk taşıma prensibine bütünüyle son verildiği aşikârdır. Cezai sorumluluk açısından ise 2017 öncesine göre son derece radikal bir dönüşüme gidilmiştir. Nitekim yeniden kaleme alınan 105. maddede, eski düzenlemedeki vatana ihanet hâline hasredilen Yüce Divan yargılaması yönteminden vazgeçilerek, bu yola girişilebilmesi için Cumhurbaşkanı hakkında *bir suç işlediği* iddiası yeterli görülmektedir. Bu itibarla herhangi bir suç tanımlamasına gidilmeyip mutlak şekilde “bir suç” lafzının kullanılması, Cumhurbaşkanı'nın 105. maddede öngörülen cezai sorumluluğunun kapsamına herhangi bir tahdit bulunmaksızın bütün suçların girdiği izlenimi uyandırmaktadır.

Bununla birlikte çalışmada, 105. maddenin bahse konu düzenlemesinin, cezai sorumluluğun kapsamının nasıl belirleneceği konusundaki tereddütleri bütünüyle ortadan kaldırmadığı gösterilmiştir. Bu bağlamda, öğretilerde cezai sorumluluğun tespitine yönelik olarak yürütülen tartışmalara değinilmiş ve bu yolda serdedilen farklı görüşler ayrı ayrı ele alınmıştır. Buna göre ilk belirsizliğin, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğuna ilişkin 105. maddesinin yeni hâli ile 2017 Anayasa değişikliğiyle herhangi bir değişime uğramamış olan ve Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesi arasındaki uyumsuzluktan kaynaklandığı söylenebilir. Yukarıda etraflıca ele alınan bu tartışmanın özünü, 105. maddenin Cumhurbaşkanı hakkında Yüce Divan yargılamasına tabi suç iddialarını herhangi bir ayırım yapmaksızın düzenlemesine karşılık, 148. maddede Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanı'nı ve maddede sayılan diğer kişileri görev suçu bakımından Yüce Divan sıfatıyla yargılayacağı'nın hüküm altına alması oluşturmaktadır. Bahse konu tartışma, her iki madde arasında bir uyumsuzluk olduğu tespitine dayalı olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten Anayasa değişiklikleri yapılırken 148. maddenin yeni düzenlemeye uyumlulaştırılmasının gözden kaçtığı ihtimali yadsınamayacak ölçüde kuvvetlidir. Ancak aynı seviyedeki iki norm arasında bir çatışma ilişkisi olduğunda sonraki kanunun önceki kanunu zımnen ilga edeceği yönündeki yorum ilkesi uyarınca 2017 yılında yürürlüğe giren 105. maddeye öncelik tanınması gerektiği kabul edilmelidir. Öte yandan bir başka yorum kuralı da genel hüküm karşısında özel hükme üstünlük verileceği yönündedir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak gibi çok sayıda görev ve yetkisini düzenleyen 148. maddenin yanında özel olarak Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divanda yargılanma esaslarını gösteren 105. maddenin özel hüküm olarak telakki

edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Dolayısıyla söz konusu yorum yöntemine göre de 105. maddeye öncelik verilmesi icap eder. Bundan başka sistematik bir yorumla her iki kurala da işlerlik kazandırılması mümkündür. Nitekim 148. maddenin Anayasa Mahkemesine Cumhurbaşkanını görev yönünden yargılama yetkisi verdiği, 105. maddenin ise bu yetkinin kapsamına yalnızca Cumhurbaşkanı özelinde şahsi suçları da aldığı söylenebilir. Şu hâlde 2017 değişiklikleriyle birlikte artık 1982 Anayasası'nda, Cumhurbaşkanının hem görev hem de şahsi suçları yönünden, Meclisteki özel soruşturma usulünü müteakip Yüce Divan yargılaması yolunun kabul edildiği sonucuna varılmalıdır.

Cezai sorumluluğun kapsamına yönelik ikinci belirsizlik, 105. maddede öngörülen özel soruşturma usulünün zaman bakımından uygulanması konusunda ortaya çıkmıştır. Nitekim maddede, Cumhurbaşkanının görev sırasında işlediği iddia edilen suçlar yönünden görevden ayrıldıktan sonra da bahse konu usulün tatbik edileceği hüküm altına alınmak suretiyle görevden sonraki uygulama açıklığa kavuşturulmuştur. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı görevi başındayken, seçilmeden önceki bir zamanda bir suç işlediği iddiası ortaya çıkarsa ne yapılacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu hâllerde 105. maddenin uygulanmayacağı yönünde görüşler ortaya konulmuş olmakla beraber, bizce hem maddenin kaleme alınış biçimindeki mutlaklık hem de bu tür ithamlar bakımından milletvekili dokunulmazlığı yoluyla Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara tanınan güvencenin Cumhurbaşkanı vermediğini kabul etmenin tutarlı bir çıkarım olmayacağı ve Anayasa koyucunun amacıyla örtüşmeyeceği gerekçesiyle bahse konu özel soruşturma yolunun bu durumda da geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.

Pozitif hükümlerden çıkarılması gereken sonuçlar bizce bu minvalde olmakla birlikte, Anayasa'nın bahse konu düzenlemelerinin isabetli olmadığı da vurgulanmalıdır. Öncelikle 105. maddenin yeni hâlinde Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yargılanması için görev suçları ile kişisel suçlar yönünden herhangi bir ayırım yapılmamasının makul bir düzenleme olmadığı belirtilmelidir. Ayrıcalıklı ve istisnai bir yol olan Yüce Divan yargılamasının görevin niteliği gereği tanınan bir güvence olması sebebiyle tarihi olarak daima görevle ilgili suçlara hasredildiği bilinmektedir. Hâl böyleyken görevle hiçbir bağlantısı olmayan sıradan ve adi bir suçun göreve ilişkin suçlar için tasarlanan ve tüketilmesi son derece zor ve zahmetli olan Yüce Divan usulüne bağlanmasını anlamak güçtür. Üstelik bu ayırımın

görev sırasında yapılmaması bir yana, buna ilave olarak görevden ayrıldıktan sonra da sürdürülüyor olması, epey ilginç bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Görev sırasında işlendiği iddia edilen kişisel bir suç için Cumhurbaşkanlığı görevi ve sıfatı sona erdikten sonra da Yüce Divan yolunun işletilmesini, Yüce Divan yönteminin ihdas edilmesine ilişkin tarihi sebeplerle bağdaştırmanın zor olduğu şüphesizdir.

Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun kapsamına yönelik tercih ettiği bahse konu yöntemin, içerdiği bu sakıncalar bir yana, çalışmada ele alıp çözümlenmeye çalıştığımız belirsizliklerin de bizatihi sebebi olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten hiçbir suç ayırımı yapmadan özel soruşturma usulünü ihdas etmeye çalışan 105. madde örneği karşısında, Anayasa'nın bütünlüğü içinde gerek suçun türü, gerekse işleme zamanı yönünden kaçınılmaz olarak birtakım tereddütler doğmuştur. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar yönünden bugüne kadar bu ve benzeri hiçbir tereddüdün ortaya çıkmamış olduğu görülmektedir. Bunun sebebi ise anılan sorumluluk rejiminin çok daha makul bir şekilde kaleme alınmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 106. maddesi, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar açısından görevleriyle ilgili bir suç iddiası söz konusu olduğunda 105. maddedekine benzer bir Meclis soruşturması ve akabinde Yüce Divan yolunu öngörmekte, buna mukabil şahsi suç iddiaları yönünden ise yasama dokunulmazlığı hükümlerinden yararlanılacağı belirtilmektedir. Bu itibarla bahse konu düzenleme şeklinde açıkça suç türüne göre ayırım yapılarak, her suç çeşidi yönünden en makul ve olağan görülebilecek güvence mekanizması benimsenmiş olmaktadır. Böylelikle bir yandan suçun kapsamına yönelik belirsizlik hiç ortaya çıkmamış, diğer yandan gerek görev sırasında gerekse göreve başlamadan önce işlendiği iddia edilen kişisel bir suç bulunması hâlinde yalnızca görev boyunca koruma sağlayan ve kaldırılması da mümkün olan milletvekilliği dokunulmazlığı güvencesi tanınmıştır. Şu hâlde bu düzenlemeyle Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar, bir yandan görev sırasında karşılaştıkları her iki tür suç ithamı yönünden de koruma altına alınabilmekte, bir yandan da görevden sonra ortaya çıkan iddialar söz konusu olduğunda, göreve ilişkinse Meclis soruşturması yoluna, şahsi bir suç ise eşitlik ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak diğer bireyler gibi genel hükümlere tabi olmaktadır. Böylece ne suçun türü ne de işleme zamanı açısından bir tartışma veya belirsizlikten bahsedilebilir. Bizce Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu bakımından da bu yöntemden ayrılmayı gerektirecek herhangi bir anayasal veya hukuki

sebepl bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanının sorumluluğu gibi önemli ve hassas bir konunun, bütün şüphe ve tartışmalardan uzak ve her türlü soru işaretini ortadan kaldıracak bir yöntemle düzenlenmesi arzu ediliyorsa, bu yolun benimsenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, “Anayasanın 105. Maddesinde Yapılan Değişiklik Kapsamında Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğuna İlişkin Esaslar”, in *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2020.
- Aktaş, Kadir, “Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı”, *TBB Dergisi*, Sayı 84, Eylül-Ekim, 2009, s.260-297.
- Akyazan, Ahmet Emrah, “Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, in *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara, Ankara Barosu Yayını, 2012, s.9-19.
- Alkan, Haluk, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi”, *Yeni Türkiye (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı)*, Sayı 94, 2017, s.471-476.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022.
- Arslan, Çetin, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Nobel Yayınları, 1. Baskı, 1999.
- Aslan, M. Yasin, “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 82, Mayıs-Haziran 2009, s.1-12.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023.
- Aykanat, Tuba, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Nuran Koyuncu), Konya, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 535205).
- Coşkun, Vahap, “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 36, 2017, s.3-30.
- Çoban, Ali Rıza ve Ali İhsan Erdağ, “Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması”, *TBB Dergisi*, Sayı 75, Mart-Nisan 2008, s.177-189.

- Derdiman, Ramazan Cengiz, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Alfa Aktüel Yayınları, 2. Baskı, 2011.
- Doğan, Bayram ve İdris Doğan, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2 2020, s.468-483.
- Döner, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2024.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Orion, 7. Baskı, 2011.
- Erdoğan, Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Hukuk Yayınları, 2. Baskı, 2019.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022.
- Esen, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2016, s.45-73.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2015.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 10 Baskı, 2022.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2020.
- Gözler, Kemal. “Cumhurbaşkanı Kişisel Suçlarından Dolayı Yüce Divanda Yargılanabilir mi? Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu Konusunda Görüş Değişikliği”, https://www.anayasa.gen.tr/cb-kisisel-suc.htm#_ftnref1 (Yayın Tarihi: 8 Temmuz 2024).
- Gözler, Kemal, *Devlet Başkanları Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*. Bursa, Ekin, 1. Baskı, 2001.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 16. Baskı, 2014.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 28. Baskı, 2023.
- Göztepe, Ece, “Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu Almanya ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, in *TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı*, İstanbul, Tekin Yayınları, 2022.

- Gül, Cengiz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanının Cezai ve Siyasi Sorumluluğu”, *Atlas International Refereed Journal on Social Sciences*, Cilt 5, Sayı 19, 2019, s.390-396.
- Gül, Cengiz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2018, s.235-262.
- Gülener, Serdar ve Nebi Miş, *Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, Ankara, SETA Analiz, 2017.
- Kaboğlu, İbrahim Ö, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul, Legal, 18. Baskı, 2023.
- Kanadoğlu, Osman Korkut ve Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, On İki Levha, 3. Baskı, 2023.
- Kara, Sümeyye, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi* Cilt 5, Sayı 2, 2022, s.237-276.
- Karatepe, Şükrü, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Savaş, 2. Baskı, 2018.
- Keskinsoy, Ömer, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Monopol, 7. Baskı, 2022.
- Keskinsoy, Ömer, *Cumhurbaşkanının Sorumluluğu*, Ankara, Savaş, 1. Baskı, 2012.
- Küçük, Adnan, “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 87, 2017, s.157-190.
- Okutan, Saniye Gizem, *Yürütme Organının Siyasi Sorumluluğunun Sağlanmasında Alternatif Anayasal Müesseseler*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2023.
- Önder, Salih, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Ankara, Turhan, 1. Baskı, 2007.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 14. Baskı, 2013.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 17. Baskı, 2017.

- Özgüç, Levent Emre, “Cumhurbaşkanının Ceza Sorumluluğu ve Yargılanma Usulü-1982 Anayasası ile Önerilen Değişikliğin Karşılaştırılması”, *Güncel Hukuk*, Sayı, 160, Nisan 2017, s.34.
- Özkul, Fatih, *1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı* (Doktora Tezi, Danışman Erdal Onar) Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 302130).
- Özkul, Fatih, *2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu*, Ankara, Yetkin, 1. Baskı, 2020.
- Öztürk, Bahri, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi: Yüce Divan”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 12, 1995, s.59-108.
- Özyüksel, Özgün, “Türk Ceza Hukukunda ‘Tam Sorumlu Cumhurbaşkanı’”, *in Metin Günday Armağanı*, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayını, 2020, s.1051-1094.
- Sevinç, Murat, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı, 2, 2002, s.109-37.
- Şen, Ersan ve Bilgehan Özdemir, “Yüce Divan Yargılaması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2012, s.175-192.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 19. Baskı, 2010.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, 2001.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2023.
- Taşdöğen, Salih, “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.1293-1324.
- Taşkın, Cankat, “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 92, Ocak-Şubat 2011, s.384-418.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, 17. Baskı, 2014.

- Teziç, Erdoğan, “Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, in *Tarık Zafer Tunaya Armağanı*, İstanbul, İstanbul Barosu, 1992, s.277-280.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 5. Baskı, 1982.
- Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet, 3. Baskı, 2022.
- Ulusoy, Ali, “Cumhurbaşkanı’nın Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 66, Sayı 3, Yaz, 2008, s.13-25.
- Ünal Açıkgöz, Merve, *2017 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Yürütmenin Denetlenmesi*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2021.
- Yıldız, Abdulkadir, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, Ocak 2019, s.1-20.
- Yılmaz, Didem, “Seçim Döneminde Cumhurbaşkanının Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi ve Bireysel Başvuru Yolu”, *TBB Dergisi*, Sayı 122, Ocak-Şubat 2016, s.47-72.

Sismik Değişim: Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden İhracı ve Reykjavik Zirvesi Sonrası Konsey'in Geleceği

Eray ACAR*

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

* Arş. Gör. Dr., Hitit Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, erayacr@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-8524-6127

Makale geliş tarihi: 31 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 1 Aralık 2024

Atf önerisi: Acar, Eray, “Sismik Değişim: Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden İhracı ve Reykjavik Zirvesi Sonrası Konsey'in Geleceği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s.561-594. **DOI:** 10.30915/abd.1541332.

SİSMİK DEĞİŞİM: RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİ'NDEN İHRACI VE REYKJAVİK ZİRVESİ SONRASI KONSEY'İN GELECEĞİ

ÖZ

Avrupa Konseyi, Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı saldırı savaşı sonrası 16 Mart 2022'de Rusya'nın Konsey'den ihraç edilmesine karar verdi. Rusya'nın girişimi, Konseyin üzerine inşa olduğu temel değerler ile açık bir uyumsuzluk teşkil etmesi, Avrupa'daki mevcut siyasi-hukuki düzeni tehdit etmesi bağlamında “sismik değişim” olarak nitelenmiştir. Bu tehditin sonrasında Konsey 4. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'ni 18 yıllık bir aradan sonra 16-17 Mayıs 2023 tarihlerinde Reykjavik'te düzenlemeye karar verdi. Bu çalışmada Zirve'nin Avrupa Konseyi'nin işleyişi içerisindeki yeri ve Konsey'in Avrupa'da insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü koruma amacı bağlamındaki güncel konumu irdelenecektir. Reykjavik Zirvesi, daha önce 1993'te Viyana'da, 1997'de Strazburg'ta ve 2005'te Varşova'da düzenlenen Zirveler'in içerikleri, bu toplantıları çevreleyen koşullar doğrultusunda karşılaştırılmaktadır. Kriz anlarında güçlü siyasi mesaj vermek adına düzenlenen bu toplantılar, Avrupa Konseyi için istisnai veya kriz olarak addedilen durumların ortaya konması bakımından da önem arz etmektedir. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirveleri'nin karşılaştırılması ve güncel gelişmelerle birlikte değerlendirilmesi yoluyla Avrupa Konseyi'nin geleceğine dönük bir yön tahminine ulaşmak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Konseyi, Rusya, Ukrayna, Reykjavik Zirvesi, insan hakları.

SEISMIC CHANGE: THE FUTURE OF THE COUNCIL OF EUROPE AFTER RUSSIA'S EXPULSION FROM THE COUNCIL AND THE REYKJAVÍK SUMMIT

ABSTRACT

The Council of Europe decided to expel Russia from the Council on 16 March 2022 following Russia's war of aggression against Ukraine. Russia's initiative was characterized as a 'seismic change' in the sense that it constituted a clear incompatibility with the fundamental values on which the Council was built and threatened the existing political-legal order in Europe. In the wake of this threat, the Council held its 4th Summit of Heads of State and Government in Reykjavik on 16-17 May 2023, after an 18-year break. This study will examine the place of the Summit in the Council of Europe's order and the current situation of the Council in the context of its aim to protect "human rights, democracy, and the rule of law" in Europe. The Reykjavik Summit is compared with the content of the previous Summits in Vienna in 1993, Strasbourg in 1997, and Warsaw in 2005 in the context of the circumstances surrounding these meetings. These meetings, organized to deliver a strong political message in times of crisis, are also crucial in revealing situations considered exceptional or crises for the Council of Europe. By comparing the Summits of Heads of State and Government and analyzing them in light of current developments, the aim is to predict the future direction of the Council of Europe.

Keywords: Council of Europe, Russia, Ukraine, Reykjavik Summit, human rights.

GİRİŞ

Avrupa'da mevcut siyasi-hukuki düzenin derinden sarsıldığı bir dönem içerisinde olduğumuz anlamında “sismik değişim” ifadesi, Avrupa Konseyi Üst Düzey İzleme Grubu'nun (High-level Reflection Group of Council of Europe/HLRG) 2022 raporunda, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırı savaşı dolayısıyla karşı karşıya kalınan durum için kullanılan bir nitelemedir^[1]. Avrupa Birliği (AB) liderlerinin savaşın başlamasından sonra bir araya geldikleri 11 Mart 2022'deki Gayriresmi Devlet ve Hükümet Başkanları Toplantısı sonrası ilan edilen Versailles Deklarasyonu'nda da aynı anlamda tektonik değişim ifadesi kullanılmıştır^[2].

Sismik değişim ifadesiyle anılan koşulların, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırı savaşı başlatması sonrası Konsey ve ona bağlı organların bu koşullarda aldığı reaksiyonların irdelenmesi, Avrupa'da insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü koruma, bu alanlarda standart koyma işlevini üstlenen Avrupa Konseyi'nin (AK/Konsey) mevcut pozisyonunu ortaya koymak bağlamında önem arz etmektedir.

Makale üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, sismik değişim olarak nitelenen koşullar, Rusya-Ukrayna Savaşı dolayısıyla Rusya'nın Konsey'den ihracı süreci ve Reykjavik Zirvesi'nde ele alınan konular ile ilan edilen Deklarasyon inceleme konusu edilecektir. İkinci bölümde Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvelerinin Avrupa Konseyi organizasyonu içerisindeki yeri, daha önce gerçekleştirilen Zirveler ve bu toplantıları hazırlayan koşullar ele alınmaktadır. Bu yolla son Zirve ile daha öncekiler arasında bir örüntü

[1] High-level Reflection Group of the Council of Europe (HLRG), *Report of the High-level Reflection Group of the Council of Europe*, Strasbourg, Council of Europe, October 2022, s.9., (<https://rm.coe.int/report-of-the-high-level-reflection-group-of-the-council-of-europe-1680a85cf>) (Erişim Tarihi: 26.08.2024) Üst düzey İzleme Grubu Avrupa Konseyince Bakanlar Komitesi'nin 20 Mayıs 2022'deki Turin toplantısı sonrasında Konsey'in karşı karşıya kaldığı güçlülere karşı alabileceği reaksiyonları değerlendirmek ve buna dönük raporlar hazırlamak üzere oluşturulmuştu. Committee of Ministers of Council of Europe, 132nd Session of the Committee of Ministers, 2. United around our values – Council of Europe response to the aggression of the Russian Federation against Ukraine, Turin, Italy, 20 May 2022, <https://search.coe.int/cm/?i=0900001680a68f5e> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[2] European Council, Versailles Declaration: Informal meeting of the Heads of State or Government, 10 and 11 March 2022, para.6., <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2022/03/10-11/> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

tespit etmek amaçlanmaktadır. Son bölümde ise Reykjavik Zirvesi sonrası yaşanan gelişmeler ile birlikte Avrupa Konseyi'nin Avrupa'daki geleceğine, Avrupa Birliği ile ilişkilerine dair tahminlerde bulunulacaktır.

I. RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİNDEN İHRACI ve REYKJAVİK ZİRVESİ

Rusya'nın 24 Şubat 2022 tarihinde Ukrayna'ya saldırı savaşı başlatması Avrupa Konseyi içinde büyük bir infial yarattı. Konsey Statüsü'nün 3. maddesi doğrultusunda “hukukun üstünlüğü ve kendi yetki alanı içinde bulunan herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkelerini kabul etmesi; Konsey'in kuruluş amaçlarını gerçekleştirmek adına iş birliği içerisinde olması”^[3] gereken bir üye devletin bir başka üye devlete savaş açması, Statü'nün açık bir ihlali ve Konsey'in varlığını kökten tehdit eden bir girişimdir^[4]. Konsey, Rusya'nın üye ülkeler arası silahlı çatışmanın faili olması dolayısıyla, önce temsil haklarını askıya alma, daha sonra Konsey üyeliğinden çıkarma yoluyla uluslararası alanda en net tepkilerden birini ortaya koydu.

Esasında Avrupa Konseyi Statüsü'nde bir üyenin doğrudan ihracı düzenlenmemiştir. Statünün 7. Maddesi üyelikten çekilmeyi, 8. Maddesi ise üyelikle bağdaşmayan tutum ve eylemlerden dolayı bir üyeye uygulanacak yaptırımları konu edinmektedir. 8. Maddede ihraç ifadesi kullanılmamakta, bunun yerine çekilmeye davet etme ifadesi tercih edilmektedir^[5]. Statüde

[3] Avrupa Konseyi, Avrupa Konseyi Statüsü, Londra, 1949, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[4] Bu husus saldırı sonrasında Konsey organlarından yapılan açıklamalarda da zikredilmiştir. Bkz. Marija Pejčinović Burić, “Statement from Council of Europe Secretary General Marija Pejčinović Burić on the Military Attack by the Russian Federation on Ukraine”, (<https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/statement-from-council-of-europe-secretary-general-marija-pejcinovic-buric-on-the-military-attack-by-the-russian-federation-on-ukraine>) (Yayın Tarihi: 24.02.2022); Dunja Mijatović, “Commissioner for Human Rights' Statement on the Situation in Ukraine”, (<https://www.coe.int/tr/web/commissioner/-/commissioner-for-human-rights-statement-on-the-situation-in-ukraine>) (Yayın Tarihi: 24.02.2022)

[5] “Madde 8: Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dahilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir.”

öngörülen yaptırımlar, temsil haklarının askıya alınması ve 7. Maddedeki çekilmenin taraf devletten istenmesi şeklindedir. İstisnai olarak taraf devlet çekilme talebini yerine getirmese Konsey üyeliği, Komite'nin belirleyeceği tarihten itibaren sona ermiş sayılacaktır. Ancak burada da düzenlemenin bir ihraç yerine çekilmiş sayılma olarak görülmesi yerinde olacaktır^[6].

Diğer taraftan Rusya ile Ukrayna arasındaki savaş, iki konsey üyesinin silahlı çatışma içerisine girdiği ilk örnek değil. Daha önce yine Rusya'nın 2008'de Gürcistan'a ve 2014'te Ukrayna'ya silahlı müdahalede bulunduğu bilinmektedir. Bunun haricinde Ermenistan ile Azerbaycan arasındaki savaş da iki üye ülkenin çatıştığı örnekler arasındadır. Ancak daha önceki bu örneklerde çatışma tarafı Konsey üyelerinin üyelikten ihracı söz konusu olmamıştır. Bu durum söz konusu savaşlarda krizin bölgesel kalması, Avrupa geneline yayılması tehlikesinin ancak son Ukrayna savaşından itibaren yakın bir tehdit olarak görülmesi dolayısıyla olmalıdır.

Rusya-Ukrayna Savaşı'nın başlamasından sonra savaşın getirdiği krize Konsey üyesi ülkelerin en yüksek düzeyde temsiliyle ortak tepki vermek ve Ukrayna'ya destek olmak adına Reykjavik'te Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi düzenlenmiştir. Daha önceki çatışma durumlarında ise bu tarz bir ortak mesaja ihtiyaç duyulmamıştır.

Rusya'nın üyeliğinin sonlandırılmasına dek 8. Maddenin işletilmesi birkaç kez gündeme gelmesine karşın, daha önce üyeliğin sonlandırılması hiçbir üye için söz konusu olmamıştır. Daha önce Yunanistan için 1967'deki darbeden sonra 8. Madde kapsamında çekilmeye davet prosedürü gündeme gelmiş,

Avrupa Konseyi Statüsü, Madde 8.; İlgili düzenlemeye ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Florence Benoît-Rohmer and Heinrich Klebes, *Council of Europe Law: Towards a Pan-European Legal Area*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005, s. 40 vd.

[6] 8. Madde ile ilgili bir diğer sorun, statüyü ciddi bir şekilde ihlal eden durumların belirsizliğidir. Hangi durumlarda bu maddeye işlerlik kazandırılacağına ilişkin bir klavuz bulunmamaktadır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Jörg Polakiewicz, Antoine Karle ve Emilija Spasovska, "Fairness in the Practice of International Law and Organisations: The Council of Europe's Perspective", *AEL 2024/08 Academy of European Law European Society of International Law Paper*, 2024, s.1-18.; Kanstantsin Dzehtsiarou ve Donal K. Coffey, "Suspension and Expulsion of Members of the Council of Europe: Difficult Decisions in Troubled Times", *International & Comparative Law Quarterly*, Cilt 68, Sayı 2, 2019, s.443-476.

ancak bu prosedüre gerek kalmaksızın Yunanistan 7. Madde kapsamında kendiliğinden çekilme talebinde bulunmuştur^[7].

Rusya'nın üyelikten ihracı sürecinde yukarıda zikredilen düzenlemeye tam olarak uyulmamıştır. İlk olarak, saldırının başladığı tarihten bir gün sonra, 25 Şubat 2022'de temsil haklarının askıya alınması kararı alınmıştır^[8]. Bakanlar Komitesi 10 Mart 2022 tarihli toplantısında ise üyelikten çekilme talebine dair süreç için Parlamenterler Meclisinden danışma görüşü isteyen bir karar alır^[9]. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM), 15 Mart'taki toplantısında ilan edilen Görüş metninde Rusya'nın Konsey statüsü ile bağdaşmayan eylemleri dolayısıyla artık Konsey üyesi bir devlet olamayacağını, bu yüzden Bakanlar Komitesi'nin derhal çekilme talebini Rusya'ya iletmesi gerektiğini bildirir^[10]. Rusya'nın 15 Mart tarihinde üyelikten çekilme talebini iletmesine karşın, Bakanlar Komitesi bu talebi dikkate almaksızın 16 Mart'ta üyeliği sona erdirmeye kararı almıştır^[11]. Bu durum ancak üyelikten çekilme sürecinden daha yoğun ve doğrudan bir siyasi tepki verme isteği ile açıklanabilir.

[7] Benoit-Rohmer ve Klebes, *op.cit.* s. 40. Statünün 8. Maddesi Türkiye için 1980 darbesi sonrası ve 1995'teki sınır-ötesi operasyonlar sonrası; Kıbrıs için 1960'larda Türk toplumunun Konsey'deki temsilini engellemeleri gerekçesi ile; Malta için ise 1980'lerde muhalif siyasilere ifade özgürlüğünün engellenmesi dolayısıyla gündeme gelmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.*, s.41 vd.

[8] Committee of Ministers of the Council of Europe. 2.3 Situation in Ukraine – Measures to Be Taken, Including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe, 1426ter Meeting, 25 February 2022, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a5a360> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[9] Committee of Ministers of Council of Europe, 2.3 Consequences of the aggression of the Russian Federation against Ukraine, 1428bis meeting, 10 March 2022, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a5c619> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[10] Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Opinion 300 (2022), Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine, 15 March 2022, para.20, <https://pace.coe.int/pdf/c31443e940156c87eced0fbb80aee5a6de0aec5c3eebbe5b08e2448fb47149cd?title=Opinion%20300.pdf> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[11] Committee of Ministers of Council of Europe, Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, 16 March 2022 <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a5da51> (Erişim Tarihi: 26.08.2024); Andrew Dzemczewski ve Rick Lawson, "Exclusion of the Russian Federation from the Council of Europe and the ECHR: An Overview", *Baltic Yearbook of International Law Online*, Cilt 21, Sayı 1, 2024, s.43.

Güçlü siyasi tepki verme arzusunun yansıması olarak Parlamenterler Meclisi, daha sonra Üst Düzey İzleme Grubu, bir devlet ve hükümet başkanları zirvesi gerçekleştirilmesini önerir^[12]. Bu doğrultuda 16-17 Mayıs 2023 tarihleri arasında Bakanlar Komitesi dönem başkanlığını üstlenen İzlanda'nın girişimi ile Reykjavik'te 4. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi düzenlenmiştir.

Reykjavik Zirvesi temel olarak var olan taahhütlerin tazelenmesi ve daha güçlü biçimde tekrar zikredilmesini amaçlamaktadır^[13]. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Marija Pejčinović Burić'in ifadesiyle Reykjavik Zirvesi ile birlikte liderler, "kıtamızın pek çok kısmında gördüğümüz demokratik geriye gidişe karşı açık bir taahhütte bulunma ve içinde yaşadığımız hızla değişen toplumlara Avrupa standartlarını uygulamayı sağlamaya dönük güçlü bir beyan"^[14] ortaya koydular. Toplantıdan sonra ilan edilen Reykjavik Deklarasyonu da "Değerlerimiz Etrafında Birleşme" başlığını taşımaktaydı^[15].

Deklarasyon metninde Konsey'in 1949'da kuruluşunun Avrupa'daki büyük savaşın ardından, "hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı ve demokrasinin kıtadaki otoriter ve totaliterizm karşı en iyi savunma aracı olduğu inancı"nın ürünü olduğu vurgulandı. Demokrasinin yine benzer ölçüde saldırı altında oluşunun Zirve'de toplanmanın asıl sebebi olduğu deklare edildi^[16].

[12] PACE, Opinion 300, *op.cit.*, para.17; HLRG, *op.cit.*, s.14.

[13] Antoine Buyse, "Reykjavik Summit and Declaration", *ECHR Blog*, 17 Mayıs 2023, <https://www.echrblog.com/2023/05/the-reykjavik-summit-and-declaration.html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[14] Marija Pejčinović Burić, *Our Rights, Our Future: Annual Report of the Secretary General of the Council of Europe 2024*, Strasbourg, Council of Europe, 2024, s.5, (https://edoc.coe.int/en/module/ec_addformat/download?cle=be100b06aa2c4c5164f9f1c4a4fe2781&k=5b68fc6e105b6dab57f417a26052f255) (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[15] Council of Europe, Reykjavik Declaration: United Around Our Values, Reykjavik Summit 16-17 May 2023 4th Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, Council of Europe, 16-17 May 2023, <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[16] *Ibid.*, s.9.

Zirvenin ana gündem maddesi doğal olarak Ukrayna'ya destek olmak ve Rusya'ya karşı güçlü bir siyasi mesaj vermektir. Buna ek ve belki daha önemli olarak Ukrayna'da savaş dolayısıyla gerçekleşen zararların tespitine ve kayıt altına alınmasına yönelik bir mekanizma kurulması kararlaştırıldı^[17]. Savaş zararlarının tespiti ve kayıt tutma talebi ilk olarak Ukrayna tarafından gelmişti. Ukrayna Adalet Bakanı Vekili Iryna Mudra AKPM'nin 12 Aralık 2022 tarihli toplantısında Rusya'nın sebep olduğu zararların uluslararası bir kuruluş aracılığıyla kayıt altına alınmasını, zararların tazmini için bir ön adım olarak talep etti^[18]. Reykjavik Zirvesi'nin getirilerinden biri olarak Ukrayna için Zarar Kaydı (Register of Damage for Ukraine/RD4U), sahadan aldığı veri ile Rusya'nın neden olduğu zararlardan sorumlu tutmayı amaçlamaktadır.^[19]

Zirvede, ortak değerler çerçevesinde birleşme ve Konsey'in temel amaçlarına bağlılığı en yüksek düzeyde yineleme amacı doğrultusunda Reykjavik Demokrasi İlkeleri ilan edildi.^[20] Ayrıca, Ukrayna-Rusya gündeminden başka Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) uzunca bir süredir

- [17] *Ibid.*, s.4; Appendix I, s.10. Zarar Kaydı'nın işleyişini tespit eden Statü için bkz. Committee of Ministers of Council of Europe, Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine, CM/Res(2023)3-consolidated, 12 May 2023, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680acc3f9> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)
- [18] PACE, Compensation mechanisms for Ukraine the focus of a PACE hearing in Paris, 13 December 2022, <https://pace.coe.int/en/news/8924/compensation-mechanisms-for-ukraine-the-focus-of-a-pace-hearing-in-paris> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)
- [19] Zarar Kaydı'nın işleyişine yönelik ayrıntılı inceleme için bkz. Olena Agapova, "International Register of Damage: The Guarantee of Recovering Justice in Ukraine", *Journal of Liberty and International Affairs*, Cilt 10, Sayı 1, 2024, s.97-110.; Marten Breuer, "Register of Damage for Ukraine: A Promising First Step towards Reparation?", *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2024, chron. no. 29, <https://revuedlf.com/cedh/the-register-of-damage-for-ukraine-a-promising-first-step-towards-reparation/> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)
- [20] Council of Europe, Reykjavik Declaration, *op.cit.*, Appendix iii: Reykjavik Principles for Democracy, s.15. Söz konusu ilkelere ilişkin bir değerlendirme için bkz. Diğdem Soyaltın-Colella, "Council of Europe and The Reykjavik Principles for Democracy 'Are They Enough?'" , *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2024, chron. no. 21, <https://revuedlf.com/cedh/council-of-europe-and-the-reykjavik-principles-for-democracy-are-they-enough/>. (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

karşı karşıya kaldığı, kararların uygulamaya geçirilmesindeki problemler de zikredildi^[21]. Bunun haricinde iklim değişikliği, gezegen ölçeğinde kirlilik ve biyo-çeşitliliğin azalması sorunları çerçevesinde çevrenin korunmasına ilişkin ortak önlem alma gerekliliği de vurgulandı^[22].

Avrupa Birliği ile ilişkilere dair özel bir vurgu da Deklarasyon metninde kendine yer buldu. AB'nin Konsey'in siyasi, hukuki, mali alanda en önemli stratejik ortağı olduğu vurgulandı ve AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılımının, ilişkileri güçlendirilmiş iş birliğine dayanan yeni bir yola sokacağına altı çizildi^[23].

Son olarak, Deklarasyon metninde Konsey'in ve AİHM'nin işleyişinin mali açıdan sürdürülebilir olmasını sağlamak adına bütçe konusunda reform gerekliliği ve buna ilişkin kararlılık ortaya kondu^[24]. Bütçeye ilişkin vurgu Rusya'nın ihracı sonrası, Rusya'dan gelecek mali katkının da ortadan kalkması dolayısıyla bir kesintinin söz konusu olması nedeniyle önemlidir. Ancak aynı zamanda bütçe problemleri, Konsey'in zayıf karnını oluşturmaktadır. Daha önce Rusya'ya Kırım'ın ilhakı sonrası getirilen yaptırımlar (temsil haklarının kısıtlanması), Rusya'nın bütçe desteğini geri çekmesi sonrasında kaldırılmıştı^[25]. Bu yüzden bütçeye ilişkin vurgu, Konsey'in mali kırılabilirliğinin göz önünde tutulması bakımından önemlidir.

Bu noktada, daha önceki devlet ve hükümet başkanları zirvelerinin Konsey içerisindeki işlevi ve daha önceki zirvelerin sebep-sonuçlarını irdelemek, son Zirve'nin etkilerini tespit etmek adına anlamlı bir çerçeve sunacaktır.

[21] Council of Europe, Reykjavik Declaration, *op.cit.*, Appendix iv: Recommitting to the Convention system as the cornerstone of the Council of Europe's protection of human rights, s.17.

[22] *Ibid.*, Appendix v: The Council of Europe and the environment, s.20.

[23] *Ibid.*, United in our vision for the Council of Europe, para.3.

[24] *Ibid.*, United in our vision for the Council of Europe, para.5.

[25] PACE, Resolution 2287, Strengthening the decision-making process of the Parliamentary Assembly concerning credentials and voting, 25 June 2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27980&lang=en> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

II. DEVLET VE HÜKÜMET BAŞKANLARI ZİRVELERİNİN KONSEY ORGANİZASYONU İÇERİSİNDEKİ KONUMU

Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi, Avrupa Konseyi Statüsü'nde öngörölmüş bir organizasyon değildir^[26]. Konsey'in kurulduğu 1949 yılından itibaren kırk yıldan fazla bir süre bu şekilde bir toplantı şekli de kararlaştırılmamıştır.

1993'teki ilk zirveyi gerçekleştirme fikri, Fransız devlet adamı François Mitterand tarafından dillendirilmiştir. Mitterand, 4 Mayıs 1992'de Parlamenterler Meclisi'nde yaptığı konuşmada Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nda örneği görölen Devlet Başkanları Zirvesi yapma fikrinin, Sovyet Bloğunun çöküşünün ardından, kıtada istikrarı sağlamaya dönük adım atmak ve yeni Avrupa'nın nasıl şekilleneceği hususuna katkıda bulunmak adına yararlı olacağını savunmaktaydı^[27].

Mitterand'ın önerisi, Avusturya'nın dönem başkanlığında hayata geçirildi ve ilk kez Viyana'da, Avrupa Konseyi devlet ve hükümet başkanlarının bir araya geldiği bir Zirve gerçekleştirildi. Amaç, elbette Sovyetlerin dağılması sonrası Avrupa'nın geleceği konusunda, Konsey'in amaçları doğrultusunda aksiyon almak, yeni üyelerin Konsey'e nasıl entegre edileceği konusunda belirsizlikleri en yüksek düzeyde kararlaştırmaktı.

Normal koşullarda Konsey'in yürütme organı Bakanlar Komitesi'dir ve Konsey'in işleyişine dair politikalar da Bakanlar Komitesi'nin Konsey'in önceden belirlenmiş takvimine göre düzenlenen toplantılarında alınır. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirveleri ise önceden planlanmış belirli bir takvime bağlı toplantılar değildir^[28]. Zirvelerin istisnai oluşu, istisnai durumlarda veya kriz anlarında üye devletlerin en üst düzeyde temsil edildiği toplantılarla, verilen mesajın politik anlamda daha güçlü olması arzusunun yansımasıdır. Esasında Parlamenterler Meclisi, 1993'te bir Statü Taslağı önermiş ve bunun

[26] Alice Donald ve Philip Leach, "Responding to Seismic Change in Europe—The Road to Reykjavik and Beyond", *European Human Rights Law Review*, Sayı 2, 2023, s.95-111.

[27] Benoît-Rohmer ve Klebes, *op.cit.*, s.33.

[28] Klaus Brummer, *Der Europarat: Eine Einführung*, Wiesbaden, VS Verlag Für Sozialwissenschaften, 2008, s.62.

“Konsey tarihindeki en büyük politik etkinlik”^[29] olan Viyana Zirvesi'nde kabul edilmesinin yerinde olacağını ifade etmiştir. Taslak metinde, Devlet ve Hükümet Başkanları Zirveleri'ni kurumsallaştırmak ve düzenli bir etkinlik haline getirmek için de bir madde bulunmaktadır^[30]. Ancak bu girişim başarı ile sonuçlanmamıştır^[31].

Devlet ve Hükümet Başkanları Zirveleri'nin Konsey'in resmi bir organı olmamasına karşın, siyasi olarak Bakanlar Komitesi'ni teşekkül ettiren üyelerden daha güçlü siyasi figürlerin bir araya geldiği toplantılar olması dolayısıyla, alınan kararların en yüksek düzeyde siyasi bağlayıcılığa sahip olduğu varsayılmalıdır^[32]. Zirveler ve sonrasında yayımlanan deklarasyonlar hukuken üye ülkeler nezdinde bir bağlayıcılık doğurmamaktadır. Bu metinler tamamen politika metinleridir ve ancak moral olarak bağlayıcılıklarından bahsedilebilir^[33]. Ancak böyle olmaları kriz anlarında ortak bir tavır ortaya koymayı, ortak bir metne ulaşmayı da kolaylaştırmaktadır.

III. DAHA ÖNCE GERÇEKLEŞTİRİLEN ZİRVELER

A) 1993 VİYANA ZİRVESİ: GENİŞLEME

Viyana Zirvesi, 8-9 Ekim 1993'te, Avusturya'nın Bakanlar Komitesi dönem başkanlığını üstlendiği dönemde gerçekleştirilmiştir. Toplantının ana konusu, Soğuk Savaş'ın ve Avrupadaki Doğu-Batı bloğu ayrılığının sona ermesi sonrası Konsey'in Merkez ve Doğu Avrupa ülkelerine doğru genişleme hamlesidir. Bir bakıma Avrupa'nın yeniden inşası sürecinde

[29] PACE, Recommendation 1212 (1993), Adoption of a revised Statute of the Council of Europe, 11 May 1993, para.2, <https://pace.coe.int/en/files/15246/html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[30] PACE, Recommendation 1212, *op.cit.*, Article 16.

[31] Benoît-Rohmer ve Klebes, *op.cit.*, s.34.

[32] Andrea Gawrich, *Demokratieförderung von Europarat und OSZE: Ein Beitrag zur europäischen Integration* Wiesbaden, Springer VS, 2014, s.118.

[33] Benoît-Rohmer and Klebes, *op.cit.*, s.34.

konseyin rolünü tespit etme amacını taşımaktadır^[34]. 1990-1993 arasında Konsey'in üye sayısı 23'ten 32'ye, 1997'de 40'a, 2001'de ise 43'e çıkmıştır^[35].

Üye sayısındaki ani sıçrama ve yeni üyelerin yeni ortaya çıkan demokrasiler oluşu, üyelerin Konsey'in amaçları doğrultusunda ihdas edilen koruma sistemine entegre edilebilmelerinin nasıl sağlanacağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Daha önceki 40 yıl boyunca yeni üyelik süreçlerinden farklı olarak Konsey'in yeni üyelere yaklaşımı da üyelik kararı dolayısıyla tebrik edici olmaktan çok, belirli koşulları yerine getirme beklentisinin olduğu bir yaklaşıma doğru evrilmiştir^[36]. Yeni üyelerin “demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları” konularında gösterdikleri gelişimin “izlenmesi” fikri de bu toplantıda dile getirilmiştir^[37].

9 Ekim 1993'te ilan edilen Viyana Deklarasyonu, Avrupa Konseyi'ne üyelik koşullarını da tanımlamaktadır. Avrupa Birliği üyelik kriterleri kadar katı olmasa da, aday üye ülkelerin kurumlarını ve hukuk sistemlerini Konsey'in dayandığı temellerle uyumlu hale getirmeleri gerekmektedir^[38]. Deklarasyonun daha ilk paragraflarında,

Böyle bir katılım, başvuran ülkenin kurumlarını ve hukuk sistemini demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı gibi temel ilkelerle uyumlu hale getirmiş olmasını gerektirir. Halkların temsilcileri, genel oy hakkına dayalı özgür ve adil seçimler yoluyla seçilmiş olmalıdır. İfade ve özellikle medya özgürlüğünün garanti altına alınması, ulusal azınlıkların korunması ve uluslararası hukuk ilkelerine riayet edilmesi, bizim görüşümüze göre, herhangi bir üyelik başvurusunun değerlendirilmesinde belirleyici kriterler

[34] Dzemczewski and Lawson, *op.cit.*, s.70.

[35] Brummer, *op.cit.*, s.48; Robert Harmsen, “The European Convention on Human Rights after Enlargement”, *The International Journal of Human Rights*, Cilt 5, Sayı 4, 2001, s.18-43.

[36] Brummer, *op.cit.*, s.48.

[37] Council of Europe, Vienna Declaration: Council of Europe Summit, Vienna, 9 October 1993, Appendix I: Reform of the control mechanism of the European Convention on Human Rights, para.1, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680536c83> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[38] Tony Joris ve Jan Vandenberghe, “The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?”, *Columbia Journal of European Law*, Cilt 15, Sayı 1, 2008, s.13-14.

olmaya devam etmelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalama ve Sözleşme'nin denetim mekanizmasını kısa bir süre içerisinde bütünüyle kabul etme taahhüdü de esastır. Avrupa Konseyi bünyesindeki tüm üye Devletler tarafından kabul edilen taahhütlere tam olarak uyulmasını sağlamaya kararlıyız^[39].

ifadeleri ile birlikte üyelik kriterleri tespit edilmiştir. Her ne kadar katılım için aday ülkelerin kurumlarını Konsey'in üzerine inşa olduğu temel ilkelere uydurmaları gerekliliği zikredilse de bu kriter katı biçimde uygulanmamıştır^[40]. Buradan, Avrupa Konseyi'nin üye olduktan sonra üyeleri belirli bir gelişim patikasına sokma amacı güttüğü çıkarımı yapılabilir^[41].

Deklarasyon metninde ulusal azınlıklara da önemli bir yer ayrılmıştır. Azınlıkların korunmasının Avrupa'da istikrar ve barışa katkıda bulunacağı vurgulanmıştır^[42]. Azınlıklara ilişkin vurgu, Sovyetler'in dağılmasından sonra yeni kurulan devletlerdeki iç çatışmalara yönelik bir uyarı, dolayısıyla yeni üyelerin veya üyeliğe aday ülkelerin izlenmesi fikrinin bir uzantısı olarak görülmelidir.

Toplantıda Konsey Statüsü'nün revize edilmesi de ana başlıklardan biridir. Ayrıca AIHM'nin işleyişi için bir reform gerekliliği de tespit edilmiştir.^[43] Zirve'de ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlükle

[39] Council of Europe, Vienna Declaration, *op.cit.*, para.7.

[40] Genişleme stratejisinin beraberinde getirdiği siyasi koşulların Konsey'in kabul standartlarını düşük tutmaya ittiği şekilde eleştiriler de bu dönemde mevcuttur. Bu eleştirilerde Konsey'in hem hukukun üstünlüğüne saygı hem de istikrarlı, işleyen demokratik kurumların varlığı gibi asgari standartları açıkça karşılamayan bir dizi devleti üyeliğe kabul ettiği öne sürülmektedir. Bkz. Harmsen, *op.cit.* s.19; Peter Leuprecht, "Innovations in the European System of Human Rights: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Cilt 8, Sayı 2, 1998, s.313-336.; Mark Janis, "Russia and the Legality of Strasbourg Law", *European Journal of International Law*, Cilt 8, Sayı 1, 1997, s.93-99.

[41] Carlos Closa, "Institutional Design of Democratic Conditionality in Regional Organizations", *EUI Working Paper Series RSCAS*, 2013/45, s.2.

[42] Council of Europe, Vienna Declaration, *op.cit.*, Appendix II: National Minorities, 7, para.1.

[43] *Ibid.*, Appendix I: Reform of the control mechanism of the European Convention on Human Rights, s.5.

mücadele için eylem planı da ilan edilmiştir^[44]. Ancak Zirve'nin daha önce Konsey organizasyonu dahilinde örneği görülmemiş şekilde üye ülkelerin en üst düzeyde temsil edildiği bir toplantı olarak düzenlenmesinin asıl sebebi, Konsey'in genişleme stratejisini nasıl yöneteceği sorunudur.

B) 1997 STRAZBURG ZİRVESİ: GENİŞLEMENİN KURUMSAL ÇERÇEVESİNİ İNŞA ETMEK

İkinci Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi ilk zirveden dört yıl sonra, 10-11 Ekim 1997 tarihlerinde Strazburg'ta gerçekleştirilmiştir. Bu zirvenin Konsey'in karşı karşıya kaldığı istisnai bir durumun, bir krizin ardından gerçekleştirildiğini düşünmek yerine, önceki toplantının netleştiremediği boşlukları doldurma amaçlı düzenlendiği düşünülebilir. İlk zirve esnasında bu toplantıların statüye eklenerek kurumsallaştırılması da amaçlanmıştı. Bu bağlamda dört yıllık bir ara dolayısıyla toplantının pratikte periyodik bir toplantı olduğu varsayılabilir.

Bir önceki toplantı genişlemenin genel hatlarını çizmişti, ancak buna ilişkin prosedürlerin ve Konsey'in mevcut yapısının genişlemeye uydurulması icap etmekteydi. Zirvenin amacı, "öncelikleri yeniden tanımlamak ve Örgüt'ün işlevlerini yeni Avrupa bağlamına uyarlamak"^[45] idi. Dolayısıyla amaç, Avrupa Konseyi'nin kurumsal yapılarını ve öncelediği temalarla uyumlu hale getirirerek genişlemeyi yönetmekti^[46]. Bu bağlamda AİHM'nin işleyişinin de gözden geçirilmesi gerekti. Bu yüzden Deklarasyon'a ek bir "Eylem Planı" da ilan edildi. Bu eylem planında demokrasi ve insan haklarına saygı, sosyal uyum, vatandaşların güvenliği ve demokrasi ve kültürel çeşitlilik için eğitim başlıkları ile Konsey'in 21. yüzyıla hazırlığı için atılması gereken adımlar kendine yer buldu^[47].

[44] *Ibid*, Appendix III: Declaration and Plan of Action on combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance, s.9.

[45] Council of Europe, Strasbourg Declaration: Second Summit of Heads of State and Government, Final Declaration and Action Plan, Strasbourg, 10-11 October 1997, s.4, <https://rm.coe.int/168063dced> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[46] Brummer, *op.cit.*, s.50.

[47] Benoît-Rohmer and Klebes, *op.cit.*, s.33.

İlgili gözden geçirme ve hazırlığı organize etmek adına İnsan Hakları Komiserliği'nin kurulması Strazburg Zirvesi'nin göze çarpan önerilerindedir. Ayrıca AİHM'nin işleyişini yeniden düzenleyen ve tek bir mahkeme haline getiren 11. Protokol'ün hayata geçmesi için sürecin hızlandırılması talebi de söz konusudur^[48].

Deklarasyonda Konsey'in bir yapısal reforma ihtiyaç duyduğunun altı çizilmektedir. Konsey'in üstlendiği yeni işlevlere ve genişlemenin doğurduğu güçlüklerle karşı karar alma süreçlerini iyileştirmek adına Bakanlar Komitesi'ne yapısal reformlar gerçekleştirmesi talimatı verilir.^[49] Bu talep doğrultusunda, yapısal reformları tartışmak adına daha sonra bir Akil İnsanlar Komitesi kurulmuştur^[50]. Yeni üyelerin Konsey'in temel değerleri ile uyumlulaşması sürecini izleme fikri Viyana Zirvesi'nde duyurulmuştu. Daimi bir İzleme Komitesi ise Strazburg Zirvesi'nden önce Ocak 1997'de ihdas edilmişti^[51]. Deklarasyonda izleme süreçlerinin gerektiğinde Konsey'in pratik yardımı ile de desteklenmesi gerekliliği de vurgulandı^[52].

C) 2005 VARŞOVA ZİRVESİ: AVRUPA KONSEYİ-AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİSİNİ NETLEŞTİRMEK

2005'te düzenlenen Varşova Zirvesi'nin Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyi arasındaki ilişkileri netleştirme zirvesi olduğu söylenebilir. Üçüncü bir devlet başkanları zirvesinin düzenlenmesi fikri Mayıs 2002'de Bakanlar Komitesi Dönem Başkanlığı'nı üstlenen Lüksemburg ve Parlamenterler Meclisi tarafından önerilmiştir^[53]. Bu Zirve, Konsey'in yeni Avrupa'daki mevcut konumunu ve üstlendiği rolü değerlendirme, kilit bir ortak olduğunu teyit etme amacını taşımaktadır. Zirve 16 ve 17 Mayıs 2005 tarihlerinde Polonya'nın Bakanlar Komitesi Başkanlığı'nda Varşova'da gerçekleştirilmiştir.

[48] Council of Europe, Strasbourg Declaration, *op.cit.*, Action Plan, s.1.

[49] *Ibid.*, Action Plan, s.4.

[50] Benoît-Rohmer and Klebes, *op.cit.*, s.29.

[51] Brummer, *op.cit.*, s.111.

[52] *Ibid.*, Action Plan, s.1.

[53] PACE, Recommendation 1568 (2002), Future of the co-operation between European institutions, 26 Haziran 2002, <https://pace.coe.int/en/files/17020/html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

Avrupa Birliği'nin kendi "haklar bildirgesini", Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nı ilan etmesi ve buna paralel olarak Temel Haklar Ajansı'nın kurulması (esasinda Viyana'daki Avrupa Yabancı Düşmanlığı ve Irkçılığı İzleme Merkezi'nin Temel Haklar Ajansı'na dönüştürülmesi), Avrupa Konseyi'nin insan hakları alanındaki etkinliği ve rolünü AB'ye kaptırma ihtimalini ortaya çıkarmıştır^[54]. Bu dönem içerisinde Avrupa Birliği'nin Konsey'den rol çaldığı, Konsey'in önemini yitirme yolunda olduğu şeklinde bir kanı da söz konusudur^[55].

Avrupa Birliği'nin Mayıs 2004'ten itibaren attığı genişleme adımları sonrası Konsey ile Avrupa Birliği ilişkilerinin yeniden tespit edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Konsey cephesinde, benzer alanlarda gösterilen faaliyetin, kurumlar arasında uyum olmaksızın sürdürülmesi halinde, mükerrer eyleme, dolayısıyla kaynak israfına sebep olacağı uyarısı da yapılır^[56].

Varşova Zirvesi'nde AK ve AB arasındaki ilişkilere dair kılavuz ilkeleri de içeren bir Eylem Planı ortaya konur. "Tamamlayıcılık" ve "gelişmiş ortaklık" ifadeleri iki organizasyonun gelecekteki ilişkileri için anahtar kelimeler olarak belirir^[57].

AK-AB ilişkilerinin uyum içinde nasıl sürdürülebileceğine ilişkin bir rapor hazırlamak üzere Lüksemburg Başbakanı Jean-Claude Juncker görevlendirilir. Zirveyi takiben, Juncker "Avrupa Konseyi - Avrupa Birliği: Avrupa Kıtası İçin

[54] Joris and Vandenberghe, *op.cit.*, s.2.

[55] *Ibid*, s.18. Bkz. PACE, Resolution No. 1427 (2005), Plans to set up a Fundamental Rights Agency of the European Union, 18 March 2005, <https://pace.coe.int/en/files/17309/html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024); PACE, Recommendation No. 1696 (2005), Plans to set up a Fundamental Rights Agency of the European Union, 18 March 2005, <https://pace.coe.int/en/files/17308/html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024); PACE, Recommendation No. 1744 (2006), The Follow-up to the 3rd Summit: the Council of Europe and the Proposed Fundamental Rights Agency of the European Union, 13 April 2006, <https://pace.coe.int/en/files/17429/html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[56] Joris and Vandenberghe, *op.cit.*, s.3.

[57] Council of Europe, Warsaw Declaration: Council of Europe Summit, 16-17 May 2005, https://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_decl_varsovie_en.asp (Erişim Tarihi: 26.08.2024); Warsaw Declaration, Action Plan, 16-17 May 2005, https://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_plan_action_en.asp (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

Tek Bir Hedef” başlıklı raporu hazırlamıştır^[58]. Juncker, bu raporda AB'nin AİHS'ye taraf olmasını da içeren bir dizi öneride bulunmuştur. Bu doğrultuda işbirliğinin önceliklerini ve ilkelerini ortaya koyan detaylı bir çerçeveyi ihtiva eden Mutabakat Zaptı'nın (Memorandum of Understanding) imzalanması talebi^[59] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 117. toplantısında, 10-11 Mayıs 2007'de kabul edilmiştir^[60]. Zapt, 23 Mayıs 2007'de de AB tarafından imzalanmıştır^[61].

Mutabakat Zaptı her iki örgütün demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü konularındaki katkılarını takdir ederek, AK'nin “Avrupa'da insan hakları [ve] hukukun üstünlüğü ve demokrasi için bir mihenk taşı olmaya devam edeceğini” ve “insan hakları için Avrupa çapında bir referans kaynağı” olduğunu tasdik etmektedir^[62].

Avrupa Birliği'nin AİHS'ye taraf olması ise, 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması'nda da taahhüt edilmesine karşın gerçekleşmiş değildir^[63]. Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra ancak Nisan 2013'te,

[58] Jean-Claude Juncker, *Council of Europe and the European Union: A Sole Ambition for the European Continent*, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doc. 10897, 11 April 2006, <https://pace.coe.int/pdf/175486787ddf2cab41577a0c93f536671f1661d55caa5cca0ef026bd0e5a3b28?title=Doc.%2010897.pdf> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[59] Council of Europe, Warsaw Declaration, *op.cit.* para.10.

[60] Committee of Ministers of the Council of Europe, 117th Session of the Committee of Ministers, CM(2007)65 final, 10-11 Mayıs 2007, <https://search.coe.int/cm?i=09000016805d5c15> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[61] Paul Evans ve Paul Silk, *The Parliamentary Assembly: Practice and Procedure*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008, s.309.

[62] Council of Europe and European Union, Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, Strasbourg, 11 May 2007-23 May 2007, <https://rm.coe.int/16804e437b> (Erişim Tarihi: 26.08.2024) Lawson bu belgenin AK-AB ilişkileri için bir dönüm noktası teşkil ettiğini ve bu noktadan itibaren iki örgüt arasında daha sıkı bir ilişkinin var olduğunu öne sürüyor. Bkz. Rick Lawson, “Council of Europe: Cooperation in the Field of Human Rights, Democracy and the Rule of Law”, in *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, ed. Ramses A. Wessel and Jed Odermatt, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, s.515 vd.

[63] *Ibid.*, s.526.

uzun müzakerelerin ardından bir Katılım Anlaşması Taslağı kabul edilmiştir. Ancak bu taslak da AB'nin AİHS'ye taraf olması için bir çözüm getirmez^[64]. Dahası Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD/Divan), 2014'teki 2/13 sayılı Görüşünde, Katılım Anlaşması Taslağı'nın mevcut haliyle Avrupa Birliği Hukuku ile bağdaşmadığı sonucuna götüren çok sayıda sorun tespit etmiştir^[65]. AB'nin AİHS'ye taraf olması hususu önceden beri tartışılacağı bir konu olup, Divan'ın verdiği son görüş daha önce 1994'te AB'nin AİHS'ye katılımı ile ilgili verdiği görüş ile de paralellik arz etmektedir^[66]. Genel olarak Divan, katılımın AB hukukunun özerkliğine zarar verme ihtimali üzerinde durmaktadır. Bu doğrultuda Lizbon Anlaşması'ndaki taahhütün gerçekleştirilebilmesi için mevcut Katılım Anlaşması Taslağı'nın revize edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar AB Divan'ın olumsuz görüşü sonrasında da katılım yönündeki iradesini yinelese^[67] de AB'nin AİHS'ye taraf olması halihazırda gerçekleşmiş değil, konu ile ilgili akademik camiada tartışmalar da devam etmektedir^[68].

[64] *Ibid.*, s.527.

[65] ABAD, 18 Aralık 2014 Tarihli 2/13 Sayılı Görüş, [AB Antlaşması'nın 218(11). Maddesi Uyarınca Verilen Görüş], (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002>); Konu ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Mustafa T. Karayığit, *Avrupa Birliği Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.371 vd.; Zeliha Aydın, "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılım Sorunu: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Görüşü'nün Değerlendirilmesi", *Journal of International Trade & Arbitration Law / Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, s.399-432.

[66] Ayşe Özkan Duvar, "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımının İnsan Hakları Yargısına Etkileri", *Review of International Law & Politics / Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 11, Sayı 43, 2015, s.79.

[67] Council of the European Union, 3717th Council meeting, 12837/19 Provisional Version, Outcome of Council Meeting, EU accession to the European Convention on Human Rights (ECHR), Luxembourg, 7-8 October 2019, https://www.consilium.europa.eu/media/40978/st12837-en19_both-days.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[68] Ayrıntılı bilgi için bkz. Jörg Polakiewicz, "A Council of Europe Perspective on the European Union: Crucial and Complex Cooperation", *Europe and the World: A Law Review*, Cilt 5, Sayı 1, 2021, s.1-19.; Tobias Lock, "The Future of EU Human Rights Law: Is Accession to the ECHR Still Desirable?", *Journal of International and Comparative Law*, Cilt 7, Sayı 2, Aralık 2020, s.427-448.; Paul Gragl, "The New Draft Agreement on the EU Accession to the ECHR: Overcoming Luxembourg's Threshold", *European Convention on Human Rights Law Review*, 2024, s.1-26.

IV. REYKJAVİK ZİRVESİ SONRASI GELİŞMELER

Reykjavik Zirvesi'nin AK'nin ve Konsey organlarının işleyişini, Avrupa içerisindeki konumlarını nasıl etkilediğini tespit etmek için henüz erken. Ancak Zirve sonrası gerçekleşen bazı gelişmeleri aktarmak gidişata ilişkin bir fikir verebilir. Önceki zirveleri hazırlayan koşullarla karşılaştırıldığında ise Rusya'nın ihracı sonrası genişleme yerine daralmanın vuku bulduğu; AB'nin ise yeni bir genişleme hamlesine giriştiği söylenebilir.

Konsey'in işleyişi açısından bakıldığında, öncelikle Reykjavik Zirvesi'nin bir ürünü olan Zarar Kaydı'nın faaliyetlerine devam ettiği, AB ile birlikte 43 ülkenin Kayıt'a taraf olduğu^[69] ve 2 Nisan 2024 itibarıyla tazmin taleplerini almaya başladığı^[70] belirtilmelidir. Kayıt, Lahey ve Kiev'deki merkezlerinde sahadan gelen bilgileri kayıt altına alarak, gelecekte zararların tazmini için önemli bir veri sağlamaktadır^[71]. Kayıt mekanizmasına olan yoğun ilgi, Kayıt'a taraf olmanın Avrupa devletleri bakımından Ukrayna'ya siyasi olarak destek olma ve Rusya'ya karşı tepki ortaya koymanın bir yolu olarak görülmesinden kaynaklanıyor olmalıdır.

Bütçe konusunda ise Reykjavik'teki taahhütler doğrultusunda bir artış gözlemlenmektedir^[72]. Reykjavik Zirvesi'nin önemli başlıklarından biri de AİHM kararlarının uygulamaya geçirilmesi ile ilgili problemlerdi. Bu konuda ise bir iyileşme gözlemlenmiş değil^[73]. Avrupa Konseyi ve AİHS

[69] Burić, *Our Rights, op.cit.*, s.12. Avrupa dışında Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Japonya da Kayıt'a üye olmuşlardır. Türkiye'nin ise taraf olmadığı belirtilmelidir. Bkz. Register of Damage for Ukraine, Membership, (<https://rd4u.coe.int/en/membership>) (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[70] Press and information team of the Delegation to the Council of Europe in Strasbourg, "The Register of Damage for Ukraine opens for claims at the Ministerial Conference 'Restoring Justice for Ukraine' in the Hague (2 April)" (https://www.eeas.europa.eu/delegations/council-europe/register-damage-ukraine-opens-claims-ministerial-conference-%E2%80%9Crestoring-justice-ukraine%E2%80%9D-hague-2_en?s=51) (Yayın Tarihi: 30 Nisan 2024)

[71] Burić, *Our Rights, op.cit.*, s.5; s.11.

[72] Committee of Ministers of Council of Europe, *Council of Europe Programme and Budget 2024-2027*, 1481 (Budget) Meeting CM(2024)1, 19 December 2023, s.12., <https://search.coe.int/cm?i=0900001680adec99> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[73] Burić, *Our Rights, op.cit.*, s.21.

etrafında kurulan insan hakları koruma sisteminin sismik değişim sonrası, Rusya-Ukrayna savaşına ilişkin etkililiği ise halihazırda devam eden iki başvuru üzerinden izlenebilecek^[74]. Birincisi, Ukrayna'nın 2014'te Kırım'ın ilhaki ile ilgili yaptığı başvuru^[75], diğeri ise 26 taraf devletin de dahil olduğu Ukrayna ve Hollanda/Rusya başvuruları^[76]. İki yargılama da halihazırda devam ediyor. Mevcut mahkeme başkanı O'leary'ye göre bu iki başvurunun varlığı ve buna ilişkin yargılamaların sürüyor olması dahi, AİHM'e olan güvenin ve sistemin etkililiğinin bir yansımasıdır^[77].

Zirve'de daha önceki Varşova Zirvesi'ni hatırlatır biçimde AB ile ilişkilere de vurgu yapılmıştı. Rusya'nın agresif tutumuna karşı AB'nin yeniden genişleme hamlesine girişmesi^[78], AB ile AK'nin alan olarak birbirleriyle

[74] Rusya'nın ihracından itibaren Sözleşme'ye taraf olma durumu ve AİHM'in Rusya'nın aktivitelerine karşı yargı yetkisinin olup olmadığı sorunu, AİHM'in 22 Mart 2022'de verdiği kararla netleştirilmişti. Buna göre halihazırda devam eden başvurular ve Rusya'nın 16 Eylül 2022'ye kadar olan süreçteki eylemleri için AİHM yargılamaları devam edebilecek. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 58. Maddesi İşığında Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi Üyeliğinin Sona Ermesinin Sonuçlarına İlişkin Karar, 22 Mart 2022 (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG)

[75] AİHM, Ukrayna v. Rusya (Kırım davası) [BD], No: 20958/14 ve 38334/18, 25 Haziran 2024.

[76] Söz konusu dava, üç farklı başvurunun 30 Kasım 2022'deki Büyük Daire kararıyla birleştirilmiş halidir. Hollanda'nın Malezya uçağı MH 17'nin düşürülmesi ile ilgili, ayrılıkçı devlet dışı aktörlere silah sağlamak dolayısıyla Rusya'ya karşı yaptığı başvuru Ukrayna'nın 2014 ve 2016'da Rusya'nın Doğu Ukrayna'daki etkinliği ile ilgili başvuruları ile birleştirilmiştir. AİHM, Ukrayna ve Hollanda v. Rusya [BD], No. 8019/16, 43800/14 ve 28525/20, 30 Kasım 2022. Ayrıntılı bilgi için bkz. Svitlana Karvatska, Vitalii Vdovichen ve Ivan Toronchuk, "Interstate Lawsuits of Ukraine to the ECtHR: Is It Realistic to Achieve Final Judgments?", *Logos Universality Mentality Education Novelty: Law*, Cilt 12, Sayı 1, 2024, s.1-13.; Veronica Botticelli and Isabella Risini, "Ukraine, the Netherlands and 26 Third States Without Russia Before the ECtHR", *Verfassungsblog*, 1 Temmuz 2024, <https://verfassungsblog.de/ukraine-the-netherlands-and-26-third-states-without-russia-before-the-ecthr/> (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[77] Siofra O'Leary, "Why the European Convention on Human Rights Still Matters", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2024, s.7.

[78] Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, "Komisyon 2023 Genişleme paketini kabul ederek, gerekli uyum seviyesine ulaşıldığında, Ukrayna ve Moldova ile müzakerelerin başlatılmasını, Gürcistan'a adaylık statüsü verilmesini ve Bosna Hersek ile katılım

daha fazla örtüşür hale gelmeleri gibi bir durumu ortaya çıkaracaktır. Dahası AB'nin Fransa cumhurbaşkanı Macron'un önerisi ile üyelik için aday ülkeler ile işbirliğine yönelik bir Avrupa Politik Topluluğu (European Political Community/EPC) kurulması önerisi^[79] ile, AK'ye ithaf edilen AB'ye katılım için bekleme odası olma yakıştırmasının^[80] bu yeni kurulan organizasyon tarafından devralınması gibi bir durum da ortaya çıktı. Bu bağlamda AB-AK ilişkilerinin yeniden değerlendirildiği bir sürece girmemiz olasıdır.

Son olarak Avrupa Konseyi, Müzakereci Demokrasi Standardı'nı^[81], Konsey tarafından ilan edilen ilk uluslararası standart sıfatı ile birlikte duyurdu^[82]. Bu girişim Avrupa'da demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları alanlarındaki Konsey'in standart koyucu işlevini perçinleme girişimi olarak değerlendirilebilir ve bu doğrultuda AB-AK ilişkileri ile ilintili sayılmalıdır.

SONUÇ

Rusya'nın saldırgan savaşı sonrası, üye ülkeler arasındaki çatışmanın Konsey'in dayandığı temelleri sarstığı ve bunun Konsey için büyük bir tehlike

müzakerelerinin başlatılmasını tavsiye etti", (https://www.eeas.europa.eu/delegations/t%C3%BCrkiye/komisyon-2023-ge%C5%9Fleme-paketini-kabul-ederek-gerekli-uyum-seviyesine-ula%C5%9F%C4%B1ld%C4%B1%C4%9F%C4%B1nda-ukrayna-ve_tr?s=230) (Yayın Tarihi: 9.11.2023)

[79] Sylwia K. Mazur, "Evolution of the European Political Community in Times of the EU's 'Geo-political Awakening'", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Cilt 19, 2023, s.82; Teona Giuashvili, "The European Political Community: A Forum in Search of a Role", *School of Transnational Governance*, Issue 2023/11, May 2023, (https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75609/STG_PB_2023_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[80] Joris and Vandenbergh, *op.cit.* s.13.

[81] Committee of Ministers of Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2023)6 of the Committee of Ministers to member States on deliberative democracy, 6 September 2023, (https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=0900001680ac627a). (Erişim Tarihi: 26.08.2024)

[82] Directorate General of Democracy and Human Dignity, "Deliberative Democracy: First International Standard Adopted by the Council of Europe!", (https://www.coe.int/en/web/democracy-and-human-dignity/home/-/asset_publisher/Zfc1ZICQBPOF/content/deliberative-democracy-first-international-standard-adopted-by-the-council-of-europe-16887348). (Yayın Tarihi: 06.09.2023)

olduğu aşıkâr. İhraç sonrası AK'nin alanı daraldı ve 140 milyondan fazla kişi AİHM'in insan hakları alanındaki korumasının dışında kaldı. Her ne kadar, 16 Eylül 2022 öncesindeki eylemlerden dolayı Rusya'ya karşı yapılan başvurular kabul edilebilir bulunuyor olsa da verilecek kararların Rusya tarafından uygulamaya konulması beklentisi gerçekçi durmamaktadır. Söz konusu kararlar ancak gelecekte Rusya'nın Konsey üyeliğine olası bir geri dönüşünde gündeme gelecektir. Aynı problem Zarar Kaydı'nın faaliyetleri bakımından da mevcuttur. Ancak en azından elde edilen kayıtlar uluslararası arenada Rusya'ya karşı bir baskı unsuru olacaktır. Avrupa Konseyi açısından bakıldığında savaş zararlarının tespiti ve kaydına dair bir mekanizmanın hayata geçirilmesi ve AB ile beraber birçok ülkenin bu mekanizmaya taraf olması, insan haklarını koruma alanında Konsey'in etkinliğini teyit etmektedir. Bu girişim Konsey'in gelecekte siyasi meselelerde daha aktif rol alacağına sinyali sayılabilir. Aynı şekilde Ukrayna ve Hollanda/Rusya davasına 26 ülkenin dahil olması da, AİHM ve Konsey'e duyulan güvenin bir yansıması sayılmalıdır.

Reykjavik Zirvesi, Rusya'ya karşı ortak bir siyasi mesaj vermeyi mümkün kıldı. Ancak Reykjavik ile diğer zirveler arasında bir bağlantı tespit edilecekse, AB'nin Doğu Avrupa'ya doğru genişleme adımı ile birlikte Varşova Zirvesi'ni hazırlayan gelişmelerin bu dönemde de mevcut olduğu görülebilir. Avrupa Konseyi, Sovyetlerin dağılmasından sonra eski Demir Perde ülkelerinin ana akım Avrupa'ya entegre edilmeleri işlevini yerine getirir hale geldi. AİHS'yi kabul etmek de AB'ye üyelik için her zaman zımni bir gereklilik olarak görülmekteydi. Hatta bu yüzden Avrupa Konseyi, AB'ye üye olma öncesinde bir bekleme odasına dönüşmüştü. AB'nin yeni genişleme adımı sonrası Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği ilişkileri tekrar gözden geçirilecektir. Reykjavik'te ilan edilen Reykjavik Demokrasi İlkeleri'ne ek olarak, daha sonra ortaya konan Müzakereci Demokrasi Standardı ile birlikte Konsey, Avrupa'da standart koyucu rolünü korumaya çalışmaktadır. AB'nin 2007'deki Mutabakat Zaptı'nda ve Lizbon Anlaşması'ndaki taahhütlerine karşın AİHS'ye taraf olmayışı ve son dönemdeki yeniden genişleme adımı, AB-AK arasında yeni bir Mutabakat ortaya konmasını gerektirmektedir.

Rusya'nın ihracı ve AB'nin yeni genişleme adımı sonrasında Avrupa'da insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi konusunda referans olma işlevini yerine getiren Avrupa Konseyi'nin faaliyet alanı AB ile daha fazla örtüşür hale gelecektir. Bu husus özellikle insan haklarının korunması

bağlamında Konsey'in önem derecesinin azalmasına yol açabilir. AB içerisindeki insan hakları koruma düzeyi ile AİHS çerçevesinde kurulan sistem meşruiyet kaynakları bakımından farklılaşmaktadır. AİHS sistemi İkinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa genelinde hakim olan infialin ve insan hakları korumasının devlet üstü ve dışı oluşumlarca denetlenmesi ve gözlemlenmesi gerekliliğinin bir yansımasıdır. Oysaki AB içerisinde insan hakları koruması, AB Hukuku dolayısıyla bir nevi iç hukuk hüviyetini taşımakta, temel hakların anayasal güvence altına alınması ile benzerlik taşımaktadır. Bu doğrultuda ulus-üstü denetim mekanizmasının işlevini tam olarak üstlenmemektedir. Bu elbette Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne nazaran daha etkisiz olduğu anlamına gelmemelidir. Son dönemde özellikle mülteci krizi karşısında iki koruma sisteminde de benzer kararlar verilmiştir. Bu hususta AİHM'nin Birleşik Krallık'ın Ruanda Planı'nı önlemesi,^[83] ABAD'ninse son dönemde artan geri gönderme ve güvenli ülkelerde mülteci merkezleri kurma planlarına karşı "güvenli üçüncü ülke" tanımını daraltması,^[84] popülist eğilimlere karşı insan haklarını koruma yönünde kesin bir duruş sergileme bağlamında örnek verilebilir. Ancak AİHS koruma düzeyi hem dışsal hem de AB hukukuna göre konu itibarıyla özel bir insan hakları koruma sistemidir. Bu yüzden AİHS sisteminin etkililiğini sürdürmesi için AK'nin Avrupa'daki standart koyucu işlevi desteklenmeli, AB'nin Sözleşme'ye taraf olması için gerekli adımların atılması uluslararası kamuoyu ve doktrin tarafından da talep edilmelidir.

Diğer taraftan Rusya'nın ihraç sürecinde Statü'ye tam olarak uyulmadığı tespit edilmişti. Konsey özellikle mülteci sorunu bağlamında Avrupa

[83] AİHM, Basın Açıklaması No 197, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İngiltere'den Ruanda'ya Sınırdışı Edilecek Sığınmacı Hakkında Acil Tedbir Kararı Verdi", 14 Haziran 2022 (<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-7359967-10054452&filename=Interim%20measure%20granted%20in%20case%20concerning%20asylum-seeker%E2%80%99s%20imminent%20removal%20from%20the%20UK%20to%20Rwanda.pdf>)

[84] ABAD, 4 Ekim 2024 Tarihli Karar [BD], C406/22, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CDFE45D7786CF8829683B107644AFDE5?text=&docid=290680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6952970>); İtalya'nın Arnavutluk'ta bir göçmen merkezi kurma girişimi bu karar dolayısıyla İtalyan mahkemeleri tarafından AAD'ye taşınmıştır. Bkz. Colleen Barry, "Italy's plan to screen migrants in Albania hits another snag with 2nd group returning to Italy", *AP News*, 12 Kasım 2024 (<https://apnews.com/article/italy-albania-migrants-meloni-1a5b74afb20ef6db5e2994047d6e5d92>)

genelinde anti-demokratik bir atmosferle karşı karşıya olduğu tespit edilebilir. Anti-demokratik eğilimler köklü demokrasilerde dahi söz konusudur. Bu bağlamda Konsey Statüsü'nde üyelikle bağdaşmayan eylemlere karşı kısıtlı bir yaptırım listesi bulunması dolayısıyla bir Statü değişikliği gelecekte beklenebilir. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirveleri'nin kurumsallaştırılması önerisi, Üst Düzey İzleme Grubu'nun 2022 raporunda da yer almıştı.^[85] Statü değişikliği gerçekleşirse bu toplantıların da bir Konsey organı haline dönüşmesi beklenebilecektir.

Reykjavik Zirvesi'nin Avrupa Konseyi'nin Avrupa genelinde üstlendiği işlevi teyit etme ve taraf devletlerin desteğini yineleme amacı taşıdığı söylenebilir. Rusya'nın ihracı süreci, AB'nin yeni genişleme adımı Konsey'in bu yinelemeye ihtiyaç duyduğunu göstermektedir. Ancak gelecekte Konsey'in konumunu güvence altına alması için AİHS sistemi haricinde, demokrasi ve hukukun üstünlüğü konularında da daha aktif bir tutum izlemesini gerektirecektir. Zirve'de taraf devletlerce taahhüt edilen hususların hayata geçirilmesi izlenmelidir. Özellikle çevre ve biyoçeşitliliğe yönelik tehdide karşı ortak bir tavır sergilemek adına Konsey'in girişimleri önem arz etmektedir. Her ne kadar Reykjavik'te çevre korumasına ilişkin duyarlılık zikredilse de sağlıklı bir çevre hakkına yönelik bağlayıcı bir taahhütte bulunmaktan kaçınılmıştır^[86]. Konsey'in Avrupa'da insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü konusundaki standart koyucu etkinliğini sürdürmesi ancak güncel gelişmelere karşı yönlendirici ve aktif bir tutum benimsemesi ile mümkün olabilir.

[85] HLRG, *op.cit.*, s.5.

[86] Corina Heri, "Justice in the Liminal: The Council of Europe and the Right to a Healthy Environment", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 73, 2024, s.320.

KAYNAKLAR

- Agapova, Olena, “International Register of Damage: The Guarantee of Recovering Justice in Ukraine”, *Journal of Liberty and International Affairs*, Cilt 10, Sayı 1, 2024, s.97-110.
- Aydın, Zeliha, “Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılım Sorunu: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 Sayılı Görüşü'nün Değerlendirilmesi”, *Journal of International Trade & Arbitration Law / Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, s.399-432.
- Barry, Colleen, “Italy's plan to screen migrants in Albania hits another snag with 2nd group returning to Italy”, *AP News*, (<https://apnews.com/article/italy-albania-migrants-meloni-1a5b74afb20cf6db5e2994047d6e5d92>) (Yayın Tarihi: 12 Kasım 2024.)
- Benoît-Rohmer, Florence ve Heinrich Klebes, *Council of Europe Law: Towards a Pan-European Legal Area*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005.
- Botticelli, Veronica, and Isabella Risini, “Ukraine, the Netherlands and 26 Third States Without Russia Before the ECtHR”, *Verfassungsblog*, 1 July 2024, <https://verfassungsblog.de/ukraine-the-netherlands-and-26-third-states-without-russia-before-the-ecthr/>.
- Breuer, Marten, “Register of Damage for Ukraine: A Promising First Step towards Reparation?”, *Revue des Droits et Libertés Fondamentales* 2024 chron. no. 29., <https://revuedlf.com/cedh/the-register-of-damage-for-ukraine-a-promising-first-step-towards-reparation/>.
- Brummer, Klaus, *Der Europarat: Eine Einführung*, Wiesbaden, VS Verlag Für Sozialwissenschaften, 2008.
- Burić, Marija Pejčinović, “Statement from Council of Europe Secretary General Marija Pejčinović Burić on the Military Attack by the Russian Federation on Ukraine”, 24 February 2022, <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/statement-from-council-of-europe-secretary-general-marija-pejcinovic-buric-on-the-military-attack-by-the-russian-federation-on-ukraine>.

- Burić, Marija Pejčinović, *Our Rights, Our Future: Annual Report of the Secretary General of the Council of Europe 2024*, Strasbourg, Council of Europe, April 2024, (https://edoc.coe.int/en/module/ec_addformat/download?cle=be100b06aa2c4c5164f9f1c4a4fe2781&k=5b68fc6e105b6dab57f417a26052f255)
- Buyse, Antoine, “Reykjavik Summit and Declaration”, *ECHR Blog*, 17 May 2023, <https://www.echrblog.com/2023/05/the-reykjavik-summit-and-declaration.html>.
- Closa, Carlos, “Institutional Design of Democratic Conditionality in Regional Organizations”, *EUI Working Paper Series*, RSCAS 2013/45.
- Donald, Alice ve Philip Leach, “Responding to Seismic Change in Europe—The Road to Reykjavik and Beyond”, *European Human Rights Law Review*, Sayı 2, 2023, s.95-111.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin ve Donal K. Coffey, “Suspension and Expulsion of Members of the Council of Europe: Difficult Decisions in Troubled Times”, *International & Comparative Law Quarterly*, Cilt 68, Sayı 2, 2019, s.443-476.
- Dzemczewski, Andrew ve Rick Lawson, “Exclusion of the Russian Federation from the Council of Europe and the ECHR: An Overview”, *Baltic Yearbook of International Law Online*, Cilt 21, Sayı 1, 2024, s.38-98.
- Evans, Paul ve Paul Silk, *The Parliamentary Assembly: Practice and Procedure*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008.
- Gragl, Paul, “The New Draft Agreement on the EU Accession to the ECHR: Overcoming Luxembourg’s Threshold”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2024, s.1-26.
- Gawrich, Andrea, *Demokratieförderung von Europarat und OSZE: Ein Beitrag zur europäischen Integration*, Wiesbaden, Springer VS, 2014.
- Giuashvili, Teona, “The European Political Community: A Forum in Search of a Role”, *School of Transnational Governance*, Issue 2023/11, May 2023, (https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75609/STG_PB_2023_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Harmsen, Robert, “The European Convention on Human Rights after Enlargement”, *The International Journal of Human Rights*, Cilt 5, Sayı 4, 2001, s.18-43.
- Heri, Corina, “Justice in the Liminal: The Council of Europe and the Right to a Healthy Environment”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 73, 2024, s.319-360.
- Janis, Mark, “Russia and the Legality of Strasbourg Law”, *European Journal of International Law*, Cilt 8, Sayı 1, 1997, s.93-99.
- Joris, Tony ve Jan Vandenbergh, “The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?”, *Columbia Journal of European Law*, Cilt 15, Sayı 1, 2008, s.1-42.
- Juncker, Jean-Claude, *Council of Europe and the European Union: A Sole Ambition for the European Continent*, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doc. 10897, 11 April 2006, <https://pace.coe.int/pdf/175486787ddf2cab41577a0c93f536671f1661d55caa5cca0ef026bd0e5a3b28?title=Doc.%2010897.pdf>.
- Karayiğit, Mustafa T., *Avrupa Birliği Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Karvatska, Svitlana, Vitalii Vdovichen ve Ivan Toronchuk, “Interstate Lawsuits of Ukraine to the ECtHR: Is It Realistic to Achieve Final Judgments?”, *Logos Universality Mentality Education Novelty: Law*, Cilt 12, Sayı 1, 2024, s.1-13.
- Lawson, Rick, “Council of Europe: Cooperation in the Field of Human Rights, Democracy and the Rule of Law”, in Ramses A. Wessel ve Jed Odermatt (Ed.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, s.507-528.
- Leuprecht, Peter, “Innovations in the European System of Human Rights: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Cilt 8, Sayı 2, 1998, s.313-336.
- Lock, Tobias, “The Future of EU Human Rights Law: Is Accession to the ECHR Still Desirable?”, *Journal of International and Comparative Law*, Cilt 7, Sayı 2, Aralık 2020, s.427-448.

- Mazur, Sylwia K., “Evolution of the European Political Community in Times of the EU’s ‘Geo-political Awakening’”, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Cilt 19, 2023, s.79-104.
- Mijatović, Dunja, “Commissioner for Human Rights’ Statement on the Situation in Ukraine”, 24 February 2022, <https://www.coe.int/tr/web/commissioner/-/commissioner-for-human-rights-statement-on-the-situation-in-ukraine>.
- O’Leary, Síofra, “Why the European Convention on Human Rights Still Matters”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2024, s.1-18.
- Özkan Duvan, Ayşe, “Avrupa Birliği’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Katılımının İnsan Hakları Yargısına Etkileri”, *Review of International Law & Politics / Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 11, Sayı 43, 2015, s.69-92.
- Polakiewicz, Jörg, “A Council of Europe Perspective on the European Union: Crucial and Complex Cooperation”, *Europe and the World: A Law Review*, Cilt 5, Sayı 1, 2021, s.1-19.
- Polakiewicz, Jörg, Antoine Karle, and Emilija Spasovska, “Fairness in the Practice of International Law and Organisations: The Council of Europe’s Perspective”, *AEL 2024/08 Academy of European Law European Society of International Law Paper*, 2024, s.1-18.
- Soyaltın-Colella, Diğdem, “Council of Europe and The Reykjavik Principles for Democracy ‘Are They Enough?’”, *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2024 chron. no. 21, <https://revuedlf.com/cedh/council-of-europe-and-the-reykjavik-principles-for-democracy-are-they-enough/>.

Diğer Kaynaklar

- Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, “Komisyon 2023 Genişleme paketini kabul ederek, gerekli uyum seviyesine ulaşıldığında, Ukrayna ve Moldova ile müzakerelerin başlatılmasını, Gürcistan’a adaylık statüsü verilmesini ve Bosna Hersek ile katılım müzakerelerinin başlatılmasını tavsiye etti”, (<https://www.eas.europa.eu/delegations/t%C3%BCrkiye/komisyon-2023-geni%C5%9Fleme-paketini-kabul->

ederek-gerekli-uyum-seviyesine-ula%C5%9F%C4%B1ld%C4%B1%C4%9F%C4%B1nda-ukrayna-ve_tr?s=230) (Yayın Tarihi: 9.11.2023)

Avrupa Konseyi, Avrupa Konseyi Statüsü, Londra, 1949, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf.

Committee of Ministers of the Council of Europe, 2.3 Situation in Ukraine – Measures to Be Taken, Including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe, 1426ter Meeting, 25 February 2022, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a5a360>.

Committee of Ministers of the Council of Europe, 2.3 Consequences of the Aggression of the Russian Federation against Ukraine, 1428bis Meeting, 10 March 2022, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a5c619>.

Committee of Ministers of the Council of Europe, Resolution CM/Res(2022)2 on the Cessation of the Membership of the Russian Federation to the Council of Europe, 16 March 2022, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a5da51>.

Committee of Ministers of the Council of Europe, 117th Session of the Committee of Ministers, CM(2007)65 final, Strasbourg, 10-11 May 2007, <https://search.coe.int/cm?i=09000016805d5c15>.

Committee of Ministers of Council of Europe, 132nd Session of the Committee of Ministers, 2. United around our values – Council of Europe response to the aggression of the Russian Federation against Ukraine, Turin, Italy, 20 May 2022, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a68f5e>.

Committee of Ministers of the Council of Europe, Resolution CM/Res(2023)3 Establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine, CM/Res(2023)3-consolidated, 12 May 2023, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680acc3f9>.

Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2023)6 of the Committee of Ministers to Member States on Deliberative Democracy, 6 September 2023, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680ac627a.

- Committee of Ministers of Council of Europe, *Council of Europe Programme and Budget 2024-2027*, 1481 (Budget) Meeting CM(2024)1, 19 December 2023, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680adec99>.
- Council of Europe, Reykjavik Declaration: United Around Our Values, Reykjavik Summit 16-17 May 2023, 4th Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, 16-17 May 2023, <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>.
- Council of Europe, Strasbourg Declaration, Second Summit of Heads of State and Government, Strasbourg Summit 10-11 October 1997, Final Declaration and Action Plan, 10-11 October 1997, <https://rm.coe.int/168063dced>.
- Council of Europe, Vienna Declaration, Council of Europe Summit, Vienna, 9 October 1993, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680536c83>.
- Council of Europe, Warsaw Declaration, 16-17 May 2005, https://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_decl_varsovie_en.asp.
- Council of Europe, Warsaw Declaration, Action Plan, 16-17 May 2005, https://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_plan_action_en.asp.
- Council of Europe and European Union, Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, Strasbourg, 11 May 2007-23 May 2007, <https://rm.coe.int/16804e437b>.
- Council of the European Union, 3717th Council meeting, 12837/19 Provisional Version, Outcome of Council Meeting, EU accession to the European Convention on Human Rights (ECHR), Luxembourg, 7 and 8 October 2019, https://www.consilium.europa.eu/media/40978/st12837-en19_both-days.pdf
- Directorate General of Democracy and Human Dignity, “Deliberative Democracy: First International Standard Adopted by the Council of Europe!”, (https://www.coe.int/en/web/democracy-and-human-dignity/home/-lasset_publisher/Zfc1ZicQBPOF/content/deliberative-democracy-first-international-standard-adopted-by-the-council-of-europe-/16887348). (Yayın Tarihi: 06.09.2023)European Council,

Versailles Declaration: Informal meeting of the Heads of State or Government, 10 and 11 Mart 2022, <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2022/03/10-11/>.

High-level Reflection Group of the Council of Europe *Report of the High-level Reflection Group of the Council of Europe*, Strasbourg, Council of Europe, October 2022, <https://rm.coe.int/report-of-the-high-level-reflection-group-of-the-council-of-europe-11680a85cf1>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Recommendation 1212 (1993), Adoption of a Revised Statute of the Council of Europe, 11 Mayıs 1993, <https://pace.coe.int/en/files/15246/html>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Recommendation 1568 (2002), Future of the Co-operation Between European Institutions, 26 June 2002, <https://pace.coe.int/en/files/17020/html>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Resolution No, 1427 (2005), Plans to Set Up a Fundamental Rights Agency of the European Union, 18 March 2005, <https://pace.coe.int/en/files/17309/html>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Recommendation No, 1696 (2005), Plans to Set Up a Fundamental Rights Agency of the European Union, 18 March 2005, <https://pace.coe.int/en/files/17308/html>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Recommendation No, 1744 (2006), The Follow-up to the 3rd Summit: The Council of Europe and the Proposed Fundamental Rights Agency of the European Union, 13 April 2006, <https://pace.coe.int/en/files/17429/html>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Opinion 300 (2022), Consequences of the Russian Federation's Aggression against Ukraine, 15 March 2022, <https://pace.coe.int/pdf/c31443e940156c87eced0fbb80aee5a6de0aec5c3eebbc5b08e2448fb47149cd?title=Opinion%20300.pdf>.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Compensation Mechanisms for Ukraine: The Focus of a PACE Hearing in Paris, 13 December 2022, <https://pace.coe.int/en/news/8924/>

compensation-mechanisms-for-ukraine-the-focus-of-a-pace-hearing-in-paris.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Resolution 2287, Strengthening the decision-making process of the Parliamentary Assembly concerning credentials and voting, 25 June 2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27980&lang=en>.

Press and information team of the Delegation to the Council of Europe in Strasbourg, “The Register of Damage for Ukraine opens for claims at the Ministerial Conference ‘Restoring Justice for Ukraine’ in the Hague (2 April)” (https://www.eeas.europa.eu/delegations/council-europe/register-damage-ukraine-opens-claims-ministerial-conference-%E2%80%9Crestoring-justice-ukraine%E2%80%9D-hague-2_en?s=51) (Yayın Tarihi: 30 Nisan 2024)

Yargı Kararları

ABAD, 18 Aralık 2014 Tarihli 2/13 Sayılı Görüş, [AB Antlaşması'nın 218(11). Maddesi Uyarınca Verilen Görüş], (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002>)

ABAD, 4 Ekim 2024 Tarihli Karar [BD], C406/22, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CDFE45D7786CF8829683B107644AFDE5?text=&docid=290680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6952970>)

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 58. Maddesi Işığında Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi Üyelığının Sona Ermesinin Sonuçlarına İlişkin Karar, 22 Mart 2022 (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Resolution_ECHR_cession_membership_Russia_CoE_ENG)

AİHM, *Ukrayna v. Rusya (Kırım davası)* [BD], No: 20958/14 ve 38334/18, 25 Haziran 2024, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-14347%22%5D%7D>)

AİHM, *Ukrayna ve Hollanda v. Rusya* [BD], No. 8019/16, 43800/14 ve 28525/20, 30 Kasım 2022, (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-222889%22%5D%7D>)

AİHM, Basın Açıklaması, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İngiltere'den Ruanda'ya Sınırdışı Edilecek Sığınmacı Hakkında Acil Tedbir Kararı Verdi”, No 197, 14 Haziran 2022 (<https://hudoc.echr.coe.int/lapp/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-7359967-10054452&filename=Interim%20measure%20granted%20in%20case%20concerning%20asylum-seeker%E2%80%99s%20imminent%20removal%20from%20the%20UK%20to%20Rwanda.pdf>).

Anayasalaşmanın Kavramsal Boyutları Üzerine Bir İnceleme

Semih Batur KAYA*

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

* Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: drsemihbatur@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-5888-1750.

Makale geliş tarihi: 1 Ekim 2024 **Makale kabul tarihi:** 2 Aralık 2024

Atıf önerisi: Kaya, Semih Batur, “Anayasalaşmanın Kavramsal Boyutları Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 597-627. **DOI:** 10.30915/abd.1559094.

ANAYASALAŞMANIN KAVRAMSAL BOYUTLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

ÖZ

Anayasacılık hak ve özgürlüklerin garanti edici fonksiyonunu ifa ettiği ilkeler ve kurumlar manzumesidir. Anayasa buradaki ilke ve kurguların somutlaştığı en üst düzeydeki hukuki belgelerdir. Bu doğrultuda anayasalaşma, ilerici haklar doktrinin harekete geçtiği bir alanı ifade etmektedir. Bu yönüyle anayasalaşma, anayasacılığın haklar paradigması ile ilgili uluslararası güçlü normatif iddialarda bulunmaktadır. Bu aynı zamanda ulusal üstü yapı ve kurumların işleyişine ilişkin önemli bir gerekçelendirme sunmaktadır. Dolayısıyla anayasalaşmanın yapılandırma eksenli kurucu bir hedef seçtiği ve bunu gerçekleştirmek için muhtemel işbirlikçi alanları aradığı giderek önem kazanan bir gerçekliktir. Gerçekten de ulusalın ötesinde anayasal normların doğuşu, geleneksel devlet anlayışını ve diğer uluslararası aktörün sahip olduğu statükoya dair kimlik değiştirme ve normatif olarak kendini sınırlamayla beliren yeni bir sürece işaret etmektedir. Böyle olunca, küresel toplulukların yönetim standartları yararına gelişen anayasal normların, bunlara dair gerekli hukuki tutarlılığı sağladığı ve küresel hukuk devleti ve demokratik çoğulculuğu gerçekleştirebileceği görülmektedir. Çalışmamız tüm bu mülahazalar ekseninde anayasacılık anlayışının uluslararası hukuk bakımından da paradigma olarak ele alınmasını gaye edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: anayasa, anayasacılık, anayasalaşma, haklar ve özgürlükler, uluslararası anayasacılık.

A STUDY ON THE CONCEPTUAL DIMENSIONS OF CONSTITUTIONALIZATION

ABSTRACT

Constitutionalism is a set of principles and institutions that fulfill the function of guaranteeing rights and freedoms. The Constitution is the highest-level legal document that embodies the principles and fictions here. In this respect, constitutionalization represents an area where the progressive rights doctrine takes action. In this respect, constitutionalization makes strong transnational normative claims regarding the rights paradigm of constitutionalism. This also provides an important justification for the functioning of supranational structures and institutions. Therefore, it is an increasingly important reality that constitutionalization chooses a structuring-oriented founding goal and searches for possible collaborative areas to achieve this. Indeed, the emergence of constitutional norms beyond the national points to a new process of changing the identity of the traditional understanding of the state and the status quo of other international actors and limiting themselves normatively. As such, it is seen that constitutional norms developed for the benefit of governance standards of global communities provide the necessary legal consistency and can realize the global rule of law and democratic pluralism. Our study aims to address all these considerations.

Keywords: constitution, constitutionalism, constitutionalization, rights and freedoms, global constitutionalism.

GİRİŞ

Jürgen Habermas nispeten yakın sayılır bir zamanda “Uluslararası Hukukun Anayasalaşmasının Hala Şansı Var mı?” diye sormuştur. Habermas okuyucuya anayasacılığın Kantçı kozmopolitanizmdeki^[1] orijinal felsefi köklerini hatırlatmaktadır^[2]. Habermas, ulus-devletlerin egemen olduğu dünyanın aslında küresel toplumun uluslararası kümelenmesine doğru geçiş sürecinde olduğunu öne sürmüştür^[3]. Bu yaklaşım, siyasi gücün hukuk yoluyla ehlileştirilmesinin yalnızca egemen bir devlet içinde mümkün olabileceği^[4] ve bu yöndeki gerçekçi görüşe adeta bir meydan okuma olduğunu söylememiz gerekir.

Kanaatimizce uluslararası bir anayasal hukuk sisteminin inşası için anayasal kavram ve olguların (buradan hareketle anayasal ilke ve kurguların) uluslararası hukukun nitelikleri olarak anlaşılabilir bu seviyedeki kamu hukuku kavramlarıyla^[5] kendisini ifade etmesi gerekir.

- [1] Kant'ın yasal veya politik kozmopolitanizmi sürekli barış, uluslararası yeknesak örgütlenme, uluslararası hukukun reformu ve dünya vatandaşlarının hukuku olarak adlandırılan şey etrafında dönen bir fikir kümesine odaklanır. Esasen Kant burada kozmopolit bir hak anlayışını ortaya koymaktadır. Pauline Kleingeld, “Kant’s Moral and Political Cosmopolitanism”, *Philosophy Compass*, Cilt 11, Sayı 1, 2016, s.14.
- [2] Erkan Duymaz, *Uluslararası Anayasacılık: Anayasa Hukuku Perspektifinden Uluslararası Düzenin Anayasalaşması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s.136 vd.
- [3] Bkz. Jürgen Habermas, *The Divided West*, Çev. Ciaran Cronin, Polity Press, Cambridge, 2006, s.115.
- [4] Uluslararası anayasacılığa dair bir imkân olarak egemenliğin aşınması için bkz. Aydın Atılgan, *Global Constitutionalism*, Springer, Berlin, 2018, s.15-20.
- [5] Anayasalaşmanın gerçekten de elle tutulur politik değerleri vardır. Ancak Gonçalves ve Costa'nın belirttikleri üzere, şimdiye kadar geliştirildiği şekliyle, özellikle iki alanda ciddi teorik ve pratik sorunlar sergilemektedir: kaynaklarının oluşturulması ve toplumsal etkisinin yetersiz değerlendirilmesi. İlk durumda, insan haklarının epistemik oluşumundaki tarihsel dengesizlikleri hesaba katmamakla, anayasalaşma farklı dünya bölgeleri arasındaki politik asimetrisi güçlendirme ve bunlara katkıda bulunma riskiyle karşı karşıyadır. Toplumsal etki açısından, anayasalaşma, pozitif hukuku toplumsal davranış düzenlemesinin tek anlamlı bir aracı olarak görmesi bakımından kod çözümü ve yorumlanması her zaman mevcut güç ve maddi eşitsizlikler aracılığıyla aracılık edilen bir gösterge olarak anlamak için sosyolojik bir güç analizinden yoksundur. Guilherme Leite Gonçalves ve Sergio Costa, “The Global Constitutionalization of Human Rights: Overcoming Contemporary Injustices or

Öte yandan çalışma boyunca görüleceği gibi, anayasalaşmaya yönelik çok sayıda anlayış ve yaklaşım söz konusudur. Fakat hemen belirtelim ki anayasalaşma uluslararası-küresel bir anayasacılık girişimi olarak nitelendirilebilir. Bu bakımdan çalışmamız, küresel anayasacılık girişimi perspektifiyle siyasal kişiler ve kurumlardan oluşan yerleşik toplulukların tek bir organize düzende bileşen olma imkânlarını sorgulamaktadır. Fakat bundan da öte anayasacılık anlayışının uluslararası bir normatif paradigma haline gelmesini savunmaktadır.

Uluslararası anayasal düşünce, esasen anayasalaşma anlayışının çok daha geçmişinde konumlanan bir fenomen olmuştur. Bizim açımızdan anayasalaşma fikri, geline aşamada uluslararası hukukun haklar paradigması ile olan gerilimi ve bu yöndeki değişim anlarına gösterdiği tepkinin bir anti tezini ihtiva etmektedir. Bu bakımdan anayasacılığın ileri haklar doktrinin geleneğini takip eden anayasalaşma hareketi, uluslararası bir hukuk projesinin önemli bir unsuru konumundadır^[6]. İnsan haklarına olan bağlılık, uluslararası kamu hukukunun operasyonel yetki ve etki haritasının kullanılmasının gerekçelendirilmesine ilişkin çerçevenin vazgeçilmez unsurudur.

Juridifying old Asymmetries?”, *Current Sociology Monograph*, Cilt 64, Sayı 2, 2016, s.312.

- [6] Öte yandan burada uluslararası hukukun parçalanması (fragmentation) kavramı üzerinde durmak gerekir. Uluslararası hukukun parçalanması fikri, genel olarak uluslararası toplumun küreselleşmesiyle, özellikle de küreselleşmenin ekonomik yönüyle ilişkili bir olgu olarak kabul edilir. Evrensel olarak kabul görmüş bir tanımlı olmamasına rağmen, uluslararası hukuk bilginleri parçalanmanın uluslararası hukukun oldukça uzmanlaşmış alanlarının gelişmesinden oluştuğunu savunurlar. Buna göre, bazıları parçalanmanın kavramsal meselelere dayanan teknik bir sorun olduğunu kabul eder. Gerçekten de parçalanma üzerine bir tartışma olasılığı, insanların [uluslararası hukukta] birlik ve çeşitlilik arasındaki gerilimin ne şekilde yönetilmesi gerektiği konusunda fikir ayrılığına düşmelerini varsaymaktadır. Bazen de bunun usul meselelerinden kaynaklanan teknik bir sorun olduğunu kabul edilir. Bu bağlamda parçalanma teknik uzmanlığın ulusal bağlamdan uluslararası bağlama çok yönlü aktarılması eylemi olarak nitelendirilebilir. Son olarak bazen de parçalanma, çatışan kurallar ve kurumsal uygulamalar arasındaki etkileşimle ve genel uluslararası hukukun aşınmasıyla sonuçlanan bir durumla özdeşleştirilir. Rosanna Deplano, “Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry”, *European Journal of Legal Studies*, Cilt 6, Sayı 1, 2013, s.69. Burada biz maddi muhteva yönünden anayasacılık anlayışı ekseninde bir anayasalaşmanın bu parçalanma üzerindeki önleyici imkânını sorgulamaktayız.

Dolayısıyla burada biz, yapısal olarak küresel bir hükümet geliştirilmesini değil daha ziyade uluslararası yapıların oluşumu ve işleyişinde anayasacılık eksenli bir paradigmanın fonksiyonel değeri olacağına inanmaktayız. Buna bir imkân olarak, ulusal ve uluslararası faaliyetlerin hukuksallaşması ve hatta yargısallaşması^[7] eksenindeki son zamanlardaki gösterilen eğilimler de gösterilebilir. Ayrıca bu husus bir gerçeklik olmasının yanında bir ihtiyaca da işaret etmektedir. Dolayısıyla anayasalaşma hususu açısından uluslararası yargısal veya yarı yargısal (özellikle insan hakları mahkemeleri) veya küresel idari organların önemini vurgulamak gerekir.

Nihayetinde çalışmamız tüm bu mülahazalara yönelik sorgulama ve imkânlar doğrultusunda anayasalaşma kavramını ele almayı amaçlamaktadır.

I. ULSULARARASI ANAYASACILIK OLARAK ANAYASALAŞMA

Bu başlık altında her şeyden önce anayasalaşma kavramıyla konuya girmek gerekir. Dar ve bizim savunacağımız şekliyle “anayasalaşma”, hem anayasa hukukunun belirli bir hukuk düzeni içinde ortaya çıkışı, hem de anayasacılığın bir zihniyet olarak yaygınlaşması için kullanılan kısa bir terimdir^[8]. Daha geniş anlamıyla “anayasalaşma” kavramı, belirli bir tür anayasanın (ya da anayasa hukukunun), yani anayasal anlamda bir temelleştirmenin zamana yayılan bir süreçte^[9] ortaya çıkabileceğini ima etmektedir. Ayrıca anayasalaşma çok faktörlüdür. Bu yüzden uluslararası düzenin yeni ortaya çıkan anayasal profili bir veya daha fazla alanda ve hatta hukukun özel dallarında iyi geliştirilmiş anayasalaşma projesi ile ancak mümkün olabilmektedir.

Uluslararası anayasacılık üzerine mevcut akademik çalışmalar, normatif okul, işlevselci okul ve çoğulcu okul olmak üzere üç okula bölünmüş gibi görünmektedir. Normatif okul, yerel anayasacılığın uluslararası kurumlar ve

[7] Anayasalaşma özelindeki bir değerlendirme için bkz. Bela Pokol, “Constitutionalization and the Political Fighting through Litigation”, *Journal of Legal Theory*, Sayı 1, 2002, s.2-3.

[8] Anne Peters ve Klaus Armingeon, “Introduction –Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, 2009, s.389.

[9] Gökhan Albayrak, “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması”, *TBB Dergisi*, Sayı 113, 2014, s.22.

uygulamalarla tamamlanması gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Bu bakış açısından, uluslararası anayasacılık bir tür tamamlayıcı anayasacılığı temsil eder. İşlevselci okul, seçilmiş uluslararası hukuk rejimlerinin anayasalaşması sürecini değerlendirir. Merkezi bir otoritenin uluslararası hukuk üretimini ne ölçüde mümkün kıldığını veya kısıtladığını analiz eder. Son olarak, çoğulcu okul, devletin ötesinde anayasalaşma süreçlerini inceler ve ulus-ötesi anayasacılığın çeşitli kavramlarını içerir^[10]. Burada özellikle normatif ve buna bağlı olarak kurumsal imkânların sorgulanması gerekir. Gerçekten de bu doğrultuda hukukçular uluslararası anayasacılığı sıklıkla uluslararası hukukun kurumsallaşmasının bir ürünü olarak yorumlamışlardır. Uluslararası bir anayasacılık, uluslararası sisteme yerel anayasa hukukundan bilinen ilkeleri uygulayarak uluslararası alanın artan kurumsallaşması sonucunu çıkarabilir ve bu da uluslararası ilişkilerin “doğa durumu” veya anarşisinden uzak evrensel bir Kantçı “hukuk durumu” ile sonuçlanabilir. Bir anayasanın yerel siyaseti tek bir yasal üst yapıda birleştirmesiyle aynı şekilde, uluslararası hukukun gelişmiş, kurumsal bir okuması uluslararası toplumu tek bir tutarlı anayasal yapıda birleştirecektir^[11].

Anayasacılık gerek genel olarak hukukun genel ilkeleri çerçevesinde gerek özel olarak anayasal ilkeler bakımından hukuki talepler içerir^[12]. Bu talepler, küresel ölçekte yeknesak ve fakat özellikli ayrıcalıkların olabileceğini kabul etmekle birlikte evrensel bir anayasal olma kurgusunu hedefler. Bu bakımdan uluslararası kamu hukuku nazariyesinden bakıldığında, anayasacılık ve bunun uluslararası talepleri özellikle 20. yüzyıldan bu yana hukuk doktrininde en

[10] Deplano, *op.cit.*, s.74.

[11] Andreas L. Paulus, “The International Legal System as a Constitution”, in Jeffrey L. Dunoff ve Joel P. Trachtman (Ed.), *Ruling the World?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s.69.

[12] Öte yandan hemen belirtelim ki anayasacılığın anlamına ilişkin kafa karışıklığı, anayasa fikrinin muğlaklığından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda Loughlin’e göre modern anlayışa göre anayasa bilinçli olarak inşa edilmiş bir eserdir. Anayasa, devletin yetkilerini tanımlayan, vatandaşların temel haklarını belirleyen ve devletin yerleşik kurumları ile vatandaşlar arasındaki ilişkileri düzenleyen, halk adına kabul edilen bir belgedir. Buna ek olarak anayasacılık, söz konusu rejimde siyasi gücün kullanılmasının, söz konusu özel metnin dayattığı disiplin kısıtlamalarına tabi olması gerektiği inancını ifade eder. Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, London, 2022, s.1.

çok tartışılan mevzulardan birini teşkil etmektedir^[13]. Bu yüzden esasen anayasalaşma, parçalanma ve dikeyleşmeyle birlikte 21. yüzyılın başlarında uluslararası hukuk tartışmalarının kutsal üçlüsünü oluşturmaktadır^[14]. Bu üçlüde önemli bir parametre olan anayasalaşma küresel ölçekte anayasal ilke ve kurguların aynı zamanda yönünü de tayin etmektedir.

Uluslararası kamu hukukunda anayasalaşma, uluslararası hukukun ve onun alt düzenlerinin, devlet egemenliğini bir devlet egemenliği gibi sınırlamak için bir nesnellik derecesine^[15] ulaştığını da ileri sürebilmektedir^[16]. Anayasalaşma tezinin savunucularına göre, uluslararası kamu hukuku, devletlerin çıkarlarını aşan insanlığın ortak çıkarlarını tanır, hiyerarşik olarak üstün anayasal ilkeler devletlerin şimdiye kadar sınırsız iradelerine sınırlar koyar, uluslararası örgütler üye devletlerinden nispeten bağımsız hale gelir ve devletler artık gerçek bir alan adı rezervine sahip değildir. Bu gözlemlere dayanarak, uluslararası kamu hukuku alanında anayasal doktrin, uluslararası kamu hukukunu anayasal bir temele oturtmaya çalışmaktadır.

Bu açıdan anayasalaşma tartışması, anahtar terimlerine yüklenen anlamların çok çeşitli olmasından zarar görebilir. Bu yüzden biz de anayasalaşmayı; devletin egemenliği, toprak bütünlüğü ve uzlaşmacılık gibi bazı düzenleyici

[13] Tarih ve gelenek olarak anayasacılık, “ortak hukuk” a çok benzer ve yeni koşullar, yeni formülasyonlar gerektirmektedir. Bu nedenle, radikal siyasi değişim ve akut siyasi kriz döneminde anayasacılığın anlamını ve meşruiyetini bir kez daha kavramak önem arz eder. Douglas Sturm, “Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of C. H. McIlwain”, *Minnesota Law Review*, Cilt 54, 1969, s.218. Kanaatimizce eğer anayasacılığın anlamı zamanla değişiyorsa, onu ilkesel ve kurgusal kurumlar olarak tanımlamak gerekecektir. Aksi halde bu kavram boş mu, tamamen biçimsel mi ve kişinin arzu ettiği herhangi bir anlam verilebilecek mi gibi sorular sorulabilecektir. Şu halde kavramsal kullanımında ona siyasal inşa amaçları açısından faydalı kılacak bir sabitlik veya süreklilik atfetmek gerekmektedir.

[14] Jan Klabbbers, “Setting the Secene”, in Jan Klabbbers, Anne Peters ve Geir Ulfstein (Ed.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2009, s.1.

[15] Biz konuyu dağıtmamak adına bilerek açmıyoruz. Fakat sorgulayıcı bir makale için bkz. Aoife O’Donoghue, “International Constitutionalism and the State”, *I-CON*, Cilt 11, Sayı 4, 2013, s.1021-1023.

[16] Keza örnek için bkz. Hande Seher Demir, “Uluslararası Hukukun Etkisizliğine Karşı İdealist Bir Çözüm Arayışı: Bertrand Russell’in ‘Dünya Federal Devleti’ Düşüncesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2021, s.503.

ilkeler dayalı bir uluslararası düzenden, ilkeleri, kurumları kabul eden ve yaratıcı bir şekilde benimseyen ve önemlisi değiştiren bir uluslararası hukuk düzenine doğru evrimin etiketi olarak kullanılmamaktayız^[17]. Gerçi aşağıda farklı anayasalaşma biçimlerine kısaca değinilecek olsa da anayasalaşmaya dair tartışmanın iki şekilde ortaya çıktığı belirlenebilir: Birincisi, küresel adaletin gerçekleşme imkânı ve ikincisi, anayasalaşmanın gerçekten gerçekleştiğini deneysel olarak kanıtlanma girişimi durumudur. Bu önemli sorunları gündeme getirebilmektedir: Küresel anayasalaşma tartışması varlığını göstermekle ilgiliyse, bu nasıl değerlendirilir veya adaleti sağlamakla ilgiliyse, anayasacılık böyle bir sonuca ulaşmanın en iyi yöntemi midir? İşte kanaatimizce anayasacılık bir anlayış ve kurumsal bütünü olarak bir mekanizma oluşturabilir. Buna göre hukukun üstünlüğü, erkler ayrılığı ve demokratik meşruluk ilkeleri önemli roller oynayabilir.

Dolayısıyla buradaki kavramsallaştırmayla anayasalaşma, hem uluslararası hukukun bazı özelliklerini ve işlevlerini (iç hukukla etkileşim içinde) anayasal olarak yeniden yapılandıran, hem de bunların daha da geliştirilmesi için argümanlar sağlamaya çalışan entelektüel bir harekettir. Anayasa hukukunun işlevi normal olarak bir siyasi topluluğu kurmak, organize etmek, entegre etmek ve istikrara kavuşturmak; siyasi gücü kontrol altına almak, normatif rehberlik sağlamak; kanun yapma, kanun uygulama ve kanun yapma yönetim faaliyetlerini düzenlemektir^[18]. Arzu edilen anayasal unsurlar özellikle hukukun üstünlüğü, siyasi (ve muhtemelen ekonomik) gücün kontrol ve denge yoluyla denetim altına alınması, temel hakların korunması, hesap verebilirlik, demokrasi (katılım, müzakere ve şeffaflık gibi kurucu unsurlar) gibi ilkeler manzumesinden müteşekkildir^[19].

Ne var ki uluslararası kamu hukukunun ulusal hukuk sistemlerinden oldukça farklı olduğu dikkate alındığında, bu tür girişimlerle bağlantılı sorunlar makul görülebilmektedir. Gerçekten de merkezi bir yasama organı ile benzersiz bir yürütme ve tutarlı uygulama yetkisi olmadan, aynı

[17] Anne Peters, "Fragmentation and Constitutionalization", in Anne Orford ve Florian Hoffmann (Ed.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s.1016-1017.

[18] Graham Maddox, "A Note on the Meaning of 'Constitution'", *The American Political Science Review*, Cilt 76, Sayı 4, 1982, s.806.

[19] Ayrıca bkz. Goodwin Liu, Pamela S.Karlan ve Christopher H. Schroeder, *Keeping Faith with the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010, s.12-13.

zamanda örtüşen yetkilere sahip giderek artan sayıda yargısal ve yarı-yargısal otoriteyi gerçekleştirmeksizin anayasalaşma yapmak çok zorlu bir faaliyete bürünmektedir. Dolayısıyla küresel anayasacılık olarak anayasalaşma disiplinlerarası bir bakış açısıyla da analiz edilse de kanaatimizce, uluslararası hukukun anayasalaşmasının, bu hukukun parçalanmasından çok daha zor olduğu söylenebilir. Dahası, anayasalaşmaya, uluslararası hukukun parçalanması, tek bir süper gücün hâkimiyeti, uluslararası hukukun özelleştirilmesi ve egemen devletin yeniden canlandırılması gibi çağdaş uluslararası ilişkilerdeki karşıt, anayasaya aykırı eğilimler eşlik eder ve hatta bunlar tarafından engellenebilir veya bozulabilir.

Anayasalaşma teorileri sıklıkla anayasal normları anayasal yapılar olmadan tanıır. Gerçekten de, tartışmanın kendisini belirli uluslararası yapılardan ayırmasının gerekli olduğu ileri sürülebilir. Bu, kurumların, özellikle Birleşmiş Milletlerin (BM) önemini inkâr etmez, aksine kapsamlı bir küresel hukuk düzeninin geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini kabul eder. Bu bağlamda genel olarak, anayasalaşma teorileri iki şekilde ortaya çıkar: *sektörel*^[20] ve *küresel* anayasalaşma. Ancak, birini diğerinden ayırmak kolay değildir. Gerçekten de, ikisi arasındaki herhangi bir ayırım yapay olarak değerlendirilmelidir. Bu bölünmeyi sürdürmenin amacı, BM veya Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gibi uluslararası örgütleri veya alternatif olarak insan hakları veya çevre hukuku gibi hukuk alanlarını daha geniş bir küresel sistem içinde anayasal olarak sunmada ortaya çıkan ayrımları vurgulamaktır.^[21] Bu bağlamda küresel anayasacılık disiplinler arası bir bilgi ve araştırma bütünüdür. Fakat tutarsız ve kapsamlı bir kavram olmadığından, uluslararası anayasacılığın çeşitli anlayışlarının bir tipolojisini sunmak zor bir iştir. Uluslararası kamu hukukunda küresel anayasacılığın boyutlarına ilişkin

[20] Sektörel anayasalaşma, kurumsal yapılar kisvesi altında anayasacılığın usul unsurlarını belirli alanlarda ortaya çıkan maddi hukukla birleştirir. Örneğin, DTÖ içinde maddi hukuk ticarettir, BM içinde ise uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesidir. Bu nedenle, sektörel anayasalaşma, her biri doğrudan kendi maddi hukukuna bağlı alternatif topluluklar veya seçim bölgeleri gerektirir. Bu nedenle, insan hakları veya ticaret hukuku içindeki çıkarlar ve kurucu gücün sahipleri kaçınılmaz olarak farklı olacaktır. Aoife O'Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s.141.

[21] O'Donoghue, *Constitutionalism*, *op.cit.*, s.141.

çok yararlı, ancak bazen örtüşen bir kategorizasyon Christine Schwöbel tarafından sunulmuştur:^[22]

1- *Sosyal Anayasacılık*: Savunucuları “uluslararası toplum ekolü” ne mensuptur ve küresel bir sivil toplum yaklaşımının geliştirilmesi ihtiyacını vurgulamaktadır. Bu ilk yazar grubu için, bir topluluğun varlığı veya kuruluşu onların ilgi odağıdır. Bu, devletlerden oluşan uluslararası bir topluluk, uluslararası hukukun tüm öznelerinden oluşan bir topluluk veya küresel vatandaşlardan oluşan uluslararası bir topluluk anlamına gelebilir. Bu anlayışla yazan yazarlar, BM Şartı’nın anayasal olarak okunmasını savunurlar veya uluslararası hukuk konularını, üç alanı (yasama, yürütme ve yargı) düzenleyen bir anayasa tarafından yönetilen topluluğun üyeleri olarak görürler. Böyle bir anayasa, devletlerin kendi iradelerine aykırı olsa bile yükümlülüklerle bağlı olabileceği anlamında mutabakata dayalı değildir. Öte yandan, sıklıkla sosyologlar ve filozoflar tarafından temsil edilen küresel sivil toplum yaklaşımı, Devletin uluslararası düzendeki merkezi konumunu reddeder ve bunun yerine sivil toplumun küresel anayasacılığı kavramını teşvik eder.

2- *Kurumsal Anayasacılık*: Burada uluslararası hukukun anayasal bir karakteri, belirli uluslararası kuruluşların yasalarında bulunur. Bu kuruluşların yasalarının şu şekilde “anayasalaşmacı” olduğu kabul edilir: kendisinin ötesinde uluslararası alana hitap etme. Pek çok durumda, anlaşmaya dayalı rejimlerin anayasal bir karaktere sahip olduğu kabul edilir, çünkü uzmanlaşmış kurumların kurucu anlaşmaları sıklıkla anayasa olarak da adlandırılır ve bu durum, bunların özel bir hukuk düzeni için referans belgeleri olarak kabul edilmesinin mümkün olduğunu kanıtlar. Birleşmiş Milletler’in (BM) anayasal rolü, sektörel anayasacılık (yani belirli uluslararası kuruluşların ve organlarının anayasal özellikleri), küresel yönetim meselesi ve sözde telafi edici anayasacılık bu düşünce ekolünde bulunabilir.

3- *Normatif Anayasacılık*: Kurumsal anayasacılıktan farklı olarak bu vizyonun zorunlu olarak kurumsal bir öğeye sahip olması gerekmez; daha ziyade meşruiyeti, içkin (ahlaki) değerlerinden kaynaklanır. Bu analizin daha geniş çerçevesinde dünya hukuku (Weltrecht), dünyanın iç hukuku (Weltinnerrecht) ve kamu düzeni (ordre public), hiyerarşik düzen ve temel normlar (ius cogens) kavramları tanımlanabilir.

[22] Bkz. Christine E. J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden ve Boston, 2011, s.13-49.

4- *Analojik Anayasacılık*: Küresel anayasacılığın bu alanına katkıda bulunan bilim insanları, belirli hukuk düzenlerinin (ulusal veya bölgesel) anayasal ilkelerini tanımlar ve uluslararası alanda paralel ilkeleri oluşturur. Bu yaklaşımın uyguladığı anayasacılığın temel temalarını anlamak için kendilerinin de aşına olduğu yerel veya bölgesel anayasalara bakmak önem arz eder^[23].

Bahsedilen düşünce ekollerinin dışında başka tipolojilerin ve farklı düşünce geleneklerinin de olabileceğini belirtmek gerekir^[24]. Anayasacılık kavramının birçok anlamı aynı zamanda anayasalaşmanın da pek çok tanımının olduğunu ima etmektedir. Gerçekten de anayasalaşma, çeşitli anlamlarda anayasalara ilişkin normatif bir teori veya ideolojiden teorik ve felsefi bir siyasi modele kadar her şey anlamı kurucu hedef olarak seçebilir.

Dolayısıyla anayasalaşmanın farklı görünüm biçimlerinden söz edilebilir. Ancak burada biz özellikle kamu hukuku perspektifiyle siyasi anlaşmayı içerecek şekilde çalışmamızı daraltıyoruz^[25]. Kamu hukuku yaklaşımı, anayasal yönetim ve iktidara ilişkin resmi düzenlemelerle, özellikle de hukukun üstünlüğü ve yargısal denetimle ilişkili olanlarla yakından ilgilidir. Hükümet yetkilerini yönlendiren ve meşrulaştıran yasal olarak bağlayıcı bir “sözleşme” de yer alan daha yüksek anayasal düzenlemelere ihtiyatlı saygı gösterilmesini ve bu yetkilerin çeşitli şekillerde sınırlandırılmasına özellikle dikkat edilmesini vurgulamaktadır. Kanaatimizce bu husus, aynı zamanda “halk demokrasisi”, özellikle müzakereci ve katılımcı biçimleri konusunda da belli bir destek sağlamaktadır. Bu açıdan popüler demokrasi, demokrasinin prosedürel boyutlarını vurgular; şeffaflık, yasal süreç ve katılımcıların temsil edilebilirliği gibi normlar burada önem arz eder. Ne var ki bunlar demokratik yönetim için gerekli olan biçimsel-resmi koşulları göz ardı etmemelidir; bağımsız yargı ve gerçek hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, siyasi sonuçlar üzerinde çekişme ve uzlaşma ve özgür medya gibi temel boyutların varlığı kabul edilmelidir. Bu doğrultuda anayasalaşma ise tam tersine popüler

[23] Keza bkz. Christine E. J. Schwöbel, “Situating the Debate on Global Constitutionalism”, *I-CON*, Cilt 8, Sayı 3, 2010, 613 vd.

[24] Piotr Uhma, “The Constitutionalization of International Law After Liberalism”, *Politeja*, Sayı 75, 2021, s.9.

[25] Farklı görünüm biçimleri ve açıklama için bkz. Grahame F. Thompson, *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s.24 vd.

demokrasiye çok daha yakın gelmektedir^[26]. Şöyle ki; anayasal konular üzerinde demokratik kontrolün kesinlikle temel bileşenini vurgulamaktadır; güçler ve çıkarların dengelenmesi, makul uzlaşma vb. siyasal düzenin anayasal anlayışı olarak görülmektedir. Burada anayasanın sunduğu özellikli husus, anlaşmazlıkları çözmeye ve anlaşmazlıkları çözmeye yönelik bir çerçeve teşkil etmeye yönelik hukuki bir formül ortaya koymaktır.

II. ULUSLARARASI ANAYASACILIĞIN İMKÂNLI

Bu başlığa Paulus'un şu sözleri ile başlamak yerinde olur: “*Bugün, uluslararası hukukun kurumsalcı okuması, belli bir açıdan, kendi başarısının kurbanı olmuştur. Uluslararası örgütlenmenin artan kurumsallaşması ve örgütlenmesinden şüphe edilemezken, genel izlenim, uluslararası hukuk sisteminin anayasalaşmasından ziyade parçalanmasıdır. Başka bir deyişle, çeşitli ve farklı kurumlar tek bir şema altında bir araya gelmeyi başaramamaktadır; aksine, uluslararası hukukun sistemik karakteri, belirgin bir tutarlılığı olmayan çok sayıda uluslararası rejim tarafından tehdit ediliyor gibi görünmektedir. Kısmi rejimlerin anayasallaştırılması, uluslararası hukuk sisteminin bir bütün olarak anayasalaşmasının teyidi olmaktan ziyade panzehiri gibi görünmektedir. Farklı alt sistemleri düzene koyacak gerçek bir anayasacılık çağrısı, bu sezgiyi doğrulamaktadır.*”^[27] Haliyle bu durum Stone Sweet'in şu sorularının sorulmasını mantıklı kılmaktadır: “Anayasa” kavramını kamusal uluslararası hukuk veya belirli uluslararası rejimlerin analizlerinde kullanmak mantıklı mıdır? Uluslararası hukuk araştırmalarında anayasacılığa yönelme, ne kadar sembolik olarak yüklü olursa olsun, uluslararası hukukun ve yönetişimin gerçekte nasıl organize edildiğine dair önemli bir niteliksel değişimi yansıtmakta mıdır? Hukuki çoğulculuk gerçeği veya uluslararası sistemde hukuki nitelikte sistemsel hiyerarşinin olmaması, anayasacıların iddialarını zayıflatmakta mıdır veya hatta dışlamakta mıdır?^[28] Gerçekten de araştırmamız bağlamında elde ettiğimiz neticeye göre bu ve benzeri hususlarda, yazarlar arasında çok az fikir birliği bulunmaktadır.

[26] Ayrıca bkz. Sezgin Seymen Çebi, *Anayasacılık ve “Politik Olan”*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.570 vd.

[27] Paulus, *op.cit.*, s.69-70.

[28] Alec Stone Sweet, “Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, 2009, s.621.

Anayasalaşma tezi bağlamında etkileşimin atıfta bulunduğu ampirik olgular iki kavrama indirgenabilir: uluslararası kamu hukukunun devletler karşısında özerkleştirilmesi ya da yerleşik anayasaların işlevlerinin uluslararası kamu hukukuna yansıtılması. İkincisi birinciye nazaran daha çok imkân dâhilinde görülmektedir.

İmkânlar, uluslararası kamu hukuku düzeninin özerkleşmesi bağlamında uluslararası kamu hukukunun devletlerarası bir düzenden küresel topluluğa ve bireye bağlı bir hukuk düzenine esaslı değişim ve eğiliminde açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu husus aynı zamanda uluslararası örgütlerde ve alt sistemlerde gerçekleşen anayasalaşmayı ifade etmektedir. Uluslararası kamu hukuku, örneğin insan hakları hukukunda (ve bununla bağlantılı olarak bireyin gelişmiş hukuki statüsünde), ulusların kendi kaderini tayin etme hakkında veya çevre hukukunda topluluk çıkarlarını ve etik içerikleri özetlemektedir^[29]. Bunların hepsi karşılıklı bağımlılık, ortak sorumluluk ve dayanışma fikirlerinden müteşekkildir.

Bu bakımdan uluslararası anayasalaşma, kurumsal olarak üye devletlerin ortak çıkarların uygulanmasına katılmaları anlamına gelir. Nitelikli yasallaştırma biçimleri olarak anayasallaşmış bu rejimler, kanunun yargısal uygulaması ve konuya yönelik uygulama şemaları ile karakterize edilmektedir. Böyle olmakla belirli yasal rejimler için anayasal terminolojinin kullanılması kurumsal yoğunluk ve meşruiyete işaret etmektedir. Aynı zamanda uluslararası örgütlere ve rejimlere anayasal bakış açısı, başlı başına dikkat çekicidir. Anayasalaşma teorisinin yaklaşımı tipik olarak *lex lata*'ya (yürürlükte olan hukuk) ilişkin perspektif boyutları ile daha gelişmiş bir küresel hukuk düzeni vizyonu arasında gidip gelir. Anayasalaşmanın bir süreç olduğu düşüncesi ise bu iki boyut arasında aracılık etmektedir.

Öte yandan Thomas Kleinlein'in belirttiği üzere değer temelli bir anayasalaşma teorisi, toplulukçu uluslararası hukuku bir "değer düzeni" olarak yorumlar ve bir yanda uluslararası hukukun araçsal ve biçimsizleştirici

[29] Dinamik anayasacılıkta temel endişe, anayasanın bugün yönettiği kişilerin gözündeki bu bakımdan meşruluğudur. Buna göre yerelden evrensel "eşit koruma" veya "halkın hakkı" gibi onaylayanlar için geliştirilen anlam, meşruluk bakımından bugün devlet eyleminin anayasaya uygunluğunu tartmak için başvurulduğunda bunların yirmi birinci yüzyıl yönetimi tarafından kabul edilebilir olmasını gerektirir. Karşılaştırınız Richard Tuck, "The Original Theory of Constitutionalism", *The Yale Law Journal*, Cilt 127, 2018, s.666.

kullanımı ile diğer yanda eleştirel norm şüpheciliği arasındaki konumu tanımlamaya çalışır. Hem değerlerin açıklığı ve belirsizliği, hem de en azından potansiyel değer çatışmalarının artması sorunludur. En azından uluslararası hukuk düzeninin klasik paradigması ile yeni içerikler arasında şu ana kadar çözülmemiş bir gerilim söz konusudur. İşte bu gerilime, devletlerin egemen eşitliğinin bir ifadesi olarak dokunulmazlık verilmesi ile ağır insan hakları ihlalleri durumunda failerin cezasız kalmasına son verilmesi amacı arasındaki çatışma örnek olarak verilebilir. Değerlere atıfta bulunmak, bireysel bir karara meşruiyet kazandırmaya olanak tanırken, değer çatışmalarının geleceğe yönelik çözümü açık bırakılır^[30].

Haliyle burada alternatif olanakları sorgulamak gerekebilir. Ulusal anayasaların işlevlerinin uluslararası kamu hukukuna devredilmesinin ve bunların uluslararası olarak güçlendirilmesinin bir unsuru, uluslararası tamamlayıcı anayasaların geliştirilmesi olarak anlaşılabilir. Bu, özellikle *domaine réservé* nin (devletin yargı yetkisi) insan hakları hukuku tarafından kesintiye uğratılması konusunda açıkça görülmektedir. Devlet gücünün meşruluğuna ilişkin uluslararası kamu hukuku özellikleri, kurumsal temelden yoksun olmalarına rağmen, tamamlayıcı uluslararası anayasalar olarak düşünülebilir. Aynı şekilde devletlerin dış politikalarında anayasal standartları rehber olarak kullanması, anayasal işlevlerin uluslararası düzene devredildiğinin göstergesidir.

Anayasalaşma literatüründe çoğunlukla hâkim bir mantık bulmak mümkündür. Bu mantık, daha fazla uluslararası hukukun ve daha fazla uluslararası kurumun daha sağlam bir anayasalaşma biçimini temsil ettiğini ileri sürmektedir. Buna ek olarak, daha fazla anayasalaşmanın daha iyi olduğuna dair neredeyse teleolojik bir varsayımı söz konusudur. Bu açıdan ne kadar çok devlet, geleneksel hukukun ve uluslararası kurumsal uygulamanın normatif etkisi altına alınırsa, bunun genel olarak uluslararası çevre için o kadar iyi olacağı fikrini bulmak da mümkündür.^[31] Anayasalaşmayı bu şekilde hesaplısak, daha fazla hukukun ve daha fazla uluslararası kurumun yaratılmasının aslında hukuki otoriteyi “dikey” bir anayasalaşma süreciyle çelişebilecek şekillerde “yatay” olarak dağıtabileceğini öne süren alternatif

[30] Bkz. Thomas Kleinlein, “Constitutionalization in International Law”, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 231, 2012, s.705.

[31] Garrett Wallace Brown, “The Constitutionalization of What?”, *Global Constitutionalism*, Cilt 1, Sayı 2, 2012, 201-228, s.211.

yorumları görünüşte görmezden gelmemize sebep olabilir. Armingeon ve Milewicz'e göre küresel düzeyde bir anayasalaşma varsa, ekonomik, sosyal ve siyasi özellikleri ne olursa olsun bunun her yerde ortaya çıkması gerekir. Bunun biçimsel veya usule ilişkin özellikler açısından doğru olduğunu, ancak asli anayasal işlevler açısından geçerli olmadığını söylemek gerekir^[32]. Özellikle, daha fazla kurumun ve uluslararası hukukun oluşturulması çoğu zaman bulanık kurumsal ve hukuki yargı yetkileri yaratabilir; bu da uyumsuzluk için birden fazla kanal yaratır ve siyasi gücün tek taraflı ifadeleri için alternatif yollar yaratır. Bu durum bir kez daha, daha fazla anayasalaşmanın daha ilerici bir anayasacılık mı yaratacağı, yoksa daha fazla anayasalaşmanın sadece aynı şeyden daha fazlası anlamına mı geldiği konusunda teorik ve ampirik soruları gündeme getirmektedir^[33].

Öte yandan anayasalaşmanın, uluslararası hukukun ütöpik bir vizyonunu sunmadığı ve küresel hukuk düzenindeki tüm yapısal veya normatif sorunları çözmeyi amaçlamadığı söylenmektedir. Buna göre anayasacılık bunu yerelde dahi başaramamıştır. Zaten çoğu anayasalaşma teorisi, desteklediği gerçek yapılarda mevcut normatif tutarlılığın eksikliğini de kabul eder. Böyle olmakla ayrıca küresel anayasacılığın neden tehdit edici görüldüğüne dair birkaç neden de ileri sürülmektedir: yasal biçimcilğe duyulan ihtiyaç konusunda hukuk felsefesindeki tereddütler; gerçekten küresel olan tek bir yasal düzen bulma girişimindeki kültürel sorunlar; ayrıca küresel bir anayasal çerçevenin gerekli olup olmadığına dair siyasi sorular^[34]. Dolayısıyla alternatif olarak, küresel anayasal düzeninin yaratılmasının, merkezi bir hiyerarşik sistem etrafında birleşmiş anayasanın resmi kavramından, “farklı kurallar ve ilkeler arasında resmi ve esaslı hiyerarşilerin ortaya çıkışıyla ilgilenen esaslı bir anlayışa” doğru bir hareket olarak tanımlanması daha yerinde gözükmektedir. Burada, anayasacılık küresel hukuk içindeki ortaya çıkan karmaşıklığın bir parçasını oluşturur. Bu, mutlaka daha büyük bir proje anlamına gelmez, daha ziyade Fassbender tarafından birçok teoride ortak bir *leitmotif* (tekrarlayan tema) olarak tanımlanan uluslararası hukukun

[32] Klaus Armingeon ve Karolina Milewicz, “Compensatory Constitutionalism: A Comparative Perspective”, *NCCR Trade Working Paper*, 2006/01, s.2.

[33] Bkz. Garrett Wallace Brown, “Safeguarding Deliberative Global Governance: The Case of The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria”, *Review of International Studies*, Cilt 36, 2010, s.511-530.

[34] O'Donoghue, *Constitutionalism, op.cit.*, s.140.

evriminin bir açıklamasıdır^[35]. Gerçekten de anayasalaşma, tüm küresel düzeni kapsayan bir seçmen kitlesi veya topluluk gerektirir ve böyle bir şeyi küresel ölçekte kurmanın beraberinde getirdiği zorluklar mutlaka dikkate alınmalıdır^[36]. Yine de, anayasalaşma tartışması tutarlı bir anayasal sistem yaratmada başarılı olmasa bile, uluslararası hukukun doğasını daha iyi anlamak için analitik bir araç sunabilir ve böylece devam eden tartışmayı haklı çıkarabilir.

Şu ana kadar bu makalenin odak noktası, anayasalaşmaya başvurmanın ne anlama geldiğini anlamaya çalışmak ve bu anayasalaşma sürecinin içerdiği ampirik ve normatif boyutları anlamaya çalışmaktır. Bununla birlikte, bunu yaparak, tartışma öncelikle anayasalaşmanın ne olduğu, neyin anayasallaştırıldığı ve daha fazla anayasalaşmanın her zaman daha iyi anayasalaşma anlamına gelip gelmediği gibi temel konulara kapı aralamak istemekteyiz.

Bu, özellikle kozmopolit görüşlü yazarların anayasalaşma süreçlerini küresel krizin artan sorunlarına etkili bir yanıt olarak anlaması durumunda doğrudur. Buna ek olarak, eğer anayasalaşma, sıklıkla iddia edildiği gibi, makul bir şekilde geleneksel gerçekçi paradigmalardan bir uzaklaşmayı ifade edecekse, o zaman kozmopolit hukuk sistemi için hâlâ hangi sınırlamaların kalabileceğini anlarken, teoriden pratiğe geçişin nasıl mümkün olduğunu araştırmak da çok önemlidir^[37].

Bu noktaya kadar anayasalaşmanın anayasal ilkelerle ulusal üstü hukuk topluluğu arasındaki etkileşimin genel olanaklarını kavramsal düzeyde inceledik. Hukukçular genellikle hukuk kurallarıyla ilgilendikleri için, uluslararası hukuk sisteminin fiziksel mimarisine^[38] ilişkin bu etkileşimin

[35] Bardo Fassbender, “‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”, in Martin Loughlin ve Neil Walker (Ed.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s.273.

[36] O’Donoghue, *Constitutionalism*, *op.cit.*, s.141-142.

[37] Brown, *The Constitutionalization*, *op.cit.*, s.220.

[38] Susan C. Breau, “The Constitutionalization of the Legal Order”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt 21, Sayı 2, 2008, s.551.

yol açabileceği neticelerin pek az tartışıldığını görmekteyiz^[39]. Bundan sonra biz, anayasal ilkelerin bu etkileşimdeki imkânlarını ve operasyonel gücünü kısaca sorgulayacağız.

III. ULUSLARARASI ANAYASACILIĞIN AMACI: ANAYASACILIK TEMELLİ İLKELERİN ULUSLARARASILAŞMASI

Anayasaların normalde tipik biçimsel ve maddi özelliklere sahip olduğu söylenir^[40]:

1- Birincisi, bunların tek bir belgede kodlanmış olmasıdır. Yazılılık, modern, Kuzey Amerika ve kıtasal anayasa kavramının temel bir unsurudur. Anayasal bir belge arayışı, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki anayasacı hareketin ilkel hedefiydi; sonuncu fakat bir o kadar da önemli olarak, Amerikalı sömürgecilerin keyfi ve adaletsiz olarak nitelendirdiği Britanya Anayasasına tepki olarak ortaya çıktı. Britanya Anayasası, iyi bilindiği gibi, çeşitli sözleşmelerden, yasa tasarılarından, yargı bildirilerinden ve anayasal sözleşmelerden oluşuyordu ve hâlâ da bunlardan oluşmaktadır. Bu nedenle kısmen yazılı olmayan bir anayasadır^[41]. Anayasa hukukunun ikinci geleneksel biçimsel özelliği, olağan hukukun yerine geçmesidir. Anayasanın üstünlüğünü güvence altına alacak teknik araç, anayasayı olağan yasama yoluyla değiştirilmekten koruyan özel bir değişiklik prosedürüdür. Yine, İngiliz Anayasası bir istisnadır, çünkü İngiliz parlamentosu, parlamenter egemenlik sayesinde, olağan yasama prosedüründe anayasal nitelikte kanunlar yapma ve değiştirme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla İngiliz Anayasası, ortaya

[39] Örneğin anayasalaşma sürecinin devletlerin veya uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin hukukun birliği üzerindeki sonuçlarını ne olabilir? Ortaya çıkan anayasal boyutlar göz önüne alındığında, uluslararası sorumluluk hukuku, uluslararası hukuk kurallarının tüm ihlallerine uygulanan tek bir ilkeler kümesi olarak geleneksel birliğini koruyabilir mi? Bunun için bkz. Andre Nollkaemper, "Constitutionalization and the Unity of the Law of International Responsibility", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, 2009, s.535-536.

[40] Bkz. Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, Cilt 19, 2006, s.584-585.

[41] Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul, 2023, s.173.

konulan ayırım açısından katı bir anayasanın aksine “esnek” bir anayasadır^[42]. Kodlanmış anayasaların üçüncü biçimsel özelliği, bunların bir tür anayasal büyük oluşumda *pouvoir constituant* bir kurucu tarafından yapılmış olmasıdır. *Pouvoir constituant* en etkili teorisyenleri, Fransız devrimci Abbe Sieyes ve Alman hukukçu Carl Schmitt, kavramlarını, aniden yeni anayasaları ortaya çıkaran ve beraberinde kargaşa, kaos getiren zamanlarının siyasi devrimlerini göz önünde bulundurarak formüle ettiler^[43]. Ayrıca tabii ki anayasaların yargısal ve siyasi uygulamalar yoluyla az çok sessizce değiştirilen ve dönüştürülen canlı araçlar olduğu da yaygın olarak kabul edilmektedir^[44].

2- Öte yandan bir anayasanın önemli bileşenleri daha da tartışmalıdır. Şu sorunun en az üç yanıtı vardır: Belirli bir hukuk bütünüünün anayasa olarak adlandırılması için hangi işlev ve içeriklerin mevcut olması gerekir? En geniş anayasa kavramı, bir yönetimi düzenleyen ve kurumsallaştıran yasaların büyük kısmını ifade eder. Uluslararası hukuk şu anda belirli bir örgütlenme ve kurumsallaşma aşamasındadır^[45]. Dolayısıyla bu geniş anlamda uluslararası bir anayasadan söz edilebilir. Daha dar ve işlevsel anayasa kavramı, tipik anayasal işlevleri yerine getiren kural ve ilkelerle ilgilidir. Geleneksel anayasal işlevler, tüzel kişilik olarak bir siyasi varlık oluşturmak, onu organize etmek, siyasi gücü sınırlamak, siyasi ve ahlaki yönergeler sunmak, yönetimi meşrulaştırmak ve son olarak entegrasyona katkıda bulunmaktır. Meşru anayasa kavramı olarak adlandırmak istediğim üçüncü ve en dar görüş, 18. ve 19. yüzyıl anayasacılığının temelini oluşturan kavramdır. İnsan hakları ve kuvvetler ayrılığı anayasanın vazgeçilmez unsurlarıdır. Günümüzde, en önemlisi demokrasi ve asgari sosyal

[42] İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul, 2024, s.13-14.

[43] Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2023, s.163.

[44] Bunun için bkz. Ayhan Döner, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2023, s.86.

[45] Avrupa Birliği süreci ve buradaki sorunlar için bkz. Fritz W. Scharpf, “De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe”, *MPIfG Discussion Paper 16/14*, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2016, s.1.

güvenlik garantileri olmak üzere başka maddi unsurlar da eklenmiştir^[46]. Bu açıdan anayasa değer ve ilke yüklü^[47] bir kavramdır.

Biz burada daha ziyade maddi muhteva üzerinde duracağız. Bu bakımdan bir yönetim teorisi olarak anayasacılık, hukukun üstünlüğü, bireysel özgürlükleri orantılılık ve zorunluluk testleriyle sınırlayan kurallar, kuvvetler ayrılığı, anlaşmazlıkların kural odaklı çözümü gibi temel normlardan oluşan bir hukuk sistemi gerektirir^[48]. Ancak uluslararası anayasacılığın neleri gerektirdiğine dair birbiriyle yarışan görüşler var. Walker'a göre bu, Vestfalya sonrası bir dünyanın karmaşık biçimde örtüşen siyasi topluluklarının uygulanabilir ve meşru düzenlemelerine ilişkin sorunlar hakkında düşünmek için vazgeçilmez bir sembolik ve normatif çerçevedir^[49]. Neticede ise bir anayasa, bir yasanın toplum içinde geçerli bir yasa olup olmadığına karar vermeye hizmet etmektedir.

Öte yandan maddi muhteva bakımından anayasalaşma içerisinde ilkelerin ayrılmazlığının takdir edilmesi, bizi bir veya daha fazla temel değere ve diğerlerini ihmal ederek bu değerleri takip etmenin kurumsal sonuçlarına çok fazla odaklanmanın cazibesine direnmeye teşvik edebilir. Örneğin Avrupa Birliği'nin hukuki ve siyasi teorisi^[50] dikkate alındığında ister siyasi özgürlük ve demokrasi bütünlüğüne, ister ulusal ve uluslararası kimliğin anlamı ve karşılıklı eklemlenmesine vurgu yapılsın, bazı temel değerleri diğerlerinin pahasına parantez içine alma eğiliminde olduğu söylenebilir^[51].

[46] Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2020, s.28.

[47] Şafak Evran Topuzkanamış, "Anayasal Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 2014, 4989-5010, s.4992.

[48] Martin Loughlin, "What is Constitutionalization?", in Petra Dobner ve Martin Loughlin (Ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York, 2010, s.55.

[49] Neil Walker, "Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation", in J. H. H. Weiler ve Marlene Wind (Ed.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge ve New York, 2003, s.53.

[50] Jacques Ziller, "The Constitutionalization of the European Union: Comparative Perspectives", *Loyola Law Review*, Cilt 55, 2009, s.414.

[51] Avrupa'daki anayasal durum hakkında bkz. İrem Alpözen, "Uluslararasılaşmanın Anayasa Hukukuna Etkisi", *Adalet Dergisi*, Sayı 71, 2023, s.1076-1077.

Bu bakımdan zengin bir ekonomiyle ilişkili riskleri ve kaynakları adil ve etkili bir şekilde dağıtabilecek bir sorun çözme kapasitesini korumanın önemini göz ardı etmeden etkili bir siyasal yönetime ulaşmak için gerekli olan düzenleyici yapı veya vatandaşlık söylemi hakkında anayasal garantiler oldukça önem arz etmektedir. Ayrıca belirli siyasetlerin ve siyasi toplulukların, hele bu siyasetlerin ve siyasi toplulukların belirli kurumlarının ayrı ayrı ele alınamayacağı meselesi, çok düzeyli siyasi örgütlenmenin basmakalıp bir gerçeğidir. Siyasi yaşamın tekil ve tekil bir odağının bulunmadığı durumlarda, ideal olarak siyasi otoriteyi kullanan her kurum belirli bir basit veya bileşik unsur perspektifinden (bölgesel, ulusal) ve belirli bir basit veya bileşik yönetim yöntemiyle hareket etmelidir. Örneğin bu bakımdan yasama, yürütme ve yargı üçlemesi temel anayasal ilkelerin en iyi şekilde ifade edilmesini ve dengesini içeren ve her zaman anayasayı tamamlama ihtiyacının akılda tutulmasını sağlayan karmaşık bir formüldür.

Dolayısıyla bu çalışmada biz, anayasacılık perspektifiyle anayasalaşmayı, bir anayasal hukuk sistemi içerisinde yönetim düzeninin temelini oluşturan başta hukukun üstünlüğü, demokratik meşruiyet ve kuvvetler ayrılığı olmak üzere bir dizi temel norma işaret ettiğini söylemekteyiz. Anayasacılık, hangi hukuk düzeni üzerinde ya da hangi devlet organlarının yapısal şartı düzeninde yer alırsa alsın mevcut olması gereken ilkeler manzumesini ortaya koymaktadır.

Şu halde anayasalaşma, uluslararası bağlamın yanı sıra, bir hukuk sisteminin geçici, merkezi olmayan ve rızaya dayalı bir düzeni kurucu hedef olarak seçerek hukukun güç kullanımını ve yönetimi düzenlediği bir sisteme dönüştüğü bir süreci dışladığı bir anlayış olarak belirtilebilir. Anayasalaşma, iktidar sahiplerinin tamamen kendi kendilerini düzenledikleri bir yapıdan, denetimin ötesinde, denetimin yapılabileceği bir formülasyon sunan bir sisteme doğru hareket ederek, anayasa öncesi hukuk düzenini ilerletmektedir. Bu haliyle anayasalaşma hem hukuki hem de siyasi bir süreci temsil etmektedir. Uluslararası hukuk düzeni için, zamanla tamamen işlevsel bir anayasal düzen haline gelinceye kadar, anayasacılık normlarının sistemce benimsenmesi gerekecektir. Bu, uluslararası hukukun siyasallaşacağı anlamına gelmez; daha ziyade, anayasalaşmanın bir sonucu olarak hukukun, anayasal olmayan bir sisteme kıyasla, kurulu gücü elinde bulunduranların hepsi olmasa da çoğunu daha sağlam bir temelde düzenleyeceği anlamına

gelir^[52]. Temel olarak, uluslararası anayasalaşma, anayasacılığın unsurlarının, devleti işleyişinden ayıran ve küresel yönetim sistemi içindeki diğer aktörleri veya oluşturulmuş güç sahiplerini tanıyan uluslararası kamu hukukunun nitelikleri haline geldiğini veya geleceğini öne sürmektedir^[53].

Anayasaların içeriğindeki ve bu oluşumların oluşumunu yönetmeye yönelik kuralları ve bunların ilkesel içeriklerini ifade etme araçlarına ilişkin farklılıklar, anayasacılık ile anayasalaşma arasında bir ilişki olduğunu düşündürmektedir. Anayasacılık yalnızca varlıkların içinde cisimleşebileceği değerlerin yapısını (ruhunu) ortaya koymakla kalmaz, aynı zamanda canlanmanın içeriğini onun aktarımının bir zorunluluğuyla bağlar. Anayasacılık, anayasalaşmayı tam da kendi terimleriyle ilkesel “iyiyi” tanımladığı ve dolayısıyla alternatifleri imkânsız kıldığı için yönlendirmektedir^[54]. Eğer anayasacılık anayasal canlanmayı sağlıyorsa, anayasalaşmanın da bunun bir gerekliliği olduğu ölçüde etkileşim ve daha fazla gelişme için ortak bir platform sağlandığını söyleyebiliriz. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu “anayasal usul ve normlar disiplini”, bir yandan belirsizliği, diğer yandan anayasacılığın farklı formları arasındaki bölünmüşlüğü nedeniyle daha da karmaşık hale gelmektedir.

Ancak yine de anayasalaşma, anayasacılığın her bir versiyonunun merkezinde yer alan normatif gerçekliğin zaferi için gerekli olan anayasal evrenselciliğe doğru bir dürtüyü ima eder; anayasalaşma böylece hem tüm yönetişi anayasal ilke ve kurgulara uydurma girişimini hem de aynı zamanda anayasal ideallere uyma girişimini tanımlar. Anayasacılığı benimsemek yeterli değildir; tüm anayasal girişimler için aynı anayasacılık benimsenmelidir^[55]. Bu, uluslararası anayasacılığın temelindeki kavramdır; yani her birinde izin verilen ifade çeşitliliği bile, her sistemin temel öncüllerinin yapılarından türetilir ve onlar tarafından disipline edilir. Bu anlamda her biri, anayasal ilke ve kurgular projesi için iddia ettiği yönetim alanı içerisinde temel versiyonunu

[52] Richard H. Steinberg ve Jonathan M. Zasloff, “Power and International Law”, *The American Journal of International Law*, Cilt 100, S.1, 2006, s.64.

[53] Bkz. O’Donoghue, *International Constitutionalism, op.cit.*, s.1028.

[54] Bkz. Larry Catá Backer, “The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century”, *Working Papers Coalition for Peace and Ethics*, No. 6/1, June 2014, 1-27, s.18.

[55] Backer, *Ibid.*, s.19.

oluşturacaktır. Çok merkezli anayasacılık bile, anayasacı özelliklere sahip, kendi kendini referans alan, kendi kendini yöneten bir topluluğa uluslararası kapılar aralayarak bu kavramın bir biçimine bağlı kalmaktadır. Bu, anayasalaşmanın temel önermesinden kaynaklanmaktadır^[56].

Netice olarak kısa bir açıklamadan sonra bazı örnekler üzerinde durmak gerekir. Yukarıda anayasal ilke ve kurguların pozitif anayasa metinlerinde ne şekilde düzenlendiği yaklaşımının önemini vurguladık. Fakat belki de bundan daha önemlisi, söz konusu anayasal ilke ve kurguların uygulanabilme kapasitesi ve evrensel normatif devreler inşa etme kabiliyetine ilişkin yargısal faaliyetlerdir. Çünkü anayasalaşmanın cazibesi, onun normatif ilke ve kurgular vasıtasıyla uygulanabilirliği ve buna ilişkin gerçekleştirdiği dayatmalardır. Dolayısıyla anayasal ilke ve kurguların ulusal üstü anayasalaşması veya anayasal diyalog vasıtasıyla genişlemesine önem atfetmek gerekir. Bununla birlikte elbette anayasacılık statükocu bir anlayış değildir. Öyle ki, anayasal genişleme cari düzenek ve uygulamaların yaratıcı bir versiyonunu ortaya koymaktadır. Gerçekten de örneğin V. Fransız Cumhuriyetinin yarı-başkanlık modelinin bazı özellikleri geçmişteki Alman Weimar Anayasasında ortaya konulmuştu. Keza anayasal denetimin ya da anayasa yargısının yaygınlaşması normatif diyalog vasıtasıyla gerçekleştiği söylenmelidir. Şu halde anayasal ilke ve kurguların uluslararası dolaşımı da kabul edilir görülmelidir. Anayasal ilke ve kurguların temel ve kurucu bir belgede hiyerarşik inşası ilk kez ABD 1787 Anayasası ile modern anlamıyla mümkün olmuştur. Nitekim bu nihayetlenmiş teşebbüsü, daha sonra Polonya, Litvanya ve Fransa gibi ülkeler takip etmiştir. Öylesine bu inşa süreci benimsenmiş ki, 20. yüzyılın sonunda evrensel ölçekte anayasacılık anlayışı ortaya konulmuştur.^[57] Buradaki temel motivasyon ise, modern anlamıyla anayasacılığın hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, siyasal çoğulculuğu, erkler ayrılığını ve nihayet demokrasiyi talep etmesinden ileri gelmiştir.

Bu sürecin taçlandığı nokta ise İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması İçin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve bunun operasyonel kurumu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olmuştur. Gerçekten de pek çok anayasada, temel haklar kısmının muhtevasının tespitinde belirleyici

[56] Karşılaştığımız Backer, *Ibid.*, s.19.

[57] Federico Fabbrini, "The Constitutionalization of International Law: A Comparative Federal Perspective", *EJLS*, Cilt 6, Sayı 2, 2013, s.10.

etken gelinen aşamada AİHM tarafından uygulandığı ve geliştirildiği şekliyle AİHS olmuştur. AİHS anayasal ilkeler bakımından ortak bir hukuki anlayış, koruma ve gelişim çizgisi çizmektedir. Örneğin burada 1992 tarihli Litvanya Anayasası gösterilebilir. Gerçekten de bu Anayasaya dair haklara ilişkin hükümler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin yanında AİHS'nin ilgili hükümleri çerçevesinde modellenmiştir.^[58] Keza Hollanda Anayasası, yasal düzenlemelerin uluslararası sözleşmelerin hükümleri ve uluslararası örgütlerin kararları ile uyuşmaması halinde uygulanmayacaklarını düzenlemektedir (m. 94). Benzer biçimde Yunanistan Anayasası da, uluslararası sözleşmelerin ve uluslararası hukukun genel kurallarının çatışan yasa hükmünden üstün olduğunu öngörmektedir (m. 28). Alman Anayasası uluslararası kamu hukukunun genel kurallarının yasalara göre öncelik taşıdığını belirtmektedir (m. 25). Nihayet 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasasında öngörülen m. 90/5 de burada örnek gösterilebilir. Türkiye'de 1982 Anayasasının 90. maddesine eklenen bu düzenlemeyi insan haklarına güvence getiren tüm uluslararası sözleşmelerin yasalar karşısında öncelikle uygulanacakları şeklinde okumak anlamlı olacaktır^[59].

Görüldüğü üzere buradaki ulusal ve ulusal üstü anayasal ilke ve kurgular arasındaki diyalog evrensel standartların inşası bakımından oldukça önem arz etmektedir. Söz konusu fonksiyonel etkileşimin temel noktası ise, gerek ulusal gerek ulusal üstü anayasal ilke ve kurgulara ilişkin bağlayıcılık^[60] ve icra edilme kabiliyetidir.^[61] Aksi takdirde anayasalaşmanın uluslararası formunun hiçbir anlamı olmaz.

[58] Örneklerin genişletilmesi için bkz. Egidijus Küris, "Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 24, 2007, s.202-203.

[59] Sibel İnceoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", in Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.8-9.

[60] Ali İbrahim Akkutay, "Anayasacılığın Uluslararası Hukuk Bakımından Uygulanabilirliğinde Dikkate Alınması Gereken Bazı Temel Hususlar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2018, s.54.

[61] Bu konuda bkz. A. Füsün Arsava, "Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi", *TAAD*, Cilt 3, Sayı 10, 2012, s.351.

SONUÇ

Uluslararası hukukun ve uluslararası kurumların anayasalaşmasına ilişkin literatür giderek artmaktadır. En temel haliyle, anayasalaşma terimi genellikle uluslararası hukukun gelişimini anayasal ilkeler perspektifiyle ele alır^[62]. Anayasalaşma küresel hukuk rejimlerinin genişlemesini ve belirginliğini çevreleyen ampirik bir olguyu tanımanın bir yolu olarak ve uluslararası hukukun katlanarak genişlemesini ve etkisini tanımlamanın bir yolu olarak kullanılır^[63].

Böyle olmakla anayasacılık ve bunun somut formülü olarak anayasalar, uluslararası kurumsal söylemin de önemli bir bileşeni haline gelmiştir. Batı'da Yunan ve Roma dönemlerindeki mütevazı başlangıçlardan itibaren anayasa formu, devletin siyasi toplumunun kurucu unsuruna ilişkin kurallara işaret etmektedir. Bu sayede ve gelinen noktada anayasalar, gerek ulusal gerek uluslararası siyasal kurgunun organizasyonunu ve kurumsal yapılarının işleyişini sağlayan bir araç olarak varlık gösterdiler. Anayasaların bu fonksiyonel ve amaçsal değeri kritiktir. Çünkü anayasa kavramı, araçları bir araya getirerek kurumsal bir yapı inşa etmede ve kişiler üstü soyutlayarak cisimleştirmede en etkili hukuksal formüldür.

Anayasalaşmada maddi muhteva üzerinden ilerlendiğinde önemli normatif düzenekler ortaya çıkarılabilir. Modern hukuk daha karmaşık ve genellikle daha hiyerarşik bir düzene doğru evrilmenin bir aracı olarak kullanılabilir^[64]. Böylece küresel hukukun yeni bir normatif düzeneğinden bahsedilebilir. Haliyle buradaki anayasalaşma kavramı çerçevesindeki kuramsal gözlem, uluslararası hukukun bütününe anayasal hale gelmesini de gerektirmez. Fakat daha ziyade hukukun üstünlüğü gibi çeşitli ilkelerle desteklenen karmaşık hukukun bazı yönlerinin anayasacılık anlayışını benimsenmesi yararlıdır. Dolayısıyla merkezi bir anayasal sistemden daha çok anayasacılık düşüncesinden ilham alan ve merkezi olmayan bir anayasalaşma mümkündür.

[62] Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Andrew Hurrell, *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press, New York, 2007, s.143-165.

[63] Brown, *The Constitutionalization*, *op.cit.*, s.203.

[64] Bkz. İrem Alpözen, "Uluslararası Hukukun Anayasalaşması", *Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2020, s.27-28.

Burada önemli olan anayasalaşmanın nihai sürecinin siyasal düzeneklerinin tümünün hukuka tabi kılınmasıdır.

Bu doğrultuda anayasalaşma için küresel anlamda iki potansiyel yol görmektedir. Birincisi, uluslararası hukuktaki değişiklikleri küresel hukuk düzeninin bir parçası olarak temellendirmek ve anayasacılığı bu katlamaya uyarlamaktır. İkincisi, uluslararası hukuktaki gelişmeleri, küresel hukuku değerlendiren ve anayasal olmak için gerekli niteliklerin bir kısmına veya tamamına sahip olup olmadığını belirleyen bir kavram olarak anayasacılıkla temellendirmektir. İkincisi, normatif bir anayasal düzen kurmaya daha yakındır. Kurucu ve oluşturulmuş güç kisvesi altındaki siyasetin etkisi sorunlu olarak kabul edilmelidir. Küresel düzen anayasacılığı içinde, kurucu gücün sahiplerinin, daha sınırlı çıkarlara sahip bir sektör yerine tüm küresel çıkarları kapsayan bir dünya temelinde belirlenmesi daha zor olacaktır.^[65] Gerçekten de hukukun üstünlüğü, güç bölünmeleri ve demokratik meşruiyet, küresel hukukun tamamında, bireysel sektörlerden daha zor tanımlanabilir.

İşte tüm bu mülahazalarla çalışmamız, anayasal ilke ve kurguların uluslararası kurumsallaşma ve garanti edici niteliği haiz olma çabasının bir ürünü olarak okunabilir. Kanaatimizce hakları garanti eden ve bu doğrultuda iktidarı sınırlandıran en üst düzeydeki hukuki metin olarak anayasaların etkisinin genişletilmesinin gerekliliği bakımından ulusal ile ulu ötesi yapılar arasındaki diyalog mekanizmaları, cari siyasal düzende zor gibi gözükse de, açık tutulmaya gayret edilmelidir. Bu bakımdan çalışmamız, anayasacılık perspektifiyle geliştirilmiş yerleşik kural ve kurumların uluslararası geçişinin sağlanmasında mütevazı bir sorgulama girişimi olarak kabul edilmelidir.

[65] O'Donoghue, *Constitutionalism, op.cit.*, s.149.

KAYNAKÇA

- Akkutay, Ali İbrahim, “Anayasacılığın Uluslararası Hukuk Bakımından Uygulanabilirliğinde Dikkate Alınması Gereken Bazı Temel Hususlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2018, s. 50-76.
- Albayrak, Gökhan, “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması”, *TBB Dergisi*, Sayı 113, 2014, s. 19-40.
- Alpözen, İrem, “Uluslararası Hukukun Anayasalaşması”, *Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2020.
- Alpözen, İrem, “Uluslararasılaşmanın Anayasa Hukukuna Etkisi”, *Adalet Dergisi*, Sayı 71, 2023, s. 1069-1085.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2023.
- Armingeon, Klaus ve Karolina Milewicz, “Compansatory Constitutionalism: A Comparative Perspective”, *NCCR Trade Working Paper*, 2006/01, s. 1-31.
- Arsava, A. Füsün, “Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi”, *TAAD*, Cilt 3, Sayı 10, 2012, s. 351-380.
- Atılğan, Aydın, *Global Constitutionalism*, Springer, Berlin, 2018.
- Backer, Larry Catá, “The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century”, *Working Papers Coalition for Peace and Ethics*, No. 6/1, June 2014, s. 1-27.
- Breau, Susan C., “The Constitutionalization of the Legal Order”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt 21, Sayı 2, 2008, s. 545-561.
- Brown, Garrett Wallace, “Safeguarding Deliberative Global Governance: The Case of The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria”, *Review of International Studies*, Cilt 36, 2010, s. 511-530.
- Brown, Garrett Wallace, “The Constitutionalization of What?”, *Global Constitutionalism*, Cilt 1, Sayı 2, 2012, s. 201-228.
- Çebi, Sezgin Seymen, *Anayasacılık ve “Politik Olan”*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- Demir, Hande Seher, “Uluslararası Hukukun Etkisizliğine Karşı İdealist Bir Çözüm Arayışı: Bertrand Russell’in ‘Dünya Federal Devleti’ Düşüncesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2021, s. 501-519.
- Deplano, Rosanna, “Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry”, *European Journal of Legal Studies*, Cilt 6, Sayı 1, 2013, s. 67-89.
- Döner, Ayhan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2023.
- Duymaz, Erkan, *Uluslararası Anayasacılık: Anayasa Hukuku Perspektifinden Uluslararası Düzenin Anayasalaşması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Fabbrini, Federico, “The Constitutionalization of International Law: A Comparative Federal Perspective”, *EJLS*, Cilt 6, Sayı 2, 2013, s. 7-26.
- Fassbender, Bardo, “‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”, in Martin Loughlin ve Neil Walker (Ed.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 269-290.
- Gonçalves, Guilherme Leite ve Sergio Costa, “The Global Constitutionalization of Human Rights: Overcoming Contemporary Injustices or Juridifying old Asymmetries?”, *Current Sociology Monograph*, Cilt 64, Sayı 2, 2016, s. 311-331.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2020.
- Habermas, Jürgen, *The Divided West*, Çev. Ciaran Cronin, Polity Press, Cambridge, 2006.
- Hurrell, Andrew, *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 143-165.
- İnceoğlu, Sibel, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, in Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 7-22.

- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul, 2024.
- Klabbers, Jan, “Setting the Secene”, in Jan Klabbers, Anne Peters ve Geir Ulfstein (Ed.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2009, s. 1-45.
- Kleingeld, Pauline, “Kant’s Moral and Political Cosmopolitanism”, *Philosophy Compass*, Cilt 11, Sayı 1, 2016, s. 14-23.
- Kleinlein, Thomas, “Constitutionalization in International Law”, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 231, 2012, s. 703-715.
- Küris, Egidijus, “Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 24, 2007, s. 197-213.
- Liu, Goodwin, Pamela S. Karlan ve Christopher H. Schroeder, *Keeping Faith with the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Loughlin, Martin, “What is Constitutionalization?”, in Petra Dobner ve Martin Loughlin (Ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 47-72.
- Loughlin, Martin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, London, 2022.
- Maddox, Graham, “A Note on the Meaning of ‘Constitution’”, *The American Political Science Review*, Cilt 76, Sayı 4, 1982, s. 805-809.
- Nollkaemper, Andre, “Constitutionalization and the Unity of the Law of International Responsibility”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, 2009, s. 535-563.
- O’Donoghue, Aoife, “International Constitutionalism and the State”, *I-CON*, Cilt 11, Sayı 4, 2013, s. 1021-1045.
- O’Donoghue, Aoife, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Paulus, Andreas L., “The International Legal System as a Constitution”, in Jeffrey L. Dunoff ve Joel P. Trachtman (Ed.), *Ruling the World?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 69-112.

- Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt 19, 2006, s. 579-610.
- Peters, Anne, “Fragmentation and Constitutionalization”, in Anne Orford ve Florian Hoffmann (Ed.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 1012-1032.
- Peters, Anne ve Klaus Armingeon, “Introduction –Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, 2009, s. 385-395.
- Pokol, Bela, “Constitutionalization and the Political Fighting through Litigation”, *Journal of Legal Theory*, Sayı 1, 2002, s. 1-22.
- Scharpf, Fritz W., “De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe”, *MPIfG Discussion Paper 16/14*, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2016.
- Schwöbel, Christine E. J., “Situating the Debate on Global Constitutionalism”, *I-CON*, Cilt 8, Sayı 3, 2010, s. 611-635.
- Schwöbel, Christine E. J., *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden ve Boston, 2011.
- Steinberg, Richard H. ve Jonathan M. Zasloff, “Power and International Law”, *The American Journal of International Law*, Cilt 100, S. 1, 2006, s. 64-87.
- Stone Sweet, Alec, “Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, 2009, s. 621-645.
- Sturm, Douglas, “Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of C. H. McIlwain”, *Minnesota Law Review*, Cilt 54, 1969, s. 215-244.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul, 2023.
- Thompson, Grahame F., *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- Topuzkanamış, Şafak Evran, “Anayasal Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 2014, s. 4989-5010.
- Tuck, Richard, “The Original Theory of Constitutionalism”, *The Yale Law Journal*, Cilt 127, 2018, s. 665-705.
- Uhma, Piotr, “The Constitutionalization of International Law After Liberalism”, *Politeja*, Sayı 75, 2021, s. 5-27.
- Ziller, Jacques, “The Constitutionalization of the European Union: Comparative Perspectives”, *Loyola Law Review*, Cilt 55, 2009, s. 413-447.
- Walker, Neil, “Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation”, in J. H. H. Weiler ve Marlene Wind (Ed.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge ve New York, 2003, s. 27-54.

Bir Orta Çağ Düşünürü Olarak Dante ve Seküler Düşünceye Katkısı

Alper IŞIK*

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

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, alper@sakarya.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-3784-8297.

Makale geliş tarihi: 11 Ekim 2024 **Makale kabul tarihi:** 30 Aralık 2024

Atf önerisi: Işık, Alper, “Bir Orta Çağ Düşünürü Olarak Dante ve Seküler Düşünceye Katkısı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s.629-659. **DOI:** 10.30915/abd.1565286.

BİR ORTA ÇAĞ DÜŞÜNÜRÜ OLARAK DANTE VE SEKÜLER DÜŞÜNCEYE KATKISI

ÖZ

İtalyan düşünür Dante, yaşadığı dönemde papalık, imparatorluk ve şehir devletlerinin güç mücadelesine tanık olmuş ve bunun sonucunda yaşadığı şehir olan Floransa'dan sürgün edilmiştir. Sonrasında gösterdiği çabalar, düşünürün Floransa'ya geri dönmesini sağlamamış ve sürgünde hayatını kaybetmiştir. Dante bu sürgün döneminde hem edebi hem de felsefi alanda önemli eserler kaleme almıştır. Bu eserlerden *De Monarchia* (Monarşi), papalık ve imparatorluğun birbirlerine karşı üstünlük iddialarını, tarihsel olayları da ele alarak değerlendirmekte ve yaptığı tespitlerle her iki iktidarın da meşruiyetini ayrı ayrı Tanrı'dan aldığını ortaya koymaktadır. Dante bu görüşleriyle seküler düşüncenin öncü düşünürlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca Dante bu eserde papalığın üstünlüğü için ortaya atılan iddiaları çürütmeye çalışırken, aynı zamanda evrensel bir monarşinin dünya barışı için zorunluluk olduğunu da öne sürmektedir. Diğer eserlerinde sekülerleşme özel bir yer tutmamakla birlikte *De Monarchia*'daki görüşleri sekülerleşme düşüncesini merkeze almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dante, monarşi, sekülerlik, orta çağ felsefesi, De Monarchia.

**DANTE AS A MEDIEVAL PHILOSOPHER AND HIS
CONTRIBUTION TO SECULAR THOUGHT**

ABSTRACT

The Italian philosopher Dante observed the conflict among the papacy, empire, and city-states during his lifetime, which ultimately led to his banishment from Florence, his place of residence. His later endeavors did not let the philosopher to return to Florence, and he perished in exile. During his exile, Dante wrote significant works in both literature and philosophy. *De Monarchia* assesses the superiority claims of the papacy and the empire, examining historical events, and concludes that both authorities get their legitimacy from God independently. Dante is regarded as a philosopher who initiated secular thought with his perspectives. Furthermore, although Dante seeks to contest the assertions advocating for the primacy of the papacy in this work, he simultaneously posits that a universal monarchy is essential for global peace. Although secularization does not have a special place in his other works, his views in *De Monarchia* are centered on the idea of secularization.

Keywords: Dante, monarchy, secularity, medieval philosophy, De Monarchia.

GİRİŞ

Sekülerlik düşüncesinin genel olarak Orta Çağ'ın sonuna doğru ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Avrupa'da Roma İmparatorluğu'nun dağılması özellikle İtalya'da şehir devletlerinin güçlenmesiyle sonuçlanmıştır. Bu dönemde kıtanın neredeyse tümü üzerinde Roma Katolik Kilisesi'ni temsilen papalık yoğun bir siyasi güç elde etmiştir. Papalığın sahip olduğu bu güç, diğer güç odaklarının kendi arasındaki mücadeleden dolayı daha da sağlamlaşmıştır. Ancak Orta Çağ'ın sonlarına doğru papalığın etkisi ve siyasete müdahalesi diğer güç odaklarının mukavemetiyle karşılaşmıştır. Bu durum Avrupa genelinde savaşlar ve iç karışıklıklara sebebiyet vermiş ve insanları bir barış arayışına yönlendirmiştir. Bu dönemin önemli bir edebiyat ve düşünce insanı olan Dante, bu karışıklıklar neticesinde doğduğu topraklar olan Floransa'dan ayrılmış ve hayatını sürgünde tamamlamıştır. Dante'nin yaşadıklarının bir sonucu olarak siyaset alanında yazdığı eserlerde evrensel barışın ve mutluluğun peşinden gitmiştir. Düşünür evrensel barışın ve mutluluğun sağlanması için öncelikle evrensel bir monarşiye ihtiyaç olduğunu savunmuştur. Bu monarşinin Roma İmparatorluğu'nun hakkı olduğunu düşünen Dante, bu iktidarı kaynak olarak papalıktan da ayrı görmektedir. *De Monarchia (Monarşi)* eserinde papalığın iktidarının daha üstün olduğuna yönelik ortaya atılan iddiaları ele alan Dante, bu iddialara karşı argümanlar geliştirmiş ve böylelikle seküler düşüncenin tohumlarının atılmasını sağlamıştır. Makalede öncelikle Dante'nin yaşamı ve eserlerine kısaca değinilecek, ardından Dante'nin siyasi düşünceye katkısı kapsamında evrensel monarşi ve iktidarın kaynağı meselesine ilişkin yorumları incelenecektir.

I. GENEL OLARAK DANTE VE ESERLERİ

İtalyan düşünür Dante, Floransa'da doğmuş ve ömrünün önemli bir kısmını doğduğu şehirden uzakta geçirmiş ve Ravenna'da ölmüştür. Gerçek adı Durante olan Dante, soylu bir aileye mensuptur^[1]. Padova ve Bologna'da eğitim gören Dante, Aquinolu Thomas'nın da fikirlerinden etkilenmiştir^[2].

[1] Mehmet Akad, Bihterin Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 19. Baskı, 2023, s.57.

[2] Bihterin Dinçkol, "Seküler Düşüncenin İlklerinden Dante", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.227.

Dante'nin yaşadığı dönem Floransa'da imparatorluk yanlısı Ghibellinolar ve papalık yanlısı Guelfolar arasında çatışmaların olduğu bir dönemdir. Guelfolar, papanın denetlenmesi dışında herhangi bir müdahaleyi doğru görmemekle birlikte kralları papadan aşağıda görmüştür. Ghibellinolar ise papanın çoğu zaman zayıf kaldığını öne sürmüş krallıkların yanında saf tutmuştur^[3]. Dante'nin ailesi burjuva kökenli bir aile olarak papalığın yanında saf tutan Guelfoları desteklemiştir. Dante de bu grup içinde daha demokratik olan bir hizbe dahil olmuştur^[4]. Guelfoların içindeki çatışmalar sonraki süreçte alevlenmiş ve Dante'nin dahil olduğu grup olan beyazlar, diğer grup olan siyahlara karşı mücadelesini kaybetmiştir. Bunun sonucunda yapılan yargılamada Dante, iki yıllık bir sürgün ve ömür boyu kamu görevinden yoksun kalma cezalarına çarptırılmıştır^[5]. Dante'nin bu cezalara uymayacağını belirtmesi üzerine 1302 yılında cezası ömür boyu sürgüne çevrilmiş ve Floransa'ya dönmesi halinde idam edilmesine karar verilmiştir^[6]. Floransa'ya dönmek için çeşitli yollar deneyen Dante, bu çabalarında başarısız olarak hayatının geri kalan kısmını sürgünde geçirmiştir^[7]. Ömrünün son yıllarını en bilinen eseri olan *Divina Commedia (İlahi Komedy)*'nin tamamlanmasına adan Dante'nin bu eseri edebi açıdan büyük bir öneme sahiptir. Ancak Dante'yi siyasi düşünce açısından önemli kılan eseri bu değildir. Düşünür yönüyle Dante, sekülerlik ve monarşi konularında çağının ötesinde düşünceler ortaya atan biridir. *Divina Commedia (İlahi Komedy)* bu konuları merkeze almasa da *De Monarchia (Monarşi)* isimli eseri doğrudan monarşi, dünya barışı ve sekülerlik konularına özgülüştür. Dante'nin söz edilmesi gereken bir diğer eseri ise *Il Convivio (Ziyafet)*'dur. Dante bu eserinde *De Monarchia (Monarşi)* eserinin ipuçlarını vermiştir. Bu eserde Dante, biri felsefi diğeri de ilahi iki ziyafet kurgulamıştır. Eserin bir bölümünde

-
- [3] İlhan Akin, *Kamu Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974, s.60.
- [4] Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, İmge Kitabevi, Ankara, 6. Baskı 2013, s.36.
- [5] Ağaoğulları ve Köker, *op.cit.*, s.37.
- [6] Ağaoğulları ve Köker, *op.cit.*, s.38. Dante'nin bu yasağı yaklaşık 700 yıl sonra, 2008 yılında Floransa şehri tarafından kaldırılmıştır. Oliver Lepsius, "Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy", *The European Journal of International Law*, Cilt 27, Sayı 4, 2017, s.1156.
- [7] Dinçkol, *op.cit.*, s.228.

imparatorluğunun kökeni ve kapsamı konusuna temas edilmekteyse de bu konu esas olarak *De Monarchia* (*Monarşi*)’da ele alınmıştır^[8].

Ayrıca Dante’nin önemli katkılarından biri de dil üzerinedir. Dante *De Vulgari Eloquentia* isimli eseriyle İtalya’nın farklı bölgelerinde konuşulan 14 lehçeyi ayırt etmiş ve bunların yerine hepsini aşan ve *volgare illustre* adını verdiği bir dil önermiştir. Dante’nin dile olan bu ilgisi barış ve siyasi birlik arayışıyla da paralellik taşımaktadır. Söz konusu lehçeler Roma İmparatorluğu’nun dağılmasından sonra Latincenin farklı versiyonları olarak ortaya çıkmışlardır. Söz konusu lehçeler bu yönüyle siyasi bölünmüşlük açısından bir göstergedir. Özellikle İtalya’nın 19. yüzyıla kadar siyasi olarak birliğini sağlayamadığı düşünüldüğünde, Dante için “*İtalyanca’nın babası*” demek yanlış olmayacaktır^[9]. Bu belirleme Dante’nin aynı zamanda İtalyan siyasi birliğine yaptığı katkı olarak düşünülebilir.

II. DANTE’NİN SİYASİ DÜŞÜNCEYE KATKISI

A) DANTE ÖNCESİ DÖNEMDE PAPALIK VE İMPARATORLUK

Dante’nin fikirleri ağırlıklı olarak papalık ve imparatorluk arasındaki mücadele üzerine odaklanmaktadır. Ancak bu mücadele Dante’nin yaşadığı dönemden daha eskilere dayanmaktadır. Tarihsel süreci incelediğimizde Roma İmparatorluğu’yla birlikte güçlenen Roma Katolik Kilisesi’nin, Roma İmparatorluğu dağıldıktan sonra Kıta Avrupası’ndaki en büyük güç olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Kilise’nin örgütlenmesi de bu düşünceyi desteklemektedir. Özellikle Roma hukukuna hâkim bir hukukçu olan Papa I. Leo da Kilise’nin Roma hukuku açısından tüzel kişiliğe sahip olduğunu ve bu yüzden yönetim yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Aziz Petrus ise bir monarşi olarak kurulmuş olan Kilise’nin yönetme gücünü elde etmiştir. Devamında bu yetki Roma miras hukukuna uygun şekilde sonraki papalara aktarılmıştır. Böylelikle Kilise, kendisini Aziz Petrus’un sahip olduğuna inanılan yönetme yetkisiyle donatmış ve papalık “*Aziz Petrus’un değersiz varisi*” (*indignus haeres beati Petri*)” olarak görülmüştür. Devam eden süreçte tüm

[8] Charles Crozat, “Dante Alighieri’nin Devlet Nazariyesi”, çev. Sahir Erman, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s.9.

[9] Jacques Le Goff, *The Birth of Europe*, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, s.136.

papalar, Leo'nun ifade ettiği şekliyle “*iktidarın tümüne (plenitudo potestas)*” sahip olmuştur^[10].

Papa I. Gelasius dönemine (492-496) gelindiğinde ise dünyevi ve ruhani iktidardan bir bütünün parçaları olarak bahsedildiği görülmektedir. Gelasius'a göre din adamlarının iktidarı (*auctoritas sacrata pontificum*) ve imparatorun iktidarı (*regalis potestas*) olmak üzere iki iktidar vardır. Kilise'nin o dönemki görüşü bu iki iktidarın birbirinin alanını gözetmesi gerektiği şeklindedir. Bunun devamında ise Gelasius, imparatorun kilisenin yöneticisi değil oğlu olduğunu; dini konularda ise öğreten değil, öğrenen olduğunu vurgulamaktadır^[11]. Dolayısıyla bu iki iktidar çatıştığında dini iktidarın üstünlüğü söz konusudur^[12]. Kilise'nin bu iddiaları siyasi açıdan bölünmüş olan Kıta Avrupası'nda yoğun bir direnişle karşılaşmamıştır. Ancak özellikle İstanbul merkezli Doğu Roma İmparatorluğu (Bizans İmparatorluğu)'nun izlediği politikalar, papalığı ve papalığın iktidarı düşüncesini açıkça inkâr etmiştir^[13]. Bu durum papalığın kendisini tüm Hıristiyanlar'ın yöneticisi, rehberi ve lideri olarak gören ilahi fonksiyonuna karşı önemli bir meydan okuma oluşturmakta ve aynı zamanda papalığı I. Leo'nun fikirlerine daha derin bir şekilde bağlamaktadır. Bu bağlamda papalık, kendi görevlerini tanımlamaya, bunlara kesinlik kazandırmaya ve kendisine papalık dışından da meşruluk kaynakları aramaya başlamıştır. Sonuç olarak bu durum Roma Katolik Kilisesi ve o dönem başında Patrik Acasius'un bulunduğu İstanbul Patrikhanesi arasında başlayan bölünme sürecini hızlandırmıştır^[14]. Bu sürecin devamında 1054 yılında aradaki ayrım keskinleşmiş önce Roma Kilisesi, İstanbul patriğini aforoz etmiş, sonrasında da İstanbul patriği

[10] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, New York, 2010, s.20.

[11] Loughlin, *op.cit.*, s.24.

[12] Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, 2. Baskı, s.152.

[13] Walter Ullmann, *A Short History of the Papacy in the Middle Ages*, Routledge, Londra, 2003, s.19.

[14] Ullmann, *op.cit.*, s.19.

kendisini afroz edenleri afroz etmiştir. Böylece iki Kilise arasındaki ayrım resmileşmiştir^[15].

Doğu Roma İmparatorluğu'nun Roma Katolik Kilisesine karşı durmasının sonucunda Roma Katolik Kilisesi, yönünü Batı Avrupa'ya çevirmiş ve kendi nüfuzunu oradaki bölünmüş siyasi yapıda güçlendirmeye çalışmıştır. 8. yüzyıla gelindiğinde Kilise, Doğu Roma İmparatorluğu karşısındaki konumunu güçlendirmek ve Batı'daki durumunu meşrulaştırmak için Konstantin'in Bağışi^[16] isimli bir belge olduğunu ve Roma İmparatoru Konstantin'in Roma İmparatorluğu'nun batı kısmını Papa'ya devrettiğini iddia etmiştir^[17]. Bu belge ileride bahsedileceği üzere, Dante'nin Kilise'nin üstünlük iddialarını çürütmek için ele aldığı sahte bir belgedir.

Dante öncesi dönemde papalık, özellikle VII. Gregory (1075-1084) yönetiminde tek bir evrensel otorite etrafında birleşen evrensel toplumun lideri olarak konumlandırılmaktadır. Bu belirlemeyle Roma Katolik Kilisesi, yaşamın tüm alanlarını ilahi lider olan Papa'nın kontrolü altında birleştirme çabasıdadır. Böylece Tanrı'nın ilahi otoritesi, yeryüzündeki bir otorite olan Kilise'ye dahil edilmektedir. Bu görüşün bir sonucu olarak da sivil yöneticilerin meşruluğu, toplumun gösterdiği rızanın değil, hiyerarşik bir emrin sonucu olmaktadır^[18]. Bu sürecin devamında ise “Aziz Petrus'un vekili” unvanını terk eden papalar, “Mesih'in vekili” unvanını kullanmaya başlamışlardır. Böylelikle papalar, Salisburyli John tarafından ortaya atılan iki kılıç doktrininde^[19] ifade edildiği üzere, her iki kılıcı da (birini doğrudan, birini dolaylı) elinde tutan kişilere dönüşmüştür^[20]. Yaşadığı dönemde

[15] Ahmet Hikmet Eroğlu, “Doğu Batı Kiliselerinin Ayrılış Nedenleri”, *Dini Araştırmalar*, Cilt 2, Sayı 5, 1999, s.388.

[16] Bu bağış belgesinin sahte olduğu 1440 yılında, Lorenzo Valla tarafından ispat edilmiştir. Bknz. Dante, *Monarşi*, çev. Begüm Yiğit, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.169.

[17] Loughlin, *op.cit.*, s.24.

[18] Derek Davis, “Seeds of the Secular State: Dante's Political Philosophy as Seen in the De Monarchia”, *Journal of Church and State*, Cilt 33, Sayı 2, 1991, s.331.

[19] Detaylı bilgi için bknz. Stuart Elden, “The Pope's Two Swords”, in *The Birth of Territory*, University of Chicago Press, Chicago, 2013, s.157-179.

[20] Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, s.93.

papalığın sahip olduğu bu otoritenin barışın önünde bir engel olduğunu düşünen Dante, dünya barışı ve evrensel monarşi fikri üzerinden seküler bir düzenin öncüsü olmuştur.

B) DANTE: DÜNYA BARIŞI VE EVRENSEL MONARŞİ

1- Barışa Duyulan İhtiyaç

Dante'nin *De Monarchia (Monarşi)* adlı eseri barışa duyulan ihtiyacın dile getirildiği bir eserdir. Barış da insanlığın tek bir çatı altında toplanmasıyla, bir başka deyişle bir imparatorluğun çatısı altında mümkün olacaktır. Dante bu barış ihtiyacından dolayı imparatorluk düşüncesini merkeze almaktadır^[21]. Ancak bu eser, yazıldığı dönemde çok ilgi gören bir eser olmamıştır. Dante'nin ölümünden sonra, 1327 yılında Guido Vernani, bu eseri eleştiren bir eser kaleme almış ve dünyevi ve ruhani iktidarın birbirine tabi olmamasını eleştirmiştir^[22]. Ancak Dante'nin fikirleri başta Padova'lı Marsilius olmak üzere birçok düşünürü etkilemiştir. Crozat'ya göre bir kamu hukuku teorisyeninin eseri olmak için gereken bütün vasıfları taşıyan^[23] bu esere birçok hukukçu kamu hukukunun geçerli ilkelerinin tespiti için başvurmuştur^[24]. Çünkü Dante'nin bu eseri Orta Çağın bilim anlayışına uygun olarak, düşüncelerin akıl yürütme şeklinde formüle edilmesiyle yazılmıştır ve kanıtlanmak istenen husus çeşitli açılardan muhakeme edilerek savunulmaktadır. Dante, eserinde imparatorluk hakkındaki fikirlerini, milletlerin ve düzenlemelerin üzerinde, adaleti ve düzeni sağlayacak yüksek bir otorite temelinde açıklamaktadır. Ayrıca Roma'nın bu otoriteyi sağlamlaştırmakla yükümlü olduğu düşüncesi ve dünyevi-ruhani iktidarın farkları, sınırları ve birbirleriyle ilişkileri, eserin inceleme konusudur^[25].

Aristoteles ve Cicero'dan etkilenen Dante barışın bir zorunluluk olduğunu ve ulusal rekabetler olduğu sürece barışın garantisi olamayacağını

[21] Ağaogulları ve Köker, *op.cit.*, s.39.

[22] Charles Crozat, *Amme Hukuku Dersleri: Cilt II - Kısım I (Orta Zamanlar)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s.629.

[23] Crozat, "Dante Alighieri'nin Devlet Nazariyesi", s.13.

[24] Crozat, *Amme Hukuku Dersleri: Cilt II - Kısım I (Orta Zamanlar)*, s.629.

[25] Crozat, "Dante Alighieri'nin Devlet Nazariyesi", s.13.

savunmuştur. Dolayısıyla dünya, ulusların üzerinde egemen olan ve açgözlülükten uzak, kazanacak başka bir toprağı olmayan tek bir prens tarafından yönetilmelidir^[26]. Bu prensin yetkisi, egemenlikleri komşu krallığa kadar uzanan diğer yöneticilerden farklıdır, imrenebileceğı bir şey yoktur. Bu yüzden de bu prens, herkeste bulunan sahip olma arzusu ve açgözlülüğü taşımayacaktır^[27]. Dolayısıyla Dante, devletlerin çokluğundan kaynaklanan sorunları ortadan kaldırmanın yolunun tüm insanların tek bir otoriteye bağlanmasından geçtiğini savunmaktadır^[28].

2-Evrensel Monarşinin Gerekliğı

Evrensel monarşi düşüncesi Dante’de önemli bir yere sahiptir. *İlahi Komedya*’nın üçüncü kitabı *Cenne*’te Dante, insanlığın içinde bulunduğu kötü durumu tasvir etmesinin ardından şöyle demektedir;

“Dediklerimin şaşırtmaması için seni,
düşün ki kimse yönetmiyor yeryüzünü;
bu yüzden yolunu şaşırdı insanlık ailesi.”^[29]

Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere Dante, otorite boşluğunu insanlığın ilerlemesinin önünde bir engel olarak görmektedir. Dante, evrensel monarşi düşüncesini meşrulaştırmak için Aristoteles’e de başvurmakta ve varlıkların kötü yönetilmek istemediklerini ancak senyörlerin artık kötü olduğunu bu yüzden de tek bir senyör olması gerektiğini savunmaktadır^[30]. Neden tek bir yönetici olması gerektiğinin dayanağını da Aristoteles’te bulan düşünür, birkaç şeyin bir araya geldiğinde bunlardan birinin diğerini düzenlemesi ya da yönetmesinin kaçınılmaz olduğu fikrini evrensel monarşiye olan

[26] Roger Scruton, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, Palgrave Macmillan, New York, 2007, s.162.

[27] Márton Kaposi, “Visions of the Secular State and of the Earthly Paradise in Dante’s Perspective”, *Hungarian Philosophical Review*, Cilt 65, Sayı 2, 2021, s.113.

[28] Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s.221.

[29] Dante, *İlahi Komedya III – Cennet*, Çev. Rekin Teksoy, Oğlak Yayınları, İstanbul, 14. Baskı, 2013, s.895.

[30] Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques dans l’Antiquité et au Moyen Age*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, s.963.

ihtiyacın dayanağı olarak görmektedir^[31]. Ancak farklı halkların farklı yasaları olabileceğini de belirten düşünür, tek bir imparatorun herkese aynı genel yasayı vereceğini ve bunun evrensel ilkelerde yaşanacak karışıklıkları da önleyeceğini belirtmektedir. Bu durum, evrensel birliğin metafizik boyutunu oluşturmaktadır. Dante bu düşüncesini desteklemek için Roma İmparatorluğu'nun Augustus döneminde yaşadığı barıştan ve İncil'de bu yönde yer alan hükümlerden de bahsetmektedir^[32]. Ayrıca Tanrı'nın tek olmasını da bir dayanak olarak ele alan Dante yaratılan her şeyin bu duruma uygun şekilde olması gerektiğini ve bu durumun da insanların tek bir prens ve tek bir kanuna tabi olarak yönetilmesi gerektiği düşüncesini savunmaktadır^[33].

Kuşkusuz Dante'nin görüşleri de yaşadığı dönemin siyasi atmosferinden bağımsız düşünülemez. Dönem genel olarak papalık ve imparatorluk arasındaki derin anlaşmazlıkların dönemi olarak ifade edilmektedir. Bu döneme İtalya özelinde bakıldığında ise yaşam Avrupa'nın diğer bölgelerinin aksine, şehirlerde yoğunlaşmıştır. Bu durum şehirlerde etkili olan tüccar ve sanayi temsilcilerinin papa ve imparator arasındaki çatışmalardan yararlanmasından sonucunu doğurmuştur^[34]. Dante'den önceki dönemde de benzer şekilde İtalyan şehir devletleriyle imparatorluk arasındaki çekişmeler yoğunudur ve bu noktada şehir devletlerinin müttefiki genelde papalıktır^[35]. Bu aşamada feodal prensler, başarı elde etmişler ve monarşilere karşı üstünlük kurmuşlardır. Ancak Kilise'nin gücüne dokunma imkanları olmamıştır. Çünkü Kilise'nin elinde onlara karşı kullanılması mümkün olan aforoz etme imkânı vardır. Bu nedenle Kilise bu dönemde etkisini ve saygınlığını yitirmemiştir^[36]. Dolayısıyla, *De Monarchia* (*Monarşi*) eseri Dante'nin kaderinden ve dönemin

[31] Mehmet Akif Ergü, *Kozmopolisten Küreselleşen Dünyanın Devletine: Küresel Devlet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2018, s.50.*

[32] Nemo, *op.cit.*, s.964.

[33] Ergü, *Kozmopolisten Küreselleşen Dünyanın Devletine: Küresel Devlet*, s.52.

[34] Henri Pirenne, *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XV. Yüzyıla Kadar*, çev. Sinan Akbaytürk, Selenge Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2022, s.217.

[35] Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought, Vol. 1 The Renaissance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, s.12.

[36] Henri Pirenne, *Les villes du moyen-âge: Essai d'histoire économique et sociale*, Maurice Lamertin, Bruxelles, 1927, s.57.

siyasi durumundan bağımsız olarak değerlendirilemez. Dante bu eserinde başlıca üç düşünceyi tartışmaktadır. Bunlar; bütün insanların tek bir devletin yönetimi altında toplanması, Roma'nın dünya hakimiyeti ve imparatorun gücünün doğrudan Tanrı'dan gelmesi olarak ifade edilebilir^[37]. Bu eserin gerçek hedefi, şehir devletleri arasındaki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmak, sürgünlerin şehirlerine dönmelerine sağlamak ve insanların kendilerini geliştirmelerine hizmet etmek olarak belirlenmiştir^[38]. Bütün bu hedeflerin sağlanabilmesi, evrensel olarak barışın sağlanmasıyla mümkündür. Dante'nin belirlemiş olduğu hedeflerin gerçekleşmesi ise papalığın evrensellik iddiasının geçersiz kılınması ve imparatorun evrensel bir monark olarak bu hedefleri sahiplenmesiyle gerçekleşecektir^[39]. Bu bağlamda özellikle mevcut siyasi ve dini aktörlerden ya da Floransa şehriden özel olarak bahsedilmemiş, soyut bir imparatorluk fikrinden bahsedilmiştir^[40]. Dante'nin vurgu yaptığı önemli nokta dünya barışını sağlamanın bir monarşiyle mümkün olmasıdır. Bu sayede monarşi papalığın siyasi konulara müdahalesini de en aza indirecektir. Böylelikle barışın sağlanmasının başlıca engeli ortadan kaldırılacaktır^[41]. Barışı sağlayacak olan monarşiden kast edilen aslında bir dünya devletidir. 11 ve 12. yüzyıllarda Roma hukukunun tekrar canlanmaya başlaması, dünya imparatorluğu düşüncesini de tekrar gündeme getirdiği için papalığı tedirgin etmiştir. Dante bu fikirsel canlanmanın da baş aktörlerinden biri konumundadır^[42]. Özellikle kendi döneminde tanık olduğu hukuksuzluk ve kaos onu barışın garantisi olan bir dünya devleti-imparatorluğu fikrine yakınlaştırmıştır. Ona göre Tanrı nasıl evrenin tek yöneticisiyse, imparator da dünyanın tek yöneteni olmalıdır^[43]. Dante bu ihtiyacı devletler arası anlaşmazlıkların savaşa başvurmadan çözülmesinin

[37] Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri: Birinci Cilt*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s.176.

[38] Lepsius, *op.cit.*,s.1157.

[39] Lepsius, *op.cit.*,s.1157.

[40] Lepsius, *op.cit.*,s.1157.

[41] Davis, *op.cit.*, s.328.

[42] Barış Ünlü, "İmparatorluk Fikrinin Gelişimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 65, Sayı 03, 2010, s.253.

[43] Ünlü, "İmparatorluk Fikrinin Gelişimi", s.253.

bir yolu olarak görmektedir. Çünkü devletlerin üzerinde tek bir yöneten olduğunda onun kararı nihai olarak tanınan bir karar olacaktır^[44]. Ancak belirtmek gerekir ki Dante'nin bu yolla ima ettiği aslında birçok krallık ve prensliğin mevcudiyetini koruyarak bir imparatorluk çatısı altına girdiği ve devletlerin kendi yetki ve kişiliklerini koruyarak imparatora sadece uluslararası anlaşmazlıklar konusundaki yargılama yetkisini devrettikleri bir federasyondur^[45]. Mevcut durumda örneğin iki prens arasında bir uyuşmazlık çıktığında her iki prens de eşit olduğu için ya da bir başka deyişle biri diğerine tabi olmadığı için uyuşmazlık hakkında hüküm vermek mümkün değildir. Bu yüzden yargılama yetkisinin kullanımı için her iki presten de yüksek olan bir başka prene ya da güce ihtiyaç vardır. Dolayısıyla bu kişi, prenslerin üzerinde yetki sahibi olan ve en yüksek yargıç olan imparatordur^[46].

Dante'nin yapmış olduğu bu tespit günümüzde uluslararası hukukta, devletlerin egemen eşitliğinden kaynaklı, bağlayıcı bir otorite olmamasının yarattığı sorunlara da bir çözüm önerisi olmaktadır. Günümüzde Birleşmiş Milletler'in varlığı uluslararası barışın bir güvencesi olarak kabul edilebilir ancak Dante'nin işaret ettiği model bunun da ötesindedir. Bu kapsamda hukukun evrenselleşmesi fikri de gündeme gelmektedir. Çünkü özellikle Birleşmiş Milletler ve onun öncülüğünde ortaya konan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insan haklarının evrensel önemine vurgu yapmaktadır. Dante'nin bahsettiği modelde tek bir imparatorun yönetimi öngörülse de temel amaç dünya barışıdır ve günümüzde bu amaca ulaşmak için evrensel normlar ortaya konmuştur. Kuşkusuz dünya barışının sağlanmasına yönelmiş bir düzende hukuk kurallarının kaynağı ve mahiyeti de önem taşımaktadır. Dante, özellikle Araf kitabında bu bağlamda doğal hak kavramına vurgu yapmaktadır. Dante, yasayı insan arzusunu bastıran değil, yönlendiren bir şey olarak görmektedir. İnsan zihninde evrensel olarak var olan doğal yasa, sadece ortak kuralların (*ius commune*) tarihsel olarak uygulanmasıyla tam olarak gerçekleştirilebilir^[47]. Dante bu durumu *Araf* kitabında açıklamaktadır.

[44] William Ebenstein, *op.cit.*, s. çev. İsmet Özel, Şule Yayınları, İstanbul, 1996, s.110.

[45] Crozat, *Amme Hukuku Dersleri: Cilt II - Kısım I (Orta Zamanlar)*, s.634-635.

[46] Eteü, *op.cit.*, s.53.

[47] Justin Steinberg, *Dante and the Limits of the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2013, s.83.

Burada yer alan hikâyeye göre kiliseyi temsil eden Beatrice^[48], Grifon^[49] olarak tasvir edilen Hz. İsa tarafından çekilen arabadan inerek imparatorluğu sembolize eden ağaca doğru yürür. Adalet ağacı olarak adlandırılan bu ağaca Grifon zarar vermediği için övülür ve bu ağaçtan hiçbir parçayı imparator da söküp çıkartamaz^[50]. Dolayısıyla imparatorun adalete, bir başka deyişle doğal hukuka aykırı eylemlerde bulunmasına izin yoktur. Bu bölümün devamında Grifon tarafından söylenen “*böyle korunur adaletin tohumu*” cümlesi adaletin temelini tanrısal olduğunu ifade etmektedir^[51]. Bu noktada imparatora düşen görev, ilahi hukuk (*ius divinum*) ile beşerî hukuk (*ius humanum*) arasındaki bağı sağlayarak mükemmel bir uyum içinde bir araya getirmektir. Böylelikle imparatorun insanlığı götürmesi gereken dünyevi cennette bulunan adalet ağacı yenilenmiş olacaktır^[52]. Dante ayrıca yasanın niteliği konusunda *Cennet* kitabında Roma İmparatoru Iustinianus’un ağzından şunları demektedir;

“İmparatorudum, Iustinianus’um şimdi,
İçimi ısıtan ilk sevginin isteğiyle
Yasalardan ayıkladım, yararsız, gereksiz”^[53]

[48] Dante’nin siyasal alanda yapmış olduğu dünyevi – ruhani iktidar ayrımının izleri, İlahi Komedyta eserinde de mevcuttur. Bu eserde Beatrice ruhani iktidarı; Vergilius dünyevi iktidarı sembolize etmektedir.

John A. Scott, *Dante’s Political Purgatory*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016, s.53.

[49] Başlı kartal, vücuda aslandan olan tasviri bir hayvan. İlahi Komedyta eserinde ideal imparatorlukta tanrısal adaletin koruyucusudur.

Scott, s.65.

[50] “*Ne mutlu sana Grifon, bu ağacın tatlı gövdesinden
bir şey koparmıyorsun gaganla
acılar içinde kıvranırdı karnın yoksa.*”

Dante, *İlahi Komedyta II – Araf*, Çev. Rekin Teksoy, Oğlak Yayınları, İstanbul, 14. Baskı, 2013, s.623.

[51] Dante, *İlahi Komedyta II – Araf*, s.623.

[52] Scott, *op.cit.*, s.196.

[53] Dante, *İlahi Komedyta III – Cennet*, s.693.

Burada belirtilen ilk sevgi, Kutsal Ruh'u ifade etmektedir. Yasalardan yapılan ayıklama ise Iustinianus'un yaptığı hukuk reformuna bir göndermedir. Dolayısıyla Dante'ye göre imparator, dini iradenin verdiği sevginin isteğiyle hukuk düzenini oluşturmaktadır.

Bu şekilde tanrısal adaletin tecellisine yönelmiş kusursuz bir monarşi, dünya barışını sağlamakta ve bu sayede insanın insan olması mümkün olmaktadır^[54]. Çünkü insan ancak barış ve sükûn içinde olursa hakikate ve bilgeliğe ulaşabilir. Bu yüzden Dante, devletin görevlerine ilişkin bir belirleme yapmakta ve özgürlük, adalet ve barışın sağlanmasını devlete bir görev olarak yüklemektedir^[55]. Dante'nin devlet düzenini belirlemede ve modern bir terim olsa da meşrulaştırmada bireyi ve onun mutluluğunu, bir başka deyişle barış ve özgürlüğü açıkça ön plana çıkardığı görülmektedir^[56].

Vatter, Dante'nin mutluluğa dair yaptığı ve farklı toplumları da kapsayan bu tespitlerinin İbni Rüşd'ün olası aklın birliği teorisi ile benzerlik gösterdiğini ancak Dante'nin yorumunun İbni Rüşd'ün teorisinin daha demokratik bir yorumu olduğunu ifade etmektedir^[57]. Bu benzerliğin aslında mevcut olmadığına ilişkin görüşler de vardır. Gilson, bu benzerlik düşüncesinin 14. yüzyılda yaşamış bir Dominiken olan Guido Vernani'nin tespiti olduğunu ancak Vernani'nin gerçek bir araştırma yapmadan bu tespiti yaptığını belirtmektedir^[58]. İbni Rüşd, Aristoteles'in *De Anima* eserinin yorumlarında, ruh üzerine yaptığı çözümlenelerde ruhun evrensel bir akılla bağlantılı olduğu ve insanın bu evrensel akılla bağlantı kurarak bilgiye ulaştığını ifade etmektedir. İbni Rüşd, Aristoteles'in aklın ölümsüz olduğunu ancak bireysel ruhların ölümlü olduğunu savunduğunu vurgulamaktadır^[59]. İbni Rüşd'ün

[54] İzzet Mert Ertan, "Bir Orta Çağ Düşünürü Olarak Dante'nin De Monarchia'sında Siyasi Düşünce", *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, Cilt 13, Sayı 52, 2015, s.14.

[55] Ağaogulları ve Köker, *op.cit.*, s.40.

[56] Lepsius, *op.cit.*, s.1158.

[57] Miguel Vatter, "Theocratic Legal Revolution and the Origins of Modern Secularism in Dante", *Sintesis.Revista de Filosofía*, Cilt 2, Sayı 2, 2019, s.40.

[58] Étienne Gilson, *op.cit.*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1953, s.169.

[59] Herbert A. Davidson, "The Relation Between Averroes' Middle and Long Commentaries on the De Anima", *Arabic Sciences and Philosophy*, Cilt 7, Sayı 1, 1997, s.142.

bu bağlamda olası akli bedenden ayrılmış bir varlık olarak, hatta bir nevi Hıristiyanlığın tarif ettiği şekliyle bir melek olarak görmekte olduğu ifade edilmektedir. Dante'nin de buradan yola çıkarak insanlığı, İbni Rüşd'ün benzersiz olası akıl anlayışının bir eşdeğeri olarak ele aldığı iddia edilebilir olsa da Gilson'a göre bu bir başlangıç noktasından fazlası değildir ve İbni Rüşd'ün merkeze alındığı anlamına gelmez^[60]. Nitekim Marenbon da Dante'nin amacının barışın evrensel monarşi olmadan sağlanamayacağını vurgulamak olduğunu ve bu tezi kanıtlamak için insanlığın amacının nelerden oluştuğuna odaklandığını ifade etmektedir^[61]. Dante'ye göre insana özgü olan, her zaman olası aklın tüm gücünü gerçekleştirmektir. Bu görüş İbni Rüşd'ün görüşüyle benzerlik taşıyor gibi görünse de Dante'nin eserleri üzerinde yapılan çalışmalar ve çeviriler aksini göstermektedir. Örneğin Prue Shaw ve Richard Kay tarafından hazırlanan Dante çeviri ve edisyonlarında Dante'nin İbni Rüşd'ün görüşlerini ve yorumlarını takip etmediği net bir şekilde ifade edilmektedir^[62]. Ancak Dominik Perler tarafından ifade edilen ve genel olarak kabul gören modern görüşe göre Dante, İbni Rüşd'ün bazı kavramlarından yola çıkarak, her insanın bireysel olarak olası bir akla sahip olduğunu ancak insanın barışçıl bir topluluğun üyesi olmakla bu olası aklın tam potansiyelini gerçekleştireceğini savunmaktadır^[63].

Dolayısıyla İbni Rüşd'ün ortaya attığı tez ile Dante'nin tezleri birbirinden farklıdır. İbni Rüşd bir varlıktan bahsederken, Dante insanlardan oluşan tek bir topluma bu vasıfları yüklemektedir. Dolayısıyla evrensel aklın gerçekleşebilmesi için tüm insanların imparatorun birleştirici hegemonyası altında bir araya gelmesi gereklidir^[64]. Dante'nin bu esinlenmesi, siyasetin nihai amacının insanların dünyevi mutluluğunu sağlamak olduğunu göstermek içindir. Kantorowicz ise bu durumu Dante'nin bir dünyevi cennet inşa ettiği şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre Dante'nin temel

[60] Gilson, *op.cit.*, s.170.

[61] John Marenbon, "Dante's Averroism" in, John Marenbon (Ed.), *Poetry and Philosophy in the Middle Ages*, Leiden, Brill, 2021, s.357.

Marenbon, *op.cit.*, s.357.

[62] Marenbon, *op.cit.*, s.359.

[63] Marenbon, *op.cit.*, s.360.

[64] Gilson, *op.cit.*, s.171.

amacı papalıktan hatta Hıristiyanlık dininden bile bağımsız bir evrensel monarşi kurmak ve böylelikle bir dünyevi cennet inşa etmektir^[65].

Yurttaşların özgürlüğü kavramı Dante tarafından, Tanrı'nın insana bahsettiği en büyük armağan olarak görülmektedir. Bunu sağlamak için yönetilenlerin, yönetenler uğruna yaşaması değil, yönetenlerin yönetilenler için var olması gerekmektedir^[66]. Yurttaşın özgürlüğü aslında bir seçme özgürlüğüdür ve bu yalnızca akıllı yaratıklara verilmiştir. Ancak eğer kul, özgür seçimiyle Tanrı'ya karşı bir yükümlülüğe girmişse iradesini sınırlandırmış olur ve buna uygun davranması gerekir^[67]. Dolayısıyla dinin egemenliğine giren bir kişi kendi özgür seçimiyle bunu yaparak, özgür seçimini ortadan kaldırmaktadır.

Dante bu tespitleriyle yalnızca Hıristiyanları değil Yahudileri, paganları ve inanmayanları da içeren bir kurumsal birliğe kapı aralamaktadır. Tıpkı devlet içindeki yurttaşların kendi yetenek ve becerilerini serbestçe geliştirebilmeleri gibi, bu tek devletin içinde bütün uluslara ve tekil devletlere yer vardır^[68]. Çünkü Dante, farklı koşullarda farklı yasaların ya da yönetimlerin olabileceğini kabul etmekle birlikte tüm insanlığı ilgilendiren meselelerde

[65] Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton, 2016, s.457.

[66] Ebenstein, *op.cit.*, s. s.111.

[67] “Tanrı'nın yaratılış sırasında cömertçe verdiği yetiler içinde en önemsedığı, cömertliğine en uygun düşeni seçme özgürlüğü adını taşır; ancak akılla yaratıklar, yalnızca onlar bu yetiyle donatılır. Böyle olunca, verilen sözün ne yüce bir değer kazandığını anlarsın, hele o sözü Tanrı da benimsemişse; çünkü Tanrı ile kul arasındaki bu sözleşmede etkisiz kılınır değerini belirttiğim hazine, hem de yine özgür seçimle.”
Dante, *İlahi Komedyası III – Cennet*, s.685.

[68] Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages: An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Cambridge University Press, New York, 1976, s.278.

üstün bir prensin varlığından yanadır^[69]. Belirtmek gerekir ki Dante'nin evrensel monarşiye ilişkin düşünceleri ulusçuluk düşüncesinin yeni doğmaya başladığı dönemde çok taraftar bulmamış ancak devletin barış, özgürlük ve refaha ilişkin fonksiyonlarına yaptığı vurgu Dante'yi önemli kılmıştır^[70].

3-Roma İmparatorluğunun Evrenselliği

Dante yukarıda devlete tanımlamış olduğu yükümlülükleri en yetkin şekilde yerine getirebilecek ve evrensel monarşiye vücut verecek dünya devletinin Roma İmparatorluğu olduğunu ifade etmektedir^[71]. *İlahi Komedya*'nın ikinci kitabı olan *Arafta* da Roma'nın ayrıcalıklı konumu şu şekilde tarif edilmektedir:

“Vaktiyle Roma güzel kılınmıştı dünyayı,
çünkü iki güneşi vardı, biri dünyanın yolunu,
biri Tanrı'nın yolunu aydınlatırdı.”^[72]

Dante buna ek olarak Roma İmparatorluğu'nun evrensel monarşinin gerçekleştiği devlet olduğunu göstermek için çeşitli argümanlar kullanmaktadır. Öncelikle Dante, Roma'nın hakimiyetinin tanrısal olduğunun sayısız mucizeyle desteklendiğini savunmaktadır. Bu mucizeler Tanrı tarafından istenmiş ve böylelikle Roma egemenliğini meşru kılmıştır. Örneğin Roma'nın kurucularından olan Aeneas'ın Asyalı, Afrikalı ve Avrupalı eşlerinin olması ve son eşinin de İtalya'dan olması Roma'ya bütün dünyanın vaat edildiğini göstermektedir^[73]. Bununla birlikte Roma'nın askeri zaferleri de tanrısal bir işaret olarak yorumlanmaktadır. Pers ve Makedon İmparatorlukları'nın yıkılması da Dante için bir işarettir. Ancak belirtmek gerekir ki Dante bu dönem hala ayakta olan (Bizans) İmparatorluğundan

[69] Ellen Meiksins Wood, *Yurttaşlardan Lordlara: Eskiçağdan Orta Çağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, Yordam Kitap, İstanbul, 2013, s.232.

[70] Dinçkol, *op.cit.*, s.231.

[71] Okandan, *op.cit.*, s.223.

[72] İki güneş papa ile imparatoru; dünyanın yolu sivil erki, Tanrı'nın yolu ise ruhani erki ifade etmektedir.
Dante, *İlahi Komedya II – Araf*, s.480.

[73] Dante, *Monarşi*, s.106-108.

hiç bahsetmemektedir^[74]. Çünkü Dante, Roma İmparatorluğu'nun merkezi olarak Roma şehrini kabul etmekte ve başkenti İstanbul'a taşıyan Konstantin'i Cennet kitabının bir bölümünde eleştirmektedir. Ona göre Konstantin, başkenti Batı'dan Doğu'ya taşımakla güneşin izlediği yola karşı bir yol izlemiş ve bu Tanrı'nın isteğine ters düşmüştür^[75]. Son olarak Dante, en üstün kanıtlardan biri olarak Hz. İsa'nın Roma'da doğmayı ve ölmeyi seçmiş olması gerçeğinin Roma'nın egemenliğini evrensel olarak meşrulaştırdığını ifade etmektedir^[76].

Kelsen'in Dante yorumuna bakıldığında Tanrı'nın yönetiminin temel olarak arka planda bir *causa remota*^[77] olarak belirdiği söylenebilir. Bu hususta halk aslında doğrudan bir güç kaynağı olarak görülmekte ve yönetici halkın doğrudan temsilcisi olarak kabul edilmektedir^[78]. Kelsen, Dante'nin bu fikirlerine ek olarak sınırlı egemenlik fikrini savunduğunu belirtmiştir. Ona göre Dante, açıkça ifade etmemiş de olsa, yöneticinin yasayla sınırlı olduğu fikrini benimsemiştir. Çünkü Kelsen, Dante'nin bu fikri açıkça ortaya atmadığını kabul etmekle birlikte çok sayıda koşulun Dante'yi halk egemenliği fikrini benimsemeye yöneltmiş olabileceğini savunmaktadır. Ancak bu konuda Kelsen'in Dante'nin eserlerini üzerine kendi yorumunu

[74] Nemo, *op.cit.*, s.965.

[75] “*Lavinia'yi kaçırın eski yiğidi izleyen kartalı, göğün yönünden çevirdikten sonra Constantinus, Tanrı'nın kuşu yüz ve yüz yıl boyunca, belki daha uzun süre, Avrupa'nın dibinde, çıktığı dağların oraya yerleşti*”
Dante, *İlahi Komediya III – Cennet*, s.693.

[76] Ağaogulları ve Köker, *op.cit.*, s.45; Nemo, *op.cit.*, s.965.

[77] Bu anlayış Parisli John tarafından ortaya atılmıştır ancak tarihsel olarak daha eski bir geçmişi vardır. Buna göre insanlar eylemde, Tanrı ise lütufta bulunur. John bu fikri, doğayla uyumlu olanın kendisi veya hanedanı halkın özgür iradesiyle oluşturulması olduğunu söyleyen, Nikomakhos'a Etik üzerine İbn Rüşd'ün yorumuna atıfta bulunarak ortaya atmıştır. Kral, halkın onu seçmesiyle doğaya uygun bir şekilde yönetiyor ancak kimin ya da hangi ailenin kraliyet ailesi olacağını seçimi uzak bir sebep olarak Tanrı tarafından bir lütufta olarak yapıyordu.
Kantorowicz, s.296.

[78] Lepsius, *op.cit.*, s.1161.

fazlaca kattığı kabul edilmektedir^[79]. Kelsen ayrıca Dante'nin imparatorun tarafsızlığına ve Hıristiyanlığa dair yaklaşımına da eleştiriler getirmektedir. Evrensel monarşinin kurtuluşun yolu olduğuna inanan Dante, bu fikrini Hıristiyanlık üzerinden temellendirmektedir. Dolayısıyla imparatorun Hıristiyanlığa mensup olmayanlar arasında ve bu dinin benimsenmesi yönünde çaba göstermesi beklenmektedir. Kelsen'e göre Dante, bu çelişkiyi gidermek için bir açıklama yapmamıştır. Ancak imparator bir misyoner gibi hareket ettiğinde, Kilise'nin görevini yerine getirmekte ve kendi tarafsızlığını bozmaktadır^[80].

Dante'nin imparatorun görevlerine yönelik olarak yaptığı bu belirlemeler imparatorlukların günümüzde gerekli olup olmadığı konusunda tartışmaya açmaktadır. Kuşkusuz Dante'nin bu belirlemelerine ve genel olarak imparatorluk düşüncesine yöneltilen eleştiriler de vardır. Özellikle imparatorluk olmadan barışın, özgürlüğün ve adaletin sağlanamayacağı iddiası günümüzde geçerli kabul edilmekten uzaktır. Eski dönemlerde imparatorluğun varlığı düzen, hukuk ve barışla özdeş gibi kabul edilse de modern dünyayla birlikte, bu anlayış geçerliliğini yitirmiştir. Avrupa'da ortaya çıkan ulus-devletler ve bunların arasındaki güç dengesi, imparatorluk fikrinin saygınlığını yitirmesiyle sonuçlanmıştır^[81]. Ancak bu güç dengesi bozulduğunda imparatorluk fikrinin tekrar canlanmayacağını da söylemek zordur. İmparatorluk kurma ideali, bu ideali taşıyanlar tarafından barış ya da adalet gibi fikirlerle özdeşleştirilse de aslında arka planda olan bir güç istenci ya da itaat sağlamaktan ibarettir. Dolayısıyla imparatorluk kurma düşüncesi aslında askeri, ekonomik güç ve toplumu buna inandıracak mitlere sahip olmakla ilgili bir durumdur^[82].

[79] Lepsius, *op.cit.*,s.1161; Lepsius'a göre Kelsen, modern kavramları Orta Çağ'a yansıtarak kullanmakta ve Orta Çağ terimlerini bağlamından koparmaktadır. Lepsius, *op.cit.*,s.1165.

[80] Lepsius, *op.cit.*,s.1162.

[81] Ünlü, "İmparatorluk Fikrinin Gelişimi", s.241.

[82] Ünlü, "İmparatorluk Fikrinin Gelişimi", s.242.

C) DANTE'NİN SEKÜLER DÜŞÜNCEYE İLİŞKİN ARGÜMANLARI

Dante'nin *De Monarchia* (*Monarşi*) adlı eserinin üçüncü kitabı, "hükümdarın yetkisinin doğrudan Tanrı'dan mı yoksa başka bir kaynaktan mı çıktığı üzerine"^[83] başlığını taşır. Dante eserin bu bölümünde, Kilise'nin üstünlüğünü sorgulamaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki Dante, *İlahi Komedya* eserinde papalığa saldırmakta ve onu kiliseye müdahale ettiği, açgözlülük ve yolsuzluk yaptığı için cehennemde tasvir etmektedir^[84]. Dante, dünyevi ve geçici iktidarın papa ya da Kilise'nin otoritesinden bağımsız olduğunu ve doğrudan Tanrı'dan geldiğini ortaya koymakta ve bunun aksini iddia eden argümanları da çürütmeye çalışmaktadır^[85]. İmparatorlukların, Kilise otoritesinin öncesinde de var olduğunu belirten Dante, Kilisenin otoritenin sebebi olamayacağını ifade etmiştir^[86].

İmparatorluk, özel olarak da Roma İmparatorluğu, dünyanın kaderi için gerekli olduğundan, onun misyonunun önünden duran her şey, ilahi tasarıma aykırı bir boyuta sahiptir. Bu yüzden kutsal yazılar, kilisenin gelenekleri ve hatta papalık imparatorluğun kanunlarından sonra gelir^[87]. Dolayısıyla Dante'ye göre, imparatorun otoritesi doğrudan doğruya Tanrı'dan gelir ve kiliseye dayanmaz. Bunu kanıtlamak için düşünür, ruhani iktidarın üstün olduğunu iddia edenlerin argümanlarını çürütme çabasına girişir. Bu argümanlar dini, tarihi ve felsefi olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır^[88]. Bu argümanlar Dante'nin *Monarşi* eserinde aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır.

Dante'nin ele aldığı ilk argüman ruhani iktidar yanlılarının; Tanrı'nın biri büyük biri daha küçük olan, iki büyük ışık yarattığı ve bunlardan birinin geceyi, diğersinin gündüzü yönettiği argümanıdır. Bu argümana göre ışık,

[83] Dante, *Monarşi*, s.147.

[84] Joan M. Ferrante, "Dante and Politics", *Dante: Contemporary Perspectives*, ed. Amilcare A. Iannucci, University of Toronto Press, Toronto, 1997, s.186.

[85] Marcel Prélot ve Georges Lescuyer, *Histoire des Idées Politiques*, Éditions Dalloz, Paris, 1994, s.151.

[86] Crozat, *Amme Hukuku Dersleri: Cilt II - Kısım I (Orta Zamanlar)*, s.611.

[87] Nemo, *op.cit.*, s.966.

[88] Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri: Birinci Cilt*, s.182.

dünyevi ve ruhani gücü sembolize eder. Nasıl Ay ışığını Güneş'ten alıyorsa ve bunun dışında bir ışığa sahip değilse, geçici güç olan dünyevi güç de ışığını ruhani güçten alır^[89]. Dante bu argümanı iki şekilde çürütmeye çalışır. İlk olarak, bu iki gücün insanın birbirine bağlı olmayan özellikleri olduğunu belirten düşünür, Ay ve Güneş'in insandan da önce yaratıldığını ve bu sebepten dolayı söz konusu iki ışığın insanı belli amaçlara yönlendiren bir niteliği olmadığını söyler^[90]. Aynı iddiaya bir başka açıdan daha yaklaşan Dante, varlık olarak Ay'ın Güneş'e bağımlı olmadığı belirtir. Çünkü Ay'ın yer değiştirmesi onun kendi devinimiyle gerçekleşir ve tesiri kendi ışınlarından gelir. Tutulmasından da anlaşılacağı üzere, Ay'ın kendi ışığı vardır. Ancak daha etkin bir işleyişin söz konusu olması için Güneş'ten de bolca ışık alabilir ama bu durum Dante'ye göre Ay'ın Güneş'e muhtaç olduğu sonucunu doğurmaz^[91].

Dante'nin dünyevi ve ruhani iktidar ayrımını kanıtlamak için çürütmeye çalıştığı bir diğer argüman, Levi ve Yehuda arasındaki ilişkinin imparatorluk ve Kilise arasındaki ilişkiye benzetilmesidir. Bu argüman, Yakup peygamberin oğullarından olan Levi ve Yahuda'nın sırasıyla rahipliğin ve geçici gücün simgesi olduğuna dayanır. Buna göre, Kilise'nin İmparatorluk'la olan ilişkisi, Levi'nin Yahuda'yla olan ilişkisi gibidir. Levi, Yahuda'dan yaşça büyük olduğu için yetki bakımından kilise, imparatorluktan önce gelir^[92]. Dante'ye göre bu argüman doğru kabul edilemez. Çünkü, yaş bakımından kıdemli olan her insan, yetki bakımından her zaman üstün değildir. Bu insanların bir kısmı kendilerinden yaşça küçük kişilerin altında çalışmaktadırlar. Örneğin piskoposlar baş diyakozlardan daha gençtirler^[93].

Bir diğer argüman Kral Saul'un Tanrı'nın vekili gibi davranan Samuel tarafından tahta çıkartıldığı ve tahttan indirildiği iddiasıdır. Buradan çıkan sonuç, Tanrı'nın vekili olan evrensel Kilise'nin başındaki kişinin dünyevi gücün dağıtılmasına yetkili olduğudur. Ancak Dante, Samuel'in Tanrı'nın vekili değil, özel bir elçisi olduğunu ve vekil olmakla elçi olmanın çok farklı

[89] Dante, *Monarşi*, s.154.

[90] Dante, *Monarşi*, s.156.

[91] Dante, *Monarşi*, s.157.

[92] Dante, *Monarşi*, s.158.

[93] Dante, *Monarşi*, s.159.

şeyler olduğunu söyler^[94]. Bu iddiayla bağlantılı olarak, Tanrı'nın geçici ve ruhani şeylerin efendisi olduğu, aynı şekilde vekilinin de geçici ve ruhani şeylerin efendisi olduğu ortaya atılmıştır. Ancak Dante, hiçbir vekilin asıl yetki sahibinin yani Tanrı'nın dengi olmayacağını söyleyerek bu iddiayı da kabul etmez^[95].

Kilise yanlılarının öne sürdüğü bir diğer argüman ise, İncil'de geçen iki kılıç ifadesinin dünyevi ve ruhani iktidarı temsil ettiği ve dolayısıyla ikisinin de ruhani iktidarın elinde olduğu argümanıdır. Ancak Dante, bu durumunun iki iktidarı değil, sözleri ve eylemleri temsil ettiğini savunmaktadır^[96]. Dante'nin karşı çıktığı bir diğer önemli argüman, yukarıda bahsettiğimiz üzere Konstantin Bağışı olarak adlandırılan belgeye ilişkindir. Sonradan başrahip olan Sylvester, zamanın imparatoru Konstantin'i cüzzam hastalığından kurtarmış ve imparator ona birtakım imtiyazlar vermiştir. Bu imtiyazlara ek olarak Roma, İtalya ve Batı'nın tüm şehirlerini, Konstantin Bağışı^[97] adı verilen belgeyle başrahip Sylvester'a verdiği iddia edilmiştir. Ancak Dante, kralın kendi hakimiyetini zedeleyecek ve hakimiyet alanını daraltacak böyle bir işlemde bulunma yetkisi olmadığı söyleyerek bu argümana katılmadığını belirtmiştir^[98].

Kilise yanlılarının, Kilise'nin üstünlüğünü ortaya attıkları bir diğer argüman ise Kilise'yi savunmak için Şarلمان'ı çağırın papanın daha sonra imparatorluk payesini Şarلمان'a vermesidir. Bu durumun sonucunda imparatorluk için papadan yetki alınmış ve Kilise'nin üstünlüğü tescillenmiştir. Ancak Dante, bu olayın tersinin de tarihte yaşandığını ve İmparator Otto'nun zamanında bir Papa'yı sürgüne göndererek yerine başka birisini Papa olarak göreve getirdiğini ifade etmiştir^[99]. Bu olay İmparator Otto'nun XII. İoannes'i tahttan indirmesi ve VII. Leo'yu tahta çıkarmasına bir göndermedir. Otto, VII. Leo'yu tahta çıkardıktan sonra Romalılara, kendisinin ya da oğlunun

[94] Dante, *Monarşi*, s.160.

[95] Dante, *Monarşi*, s.161.

[96] Dante, *Monarşi*, s.169.

[97] Bu bağış belgesinin sahte olduğu 1440 yılında, Lorenzo Valla tarafından ispat edilmiştir. Bkz. Dante, *Monarşi*, s.169.

[98] Dante, *Monarşi*, s.172.

[99] Dante, *Monarşi*, s.174.

rızası olmadan bir papa atamayacaklarına dair yemin ettirmiş ve şehirden ayrılmıştır. Ancak Otto'nun ardından Romalılar, VII. Leo'yu tahttan indirip yerine tekrar XII. Ioannes'i getirmişlerdir. Ioannes'in ölümünün ardından da V. Benedictus'u papa olarak seçmişlerdir. Bunun üzerine Otto geri dönüp şehri kuşatmış ve V. Benedictus'u Hamburg'a sürüp tekrar VII. Leo'yu tahta çıkartmıştır^[100].

Dante ayrıca imparatorluğun bağımsızlığı ve dünyevi konulardaki önceliği konusunda temel argüman olarak İmparatorluğun Kilise'den önce var olduğunu ve bu yüzden imparatorun gücünü, papalıktan değil doğrudan Tanrı'dan aldığını ifade etmektedir^[101]. Ayrıca Dante, Hz. İsa'nın ve Aziz Pavlus'un Sezar'ın yargısına tabi olmayı kabul ettiklerini belirttiğini belirtmektedir. Bununla birlikte İncil'de yer alan, Hz. İsa'nın "*Benim Krallığım bu dünyadan değildir*"^[102] ifadesi de bu bağlamda önemli bir dayanak oluşturmaktadır^[103].

Dante, Papa ve imparatorun insanlar arasında ortak ölçü olarak özel insanlar olduğunu ama tüm insanların ölçü olarak tek bir insana işaret edeceğini ve bunun da Papa olduğunu iddia edenleri de eleştirir. Dante'ye göre, papa ve imparator insan olarak bir ölçüye, taşıdıkları sıfatlardan dolayı da başka bir ölçüye tabilerdir. Ortak noktaları insan olmalarıdır. Papa ve imparator olmak, onları diğer insanlardan ayıran özellikleridir. Aksi halde herkesin papa veya imparator olması mümkündür. Papa ve imparator ayrı ilişki çevrelerine dahil oldukları için aynı zümre ya da sistem içinde bir merteye sırasına tabi tutulamazlar^[104]. Bu yüzden de her ikisi üçüncü bir

[100] Pirenne, *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XV. Yüzyıla Kadar*, s.116.

[101] Luuk Peeters, *Dante's Political Mission Secularity in De Monarchia, the Risorgimento, and the Lateran Pacts*, Tilburg University, Tilburg, 2022, s.15.

[102] *Yuhanna İncili 18:36*, "İsa, "Benim krallığım bu dünyadan değildir" diye karşılık verdi. "Krallığım bu dünyadan olsaydı, yandaşlarım, Yahudi yetkililere teslim edilmemem için savaşırıldardı. Oysa benim krallığım buradan değildir."". Bu diyalog İsa ile Roma valisi Pilatus arasında geçmektedir. İsa burada bir krallığı olduğunu kabul etmekte ve krallığının bu dünyadan olmadığını ifade etmektedir. Kendi yandaşları ise İsa'nın Roma devletine teslim edilmemesi için mücadele etmemekte ve dünyevi otoriteye boyun eğmektedir.

[103] Nemo, *op.cit.*, s.968.

[104] Nihat Erim, *Anme Hukuku Dersleri*, Ankara, 1942, s.93.

şeye bağlı olmalıdır. Bu şey ise Tanrı olmalıdır ya da mutlak ilkedен türemiş Tanrı'dan aşağı seviyede bir varlık olmalıdır^[105].

III. DANTE'YE GÖRE DÜNYEVİ VE RUHANI İKTİDARIN KAYNAĞI VE ARALARINDAKİ İLİŞKİLER

Dante, dünyevi iktidar ve ruhani iktidarın ilahi kararnameyle onaylandığını ve her ikisinin de gerekli olduğunu, birinin tüm meşru dünyevi gücü, diğerinin ise manevi gücü elinde tuttuğunu savunur^[106]. Dante'ye göre her iki iktidar da herhangi bir aracı olmadan, doğrudan iktidar yetkisini almaktadır^[107]. Böylelikle Dante, hiyerarşik olmamış iki düzeni açık bir şekilde birbirinden ayırmaktadır^[108]. Ancak Dante, bu durumun Roma Prensi'nin, Romalı Başrahibe yani Papa'ya tabi olmadığı şeklinde anlaşılmasını ister ve bu durumu şu sözlerle ifade eder:

“Bu ölümsüz mutluluk, sıra düzeni bakımından dünyevi mutluluktan önde gelir. O halde bırakalım Sezar, Petrus'a tıpkı en büyük oğlun babasına göstermesi gerektiği gibi hürmetini göstere ki, babadan kalma zarafetin ışığında aydınlatılmış olarak, yalnızca tüm geçici ve ruhani şeylerin yöneticisi olan Tanrı tarafından yerleştirildiği dünyayı daha etkili bir şekilde ışıklandırabilsin”^[109]

Dolayısıyla burada amaçlanan iki güç odağı arasındaki çatışmanın hoşgörü çerçevesinden çözümlenmesi ve barışa odaklanmasıdır. Ayrıca Dante, bu durumun imparator açısından hukuki bir tabiiyet yaratmadığını da vurgulamaktadır^[110]. Belirtmek gerekir ki Dante, imparatorun meşruluğu ya da dayanağı konusunda toplumun rızasına başvurmaz. Dolayısıyla

[105] Dante, *Monarşi*, s.177.

[106] Scruton, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, s.162.

[107] Kaposi, “Visions of the Secular State and of the Earthly Paradise in Dante's Perspective”, s.118.

[108] Jean Touchard, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, çev. İsmail Yerguz, Işık Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2015, s.214.

[109] Dante, *Monarşi*, s.189.

[110] Okandan, *op.cit.*, s.225.

imparatorun dünyevi bir meşruluk kaynağı yoktur^[111]. Bu durum dönemin ruhuna uygundur. Ancak bu boşluğu doldurmak için imparatorun meşruluğunun bir dayanağı olması gerekmektedir. Dante bu noktada, imparatora da ilahi bir meşruluk tanır ve dünyevi iktidarın kaynağının da tanrısal olduğunu belirtir ama Kilise ile devlet arasında bir çizgi çekerek seküler düşünceye katkıda bulunur^[112]. Dolayısıyla iki otorite de kaynağını Tanrı'dan alan ama birbirlerine müdahalede bulunmayan güçler olarak varlıklarını sürdürmelidir. Dante'nin bu görüşlerinin tarihsel açıdan da yansımaları mevcuttur. Kilise ve siyasi iktidar arasındaki gerilim mevcut olsa da özellikle 12. yüzyıl ve devamında bu iki önemli gücün birlikte hareket ettiği durumlar da mevcuttur. Örneğin bu dönemde bazı İtalyan şehir devletlerinin piskoposları, o şehrin önde gelen ailelerine mensuptur. Bu durum dünyevi ve ruhani iktidarın iç içe geçebildiğini ve ortak hareket edebildiğini göstermesi açısından önemlidir^[113]. Bu açıklamalar ışığında bakıldığında Dante'nin tamamen bir otoritenin diğerine üstünlüğünü savunmadığı anlaşılmaktadır. Kaynak olarak Tanrı'yı merkeze alan bu iki iktidar kendi alanlarındaki en üstün gücü ifade ederler. Ancak aralarındaki bağın tamamen kopmuş olması da barışa hizmet etmez. Dolayısıyla iki iktidarın arasındaki çatışmalar hoşgörü çerçevesinde ele alınmalıdır.

SONUÇ

Yaşamının önemli bir kısmını sürgünde geçiren Dante, yaşadığı dönemin güç çekişmelerinin, evrensel bir barış ve bunu sağlayacak bir imparatorlukla sonlanacağını savunmaktadır. Bunun yanı sıra Dante'yi siyasal düşünce tarihinde özel bir yere koyan düşünceleri ise sekülerleşme sürecine dair olan görüşleridir. *De Monarchia* (Monarşi) eserinde önemli sorulara cevap arayan Dante'ye göre evrensel bir monarşi prensler ya da küçük devletler arasındaki güç mücadelesine son verecektir. Ayrıca her devletin ya da otoritenin uyması gereken kurallar evrensel bir imparator tarafından belirlenecek ve bu düzen anlaşmazlıklara son verecektir. Mevcut durumda anlaşmazlıkları olan devlet ya da prensliklerin bu anlaşmazlıkları çözmesi, birinin diğerine tabi

[111] Crozat, *Amme Hukuku Dersleri: Cilt II - Kısım I (Orta Zamanlar)*, s.611.

[112] Akad, Dinçkol ve Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, s.62.

[113] Daniel Waley ve Trevor Dean, *İtalyan Şehir Cumhuriyetleri*, çev. Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2014, s.62.

olmamasından dolayı mümkün olmamaktadır. Evrensel imparatora ise herkes tabi olacağı için küresel düzeyde yalnızca bir otoritenin hakimiyeti sağlanmış olacaktır. Kuşkusuz Dante'nin barış için öngördüğü bu düzen, bugün kısmen Birleşmiş Milletler gibi uluslararası organizasyonlara yüklenmiş bir misyondur. Ancak Dante'nin öngördüğü bu tür organizasyonlardan daha fazlasıdır. Bu düzenin bir diğer yansımasını insan haklarının evrenselleşmesi yönündeki çabalarda da aramak mümkündür. Çünkü Dante'nin öngördüğü düzende barış için hukuk kurallarının da evrensel nitelikte olması gerekir. İmparatorun buradaki rolü ilahi adalete hizmet edecek olan kuralların ortaya konmasını ve bir uyum içinde uygulanmasını sağlamaktır.

Evrensel monarşinin kurulmasının ardından barış için önemli bir diğer durum ise papalık ve imparatorluk arasındaki çekişmelerdir. Dante'nin yaşadığı dönemdeki çatışmaların çözülmesi bu iki otoritenin arasındaki sorunların çözülmesine bağlı görülmüş ve Dante'yi, imparatorun yetkisinin kaynağının ne olduğunu tespit etmeye yöneltmiştir. Nihayetinde bu meseleyi da her iki otoritenin arasında bir tabiiyet ilişkisi olmadığını söyleyerek çözüme kavuşturan Dante, bu yönüyle seküler düşüncenin öncü düşünürlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Dante'nin imparatorluğa papalıktan bağımsız bir meşruiyet kaynağı atfetmesi ve bu kaynağın da doğrudan doğruya Tanrı olması papalığın dünyevi işlerdeki faaliyetlerinin önünde bir engel olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde papalığın üstünlük iddialarının da reddedilmesi, Orta Çağ'ın sonunda yaşanacak olan dönüşümlerin de başlangıcını oluşturmaktadır. Nitekim zaman içinde şehir devletleri de imparatorlukların hakimiyetine girecek ve papalığın etkisi sınırlanacaktır. Sonrasında imparatorlukların yerini ulus-devletlere bırakmasıyla birlikte hakimiyetin ulusa ait olduğu düşüncesi yükselecek ve papalığın siyasi etkisi daha da azalacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, Ankara, İmge Kitabevi, 6. Baskı, 2013.
- Akad, Mehmet, Bihterin Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 19. Baskı, 2023.
- Akbay, Muvaffak. *Umumi Amme Hukuku Dersleri: Birinci Cilt*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Akın, İlhan, *Kamu Hukuku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1974.
- Berman, Harold J., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.
- Crozat, Charles, “Dante Alighieri’nin Devlet Nazariyesi”. çev. Sahir Erman, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 1-76.
- Crozat, Charles, *Amme Hukuku Dersleri: Cilt II - Kısım I (Orta Zamanlar)*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944.
- Dante, *İlahi Komedya II – Araf*, Çev. Rekin Teksoy, Oğlak Yayınları, İstanbul, 14. Baskı, 2013.
- Dante, *İlahi Komedya III – Cennet*, Çev. Rekin Teksoy, Oğlak Yayınları, İstanbul, 14. Baskı, 2013.
- Dante, *Monarşi*, çev. Begüm Yiğit, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.
- Davidson, Herbert A., “The Relation Between Averroes’ Middle and Long Commentaries on the De Anima”, *Arabic Sciences and Philosophy*, Cilt 7, Sayı 1, 1997, s. 139-151. <https://doi.org/10.1017/S0957423900002290>
- Davis, Derek, “Seeds of the Secular State: Dante’s Political Philosophy as Seen in the De Monarchia”, *Journal of Church and State*, Cilt 33, Sayı 2, 1991, s. 327-346.
- Dinçkol, Bihterin, “Seküler Düşüncenin İlklerinden Dante”. *Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan Cilt 1*, s. 226-235, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.
- Ebenstein, William, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, çev. İsmet Özel, İstanbul, Şule Yayınları, 1996.

- Elden, Stuart, “The Pope’s Two Swords”, in *The Birth of Territory*, University of Chicago Press, Chicago, 2013, s. 157-179.
- Erim, Nihat, *Amme Hukuku Dersleri*, Ankara, 1942.
- Eroğlu, Ahmet Hikmet, “Doğu Batı Kiliselerinin Ayrılış Nedenleri”. *Dini Araştırmalar*, Cilt 2, Sayı 5, 1999, s. 387-413.
- Ertan, İzzet Mert, “Bir Orta Çağ Düşünürü Olarak Dante’nin De Monarchia’sında Siyasi Düşünce”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, Cilt 13, Sayı 52, 2015, s. 9-37.
- Etgü, Mehmet Akif, *Kozmopolisten Küreselleşen Dünyanın Devletine: Küresel Devlet*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Ferrante, Joan M, “Dante and Politics”, içinde, *Dante: Contemporary Perspectives*. ed. Amilcare A. Iannucci, s. 181-194, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
- Gilson, Étienne, *Dante et La Philosophie*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1953.
- Goff, Jacques Le, *The Birth of Europe*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.
- Kantorowicz, Ernst H, *The King’s Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 2016.
- Kaposi, Márton, “Visions of the Secular State and of the Earthly Paradise in Dante’s Perspective”, *Hungarian Philosophical Review*, Cilt: 65, Sayı: 2, 2021, s. 106-125.
- Lepsius, Oliver, “Hans Kelsen on Dante Alighieri’s Political Philosophy”, *The European Journal of International Law*, Cilt: 27 Sayı: 4, 2017. <https://doi.org/10.1093/ejil/chw060>
- Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Marenbon, John, “Dante’s Averroism” in, John Marenbon (Ed.), *Poetry and Philosophy in the Middle Ages*, Leiden, Brill, 2021, s. 349-374.
- Meiksins Wood, Ellen, *Yurttaşlardan Lordlara: Eskiçağdan Orta Çağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, Çev: Oya Köymen, İstanbul, Yordam Kitap, 2013.

- Nemo, Philippe, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Age*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.
- Okandan, Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- Peeters, Luuk, *Dante's Political Mission Secularity in De Monarchia, the Risorgimento, and the Lateran Pacts*, Tilburg, Tilburg University, 2022.
- Pirenne, Henri, *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XV. Yüzyıla Kadar*, çev. Sinan Akbaytürk, İstanbul, Selenge Yayınları, 1. Baskı, 2022.
- Pirenne, Henri, *Les villes du moyen-age - Essai d'histoire économique et sociale*, Bruxelles: Maurice Lamertin, 1927.
- Prélot, Marcel ve Georges Lescuyer, *Histoire des Idées Politiques*, Paris: Éditions Dalloz, 1994.
- Scott, John A., *Dante's Political Purgatory*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016.
- Scruton, Roger, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, New York, Palgrave Macmillan, 2007.
- Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought, Vol. 1 The Renaissance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- Steinberg, Justin, *Dante and the Limits of the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2013.
- Touchard, Jean, *Siyasal Düşünceler Tarihi*. Çev. İsmail Yerguz, İstanbul, Isık Yayınları, 1. Baskı, 2015.
- Ullmann, Walter, *A Short History of the Papacy in the Middle Ages*, London, Routledge, 2003.
- Ullmann, Walter, *Law and Politics in the Middle Ages : An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, New York, Cambridge University Press, 1976.
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, 2015.
- Ünlü, Barış, "İmparatorluk Fikrinin Gelişimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 3, 2010, s. 237-266.

- Vatter, Miguel, “Theocratic Legal Revolution and the Origins of Modern Secularism in Dante”, *Sintesis. Revista de Filosofía* Cilt: 2, Sayı: 2, 2019, s. 26-48. <https://doi.org/10.15691/0718-5448vol2iss2a288>
- Waley, Daniel ve Trevor Dean, *İtalyan Şehir Cumhuriyetleri*, Çev: Hamit Çalışkan, İstanbul, Türkiye İŞ Bankası Kùltür Yayınları, 1. Baskı, 2014.

Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Aktörlerinin 6284 Sayılı Kanuna Bakışı: Erzurum Örneği

Enes KELEŞ*
Songül SALLAN GÜL**

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

* Yüksek Lisans Öğrencisi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji ABD. eneskeles1986@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-6897-300X

** Prof.Dr. Süleyman Demirel Üniversitesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi, Sosyoloji Bölümü. songulgul@sdu.edu.tr **ORCID:** 0000-0003-1107-7372

Makale geliş tarihi: 20 Kasım 2024 **Makale kabul tarihi:** 31 Aralık 2024

Atıf önerisi: Keleş, Enes, “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Aktörlerinin 6284 Sayılı Yasaya Bakışı: Erzurum Örneği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s.661-717. **DOI:** 10.30915/abd.1588888..

KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELE AKTÖRLERİNİN 6284 SAYILI KANUNA BAKIŞI: ERZURUM ÖRNEĞİ

ÖZ

1970'lerle giderek güç kazanmaya başlayan feminist hareketle birlikte kadına yönelik şiddet olgusu toplumsal ve politik gündeme taşınmıştır. Türkiye'de 1980 ve 1990'lı yıllarda konu bir tabu, aile içi bir mesele olmaktan çıkmış, mücadele ulusal ve uluslararası boyutta yeni gelişmelere olanak tanımıştır. Kadına yönelik şiddetin türlerinden biri olan aile içi şiddetle mücadelede dayanışma merkezleri ve sığınaklarla başlayan süreç yasal ve kurumsal gelişmelerle güçlenmiştir. Kadına yönelik şiddet, cinsiyet ve güçten kaynaklanan ve erkeklerin kadınlar üzerindeki hâkimiyet ve kontrolünü sürdürme ideolojisi olan ataerkil kültüre dayanır. Bu nedenle önleyici politikalar arasında toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlayıcı ve koruyucu politikalar ve hukuki zemin gereklidir. Bu da kadının insan hakları bağlamında şiddetten korunma ve yaşam hakkının sağlanarak kurumsal uygulamaların izlenmesini zorunlu kılar. Türkiye'de yasal bağlamda 1998 yılında 4320 sayılı yasayla önemli bir adım atılmıştır. Ancak yasa ve uygulamasındaki eril bakışın yol açtığı sorunların giderilmesi amacıyla 2012 yılında 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve İstanbul Sözleşmesi kabul edilmiştir. Türkiye'de siyasi iradenin 2021 yılında İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesi nedeniyle günümüzde 6284 sayılı kanun, kadına karşı şiddetle mücadelenin temel yasal güvencesini oluşturmaktadır. Yasa kadına yönelik şiddetle mücadele çok aktörlü bir yapı ortaya koymaktadır. Aile Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın ilgili kuruluşları (sığınmaevleri ve ŞÖNİM'ler), kolluk kuvvetleri, sivil örgütler (kadın STK'lar) ve hukuki kurumlar (Aile mahkemeleri ve barolar gibi) yasanın uygulayıcı ve denetleyici kurumlarıdır. Ayrıca iller düzeyinde sürecin izlenmesi için il koordinasyon kurulları da oluşturulmuştur. Benzer biçimde 1990'lı yıllarla birlikte belediye ve bağımsız kadın örgütlerinin öncülüğünde açılan ilk kadın sığınmaevlerini kamusal kadın konukevleri izlemiş ve sayıları günümüzde 149'a ulaşmıştır. Ancak gerek 6284 sayılı yasa, gerekse acil yardım hatları ve gerekse sığınmaevleri gibi koruyucu ve önleyici kurumsal gelişmelere karşın

kadına karşı şiddet önlenememektedir. Bu da yasalar kadar ilgili kurumların ve uygulayıcı aktörlerinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Yasaya bakış açısı ve uygulama pratiklerinin neden etkin mücadele sağlamadığı sorusunun da yanıtlanması bağlamında bu çalışma Erzurum ili örneğinde konuyu değerlendirmektedir. Erzurum il koordinasyon komisyonunda yer alan aktörlerle yapılan görüşmeler nezdinde 6284 sayılı yasa sorgulanmaktadır. Nitel araştırma yöntemi çerçevesinde derinlemesine görüşmeler Mart-Ekim 2024 tarihlerinde gerçekleştirilmiş ve çalışma 23 katılımcının katkılarıyla tamamlanmıştır. 6284 sayılı yasanın uygulayıcı ve denetleyici aktörlerinin gözünden yasa, şiddeti önleyici niteliği ve görüşmecilerin toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik görüşleri temelinde sorgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: kadına yönelik şiddet, toplumsal cinsiyet eşitsizliği, şiddetle mücadele aktörleri, 6284 Sayılı Kanun.

PERSPECTIVE OF ACTORS IN COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN ON LAW NO. 6284

ABSTRACT

With the feminist movement gaining strength in the 1970s, the issue of violence against women was brought forth in social and political discussions. In Turkey, during the 1980s and 1990s, this topic shifted from being a taboo and private family matter to one that enabled new developments on both national and international levels. The fight against domestic violence, a form of violence against women, began with the establishment of solidarity centers and shelters, later reinforced by legal and institutional advancements. Violence against women stems from a patriarchal culture that derives from gender and power dynamics, upholding men's dominance and control over women. For this reason, preventive policies require a legal framework and policies that promote and protect gender equality. In the context of women's human rights, this also necessitates measures to protect women from violence, ensure their right to life, and monitor institutional practices. In Turkey, a significant step was taken in 1998 with Law No. 4320. However, to address issues arising from the male-centric perspective in the law and its implementation, the Law on the Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women (Law No. 6284) and the Istanbul Convention were adopted in 2012. Due to the political decision to withdraw from the Istanbul Convention in 2021, Law No. 6284 now serves as the primary legal safeguard in combating violence against women in Turkey. This law establishes a multi-actor framework for combating violence against women. The Ministry of Family and Social Services and its related institutions (such as shelters and Violence Prevention and Monitoring Centers-ŞÖNİM in Turkish), law enforcement, civil organizations (women's NGOs), and legal bodies (such as family courts and bar associations) are the law's implementing and monitoring institutions. Additionally, provincial coordination boards have been formed to oversee the process at the local level. Following the first women's shelters, which were pioneered by municipalities and independent women's organizations in the 1990s, public women's shelters have now reached a total of 149. However, despite protective and preventive institutional developments such as Law No. 6284, emergency hotlines, and shelters, violence against women remains unresolved. This calls for scrutiny

not only of the laws but also of the relevant institutions and implementing actors. In addressing why perspectives on the law and its implementation practices have not led to an effective struggle against violence, this study evaluates the subject with the case of Erzurum. Interviews conducted with actors on the Erzurum Provincial Coordination Commission examined Law No. 6284. Using a qualitative research method, in-depth interviews were conducted between March and October 2024, and the study was completed with the contributions of 23 participants. The law's preventive capacity and the interviewees' views on gender equality are questioned from the perspectives of those who implement and monitor Law No. 6284.

Keywords: violence against women, gender inequality, actors in combating violence, Law No. 6284.

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet toplumsal olduğu kadar, politik bir sorundur. Çok boyutlu ve çok aktörlü mücadele edilmesi gerekir ve özünde toplumsal cinsiyete dayalı eşitsizliklerin bir sonucudur. Kadına sırf kadın olduğu için yöneltilen ya da oransız bir şekilde kadınları etkileyen cinsiyet temelli bir şiddettir. Altınay ve Arat'ın^[1] da belirttiği gibi toplumsal olarak tanımlı kadınlık ve erkeklik rollerine dayalı olarak ev, sokak, iş yeri, okul gibi ortamlarda yaşanan şiddet türleri, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kapsamı çerçevesinde değerlendirilir. Kadının onayı ve isteği dışında kadının iradesine, ruhuna, bedenine, hak ve özgürlüklerine, inanç ve değerlerine yönelik korkutucu, tehdit edici, baskıcı, zarar verici, istismar edici davranışlar ve söylemler kadına yönelik şiddetin öğeleridir^[2].

“Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinde (İstanbul Sözleşmesi)^[3] kadına karşı şiddeti, kamusal ya da özel hayatta gerçekleşmesine bakmaksızın, bir insan hakları ihlali ve bir ayrımcılık olarak değerlendirir. Sözleşmeye göre, şiddet uygulama bulunma tehdidi, zorlama ve zor kullanma, özgürlüğü rastgele kısıtlama da dahil olmak üzere, “kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri” kadına yönelik şiddet eylemini oluşturur. Şiddet kadınların toplumun tüm alanlarında erkeklerle eşit şekilde var olmalarını engelleyen veya engellemeye yol açan en önemli sorunlardan biridir. Coğrafi, ekonomik, kültürel hiçbir sınır tanımaksızın tüm dünyada yaşanan kadına yönelik şiddet, kadınların insan olmalarından kaynaklanan haklarını kullanmalarını ve bu haklardan yararlanmalarını önemli ölçüde engellemekte; temel haklardan olan yaşama hakkı, özgürlük hakkı, sağlık

[1] Ayşe G. Altınay ve Yeşim Arat, *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s.15.

[2] Kristin L. Anderson, Gender, Status, and Domestic Violence: An Integration of Feminist and Family Violence Approaches of Domestic Violence, Routledge, Journal of Marriage and Family, Vol. 59, No. 3 (Aug., 1997), ss.655-669, s.657; Songül Sallan Gül, *Türkiyede Kadın Sığınmaevleri, Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar mı?*, Bağlam Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Nisan, 2021, ss.11-13.

[3] Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 210, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, İstanbul, 11.V., 2011.

hakkı gibi haklarını ihlal etmekte veya pratikte geçersiz kılmaktadır (KSGM 2016:2). Bu nedenle toplumsal cinsiyet temelli kadına yönelik şiddetle mücadele, On Birinci Kalkınma Planının^[4] politika ve tedbirlerinde belirtildiği gibi (md 602.); kadınları şiddetten korumak, aynı zamanda erken yaşta zorla evliliklerin ve her türlü istismarın önlenmesini de beraberinde getirecektir. Yine On İkinci Kalkınma Planında^[5] vurgulanan (md 723.) aile içi şiddetin nedenlerini belirleyerek, önleyici önlemleri güçlendirmek amacıyla kamu kurumları, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşlarının iş birliği içinde kapsamlı projeler geliştirmesi şiddetle mücadelede önemlidir. Ayrıca toplumsal farkındalık yaratma çalışmaları hızlandırılma etkisi göz önüne alındığında, yasanın bilinirliğini artırmak koruyucu ve önleyici hizmetlerinin etkinliğini de artıracaktır. Çünkü kadına yönelik şiddet, özellikle ailede kız çocuklarına yönelik şiddeti de kapsamaktadır. Ataerkil toplumsal cinsiyet rollerinin öğrenilme sürecinin eril niteliği kız çocukların ve kadınların haklar alanını ve yaşamının tüm boyutlarını belirlemektedir. Bir başka ifadeyle kız çocuklarına yönelik şiddet, ailede sahip olunacak çocuğun cinsiyetinden, kız bebeklerin ve çocukların öldürülmesine, kız çocuklarının cinsel istismarına, flörtte şiddetinden zorla evlendirilmeye pek çok gelenek ve uygulama pratiklerine karşı mücadeleyi gerekli kılacaktır^[6].

Kandiyoti'nin^[7] dikkat çektiği gibi kadına ve kız çocuklarına yönelik şiddeti önlemek kadınların modern yurttaşlık haklarının önündeki engellerin kaldırılmasına da öncülük edecektir. Kadınların erken yaşta evliliklerinin önlenmesi, eğitim ve çalışma haklarının önündeki engellerin kaldırılması ve her tür istismardan korunarak güçlenmeleri için çok boyutlu bir mücadele gereklidir. Çünkü şiddet sarmalı iç içe geçen şiddet türlerinin bir arada yaşanmasıyla ortaya çıkabilmekte ve kadınların yaşam olanak ve fırsatlarını belirleyebilmektedir. Bu nedenle şiddet her ne kadar fiziksel bir müdahale

[4] Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf (Erişim Tarihi:18.09.2024)

[5] Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı On Birinci Kalkınma Planı (2024-2028), https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Planı_2024-2028_11122023.pdf (Erişim Tarihi:18.09.2024)

[6] Sallan Gül, *Türkiyede Kadın Sığınmaevleri*, op.cit., s.37.

[7] Deniz Kandiyoti, *Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar, Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler*, Metis Yayınları, 6. Baskı, Kasım, 2019, s.17.

olarak algılansa da farklı boyutları ve türleri olan kapsamlı eylemlilikleri kapsayabilmektedir. Dolayısıyla kadınlar yalnızca fiziksel şiddete maruz kalmamakta, psikolojik, cinsel, ekonomik şiddetin yanı sıra günümüz koşullarında siber/dijital şiddet ve son yıllarda artış gösteren ısrarlı takip de kadına yönelik şiddetin yeni türleri olarak yaşanabilmektedir.

Kadına yönelik şiddetin verilerinin çok az kısmının kayıt altına alınabildiği düşünüldüğünde mücadelenin çok boyutlu sürdürülmesi gereklidir. Nitekim Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı^[8] (FRA) verileri şiddet vakalarının sadece %13'ünün rapor edildiğini ortaya koymaktadır. Türkiye'de bildirim oranı %11'lerdedir^[9]. Şiddetin gerçekleştiği ilişkiyi bitiren kadınların dahi hala risk altında olduğu, her beş kadından ikisinin (%43) şimdiki veya eski eşi/hayat arkadaşından psikolojik şiddet gördüğüne dikkat çekmektedir. Eşi şiddetine maruz kalan kadınların %42'sinin hamile iken de şiddet gördüğü ifade edilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün 2021 yılında yayınladığı rapora^[10] göre de 15 yaş üzerinde yaşamın herhangi bir döneminde eşi veya birlikte olduğu kişi (partneri) tarafından fiziksel ve/veya cinsel şiddete maruz kalan kadın oranları %26'dır. Türkiye'de ise, konu 1980'lerle birlikte tabu olmaktan çıkmaya başlamış ve konuya ilişkin araştırmaların yapılması ise, 1990'larla olanaklı olmuştur. Günümüzde bile şiddet konusundaki veriler 1990 ve 2010'lardaki sınırlı çalışmalara dayanmaktadır. Yakın zamanda kamusal nitelikli ve büyük ölçekli sağlıklı ve kapsamlı verilere ulaşmak ise, oldukça zordur. Bağımsız kadın kuruluşlarının ve araştırmacıların çabaları da sınırlı kalmakta, buzdüğünün görünen yüzündeki rakamlara ulaşılabilir.

MORÇATI Kadın Sığınağı Vakfı tarafından 1.259 kadınla 1990 ve 1996 yılları arasında yapılan araştırma şiddet ortamında yaşayan kadınların oranı

[8] FRA, *European Union Agency for Fundamental Rights, Violence Against Women: An EU-Wide Survey*, Survey Methodology, Sample And Fieldwork, 2014. <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-technical-re>, (Erişim Tarihi: 28.09.2023)

[9] KSGM, *Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Rapor*, Ankara, Aralık, 2014.

[10] WHO, *Violence Against Women Prevalence Estimates 2018*, WHO, On Behalf Of The United Nations Inter-Agency Working Group on Violence against Women Estimation and Data (VAW-IAWGED), <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341337/9789240022256-eng.pdf?Sequence=1> Erişim Tarihi: 03.10.2024

%88.2'dir^[11]. Ankara ilindeki gecekondularda yaşayan kadınlar üzerinde 1995 yılında yapılan bir başka araştırmada kadınların %97'sinin kocasının saldırısına maruz kaldığını göstermiştir^[12]. Altınay ve Arat tarafından gerçekleştirilen araştırmada^[13] ise, her üç kadından birinin fiziksel şiddet gördüğü ortaya konulmuştur. Kamusal veri kapsamında en kapsamlı çalışma KSGM tarafından 2014 yılında yaptırılan araştırmadır ve Türkiye de her 10 kadından 4'ü eşinin veya birlikte olduğu erkeğin fiziksel şiddetine maruz kaldığı görülmektedir. Yine evli kadınların %12'si yaşamlarının herhangi bir döneminde cinsel şiddete uğramaktadır. Benzer biçimde hayatlarının herhangi bir döneminde duygusal şiddet/istismara uğrayan kadınların oranı da %44 ve ekonomik şiddete uğrayan kadınların oranı da %30'dur^[14]. Türkiye'de 2016, 2017 ve 2018 yıllarında 726'sı polis, 206'sı jandarma kayıtlarına geçen toplam 932 kadın cinayeti işlenmiştir^[15]. 2016-2020 yılları arasında aile içi ve kadına karşı şiddet nedeniyle öldürülen kadın sayısı toplamda 1.539'dur^[16]. 2022 yılında TBMM tarafından yayınlanan rapora göre öldürülen kadın sayısı 2021 yılında 307'dir^[17]. Yine Kadın Cinayetlerini Durduracağız

-
- [11] Morçatı, *Geleceğin Elimde*, Morçatı Yayınları, , Kadın İnceleme Dizisi:2, Yayına Hazırlayan: Morçatı Kolektifi, Mart 1998, s.35
- [12] Yakın Ertürk, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Şiddet Sebepleri ve Sonuçları Özel Raportörü Yakın Ertürk'ün Türkiye Ziyaretlerine İlişkin Raporu*, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayını 2007, s.10. www.ihop.org.tr/doya/YE/yeturkiyerapor.pdf, (Erişim Tarihi: 06.11.2022)
- [13] Altınay ve Arat, *op.cit.*, s.10.
- [14] KSGM, *Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Rapor*, *op.cit.*, s.7-14.
- [15] Coşkun Taştan ve Aslıhan Küçükler Yıldız, *Dünyada ve Türkiye'de Kadın Cinayetleri 2016-2017-2018 Verileri ve Analizler Raporu*, Polis Akademisi Yayınları, Şubat, 2019, s.2.
- [16] KSGM, (2021), *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025)*, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2021, s.30.
- [17] TBMM, *Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Tüm Yönleriyle Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*, Sayı:315, 27. Yasama Dönemi, Mart,2022, s.219. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss315.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022)

Platformunun raporuna^[18] göre 2021 yılında erkekler tarafından 280 kadın öldürülürken, 217 kadın şüpheli şekilde ölü bulunmuştur. Türkiye Kadın Dernekleri Federasyonu'nun 2023 yılında hazırladığı rapora^[19] göre de 2023 yılında kadın cinayeti sayısı 439'a ulaşmıştır. Araştırmalar kadına yönelik şiddetin bir türü olarak aile içi şiddetin büyük çoğunlukla aynı evde birlikte yaşayan kişiler arasında cinsel ilişki ya da kan bağı ile bağlı bireyler arasında gerçekleştiğini ortaya koymaktadır.

Kadına yönelik şiddetin evde önlenmesi ve/veya aile içi şiddetten uzakta bir yaşam arayışında sığınmaevlerinin önemi büyüktür. Ancak 2024 yılında sayı 146 olup, 6284 sayılı yasa kapsamında açılan Şiddeti Önleme Merkezleriyle (ŞÖNİM) birlikte evde kadınların korunamadığı düşünüldüğünde sığınmaevleri şiddetle mücadelede önemini korumaktadır^[20]. Nitekim 6284 sayılı Kanununun 3. ve 4. maddeleri gereğince evlerinde korunamadığı için tedbir kararı aldırılan kadın sayısı 2012-2016 yılları arasında 69.953'dür^[21] ve sayı giderek de artmaktadır. Pandemi dönemi koşullarına karşın 2020 yılının artan ev içi şiddet vakalarının artması söz konusu olmuş ve kadınlar için koruma karar sayısı bir önceki yıla göre %79 artarak 33.351'e çıkmıştır. Benzer biçimde kadınların şiddet karşısında bildirimde bulunmalarına yönelik uygulamalardan olan ve 2018 yılında başlatılan Kadın Acil Destek (KADES)'e 2020 Kasım ayında 48 bin kadın, acil durumda ihbarda bulunmuştur^[22]. 2023 yılında ise KADES uygulamasını indiren kadın sayısı

[18] Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu, 2020, 2021, 2022 ve 2023 Yılı Yıllık Verileri, <https://kadin-cinayetlerini-durduracagiz.net/veriler/3003/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platfomu-2021-yillik-veri-raporu>, Erişim Tarihi: 07.11.2022

[19] TKDF, (2023), *Türkiye Kadın Dernekleri Federasyonu 2023 Yılı Raporu*, <https://tkdf.org.tr/bizden-haberler/2023-yili-kadin-cinayetleri-verileri-raporu#:~:text=>

[20] Sallan Gül, *Türkiye'de Kadın Sığınmaevleri*, *op.cit.*, s.290-292 ; Ayşe Alican Şen, Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Kurumlar Arası İşbirliği Süreci Ve 6284 Sayılı Yasanın Uygulanabilirliği, *Motif Akademi Halk Bilimi Dergisi*, 2018, Cilt: 11, Sayı: 22, s.141-161; Bircan Reçber, Türkiye'de Şiddet Önleme Ve İzleme Merkezleri Etkin Mi?, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi / Journal of Management and Economics Research* Cilt/Volume: 16, Sayı/Issue: 4 Aralık/December 2018, ss.3.

[21] KSGM, (2016), *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı (2016-2020)*, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2016.

[22] İçişleri Bakanlığı, (2020), Kadın Acil İhbar Sistemi (KADES) ile, İhtiyacınız Olduğu Anda, Güvenlik Güçlerimiz Bir Tıkta Yanınızda, 25.11.2020, <https://www.icisleri>

6 milyona ulaşmıştır^[23]. Sayısal artışlar kadınlara yönelik tedbir ve koruyucu önlemlerin artırılması ve etkin mücadele için yasanın caydırıcılığının artması gereğini ortaya koymaktadır.

I. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE VE ULUSAL YASALARDA KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELENİN TEMELLERİ

Kadınların şiddetten korunma hakkı kadınların insan hakları bağlamında ele alınması gereken bir konudur ancak insan hakları alanındaki kapsamlı ilk bildirge olan “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) dâhil 1979’a (CEDAW)^[24] kadar hiçbir uluslararası bildirgede ya da sözleşmede kadınların maruz kaldığı hak ihlalleri yer almamıştır. 1970’li yıllarda güçlenen kadın hareketiyle birlikte Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa’da kadınların toplumsal hayata eşit katılımını sağlamak amacıyla önemli bazı yasal düzenlemelere gidilmişse de, kadına yönelik şiddet olgusu ilk kez Meksika’da düzenlenen 1975 Uluslararası Kadın Yılı Konferansında dile getirilmiştir. Kadınların toplumsal yaşama eşit katılımı ve cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması gerektiği vurgusu bir dönüm noktası olmuştur. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi’nin öncülüğünde 1980’lerden itibaren yapılan konferanslar, kadına yönelik şiddetin küresel bir sorun olarak ele alınmasına da olanak sağlamıştır^[25]. 1985 yılında Nairobi’de gerçekleştirilen Dünya Kadın Konferansı Sivil

gov.tr/kadin-acil-ihbar-sistemi-kades-ile-ihtiyaciniz-oldugu-anda-guvenlik-guclerimiz-bir-tikta-yaninizda (Erişim Tarihi:20.09.2024)

- [23] Yeni Gün Gazetesi, (2024), İçişleri Bakanı Ali Yerlikaya, KADES uygulamasını indiren kadın sayısının 6 milyona yaklaştığını söyledi, *YeniGün Gazetesi*; 08.03.2024, <https://www.muglayenigun.com/kades-uygulamasini-indiren-kadin-sayisi-6-milyona-yaklasti/>, (Erişim Tarihi:10.09.2024)
- [24] Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan insan hakları sözleşmesinden biridir. Sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 19 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı kararla kabul edilmiş ve 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmıştır.
- [25] Altınay ve Arat, *op.cit.*, s.25-29; Nazan Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan, 2012, Sayı: 99, ss.357-380.; Songül Sallan Gül ve Ayşe Alican, Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadelede Kadın Sığınmaevleri ve Sığınmaevlerinin Unutulan Yüzü Çocuklar, *Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu Bildiri Kitabı*, II. Cilt, Ankara 2012, s.630-642; Yakın Ertürk, *Sınır Tanımayan Şiddet*,

Toplum Formunda kadına yönelik şiddet ilk kez aktivist kadınlarca dile getirilmiştir. 1986-1989 yıllarında “Birleşmiş Milletler kadına yönelik ev içi şiddet” konulu uzman toplantıları gerçekleştirilmiş, 1992 yılında CEDAW 19 No’lu tavsiye kararı ile Sözleşmeye taraf devletlere, kadına yönelik şiddeti önleme yükümlülüğü getirilmiştir. Cezalandırıcı önlemler de dâhil olmak üzere etkin yasal düzenlemelerin yapılması; kadınları aileiçi şiddet ve istismar, cinsel saldırı ve işyerinde cinsel taciz gibi her tür şiddetten koruyacak medeni hukuk çareleri ve telafi edici araçların geliştirilmesi ortaya konmuştur. Yine sığınmaevi, danışmanlık ve destek hizmetlerini içeren, şiddet mağduru ya da risk altında olan kadınları korumaya yönelik yasal düzenlemeler ve kurumsal yapıların geliştirilmesi gereği gündeme taşınmıştır^[26].

1993 yılında BM Genel Kurulu’nun kısaca Kadına Şiddet Sözleşmesi diye anılan “Kadınlara Yönelik Şiddetin Bertaraf Edilmesi Sözleşmesi” ile kadına yönelik şiddetin uluslararası ölçekte ilk ve tek hukuksal çerçevesi oluşturulmuştur. 1994 yılında da “Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi (Belém do Pará)” kabul edilmiştir. Ayrıca, 1998 yılında, Türkiye’nin taraf olmadığı, Uluslararası Ceza Mahkemesi sisteminin bir parçası olarak “Roma Statüsü” oluşturulmuş, uluslararası alanda ilk kez cinsel ve cinsiyet temelli birçok suç ceza hukuku kapsamına alınmıştır^[27]. 1999 yılında da CEDAW İhtiyari Protokolü imzalanmıştır (CEDAW 2005). 2000-2013 yıllarında BM Güvenlik Konseyi’nin “Kadın, Barış ve Güvenlik”le ilgili kararı, 2002 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı, 2011: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), 2017 yılında CEDAW Genel Tavsiye 35 yayınlanmıştır.

Avrupa Konseyi tarafından 2011 yılında İstanbul’da imzaya açılan “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye

Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2015; Alican Şen, *op.cit.* s.144-145.

[26] Ali Kuyuksal, Türk Anayasalarında Kadın Hakları Ve Gelişimi, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2009, Cilt:6, Sayı:11, ss.328-352.; Sallan Gül, *Türkiye Türkiyede Kadın Sığınmaevleri de Kadın Sığınmaevleri*, *op.cit.*, s.47.

[27] Günal Kurşun, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011.

Dair Sözleşme” olan İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik şiddetin insan hakları ihlali olarak ele alınmasını sağlayan ve bağlayıcı yaptırımlar içeren ilk uluslararası sözleşme olmuştur. Sözleşme, kadına yönelik şiddetin toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir sonucu olduğunu ve şiddetin tüm kadınları orantısız şekilde etkilediğini vurgulamaktadır. Diğer taraftan İstanbul Sözleşmesi kapsamında taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini izlemek amacıyla bağımsız denetim mekanizması (GREVIO) kurulmuş, bu mekanizma ile sözleşmenin etkinliği artırılmıştır^[28].

Uluslararası alanda yapılan düzenlemeler, kadına yönelik şiddeti önlemeyi hedefleyen hukuki ve toplumsal bir çerçeve oluşturmuştur. Devletler, bu çerçevede kadına karşı şiddeti önleyici yasal düzenlemeler yapmak, kadınlara hukuki ve psikolojik destek sağlamak, sığınma evleri açmak, farkındalık kampanyaları yürütmek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik politikalar geliştirmekle yükümlü kılınmıştır. Uluslararası sözleşmelerle birlikte kadına yönelik şiddet, ulusal ve uluslararası hukukta ciddi bir insan hakları ihlali olarak ele alınmış, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama yönünde önemli adımların atılması için bağlayıcı nitelik taşıması nedeniyle kadınların haklarının korunması ve eşitlik taleplerinin somut adımlara dönüşmesinde önemli rol oynamıştır.

Türkiye’de ise kadına yönelik şiddetle mücadele 1980’lerin ikinci yarısında sivil alanda başlamış, kadın hareketinin çabaları ve aktivist grupların düzenlediği eylem ve kampanyalar süreçte etkin rol oynamıştır. Avrupa Birliği uyum sürecinde artan duyarlılık, kadına yönelik şiddet alanındaki yasal düzenleme ve kurumsallaşma sürecini hızlandırmıştır^[29]. Kadına yönelik şiddetle mücadelenin Türkiye’deki ilk resmi adım 1985 yılında Türkiye’nin “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi”ni (CEDAW) imzalamasıyla atılmıştır. Bu adım, feminist hareketin öncülüğünde başlamış ve 1987 yılında “Dayağa Karşı Kadın

[28] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.368; Sallan Gül Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri, *op.cit.*, s.53.

[29] TBMM, *Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*, 2015. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss717-bolum-2.pdf>, (Erişim Tarihi 11.02.2020); Songül Sallan Gül ve Ayşe Alican, Türkiye’de Aile içi Şiddetle Mücadelede, *op.cit.*, s.630-642.

Dayanışması Kampanyası” ile dikkat çekici bir boyut kazanmıştır^[30]. Bu kampanya, kadına yönelik şiddet konusunun kamuoyunda görünür hale gelmesini sağlamış ve toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda bilinçlenmeyi artırmıştır. 1990’lı yıllarda kadın örgütleri, aile içi şiddete karşı aktif olarak mücadele etmeye başlamış ve bu dönemde çeşitli sığınmaevleri ile kadın dayanışma merkezleri kurulmuş ve devlet ve sivil toplum arasındaki güçlenen ilişki hukuk alanındaki gelişmelere öncülük etmiştir^[31]. 1998 yılında kabul edilen “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, aile içi şiddeti önleme ve şiddetten korumaya yönelik dorudan atılan ilk yasal adım olmuştur. Ancak 4230 sayılı kanun kadını birey olarak korumakta yetersiz kalmış, kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik hükümler içermediği ve usule ilişkin hükümlerin net olmaması nedeniyle sivil toplum kuruluşlarınca eleştirilmiştir.

2001 yılında kabul edilen yeni Türk Medeni Kanunu ile eşler arasındaki eşitliği vurgulayan yeni düzenlemelere gidilmiş, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik önemli adımlar atılmıştır. Medeni Kanun’daki değişiklikler, kadının aile içerisindeki statüsünü güçlendirmiş ve şiddetin kaynağını oluşturan eşitsizliklerin giderilmesine katkıda bulunmuştur^[32]. Ayrıca, 2004 ve 2010 yıllarında anayasada yapılan değişiklikler de kadına yönelik şiddetle mücadelenin hukuki altyapısını desteklemiş ve 2005 yılında Ceza Kanununda yapılan değişikliklerle kadına yönelik şiddet aileye karşı suç olmaktan çıkarılıp, kadına karşı suç olarak sayılmıştır^[33]. Ancak kadına yönelik şiddetin bir toplumsal cinsiyet eşitliği sorunu olarak kabul edilmesi

[30] Aysel Yıldırım, Sıradan Şiddet ‘Türkiye’ye Özgü Olmayan Bir Sorun: Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları, İstanbul: Boyut Kitapları, 1998, s.29; Morçatı, *Feminist dayanışma İle 25 Yıl*, Yayına Hazırlayanlar: Berna Ekal, Ülfet Taylı, 2. Baskı, Kasım, 2021, s.20.

[31] Morçatı, Evdeki Terör Kadına Yönelik Şiddet, 1995, <https://morcati.org.tr> (Erişim Tarihi: 11.07.2024); Sallan Gül, *Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri*, *op.cit.*, s.108-109; Songül Sallan Gül, Büşra Özen ve Özlem Kahya, Morçatı ve Şefkat-Der Örneğinde Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Sivil Toplumun Rolü, *SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, ss.199- 226.

[32] Şener E. Bozkurt, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi*, Uzmanlık Tezi, KSGM, Ankara, 2011, s.49.

[33] Kuyaksil, *op.cit.*, s.346-347; TBMM, *Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*, *op.cit.*, s.315.

İstanbul Sözleşmesiyle gerçekleşmiştir. Türkiye'nin 2011 yılında İstanbul'da imzaladığı "İstanbul Sözleşmesi" kadına yönelik şiddet kadına yönelik şiddet ve eviçi/aileiçi şiddetin önlenmesini doğrudan konu alan ve yasal bağlayıcılığı olan ilk uluslararası belge olması bağlamındaki önemi büyüktür. Sözleşme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 7 Nisan 2011 tarihinde Strazburg'da onaylanan ve 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılmıştır. Sözleşmeye ilk imza koyan ve onaylayan ülke de Türkiye olmuş ve 2014 tarihinde 12 ülkenin imzalamasıyla yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme, fiziksel, cinsel, ekonomik ve psikolojik şiddet gibi pek çok şiddet türünü tanımlayarak devletlerin kapsamlı politikalar geliştirmesini zorunlu kılmıştır. Sözleşmede kadına yönelik şiddetle mücadelede kapsamlı bir hukuki çerçeve sunmuştur. Bu yasa, sadece evli bireyleri değil, aynı zamanda çocukları, aile bireylerini ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarını da koruma altına almıştır. Şiddeti önleme, şiddet mağdurunu koruma, şiddet uygulayanı soruşturma ve kadına karşı şiddetin sonlandırılmasına yönelik politikalar konusunda taraf devletlere yükümlülükler vermiştir. Ayrıca uzmanlar grubundan oluşan ve GREVIO adı verilen bir izleme mekanizması kurularak Sözleşmenin taraf devletlerce uygulanmasının izlenmesi de kararlaştırılmıştır. İstanbul Sözleşmesi kapsamında 6284 sayılı Kanun hazırlanmış ve şiddet mağdurlarının korunması ve failerin cezalandırılmasına yönelik kapsamlı düzenlemelerle şiddetin önlenmesinde etkin rol oynamıştır.^[34] Ancak Türkiye'de ki siyasi iradenin 2021 yılında İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesi nedeniyle kadına yönelik şiddetle mücadelede yasal dayanak 6284 sayılı yasa olmuştur. İstanbul Sözleşmesinin getirdiği yasal zeminde önemli kayıplar söz konusudur. Nitekim 6284 sayılı yasada 'kadına karşı şiddet ve eviçi şiddet' kavramları yerine 'aileiçi şiddet' tanımını kullanılmaktadır. Yasada kadına karşı değil, aile odaklı şiddetin önlenmesi amaçlanmakta ve şiddeti toplumsal cinsiyet temelinde değil, aile üyesine yönelik şiddet olarak ele alınmaktadır. Şiddet, aile üyesi sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet olarak tanımlanmaktadır. Aile kavramı da

[34] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.374; Sallan Gül *Türkiye'de Kadın Sağınmaevleri*, *op.cit.*, s.97; Human Rights Watch, "Türkiye'de Kadına Yönelik ve Aile İçi Şiddetle, Mücadele Korumadaki Zaafların Ölümcül Sonuçları", Mayıs, 2022 <http://www.hrw.org> (Erişim Tarihi: 22.10.2022.)

resmi ve dinî sözleşmeye dayalı şekilde yaşayanlarla, birlikte yaşayan çiftler olarak ele alınmaktadır^[35].

Yasa kapsamındaki koruma kararlarının uygulanmasından sorumlu kamusal birim ve kişiler olarak; mülki amir, aile mahkemesi hâkimi ve kolluk güçleri olan polis merkezleri ve jandarma karakolları sayılmaktadır. İlgili birimler tarafından acil durumlarda koruma tedbir kararlarının alınabileceğinin öngörülmesi günümüzde yasaya ilişkin süreçlerde en çok tartışma yaratan uygulamalardan biridir. Ayrıca koruyucu tedbir kararı ilgili kişinin talep etmesine bağlı olarak alınabilmektedir. Benzer biçimde tedbir kararları mülki idare amirinden ya da aile mahkemeleri aracılığıyla talep edilebilmektedir. Tedbir kararı en çok 6 ay için alınabilmekte, gerektiğinde uzatılabilmektedir. Süreçte oluşabilecek ihmallerin önlenmesi için de sorumlu kişilere mülki amirlere, güvenlik güçlerine ve aile mahkemeleri hâkimlerine tanınan yetkiler oldukça önemlidir. Mülki idare amirleriyle Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri ile de işbirliği içerisinde yürütülmesi ve illerde işbirliği içine hızlı karar verilmesine olanak sağlanması amaçlanmıştır. İllerde kadına yönelik şiddeti önleme il koordinasyon kurul/komisyonları kurulmuştur. Bu nedenle 6284 sayılı yasa ve illerde bu amaçla kurulmuş olan il koordinasyon birimlerinde yer alan kişilerin yasaya bakışları ve uygulama pratiklerine ilişkin görüşlerinin araştırılması hukuki cezasızlığın nedenlerinin toplumsal boyutlarının ortaya konması bakımından büyük önem taşımaktadır.

II. 6284 SAYILI YASA KİMİ (AİLE/KADIN) ŞİDDETEN KORUYAMIYOR?

6284 sayılı yasa, şiddete maruz kalan/kalma tehlikesi bulunan kadınların korunmasını, şiddet uygulayanların (failin) cezalandırılmasını ve mağdurların yeniden topluma kazandırılmasını amaçlamaktadır. Şiddet maruz kalan ve aile üyesi olan kadınların korunması için alınacak tedbir ve koruma kararlarını içermektedir. Bu kapsamda Türkiye’de kadına yönelik şiddetle mücadelenin hem yasal zeminini oluşturmakta, hem de farklı boyutlarıyla kadına yönelik şiddetin önlen-eme-mesinin gerekçesi olarak geniş bir tartışma zemini oluşturmaktadır. Tartışmaların başlangıcı yasanın adıyla birlikte başlamış, tasarı süreciyle devam etmiş, içeri ve eksiklerinin yanı sıra aileyi

[35] Seher Kırbaz Caniklioğlu, Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun), *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2015, Sayı: 3, 355 - 378, 01.05.2015, s.372.

parçaladığına kadar varan bir dizi konuyu gündeme getirmiştir. İlk olarak 6284 sayılı yasanın beklenen başarıyı sağlayamadığı ve bunun da yasanın ismiyle başladığı belirtilmektedir. Yasanın henüz tasarı halindeyken adı “Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunmasına Dair Kanun” iken, TBMM tarafından onaylanan ve yürürlüğe giren yasanın adı “Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Kanunu” olmuştur. Yasanın adına “aile” kelimesinin dahil edilmesi, bir taraftan kadına yönelik şiddetin kaynağını açıkça ifade etme konusunda bir “dil sürçmesi” olarak görülebilirken, diğer taraftan kadını ailesinden ayrı bir birey olarak ele almayan ve şiddeti öncelikle aile yapısına zarar verdiği için kontrol etme gereği duyan bir siyasi tercihin sonucu olduğu belirtilmektedir. Kanunun başlığında “kadın” sözcüğünün “aile” ifadesinden sonra gelmesi, özellikle kadına yönelik şiddeti önleme hedefiyle uyumlu bir yaklaşım izlenmediğini göstermektedir.^[36] Yasanın adında ailenin korunması ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi ibarelerinin bir arada olmasının da uygulamada karışıklığa yol açtığı belirtilmektedir.^[37]

Kadın aktivistler ve hukukçular yasanın tasarımı sürecini de tartışmaya açmışlardır. 6284 sayılı yasanın beklenen başarı sağlayamadığını ve bunun temel nedenleri arasında politika oluşturma sürecinde paydaşların uyarılarının göz ardı edildiğine dikkat çekmişlerdir. Moroğlu^[38], 6284 sayılı yasa tasarımı aşamasındayken, yasanın olumlu yanları olmasına rağmen, eksiklikleri olduğunu, kadın kuruluşlarının, özellikle kadın hukukçuların uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıkların önlenmesine yönelik önerilerinin göz ardı edildiğini vurgulamaktadır. Yasanın hazırlık sürecinde geniş bir kesimin dikkatine sunulduğu ve özellikle kadın örgütlerinin “Şiddete Son Platformu” çatısı altında etkin bir rol oynamışlardır. Ancak, son metin üzerinde bir uzlaşa sağlanmamıştır. Kanunun genelinde toplumsal cinsiyet kavramına ve

[36] Kırbaş Caniklioğlu, *op.cit.*, s.370; Arif B. Özbilen ve Mualla B. Soygüt Arslan, 6284 Sayılı “Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”un Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.385.

[37] Ayşegül Dalkır Kahveci, *6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddeti Önlemedeki Rolü*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Tez No: 544755, Ocak 2019, s.155.

[38] Nazan Moroğlu, *Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi*, *op.cit.*, s.374.

ataerkil yapıya dair herhangi bir vurgu ya da tanımın bulunmaması da kadın örgütlerinin talebi olmasına karşın göz ardı edilmiş ve yasa eksiklikleriyle çıkarılmıştır^[39]. Bu durum, kanunun yeterince tartışılmadan ve oldukça hızlı bir şekilde yürürlüğe girmesinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir^[40]. Nitekim kanunla ilgili uygulama yönetmeliğinin, kanunun kabul edildiği tarihten yaklaşık bir yıl sonra yürürlüğe girmiş olması da, kanunun alt yapısının yeterince oluşturulmadığını, uygulayıcılarının ve muhataplarının yeterli bilgiye sahip olmadıklarını gösteren temel göstergeler arasındadır.

Yasanın uygulanmasında temel rolü oynayan kolluk kuvvetleri, hakimler ve savcıların kadına yönelik şiddetin toplumsal cinsiyet temelli olması konusunda yeterli bilgi ve donanıma sahip olmaması, yasanın etkisiz kalmasının önemli sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Şiddet vakalarında mağdurların ilk başvurduğu yerler genellikle polis ve jandarma birimleridir. Ancak ilgili güvenlik personelinin zor çalışma koşulları altında olduğu da bilinmektedir. Toplumsal huzuru sağlama gibi genel bir görev yürüten personelin, kadına yönelik şiddet gibi özel uzmanlık gerektiren başvuruları değerlendirme konusunda birkaç istisna dışında yeterli eğitim aldığı da söylenemez^[41]. Şiddet vakalarına çoğunlukla yalnızca bir adli olay olarak yaklaşılması, olayın ciddiyetinin tam olarak kavranmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıca kadına yönelik şiddet vakalarının önlenmesinde ilk başvuru noktası olan polis ve jandarma birimlerinde çalışan personelin eğitim durumu ve aldığı özel eğitimler, olayların anlaşılmasında ve çözüm yollarının belirlenmesinde farklılıklar yaratmaktadır. Aslında bu kurumlarda kadına yönelik şiddet konusunda uzman, bilgili ve donanımlı kişilerin görevlendirilmesi elzem^[42] ise de, uygulamada uzmanlaşmaya dayanmayan

[39] Kırbaş Caniklioğlu, *op.cit.*, s.370; Ülker Şener, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?*, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Araştırmacı, Yönetişim Etütleri, Mart, 2012, s.3.

[40] H. Kübra Ercoşkun Şenol, *Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 13, 2019, s.427.

[41] Mesut Görücü, *Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Yasal Mevzuat, Emniyet Birimlerindeki Uygulama Ve Antalya Örneği*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Tez No: 523023, Antalya, 2018, s.68.

[42] Sallan Gül, *Türkiye'de Kadın Sığınmaevleri*, *op.cit.*, s.286.

yapılanma ve aile odaklı cinsiyete dayalı cinsiyetçi roller nedeniyle yasanın koruyucu ve önleyiciliğine direnç gösterilmektedir. Bu durum, sadece emniyete başvuru ve süreçlerinde değil, yargı aşamasında da benzer eksikliklerle yasa etkin uygulanamamaktadır.

Şiddetle mücadelede öncelikli olarak ele alınması gereken öğelerden bir diğeri 6284 sayılı yasanın tanıtımına gereken özenin gösterilmemesidir. 6284 sayılı yasa ne bu yasa kapsamında korunan ne de bu yasayı uygulamak zorunda olan kişi ve kurumlar tarafından yeterince bilinmemektedir^[43]. Yasa ve yasa kapsamındaki tedbirler hala toplumun önemli bir kısmı tarafından bilinmemekte, herhangi bir bilgiye sahip olan kadınların da bu bilgileri yüzeysellikten öteye geçememektedir. Özellikle geleneksel ve muhafazakar yapının varlığını devam ettirdiği kentlerde ve kırsal kesimlerde yaşayan kadınlar tarafından yasanın bilinirliği, ataerkil aile ve toplumsal yapının etkisi sebebiyle daha azalmaktadır. İlkkaracan'a^[44] göre, toplumda yazılı olmayan geleneksel ve dini yasalar, günümüzde kadınların önemli bir kısmının günlük yaşamını ve aile içindeki konumunu belirlemekte, hukuk alanında düzenlenen yasalar bu konuda işlevsiz kalmaktadır. Diğer taraftan kurumlar arası koordinasyon eksikliği de yasanın başarısını engelleyen faktörlerden biridir. Kurumlar arasındaki koordinasyon şiddetle mücadelede önemli ilerlemeler kaydedilmesine katkı sağlayacak olan önemli bir noktadır^[45]. Kolluk kuvvetleri, sosyal hizmetler, sağlık hizmetleri ve yargı organları arasındaki işbirliğinin zayıf olması, mağdurların yeterli desteği almasını da zorlaştırmaktadır. Alican Şen'in^[46] ŞÖNİM paydaşları üzerinden şiddetle mücadelede birinci derecede sorumluluk alan kurumlarla yaptığı araştırma bulguları her kurumun kendilerinin yasa ve yönetmeliğe uygun iş yaptıklarını ifade ederken, diğer kurumları suçlayıcı ya da eleştiren bir tutum içinde olduklarını ortaya koymaktadır. Diğer taraftan kurumlar arası iletişimdeki kopukluklar, şiddet vakalarının takibini zorlaştırmakta, bu kurumların birbirinden bağımsız ve habersiz hareket etmesi, olayların kayıt altına

[43] Ercoşkun Şenol, *op.cit.*, s.453.

[44] Pınar İlkkaracan, *Bilanço 98: 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, Doğu Anadolu'da Kadın ve Aile*, İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, 1998, s.21.

[45] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.359.

[46] Alican Şen, *op.cit.*, s.141-161.

alınmasında ve mağdura sunulan hizmetlerin sürekliliğinde aksamalara yol neden olmaktadır.

Ayrıca 6284 sayılı yasanın kadınları aşırı koruduğu ve aile birliğine zarar verdiği gibi yanlış algılar da yasanın etkili bir şekilde uygulanmasını zorlaştırmakta ve şiddet mağdurlarının destek almasını engellemektedir. Alican Şen yaptığı araştırmada 6284 Sayılı yasaya getirilen en büyük eleştirilerden birinin aile bütünlüğünü bozan bir yasa olduğu yönündeki muhafazakar ve cinsiyetçi eril algı olduğunu ifade etmektedir^[47]. Araştırmada emniyet personelinin çoğunluğu, yasayı bir kazanım olarak görmek yerine, aileyi bozan bir unsur olarak tanımladıklarına dikkat çekmektedir. Yasanın uygulanmasında emniyetin sorumluluklarını yerine getirmesi beklenirken, yorumlama aşamasında geleneksel bakış açıları ve cinsiyetçi tutumları devam etmektedir^[48]. Dolayısıyla kamu yetkilileri, yasayı aile bütünlüğüne zarar veren bir düzenleme olarak değerlendirebilmekte ve aynı zamanda şiddet mağduru kadınlara karşı suçlayıcı bir tavır sergileyebilmektedir. Bu durum yasanın tam anlamıyla uygulanmasını engellemekte ve şiddetle mücadeleyi de sekteye uğratmaktadır. Bu nedenle yasanın uygulayıcılarının bakış açılarının süreci nasıl etkilediğinin araştırılması hem yasanın etkin uygulanabilmesi hem de kadınların yaşam haklarının korunmasının kültürel engellerinin aşılabılmesinde büyük önem taşımaktadır. Bu makale Erzurum gibi muhafazakar toplumsal ve ailevi değerlerin hakim olduğu bir kentte kadına yönelik şiddetle mücadelenin hem aktörleri hem de denetimini yapan kurumların temsilcilerinin gözünden konuyu sorgulamaya açmaktadır.

III. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ VE SINIRLILIKLARI

Ülkemizde kadına karşı şiddet ve eviçi ya da yasada yer aldığı biçimiyle aileiçi şiddetle mücadelenin yasal çerçevesini oluşturan 6284 sayılı yasanın uygulayıcılarının Erzurum ili örneğinde sorgulanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle yasanın ruhunu ve uygulayıcının bakış açısını anlamak için 'ne ve nasıl' sorularına^[49] odaklanılarak nitel araştırma yöntemi ve araştırma tasarımı belirlenmiştir. Çalışmada veri toplama tekniği olarak derinlemesine

[47] Alican Şen, *op.cit.*, s.152

[48] Alican Şen, *op.cit.*, s.152

[49] Belkıs Kümbetoğlu, *Sosyolojide ve Antropolojide Niteliksel Yöntem ve Araştırma*, Bağlam Yayınları, Birinci Basım, 2005, s.33.

görüşme tekniği kullanılmıştır. Araştırmacının Erzurum ilinde çalışıyor olması ve şiddetle mücadele eden bir meslek elemanı ve sosyolog olması konunun ve ilin seçiminde belirleyici olmuştur.

Ülkemizin her il ve bölgesinde olduğu gibi Doğu Anadolu'da ve Erzurum'da kadına yönelik şiddet önemli bir toplumsal sorundur. Erzurum gerek muhafazakâr tutumu gerekse geleneksel yaşantısıyla ön plana çıkan bir şehir olduğundan toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin geleneksel tutumların daha fazla hissedildiği bir kenttir. Aydın^[50] tarafından Erzurum'da yapılan araştırmada, Erzurum'da erkek yapının hakim olduğu ve bunun kadınlar tarafından da benimsendiği saptanmıştır. Ataerkil aile değerleri kadınlar ve erkelerin hem aile içi rollerini hem de toplumsal alandaki konumlarını belirlemektedir. Geleneksel ve muhafazakar yapı erkeğin iktidarının toplumsal kabulünü meşrulaştırmaktadır^[51]. Kadınların sahip oldukları maddi imkansızlıkların yanı sıra eğitim seviyesinin erkeklerden daha düşük olması da kadınların ailede ve diğer pek çok konuda onları ikinci konuma itmektedir. Nitekim TÜİK 2022 yılı Ulusal Eğitim İstatistikleri^[52] verilerine göre Erzurum'da erkeklerin ortalama eğitim süresi 9,9 yılken, kadınlarda bu süre 7,3'tür.

Turhan'ın yine Erzurum'da kadına yönelik şiddet üzerine yaptığı çalışmada^[53], hastane acil servislerine gelen kadınların %22-35'inin, ev içi şiddet sonucu yaralanma nedeniyle başvuru yaptığı ortaya konmuştur. Kadınların %75.3'ü psikolojik şiddet gördüğünü, %28.3 ü de cinsel şiddete maruz kaldıklarını belirtirken, 15-24 yaş aralığındaki kadınların daha fazla şiddete maruz kaldığı görülmektedir^[54]. Bu oranlar Erzurum ili özgülünde kadına yönelik şiddetin Türkiye ortalamalarının üstünde olduğunu ve kentte

[50] Kadir Aydın, Kadınların Düşünce Hayatında Erkeğin Egemenliği: Ev Kadınları Üzerine Bir Araştırma (Erzurum Örneği), *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2018 (Güz), Sayı:4, s.161-186.

[51] Aydın, *op.cit.*, s.183.

[52] Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), 2022 yılı Ulusal Eğitim İstatistikleri, www.tuik.gov.tr, Erişim tarihi: 18.08.2022

[53] Ebru Turhan, Çatışma Yöntemleri Ölçeği'nin Türk Toplumuna Uyarlanması ve Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Baz Sosyodemografik Değişkenlerle İlişkisi, Uzmanlık Tezi, Tez No: 165442, A.Ü. Tıp Fakültesi Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Erzurum,2005.

[54] Turhan, *op.cit.*, s.97-100.

kadına yönelik şiddetle mücadelenin önemini ortaya koymaktadır. Benzer biçimde Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformunun (2020, 2021, 2022, 2023) verilerine göre Erzurum'da 2020 yılında 5, 2021 yılında 1 kadın ve 2022 yılında da 5 kadın, 2023 yılında ise 2 kadın öldürülmüştür. Bu makale kapsamında yapılan araştırmanın yapıldığı 2024 yılının Ocak-Ağustos döneminde Erzurum ilinde 5 kadın cinayeti basına yansımıştır^[55]. Açıklanan tüm bu veriler kadına yönelik şiddetin Erzurum ilinde de önemli bir sorun olduğunu ve etkin mücadele aktörlerinin görüşlerinin toplumsal bakışı yansıtması bağlamında yasanın sorgulanmasını gerekli kılmaktadır.

Araştırma saha süreci 1 Şubat 2023 tarihinde pilot çalışma ile başlamış ve sorular revize edilmiştir. Süleyman Demirel Üniversitesi (SDÜ) Sosyal ve Beşeri Bilimler Etik Kurulu'nun 25.03.2024 tarih ve 147/32 sayılı kararı ile de saha görüşmelerine başlanarak çalışma Ekim 2024 tarihinde tamamlanmıştır. 6284 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan "Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM) Hakkında Yönetmelik" çerçevesinde tüm illerde olduğu gibi Erzurum ilinde de oluşturulan 'Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonu'na katılım sağlayan kurum ve kuruluşlardan oluşmaktadır. Bu kapsamda Erzurum ilinde komisyon toplantılarına katılan kurumlardan, Erzurum İl Emniyet Müdürlüğü ve Erzurum İl Jandarma Komutanlığının Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Birimlerinde görev yapan kolluk personelleri, Erzurum Barosuna kayıtlı avukatlar, Erzurum adliyesinde bulunan Aile Mahkemesi Hakimi, Erzurum Büyükşehir Belediyesi'nin Kadın ve Aile ile ilgili birimlerinde görev yapan personelleri, Erzurum Atatürk Üniversitesi Kadın Araştırmaları Merkezi görevlileri ve Kadın ve Demokrasi Derneği (KADEM)^[56] Erzurum İl temsilciliği üyeleri ile görüşmeler gerçekleştirilmiştir.

[55] <https://www.gazetepusula.net/> (20 Şubat 2024, 15 Mart 2024, 25 Mayıs 2024, 31 Ağustos 2024 tarihli sayıları)

[56] Kadın ve Demokrasi Derneği Erzurum İl Temsilciliği'nin, Erzurum ilinde faaliyet gösteren kadın dernek ve vakıfları arasından "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonu" toplantılarına katılan sivil toplum kuruluşudur. Dernek 2013 yılında kurulmuş, 2021 yılında Türkiye çapında 51 şubesi (Döndü Büşra Özatalay, *Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Eden Sivil Toplum Örgütlerinin Kamu Politikası Yapım Sürecindeki Rolü ve Etkinliği: KADEM ve Mor Çatı Dernekleri Üzerinden Bir Karşılaştırma*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Politikası Bilim Dalı, 2022) ve 2023 yılında da 23 şubesi vardır (Rumeysa Küskü, Kadın Hakları Söyleminde Yeni Terkipler: Kadın ve Demokrasi Derneği Örneği, *Pesa Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Kasım, Cilt:9, Sayı:3,

Erzurum Valiliği tarafından 26.08.2020 yılında yayınlanan genelgede^[57]; Erzurum’da kadına yönelik şiddetle mücadele alanında çalışan kurum ve kuruluşlar ve ilgili tüm tarafların “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonu” tarafından alınan kararlar doğrultusunda çalışmalarını sürdüreceği duyurulmuştur. Aynı genelgede şiddetle mücadelede sorumlu kurum ve kuruluşlar ve sorumlulukları sıralanmıştır. Kurumların sorumluluklarını “güvenlik”, “gizlilik”, “saygı”, “hak temelli yaklaşım” ve “kadının güçlenmesi” ilkeleri doğrultusunda yerine getireceği belirtilmiştir. Bu kurum ve kuruluşların “Aile içi ve Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele” alanında üstlendikleri görevleri birbirleriyle koordinasyon içerisinde, eksiksiz ve özenle yerine getirecekleri, yapılan çalışmaların her üç ayda bir toplanan “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonunda” değerlendirileceği vurgulanmıştır. Bu kapsamda araştırma katılımcıları da, Erzurum ilinde 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Kurulu üyesi olup aynı zamanda yasanın paydaşları ve uygulayıcısı olan kişilerdir.

Katılımcılar gönüllük temelinde çalışmaya katkı sağlamışlardır. Görüşülen kişilerin üyesi oldukları kurumların ilgili birimlerde çalışan farklı sayılarda personel olduğu ancak bu personeller arasından araştırmaya katkı sağlamayı gönüllü olarak kabul edenlerle görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Kolluk (emniyet-jandarma) birimlerinin kadına yönelik şiddetle mücadele birimlerinde aktif görevli olan 9 personel, Erzurum Barosuna kayıtlı avukatlar arasından Kadın Hakları Merkezi üyesi 3 avukat ve aile hukuku ve boşanma davaları alanında deneyimleri bulunan 2 avukat olmak üzere toplam 5 avukat, 1 Aile Mahkemesi hakimi, Kadın ve Demokrasi Derneği (KADEM) Erzurum Temsilciliğinin 4 üyesi, Erzurum Büyükşehir Belediyesi adına komisyona katılan 2 görevli ve Erzurum Atatürk Üniversitesi Kadın Araştırmaları Merkezi görevlisi 2 öğretim üyesi olmak üzere toplamda 23

s.121-137.). Erzurum İl Temsilciliği 5 Haziran 2015 tarihinde faaliyete başlamıştır. Kurulduğu tarihten itibaren “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonu” toplantılarına katılmaktadır. 2024 Ekim ayı itibarıyla Erzurum KADEM’in 9’u resmi, 115’i gönüllü olmak üzere toplam 124 üyesi bulunmaktadır.

[57] Ayrıntılı bilgi için Bakınız; <http://www.erkurum.gov.tr/kadina-yonelik-siddetle-mucadale-konulu-genelge-2020>

kişi ile görüşülmüştür. Katılımcılar kendi aralarında sıralanacak şekilde kodlanmıştır. Bu bağlamda kolluk personelleri: “KP”, avukatlar: “AV”, Kadın ve Demokrasi Derneği Erzurum Temsilciliği üyeleri: “KADEM”, Erzurum Büyükşehir Belediyesi görevlileri: “BP”, Aile Mahkemesi hakimi “AMH” ve Erzurum Atatürk Üniversitesi öğretim üyeleri: “AÜP” olarak kodlanmıştır. Araştırma bulguları “Kategorik İçerik Perspektifi^[58]” tekniği ile analiz edilmiş ve bu makalede dört kategori değerlendirilmiştir.

Tablo 1: Kategorik İçerik Analizi Perspektifi Analizi Akışı Şeması (Ana ve Alt Kategoriler)

Kategori 1: Aktörlerin Cinsiyete ve Cinsiyet Rollerine Bakışları	
Kategori 2: 6284 Sayılı Yasanın Odağı	
Kategori 3: Kadınların Uzaktaki Köyü 6284	
Kategori 4: 6284 Sayılı Yasa Neden Başarılı Olamıyor?	Çantada Gezdiren Kararlar/Kağıt Üzerindeki Etkisiz Günü Kurtaran Tedbirler
	Zayıf Bağlantı/Kurumsal Koordinasyon Sorunu
	Caydırıcı Olmayan Cezalar
	Kapsam Dışı Bırakılan Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Sorunu

IV. ERZURUM SAHA ARAŞTIRMASININ BULGULARI VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

A) KATILIMCILARININ DEMOGRAFİK ÖZELLİKLERİ

Çalışmanın pilot araştırması 01 Şubat 2024-15 Şubat 2024 tarihleri arasında, alan araştırması ise 01 Mart 2024 - 01 Ekim 2024 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. Araştırmanın amaçları doğrultusunda gönüllülük esasına göre 5’i kadın ve 4’ü erkek olmak üzere 9 kolluk personeli, 3’ü kadın 2’si

[58] Türkiye’de; H. Neşe Özgen, *Van-Özalp ve 33 Kurşun Olayı Toplumsal Hafızanın Hatırlama ve Unutma Biçimleri*, İstanbul: Sosyal Tarih Yayınları, 2003. İsimli çalışmada ve Cevdet Yılmaz, *Risk Kavramının Farklı Sosyolojik Yapılarda Araştırılması-İzmir Örneği*, Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kurumlar Sosyolojisi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2004. isimli çalışması ile *Risk Kapıyı Kırınca: Kentlerde Yoksulluk, Dayanışma, Güven ve Güvenlik*, 1. Baskı, İstanbul: Libra Yayınları, 2010. isimli çalışmada Kategorik-İçerik Perspektifi tekniğini Lieblich vd. (1998)’den yararlanarak kullanan ve metafor-metonomlar ile zenginleştirilmesini sağlayan araştırmacılarıdır.

erkek 5 avukat ve 1 Aile Mahkemesi hakimi^[59] olmak üzere 6 yargı üyesi, Kadın ve Demokrasi Derneği (KADEM) Erzurum Temsilciliği üyesi 4 kadın, 1'i kadın 1'i erkek olmak üzere 2 Erzurum Büyükşehir Belediye görevlisi, ve Erzurum Atatürk Üniversitesi öğretim üyesi 2 kadın olmak üzere toplamda 23 katılımcı ile görüşmeler gerçekleştirilmiştir.

Tablo 2: Katılımcıların Sosyo-Demografik Özellikleri^[60]

Katılımcı Kodu	Cinsiyeti	Yaşı	Doğum Yeri	Medeni Durumu	Eğitim Durumu	Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Aktöründe Çalışma Süresi
KOLLUK						
KP1	Kadın	34	İlçe	Bekar	Lisans (Sosyal Bilgiler)	4 Yıl
KP2	Erkek	33	Köy	Evli	Ön Lisans (Polis M. Yüksekokulu)	1.5 Yıl
KP3	Erkek	39	Köy	Evli	Lisans (Tarih)	10 Yıl
KP4	Kadın	33	İl	Evli	Lisans (Sosyoloji)	4 Yıl
KP5	Kadın	36	İlçe	Evli	Lisans (Sosyal Bilgiler)	2 Yıl
KP6	Kadın	39	İlçe	Evli	Ön Lisans (Polis M. Yüksekokulu)	4 Yıl
KP7	Kadın	26	İl	Evli	Ön Lisans (Halkla İlişkiler)	1 Yıl
KP8	Erkek	29	Köy	Evli	Ön Lisans (Polis M. Yüksekokulu)	1 Yıl
KP9	Erkek	28	Köy	Evli	Ön Lisans (Polis M. Yüksekokulu)	1 Yıl

[59] Erzurum Adliyesinde 3 Aile Mahkemesi ve 3 Aile Mahkemesi Hakimi olması ve birinin gönüllü katılımı nedeniyle anonimliğinin sağlanması için araştırmaya katkı sağlayan hakimin bilgileri tabloda belirtilmemiştir.

[60] Aile Mahkemesi Hakimi ve avukatlar “yargı” kategorisi altında sıralanmıştır. Bu bağlamda kolluk personelleri “KP”, avukatlar “AV”, Aile Mahkemesi hakimi “AMH”, Kadın ve Demokrasi Derneği (KADEM) Erzurum Temsilciliği üyeleri “KADEM”, Erzurum Büyükşehir Belediyesi görevlileri “BP” ve Erzurum Atatürk Üniversitesi öğretim üyeleri “AÜP” olarak kodlanmıştır

YARGI						
AMH	-----	--	-	-	-	-
AV1	Kadın	29	İl	Bekar	Lisans (Hukuk)	7 Yıl
AV2	Erkek	38	İlçe	Evli	Lisans (Hukuk)	6 Yıl
AV3	Erkek	38	İl	Evli	Lisans (Hukuk)	7Yıl
AV4	Kadın	46	İlçe	Evli	Lisans (Hukuk)	9 Yıl
AV5	Kadın	28	İl	Bekar	Lisans (Hukuk)	4 Yıl
STK						
KADEM1	Kadın	24	Köy	Bekar	Lisans (Sağlık Yönetimi)	2 Yıl
KADEM2	Kadın	48	İlçe	Bekar	Lisans (El Sanatları ve Nakış Ö.)	1 Yıl
KADEM3	Kadın	35	İl	Evli	Lisans (Tıp)	9 Yıl
KADEM4	Kadın	28	İlçe	Bekar	Lisans (Hukuk)	4 Yıl
ÜNİVERSİTE						
AÜP1	Kadın	37	İl	Evli	Doçent (Hukuk)	2 Yıl
AÜP2	Kadın	52	İl	Evli	Profesör (Sosyoloji)	4 Yıl
BELEDİYE						
BP1	Erkek	32	Köy	Evli	Y. Lisans (İşletme)	7 Yıl
BP2	Kadın	52	İl	Evli	Lise	4 Yıl

Araştırmaya katkı veren görüşmecilerin yaş aralığı 24 ile 52'dir. Katılımcılardan 12 kişi 31-40, 7 kişi 20-30, 3 kişi de 41-50 ve 2 kişi ise 50 yaş üstüdür. Medeni durumları incelendiğinde 17'si evli ve 6'sı da bekar. Katılımcılardan kolluk kategorisi altında yer alan katılımcılardan 5 katılımcının temel polislik eğitimini içeren Polis Meslek Yüksekokulu mezunu olduğu, diğer 4 katılımcının 2'sinin sosyal bilgiler, 1'inin tarih ve 1'inin sosyoloji bölümü mezunu olduğu görülmektedir. STK kategorisi altında yer alan katılımcıların sağlık yönetimi, el sanatları ve nakış öğretmeni, "tıp fakültesi" ve "hukuk fakültesi" gibi çeşitli bölümlerde eğitim aldıkları anlaşılmaktadır. Yargı kategorisinde yer alan katılımcıların tümü hukuk fakültesi mezunudur. Üniversite kategorisinde yer alan katılımcılardan 1'i Sosyoloji profesörü bir kadın iken diğeri hukuk fakültesinde doçent ünvanlı öğretim üyesidir. Son olarak Belediye kategorisinde yer alan katılımcılardan kadın katılımcı lise mezunu iken, erkek katılımcı işletme bölümünde yüksek lisans eğitimi almışlardır. Kadına yönelik şiddet biriminde çalışma ve nitelikleri bağlamında ise özel bir eğitim almadıkları ve kurumsal görevlendirme niteliğinde çalıştıkları belirlenmiştir.

B) KATEGORİ 1: AKTÖRLERİN CİNSİYETE VE CİNSİYET ROLLERİNE BAKIŞLARI

Araştırma kapsamında kadına yönelik şiddetle mücadelede yer alan yerel izleme komitesi aktörleri aynı zamanda farklı kurumların uygulayıcı ve değerlendirici elemanları olarak diğer illerde olduğu gibi Erzurum ilinde de kadına yönelik şiddetle mücadele çalışmalarının yürütülmesinde rol oynayan kişiler ve kurum temsilcileridir. Cinsiyetin, cinslerin fiziksel niteliklerine göre biyolojik cinsiyet ya da kültürel ve toplumsal yapı tarafından belirlenen toplumsal cinsiyet temelinde kadının aile ve toplumdaki yerine ilişkin değerlendirmeleri yasanın uygulamasında ya da uygulamanın önünde engel oluşturmaları cinsiyete dayalı işbölümünde kadınları konumlandırma biçimleri bağlamında sorgulanmıştır. Kolluk personeli ile yapılan görüşmelerde büyük çoğunluğu biyolojik cinsiyeti temel aldıkları görülmüştür. Toplumsal cinsiyete dayalı işbölümünün cinsiyetçi eril biçimini meşru gören güvenlik personeli erkekler, bu ayrımı din ve geleneksel cinsiyet rol ve sorumluluklarıyla temellendirmişlerdir. Kadının asli görevinin ev işleri yapmak ve çocuk bakımını üstlenmek olduğuna ilişkin görüşlerinin savunusunu yapmışlardır. Kadın, özel alanda tanımlayarak, duygusal doğası gereği sessiz, sakin, fedakar, sabırlı, anlayışlı, duyarlı olmasını, erkeğin ise evin geçimini sağlayan, dışarı ile bağlantı kuran, evdeki güç gerektiren işleri yapan, eş ve çocukları koruyup kollayan kişilerdir^[61].

Kadının insan hakları mücadelesinin en temel kavramlarından biri toplumsal cinsiyet eşitliğidir. Muhafazakâr ve eril cinsiyet hiyerarşisinde kadınla erkeğin eşit olmayacağını, birbirini tamamlayacağını ifade etseler de, zimni olarak erkek egemenliğini kabul etmektedirler. Erkeğin fiziksel-kas gücünde üstün olduğunu, buna uygun işlerde ve rollerde yer alması, kadının ise anneliği ve duygusallığı üzerinden eviçi ve bakım sorumluluklarını yerine getirmesinin gereğine vurgu yapmaktadırlar. Nitekim KP3'in "... baba hem dışarıda çalışıp da gelip de aynı şekilde evde bir ev hanımı ile aynı şartlarda çalışması söz konusu değildir. Çocukların bakımı, ev temizliği yemek bulaşık çamaşır yıkanması kadın işleridir. Bunlar kadının işleri olmalıdır..." ifadeleri bunun en açık göstergesidir. Bu yaklaşım derneğin varoluşta eşitlik

[61] Sema Yılmaz, Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Günlük Hayattaki Yansımaları: Çorum/ Alaca Örneği, Sayı: 2 Temmuz ISSN: 2602-4446 İMGELEM, 2018, s.19; Pelin Vargel Pehlivan "Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Kuramsal Yaklaşımlar: Bir Literatür Taraması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı:31, Bahar 2017/1 s.500.

ve sorumlulukta adalet, yani ailede ve toplumsal hayatta adaletli sorumluluk ve rol paylaşımı anlayışı olan ev ve bakım sorumluluklarından muaf tutan anlayışla uyumludur. Benzer biçimde KP2 de biyolojik cinsiyet temelinde eşit olunamayacağını ve sorumluluk adaletinin bir gereği olarak evişlerinin kadının işi olduğu düşüncesini şöyle açıklamıştır;

“Şimdi kadın erkek eşit değildir tabii ki. Bazı farklılıklarımız var. Ondan dolayı... Şimdi bunun tabii ki bizim örf adet geleneklerimiz var, o var, bir de medeni kanun var, bir de dini yönü var. Üç ayrı çeşitten değerlendirdiğimiz zaman eşitliği de bulamıyoruz. Ayrıca çocuk bakımı, evle ilgilenmesi, kadının sorumluluğu.”

Erkek kolluk kuvvetleri aynı temelde cinsiyet eşitsizliğini dinsel görüşlerle ve kadının fiziksel güçsüzlüğü bağlamında dile getiren kadın polislerden KP5, cinsiyete dayalı ataerkil rollerle şöyle açıklamıştır;

“Anayasal haklar konusunda eşitiz ama fitrat ve yaratılış konusunda kadın ve erkeğin eşit olduğunu düşünmüyorum... Kadının sorumluluğunda olması gereken işler tabii erkekte bunlara yardımcı olmalı müsait olduğu ölçüde. Ama bunlar asli olarak kadında, erkeğinde daha ağır işler de, tamir işlerinde erkeğin sorumluluğunda olmalı...” (KP5).

Erzurum ili örneğinde 6284 sayılı yasanın uygulayıcı aktörleri arasında hem davaları üstlenen ve hem de yasa bağlamında karar verici merci olan katılımcılar da toplumsal cinsiyet rolleri ve kadın erkek eşitliği konularında kolluk kuvvetleriyle benzer açıklamaları dile getirmişlerdir. Örneğin AV3, erkek yargı üyesi; “Fiziksel yapı olarak ya da düşünce yapısı olarak, manevi bakış açısı olarak kadın erkek eşit olamaz, ama hak anlamında, kanun anlamında eşit olması gerekir...” açıklamasıyla cinsiyete dayalı stereotipilerle kadınların aile içi rollerini ve sorumlulukları değerlendirmiştir. Ona göre duygusallık gerektiren işler kadınlar tarafından yapılmalıdır.

Erzurum örneğinde şiddetle mücadele komisyonu üyeleri arasında yer alan ve muhafazakar kimliği ile tanınan KADEM üyeleri yasa önünde eşitliği ve hakları kabul etseler de, cinslerin biyolojik farklılıklarını fitrat temelinde ele almakta, cinsiyete dayalı eril ve geleneksel işbölümünü sorumluluk adaleti, yani erkeğin evi geçindirme ve kadının da evişlerini ve evin tüm sorumluluklarını yerine getirme, geleneksel cinsiyet rollerine uygun davranmaları gerektiğini belirtmektedirler. KADEM4 görüşlerini şöyle dile getirmiştir;

“Kadın ve erkeğin eşit olmadığını düşünüyorum. ...kadının gerek fitrat olarak yaratılışı gerekse de erkeğin fitrat olarak yaratılışı itibari ile her ikisinin eşit olarak değil de, adaletin doğru şekilde tesis edilebilmesi halinde daha düzenli bir toplum oluşacağı kanaatindeyim. Çünkü fiziki olarak kadının güç yetemeyeceği işleri erkeğin yapması beklenirken kalkıp da kadın ve erkeğin eşit olduğu iddiası bir hayalden ibaret diye değerlendiriyorum. Eşitlik değil de doğru planlama ve doğru çözümlenme ile birlikte daha güzel bir hayat çerçevesi çizilebilir. Eşler arasında değerlendirme yapacak olursak aynı evin içine girdikten sonra kadın ve erkeğin belirli bir işbölümü olacağı düşüncesinde değilim...”

KADEM 3’de fiziksel olarak erkeklerin üstün olduğunu ifade ederken cinsiyete dayalı işbölümünün geleneksel kadınlık rollerine kadınların sahip çıkması anlayışı şöyle açıklamıştır;

“Erkeklerin fiziksel anlamda kas kitlesi anlamında da daha yoğun yaratılması elbette ki fiziki anlamda güç gerektiren işlerde erkeklerin uğraşması için yaratılış felsefemiz bu şekilde zaten. Bu yüzden de yardımlaşma noktasında güç gerektiren işlerde erkeğin daha büyük pay alması gerektiği kanaatindeyim. Temizlik, yemek, bulaşık, ev içi işler de kadın ön planda ama erkeğin de yardımcı olması gerekiyor. Erkeğin dışarı işi ile daha çok ön planda olması ev içi işlere de yardımcı olması gerekiyor.”

Diğer meslek üyelerinde olduğu gibi belediye temsilcileri de dinsel referanslara da başvurarak ataerkil aile ve toplum değerleriyle değerlendirerek ve geleneksel toplumsal yapının eril rol ve sorumluluklarına atıf yaparak toplumun ‘erkekleri koruma içgüdü’ olarak açıklamışlardır. BP2 bunu şöyle açıklamıştır;

“...Yaratılış olarak kadın erkek eşit değil. Ama hak olarak ikisi de insan olduğu için eşit. Yaratılış olarak güç olarak bir kadın erkeğin gücünü yapamaz, hissedemez. Ev hanımının sorumlulukları evin genel işleri ile uğraşmak. Erkeğin de dışardaki işler ile ekonomi ile alakalı işlerle uğraşmak. Erkeklerin koruma içgüdü’ toplum tarafından yüklenmiştir. Örneğin gece bir şey alınacaksa tabii oraya bir kadının değil, erkeğin gitmesi uygun görülür. Kız isteme merasiminde bile erkek kızı ister. Banlar düşünüldüğü zaman erkeğin sorumlulukları ayrı, Kadının sorumlulukları ayrı olduğu evliliğin ilk aşamasında toplum olarak yüklemiş oluyoruz. Kadın çalışıyor ise yemek,

ütü genelde kadına yönelik işlerdir. Bunlara hiçbir kadının karşı çıkacağı bir durum olduğunu düşünmüyorum.”

Araştırmaya katılan 23 katılımcının 22’si cinsiyetçi bakış açısıyla ve biyolojik cinsiyet temelinde cinslerin ailede ve toplumdaki yerini tanımlamış, dinsel temelde fitratı gereği kadının zayıf olduğu düşüncesini savunmuşlardır. Aynı bakışla kadınların savunulması, korunması ve sakınılması gereken olarak pasiflik üzerine temellendirmişlerdir. Erkeğin cinsiyet rollerinin koruyucu, yönlendirici ve hatta hükmediciliğine vurgu yapmışlardır. Erzurum üzerine yapılan diğer çalışmalarda da ^[62] kentteki bakış açısının yaygınlığına dikkat çekilmekte ve kadınların da erkek hegemonyasını benimsedikleri dile getirilmektedir.

Araştırmaya katılan ve üniversiteyi temsil eden AÜP1 kodlu kadın katılımcı ise diğerlerinden ayrılmakta, toplumsal cinsiyet eşitliği benimsemekte, hatta kadınlara pozitif ayrımcılık yapılması gereğini şöyle savunmaktadır;

“Bence kadın ve erkek bütün yükü birlikte bölüşmeli. Çocuğun bakımı, yedirilmesi, içirilmesi, ev işleri... Yüğü eşit olarak paylaşmak gerekiyor. Bu da yapılabilir. Bunu yapan aileler daha sağlıklı oluyor. Bu toplumsal cinsiyet dediğimiz, kadın ve erkeklere roller biçmek, benim karşı olduğum bir şey. Fitrat diyoruz ya hani... İşte biyolojik olarak farklılık. Doğru farklı özelliklere sahibiz ama bu kocamın benden üstün, ayrıcalıklı olduğu anlamına gelmez. Ben çocuğa bakabiliyorsam, yemek yapabiliyorsam o da pek ala yapabilir. Bence bunu kullanıyorlar. Toplumda yerleşmiş erkek egemen düşünce bunu da kullanıyor kendi çıkarı için.”

C) KATEGORİ 2: 6284 SAYILI YASANIN ODAK NOKTASI: KADIN MI? AİLE Mİ? AİLE İÇİNDE KADIN MI?

6284 sayılı yasanın yürürlüğe girmeden önce, henüz tasarı aşamasında iken adının değiştirilmesi, birçok kadın kuruluşunun, STK’nın ve milletvekillerinin itiraz etmesine ve tepki göstermesine sebep olmuştur. Yasa, tasarı halinde iken “Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunması Yasa Tasarısı” ismini taşmakta iken, kabul edildiğinde ve yürürlüğe girdiğinde adı değiştirilmiş; “Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ismini almıştır. Dolayısıyla yasanın ortaya çıkmasına kaynaklık eden “Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye

[62] Aydın, *op.cit.*, s.183.

Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” bu açıdan göz ardı edilmiştir^[63]. Yasanın kadına yönelik şiddetin önlenmesinde aile odaklılığı eleştiren tek katılımcı Erzurum Atatürk Üniversitesi öğretim üyesi AÜP1, şöyle dile ifade etmiştir;

“Kanunun esas çıkarılış amacı zaten kadına yönelik şiddeti önlemek, İstanbul sözleşmesi de temelde kadına karşı şiddeti önlemeyi hedef alır. Ama der ki taraf devletler bu sözleşmeyi bütün ev içi şiddet mağduru hakkında uygulamaya teşvik edilirler. Yasanın çıkarılış amacı kadın. İsminde bile kadın ikinci sırada, ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi. Diyebilirsiniz ki ne olacak bir başlık değil mi? Çok çok önemli. Başlıktan dolayı kanun sadece aileyi koruyor kadını değil. Kadını sadece kocasından ve sevgilisinden koruyor. Bir kere başlık o nokta itibari ile hatalı, aileye vurgu yapması, her kadını ikinci sıraya atması itibari ile temel amacı ile uyumlu değil.”

Diğer katılımcılar yasanın aile odaklılığını bir gereklilik olarak gördüklerini ifade etmişlerdir. Özellikle güvenlik personeli olan erkek katılımcıların sahip olduğu ataerkil düşünce yapısı, yasanın aile yapısını olumsuz etkilediğini, ailenin dağılmasına sebebiyet verdiğini ileri sürmektedir. Zaten 6284 Sayılı Yasa’ya ilişkin olarak getirilen en büyük eleştiri aile bütünlüğünü bozan bir yasa olduğu yönündedir^[64]. 6284 sayılı kanunun aile birliğini bozduğu, çocuklar için psikolojik yıkım sebebi olduğu, gençleri evlenmekten soğuttuğu, gayrimeşru ilişkileri arttırdığı, evden uzaklaştırılan erkeğin eve döndüğünde daha fazla şiddet uyguladığı yönündeki negatif eleştiriler^[65] kanunun çıktığı 2012 yılından bu güne kadar dile getirilmektedir. Bu tartışmalar erkek bakış

[63] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.374-375; Sallan Gül, Türkiye’de Kadın *Siğınmaevleri*, *op.cit.*, s.97; Ayşegül Dalkır Kahveci, *op.cit.*, s.33-38.

[64] Alican Şen, *op.cit.*, s.152

[65] 6284 sayılı yasanın aile yapısını bozduğu, aile birliğini dağıttığı ve şiddeti daha çok artırdığı yönünde medyada yer alan eleştirilere örnek olarak şu yazılar gösterilebilir;
-Yeni Akit Gazetesi Köşe Yazarı Faruk ARSLAN’ın 11.09.2017 tarihli “6284 Yuvayı Yıkıyor” başlıklı köşe yazısı (Bkz.: <https://www.yeniakit.com.tr/haber/6284-yuva-yikiyor-393091.html>),
- Doğruhaber Gazetesi Köşe Yazarı İbrahim KOÇYİĞİT’in 31.07.2018 tarihli “6284 sayılı kanun aileyi dağıtıyor” başlıklı *köşe yazısı* (Bkz.; <https://dogruhaber.com.tr/haber>)
-Medya90 isimli internet sitesi köşe yazarı Adem ÇEVİK’in 29.10.2022 tarihli “Aileyi yıkan kanunlardan 6284’den kurtulmalıyız!” başlıklı köşe yazısı (Bkz.;<https://www.medya90.com/kose-yazilari/>)

açısıyla ve ataerkil düşüncenin çizdiği çerçevede yapılan tartışmalardır. Hatta bu kanunun boşanmaları arttırdığı ve kaldırılması yönünde kampanyalar dahi yürütülmektedir^[66]. Nitekim araştırmaya katılan KP3, erkek kolluk üyesinin “Özellikle bütün müracaatlarda uzaklaştırma alındığı için karşı taraf bu sefer daha da kinleniyor. Bu sefer aile içi şiddet olayları daha da artıyor” ifadeleri ile KP2, erkek polis memurunun aşağıdaki ifadeleri erkek bakış açısıyla yasanın şiddet gören kadını değil de, erkek merkezli bir bakışla değerlendirmektedir. Tedbir kararlarının uygulanmasını erkeğin ailedeki otoritesini sarsarsan bir uygulama olarak gördüğünü şu sözlerle ifade etmiştir;

“...Ama biraz da eziyor erkekleri diye düşünüyorum. Yani tamam kadınları koruyor, ama erkekleri uzaklaştırarak, ezerek, aile yapısında bozulmaları ön plana çıkarıyor. Aileyi kurtarmak değil yani. Erkeği uzaklaştırınca ailenin kurtulacağı varsa da olmuyor. Aileyi yıktığını düşünüyorum daha çok...”

Benzer biçimde KADEM2 katılımcısı da eril bakışı dile getirmekte, muhafazakar ataerkil aile değerleriyle kadının beyanını değil, erkeğin aileiçi konumun koruması gereğini belirterek aile için kadın düşüncesini şöyle savunmuştur;

“Kanundaki bazı maddelerin taraflı olduğunu düşünüyorum. Kadının beyanı esastır bence yanlış bir yaklaşım. O yüzden bir kadın olarak ya da bir KADEM temsilcisi olarak 6284 bana göre tam anlamı ile olması gerektiği gibi değil. Taraflı yazıldığını düşünüyorum. Yani mağdur dediğimiz bir yerde sadece kadın değil, bazen mağdur erkek de olabiliyor. Her iki tarafı da kapsayabilmeli. Kadının söylemi esastır mesela kadın yalan da söyleyebilir. Kadın yalan söylemeyen bir varlık değil, belki o anı istismar etti. Belki kendi çıkarlarına göre hareket etti.”

Erkek katılımcılar gibi KADEM üyesi bazı katılımcılar da şiddet mağduru kadınlara doğru ve hızlı müdahaleyi sağlayan tedbir talebinin yanlış olduğunu, öğrenilmiş bir dindarlık ve muhafazakar bakışla ifade etmektedirler. Yasanın kadını şiddetten koruma amacını kadınlar için bir ayrıcalık ve erkeklere karşı bir ayrımcılık olarak tanımlamaktadırlar. Hatta kadın katılımcılar yasanın ilgili koruyucu hükmünü kadınların istismarına açık olarak değerlendirilmektedir. Oysa 6284 sayılı yasanın 8. Maddesinde “Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz” ifadeleri hukuk sisteminin adil ve etkin işlemesi

[66] Dalkır Kahveci, *op.cit.*, s.168.

açısından önemlidir. Şiddetin veya şiddet tehlikesinin varlığına işaret eden emarelerin bulunması koruyucu tedbir kararlarının alınması için yeterli kabul edilmelidir^[67]. Buradaki amaç şiddet tehlikesi altında olduğunu bildiren kadını korumaktır. Zira koruyucu tedbirlerin amacı, şiddet mağdurlarını korumak, şiddeti durdurmak, şiddet mağdurunun bağımsız karar almasını ve şiddetten uzak kalmasını sağlamaktır^[68]. Yine BP1 kodlu erkek katılımcının aşağıdaki ifadeleri kadına karşı şiddetle mücadelede önemli rol oynayan kamu personelinin yasaya olumsuz bakışı ve kadına şiddeti basitleştirme ifadeleri aile ve erkek odaklılığın meşrulaştırıcı niteliği bağlamında oldukça düşündürücüdür;

“Burada karşılaşılan kadının beyanının esas alınması konusunda şiddet görmese dahi erkek en ufak ses yükseltse bile kadın şiddet ettiğinde eğer erkek uzaklaştırma alıyorsa buda yanlış. Burada iddianın ispatı olması gerektiğini düşünüyorum. Gerçekten bir fiziki veya psikolojik şiddet varsa, bunun da ailede ki diğer bireylerin beyanı ile ispatı varsa kesinlikle cezalandırılmalı. Ama eşim bana sesini yükseltti diyen bir kadının beyanı ile o erkeği 6 ay evinden uzaklaştırdığımız da bu sefer erkeği durduk yere şiddete meyillendirebilir...”

6284 sayılı yasanın amacı şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların koruyucu ve önleyici nitelikteki her türlü tedbirlerden yararlandırılmasıdır^[69]. Kadınları cinsiyete dayalı şiddetten korumak ve bu tür şiddeti engellemek için alınan özel tedbirler erkek egemen bir bakışla erkeklerin üstünlüklerini korumak ve aile içi konumlarının sarsılmasına neden olacağı gerekçesiyle ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Erkek polis katılımcılarının aksine bazı kadın polis katılımcılar yasanın eksik

[67] Sezgi Öktem Songu ve Asiye Şahin Emir, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, ISSN: 2529-0142, s.1163.

[68] İlknur İşler Güner, *6284 Sayılı Kanunda Koruyucu Tedbirlerin Özellikleri Ve Kadının Beyanının Esas Alınması Hususu, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, Cilt:5, Sayı: 2, Yıl 2021, s.35.

[69] Ali H. Yağcıoğlu, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, s.921; Öktem Songu ve Şahin Emir, *op.cit.*, s.1159.

yönlerine dikkat çekmişlerdir. Örneğin KP1 kadın güvenlik personeli “... yani kesinlikle kadınları korumaya yönelik bir kanun ama ben hep böyle olduğunu düşünüyorum...” derken, bazı kadın polisler de KP7 gibi “... kanun kadınlarımızı koruyor evet, kanunun yeterli olduğunu düşünüyorum. Kanunun kadınlara güç ve güven verdiğini düşünüyorum” sözleriyle yasanın etkin koruma sağladığını ifade etmiştir.

Yargı üyesi kadın katılımcılar ise yasanın uygulayıcı aktörü olarak yasanın amacına hizmet ettiğini ama eksiklikleri olduğunu belirtmişlerdir. Örneğin AV5; “*Kadınları korumaya yönelik tabi ki korumaya yönelik. Zaten çıkış gayesi bu. Hani kadınlar için çıkmış özel bir kanun. Ama yeterli bir kanun tabi ki değil...*” ifadeleriyle-yasanın gerekli tedbirleri içerdiğini ama uygulamada sorunlar olduğuna vurgu yapmışlardır.

D) KATEGORİ 3: KADINLARIN UZAKTAKİ KÖYÜ 6284

Türkiye’de 12 yıldır uygulamada olan 6284 sayılı yasanın bilinirliğini artırmaya yönelik önemli çalışmalar hem sivil toplum kuruluşları, hem de uluslararası ve ulusal düzlemde hem meslek elemanları için hem de toplumsal farkındalık düzeyinde bazı çalışmalar yapılmaktadır. Örneğin, UN Women Türkiye ve Türkiye Adalet Bakanlığı’nın iş birliği ile hazırlanan *6284 Sayılı Kanun Uygulama Rehberi*^[70], yasanın etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla yargı üyeleri yönelik detaylı bilgiler sunmaktadır. Bunun yanı sıra, MORÇATI, Kadının İnsan Hakları Derneği, Kadın Dayanışma Vakfı, Barolar ve benzeri sivil toplum kuruluşları, düzenledikleri eğitimler, yayınladıkları yayınlar ve oluşturdukları atölye çalışmalarında kamuoyunda 6284 sayılı yasa konusunda farkındalık yaratmaya çalışmaktadır. Sivil toplum kuruluşları bilgilendirme kampanyaları düzenlemekte ve kadınların 6284 sayılı yasadaki yararlanabileceklerini öğretmek için yöntemler geliştirmektedirler. Özellikle şiddete maruz kalan kadınlar için yasanın sunduğu koruyucu tedbirlerin nasıl işlediği hakkında toplumu bilgilendirme çalışmaları ön plandadır.

6284 sayılı yasanın toplum tarafından bilinirliğini artırmaya yönelik bu çalışmaların başarılı olup olmadığı konusu ise tartışmaya açıktır.

[70] UN Women Türkiye ve Türkiye Adalet Bakanlığı’nın iş birliği ile hazırlanan *6284 Sayılı Kanun Uygulama Rehberi*’nin tam metnine ulaşmak için BKZ.: ;<https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dergi/100620241702416284%20Uygulama%20K%C4%B1lavuzu.pdf> Erişim Tarihi: 06.09.2024

Sallan Gül,^[71] Alican Şen^[72] ve Ercoşkun^[73] gibi çok sayıda araştırmacı kadına karşı şiddetle mücadele eden kurumlar ve personelleriyle yaptıkları araştırmalarda 6284 sayılı yasanın bilinmediğini ve koruyucu hükümlerin sağlıklı uygulanmadığını göstermektedir. Kanunun ve kanun kapsamındaki tedbirlerin de hala toplumun önemli bir kısmı tarafından bilinmediği, kanun hakkında bilgisi olan kadınların da bu bilgilerinin yüzeysellikten öteye geçemediğine dikkat çekilmektedir.

Erzurum ilinde kadına yönelik şiddetle mücadele eden kurum temsilcileriyle yapılan görüşmelerde kendilerinin bilgi sahibi oldukları ama yasanın içerik ve uygulamalarından şiddet gören kadınların ve toplumun yeterli bilgiye sahip olmadıklarıdır. Örneğin belediye personeli BP1 erkek katılımcı; “*yasayı yeterince bildiklerini sanmıyorum. Bu konuda daha fazla bilgilendirme faaliyetleri yapılabilir...*” ve yine KP8 erkek kolluk üyesi; “*sürekli gelen vatandaşlar haberdarlar. Ama çoğu kişi de haklarını, 6284’ü bilmiyor. Yani kanunun içeriğini, tedbirleri, yok hangi tedbir kararlarının verileceğini bilmiyor.*” şeklinde açıklamıştır. Benzer biçimde AMH Aile Mahkemesi kadın hâkimi de; “*Vatandaşların bu konuda yeterli bilgiye sahip olduklarını düşünmüyorum. Çünkü bireysel olarak bizlere verilen dilekçeler 3-5 satır yazılarak sunulan dilekçeler oluyor. Yasadan hiç haberleri yok. İçerikten haberleri yok*” toplumun kanun içeriği hakkında yetkin olmadığını dile getirmiştir. Katılımcıların dikkat çektikleri gibi yasanın içeriğinin ve ruhunun topluma anlatılması konusunda çalışmaların yürütülmesinin bir gereklilik olduğu yönündedir.

E) KATEGORİ 4: 6284 SAYILI KANUN NEDEN BAŞARILI OL(AMI)MUYOR KADINLARI NEDEN KORU(YA)MUYOR?

Uluslararası sözleşmeler ve 6284 sayılı yasa devlete kadına yönelik şiddetle mücadele etme ve kadın erkek eşitliğini sağlama görevini vermektedir. Kadının insani haklarını koruma altına almak devleti yürütmesi gereken bir politikadır ve asli sorumluluk devlet ve ilgili kurumlarındır^[74]. Yasanın

[71] Sallan Gül, *Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri*, *op.cit.*, s.2281-292.

[72] Alican Şen, *op.cit.*, s.152

[73] Ercoşkun Şenol, *op.cit.*, s.453.

[74] Necla Öztürk, *Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Öneriler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

amacı, toplumun ihtiyaçlarına yanıt vermek olmalıdır. Nitelik itibarıyla de objektif, genel olma ve kamu yararını gözetmenin yanı sıra öngörülebilir, ulaşılabilir ve etkili olma özelliklerini taşımalıdır^[75]. Bu bağlamda, 6284 sayılı Kanun'un etkinliği de, aile içi şiddeti önlemeye yönelik tedbirlerin ne kadar etkili şekilde uygulandığı ve bu tedbirlerin şiddeti önleme amacına ne ölçüde hizmet ettiği ile ilişkilidir. 6284 sayılı yasa, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kadınlar lehine birçok olumlu kazanım sağlamasına^[76] rağmen, kadına yönelik şiddetin önemli bir sorun olarak devam ediyor olması amacını gerçekleştirme ve sorunu ortadan kaldırma adına yetersiz kaldığını göstermektedir. Nitekim araştırmaya katkı sağlayan katılımcılar da 6284 sayılı yasanın başarılı olamamasının sebeplerinin, taşıdığı çeşitli eksiklikler olduğunu vurgulamışlardır. Bazı katılımcılar yasanın başarılı olamamasının sebebini yasanın şiddetin kaynağını toplumsal cinsiyet eşitsizliği olduğunu göz ardı etmesine bağlarken (AÜP2, KADEM3, BP2), bazı katılımcılar (AV3, KADEM2) yasa kapsamında uygulanan tedbirlerin yetersiz ve kağıt üzerinde kalmasına, bazı katılımcılar (KP4, AV1, BP1) tedbirlerin geçici olmasına bağlamaktadır. Yine yasa kapsamında uygulanan cezaların caydırıcı olmamasını yasanın başarısızlığına etki eden önemli bir etken olarak gören katılımcılar (AÜP1, AÜP2, KP6) olduğu gibi, aktörler arasındaki koordinasyon sorununun şiddetle mücadeleyi sekteye uğratan en önemli etken olduğunu ileri süren katılımcılar da (AV4, KADEM4, AMH, KP1) olmuştur. Araştırma kapsamında 6284 sayılı yasanın uygulayıcıların gözünden neden başarılı olamadığı sorusu yöneltildiğinde dört görüş öne çıkmış ve dört kategori altında değerlendirilmiştir.

Dergisi- İnÜHFD - Cilt:8 Sayı:1, 2017, s.24; Dalkır Kahveci, *op.cit.*, s.3.

[75] Nihan Özalp Yancı, Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu Mu, Nitelik Sorunu Mu?, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-1,2006, s.:267-295.

[76] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.375; Alican Şen, *op.cit.*, s.152.

1- Alt kategori: Çantada Gezdiren Kararlar/Kâğıt Üzerindeki Etkisiz Günü Kurtaran Tedbirler

6284 sayılı yasanın uygulama yönetmeliği ile koruyucu ve önleyici tedbir kararlarını düzenlemektedir^[77]. Koruyucu tedbir kararları hâkim ve mülki amir tarafından verilebilirken, önleyici tedbir kararları hâkim ve kolluk amiri tarafından verilmektedir. Yasa kapsamında verilen koruyucu tedbirler, şiddete maruz kalmış kadınların hayatını sürdürebilmesi, sosyal ve ekonomik hayata yeniden entegre edilmesi amacını taşıırken, önleyici tedbirler şiddet uygulayan kişinin kadına yönelik şiddet içerikli davranışlarının engellenmesini amaçlamaktadır^[78]. 6284 sayılı yasa farklı boyutlarıyla değerlendirilmiştir. Katılımcıların yasanın odağı bağlamında kadın ya da aileye bakışları şiddeti önleme niteliğine ilişkin görüşleriyle yasanın teknik uygulama boyutlarına ilişkin görüşlerinde ayrışmalar söz konusudur. Katılımcılar yasa önünde kadın erkek eşitliğinin genel kabulünde ortak görüş beyan etmiş olup, uygulamada kendi kurumsal sorumluluklarının çerçevesi konusunda bilgi sahibidirler. Benzer biçimde koruyucu ve önleyici tedbirlerin yasanın amacını gerçekleştiremediği, birçok açıdan yetersiz kaldığına dikkat çekmişlerdir. Özellikle hukuki Yine hukuk kökenli sivil toplum temsilcileri de tedbirlerin etkisiz kaldığı, şiddeti önleme noktasında ise yaramadığı, tedbir sonrasında şiddet ortamının devam ettiğini ifade etmişlerdir. AV3, erkek katılımcı ile ve KADEM2, kadın katılımcı yasanın tedbir kararlarına ilişkin yetersizliklerini şöyle ifade etmişlerdir;

“Kâğıt üzerinde yazılmış olan bir tedbirin kime ne faydası var? Tedbir kararı veriliyor ama kâğıt üzerinde. Takip edilebilir değil. Yani uygulamaya dökülmeyle hiçbir şey yeterli değildir. İşte diyorum şiddet uygulamış uzaklaştırma kararı verdim. Adam akşamında evi basıp kadını tekrar dövüyor. Bir uzaklaştırma kararı kağıdının çantamda gezdiriyor olmam dışında bir faydasının olmamasının ne yararını görüyorum ki...”

Diğer taraftan tedbirlerin teknik olarak uygulamada takip edilemez olmasına vurgu yapan katılımcılar, kurumsal yetersizliklere de dikkat

[77] 18 Ocak 2013 tarihli ve 28532 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan “6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği”nin “Tedbir Kararları” başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir.

[78] Yağcıoğlu, *op.cit.*, s.929-930.

çekmişlerdir. Özellikle tedbir kararlarının uygulayıcı aktörlerinden olan güvenlik güçleri gerek araç gereç yetersizliği gerekse personel yetersizliği nedeniyle tedbirlerin takip edilemediğini dile getirmişlerdir. KP8, erkek güvenlik üyesi bu durumu şöyle açıklamıştır;

“Tedbir uygulanan kadın şahsı biz haftalık uğrayıp bir sorun olup olmadığını soruyoruz, imkanlar elverdiği ölçüde. Ama bazen takip etmekte zorlanıyoruz, işte görev yoğunluğu oluyor, aracımız olmuyor mesela, başka işleri takip etmek gerekebiliyor. Aksayabiliyor takip etmek yani...”

KP9, erkek kolluk görevlisi de tedbir kararlarının uygulanabilirliğinin sorunlu olduğunu, hatta kurumsal olanaklar göz önüne alındığında imkansızlaştığını şu ifadelerle dile getirmiştir;

“Bence tedbirler uygulanabilir değil. Teknik olarak takip edemiyoruz. Buraya belki yılda 250 konu geliyor. Biz bu konuların hepsini personel olarak takibini yapamayız. Öyle bir imkânımız yok. Her eve polis yerleştirmek lazım, o da ülke çapında olmaz. Dolayısıyla da takip edemiyoruz. Takip olmayınca tedbir işe yaramıyor... Yani ben 4 yıldır buradayım. Aynı kişilerle muhatap olduğumuz çok fazla kişiler var. Müdavimlerimiz yani, sürekli aynı kişiler. Tedbir kararı uyguluyoruz ancak bu sefer kararı ihlal ettiğine dair geliyor. Tedbir bunlarda bir işe yaramıyor...”

Katılımcılar tedbir kararlarının yetersizlikleri nedeniyle şiddet döngüsünün tekrarladığını ve önleyici tedbirlerin farklılaşması gereğini vurgulayan katılımcılardan AMH kadın hakimi tedbir kararlarının ihlali karşısındaki çaresizliğini “...mesela ben üç yıldır çalışıyorum bu mahkemede. Sürekli aynı isimleri görüyorsam o zaman mesela ne yapabilirim?” diyerek açıklamıştır. Aynı şekilde KADEM2, kadın katılımcı tedbir kararlarının gözden geçirilmesinin gereğini şu sözlerle dile getirmiştir;

“Uygulama esnasında, yani şiddeti uygulayan kişinin psikoloğa gidip aynı anda gidip eşine şiddet uyguladığına da şahit olduk. Gittim psikoloğa şunları anlattım senin de haberin olsun deyip, üzerine eşini döven kişiler de var. Yani demek ki burada bir eksik var. Demek ki psikolog işe yaramamış. Tamam usul olarak uygulanması gereken bir işlem var. İşlem basamağı var. Ama kişinin hiçbir işine yaramamış, orada da eksiklikler var. Etkinliği tam değil işe yararlılığı sorgulanır.”

Erzurum ili örneğinde il koordinasyon komisyonunda yer alan ve şiddetle mücadele aktörlerinden olan katılımcıların hemen hepsinin 6284 sayılı yasa kapsamında uygulanan tedbirlerin uygulama aşamalarının sorunlu olduğunu, kağıt üzerinde kaldığını ve takip edilemez olduğunu vurgulamışlardır. Bunun nedeni kısmen, failerin yaptırım olmaksızın tedbir kararlarını ihlal edebilmeleri gerçeğinde ve mağdurlara etkili koruma sağlayamamalarından kaynaklanmıştır^[79]. Ayrıca verilen tedbir kararlarının takip edilmesinde yaşanan zorluklar tedbirin kâğıt üzerinde kalmasına sebep olurken şiddetle mücadeleyi de sekteye uğratmaktadır. Oysa ki İstanbul Sözleşmesinin kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetin önlenmesi konusunda öngördüğü bütüncül yaklaşım^[80] şiddetle mücadelenin her alanında benimsenmelidir. Bu kapsamda sözleşmenin benimsediği 4P ilkesi olan “Önleme (Prevention), Koruma (Protection), Cezalandırma (Prosecution) ve Bütüncül Politikalar (Integrated Policies)” çerçevesinde koruyucu ve önleyici tedbir kararlarının oluşturulması ve uygulanması gerekmektedir.

6284 sayılı yasa ile ilgili eleştirilerin en önemlilerinden birisi her tedbir türü için altı aylık bir süre sınırı getirilmesidir^[81]. Kadınları şiddetten korumak için alınan koruyucu ve önleyici tedbirlerin kadınları şiddetten uzaklaştırma sürelerinin kısıtlı olması, kadınların belli bir süre korunduğu ve bu süre bitiminde tekrar şiddet görmeye açık hale gelmeleri uygulanan tedbirlerin önemli eksikliği olarak katılımcıların ifadelerine de yansımıştır. Bu tedbirlerin, kadınları şiddet tehlikesinin ortaya çıktığı veya şiddete maruz kalınan ilk anda bir kalkan görevi gördüğü ifade edilmiştir. 6284 sayılı yasa ile ilgili önemli bir sorun olarak belirli bir süre tedbirler vasıtasıyla şiddetsizlik ortamının yaratılabildiği, ancak tedbir süreleri sonlandıktan sonra güvenli ortamda yaşama süresinin de sonlandığı katılımcılar tarafından altı çizilmiştir. KP4 kodlu kadın katılımcının “...şöyle yani tedbir kararı boyunca tamam en fazla 6 ay, 6 aydan sonra kalıcılık yok. Dediğim gibi kısa süreli oluyor.” İfadeleri ile AV1 kodlu kadın katılımcının “Kadına barınma yeri sağlanıyor mesela. Şöyle yapılıyor; kadını geçici süreyle misafir ediyor yani işte 3 ay değilse 6 ay. O süreçte kadın yani o süreç bittikten sonra kadının artık

[79] Human Right Wach, *op.cit.*, s.74.

[80] Sözleşmenin kadına yönelik şiddetle mücadelede önerdiği 4P yöntemi ile ilgili ayrıntılı inceleme için bakınız; <https://istanbulsozlesmesi.org/istanbul-sozlesmesinin-onemi/> Erişim Tarihi:16.09.2024

[81] Ercoşkun Şenol, *op.cit.*, s.446.

kendi başının çaresine bakması gerektiğine inanılıyor.” İfadeleri tedbirlerin geçiciliğini vurgulaması bakımından önemlidir.

Benzer şekilde KP5 kadın polis, KADEM4 üyesi ve BP1 erkek katılımcı tedbirlerin geçici olduğunu ve kadınlara kısa süreliğine şiddetsiz bir ortam/yaşam sağladığını şöyle ifade açıklamışlardır:

KP 5: Tedbirler tam koruyor mu? Tabii ki tam olarak korumuyor. Tedbir bittikten sonra kadın yine evine dönüyor ve şiddet uygulayan şahısla beraber yaşamak zorunda kalıyor. Yani geçici bir çözüm oluyor. Belki bir süre korunmuş oluyor, işte korkusuz günler geçiriyor. Ama bu bir süre devam ediyor. Tedbir kararlarını 1-2-3, ay veriyoruz. Kadın maddi açıdan çalışmıyor, Çocukları da olduğu için 1-2 ay idare ediyor. Sonrasında aile evine geri geliyor. Erkeğe muhtaç çünkü. Öyle hissediyor. İşi olmuyor, orada da bir açık olabilir. Evine döndüğü zaman erkek şöyle düşünebiliyor. Eşim benden şikâyetçi oldu. Bu tedbir kararları uygulandı. Ne oldu? Geri geldi yorumunu yapanlar var. Burada da karşı tarafı rehabilite edemiyorsak, gerekli desteği almıyorsa kararında ısrarcı ise ilerlemiyor”

KADEM 4: “Tedbirler kadınları şiddetten koruma ve uzaklaştırma noktasında yeterli değil. Yeterli olsaydı şu an şiddete yönelik bir araştırma yapıyor olmazdınız. Biz de bunları tartışıyor olmazdık. Kalıcı değil bence geçici çözümler sunuyor. Tedbirler süreli olduğu için süre bittikten sonra kadın ne yapıyor, erkek ne yapıyor şiddet devam ediyor mu bunları bilemediğimiz için, kurumlar olarak bilmek te istemediğimizden kalıcı çözüm sunulmuyor.”

BP 1: “Tedbirlerin çıkış amacı tabii ki kadını şiddetten korumaya yönelik ama alınan önlemler kişilerin uyguladığı şiddete yeterli değil. Çünkü erkek bir şekilde uzaklaştırma kararı alınsa da onu bir şekilde bulabiliyor. Süre geçtiği zaman hırs yapıp süresi dolduktan sonra gittiğin de yine aynı şiddeti uygulayabiliyor. Bu yüzden üzerinde biraz daha çalışılması gerekiyor. Erkek 6 ay uzaklaştırma aldı, süre bitti, tekrar şiddet uyguluyor.”

Ayrıca katılımcı bazı kolluk kuvvetleri mensupları, 6284 sayılı yasa kapsamında uygulanan koruyucu ve önleyici tedbirler ile cezaların kadınları şiddetten uzaklaştıramadığını, kadınların hayatında kalıcı değişiklikler meydana getiremediğini, şiddetin kaynağını ortaya çıkararak kökten çözüm sağlayamadığını ve yasanın bu yüzden başarılı olamadığını belirtmektedirler. 6284 sayılı yasa kadınların hayatında kalıcı değişiklikler meydana getirerek

onların şiddet ortamından kurtulmasını sağlayamadığı gibi, şiddet uygulayana yönelik uygulanan ve şiddet uygulayanı rehabilite etmesi beklenen tedbirlerin de işe yaramadığı KP4 ve KP6 tarafından şöyle ifade edilmiştir;

KP 4: “Yok kalıcı çözümler. Şöyle yani tedbir kararı boyunca tamam en fazla 6 ay, 6 aydan sonra kalıcılık yok. Yani kadını şikayetçi olduğu şeyi düzeltebiliyorsa evet. Ama harici mesela sürekli şiddet gören bir bayanı çok da hani kalıcı bir çözüm sunduğunu düşünmüyorum. Karşı tarafta şiddet uygulayanı iyileştirmede sürece etkisi yok. Dediğim gibi kısa süreli oluyor. Kadın sonrasında evine dönüyor. Şiddet görmeye devam ediyor.”

KP 6: “Yani ben 4 yıldır buradayım. Aynı kişilerle muhatap olduğumuz çok fazla kişiler var. Müdavimlerimiz yanı. Sürekli aynı kişiler. Tedbir kararı uyguluyoruz ancak bu sefer kararı ihlal ettiğine dair geliyor. Tedbir bunlarda bir işe yaramıyor.”

Katılımcılar tedbir kararlarının geçici koruma sağladığına dikkat çekmişlerdir. Oysa *İstanbul Sözleşmesi*'nin^[82]18. Maddesi taraf devletlerin, kadınlara yönelik şiddet ve ev içi şiddeti toplumsal cinsiyet perspektifiyle ele almasını gerekli kılmaktaydı. Yine aynı madde de mağdurların insan hakları ve güvenliğine öncelik verecekleri; mağdurlar, failer, çocuklar ve onların sosyal çevreleri arasındaki ilişkileri göz önünde bulunduran bütüncül bir yaklaşımı benimseyecekleri; ikincil mağduriyetin oluşmasını engellemeyi hedefleyecekleri; şiddete maruz kalan kadınların güçlendirilmesi ve ekonomik bağımsızlıklarına kavuşmaları için gerekli adımları atacakları belirtilmekteydi. Benzer biçimde *sözleşmenin* 20. Maddesinde taraf devletlerin, mağdurların şiddet sonrasında iyileşmelerini ve şiddetin etkilerini telafi edecek hizmetlere erişimini sağlamak amacıyla gerekli yasal düzenlemeleri veya diğer önlemleri alacakları da ifade edilir^[83]. Dolayısıyla kadına karşı şiddetin başarılı bir biçimde önlenmesi için bütüncül bir bakış açısını içeren *İstanbul Sözleşmesi*'nin yeniden imzalanması bir zorunluluktur. Bu kapsamda 6284

[82] Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 210, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, İstanbul, 11.V.2011, md.18, md. 20.

[83] Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 210, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, İstanbul, 11.V.2011, md.18, md. 20.

sayılı yasanın eksikliklerini giderecek ve cezasızlığı önleyecek tedbirlere ilişkin yeni düzenlemelerin yapılması bir zorunluluktur.

2- Alt Kategori: Zayıf Bağlantı/Kurumsal Koordinasyon Sorunu

Kurumlar arası koordinasyon, toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin hizmet içi eğitim ile birlikte şiddetle mücadelede olumlu adımlar atılmasını sağlayacak önemli bir etken^[84] olmasına karşın, 6284 sayılı yasanın uygulama aşamasında ortaya çıkan sorunların başında kurumlar arası koordinasyon eksikliği gelmektedir^[85]. Şiddetle mücadele aktörleri ile yapılan görüşmeler sonucunda uygulamada koordinasyon konusunda aksaklıklar yaşandığı, bu aksaklıkların mücadeleyi olumsuz etkilediği aktör üyelerinin tecrübelerine yansımıştır. Özellikle yargı üyeleri ve KADEM temsilcileri kurumlar arasındaki iletişimsizliklerden ve bürokratik süreçlerin yarattığı mağduriyetlerden bahsetmektedirler. Yargı üyelerinden AV3 “koordinasyon sağlayamıyoruz, aile sosyal politikaları ile hiç sağlayamıyoruz. Bürokratik süreçler hakim her şeye. Çünkü aile ve sosyal politikalar bir tapu dairesi gibi bir kurum. Yani toplumun içerisine dahil olmuş bir şey değil, evrak üzerinden yürüyormuş gibi bir kurum...” İfadeleri ile AMH kodlu aile mahkemesi hakiminin “Kurumlar arası koordinasyon olması lazım. Koordinasyonsuzluk var tabii. Yani şöyle ben bir kişi ile ilgili tedbir kararı veriyorum, sonrasında o tedbir uygulandı mı? Kişi tedbir e uydu mu? Bilmiyorum. Geri dönüş olmuyor. İletişim yok.” İfadeleri bu durumun delili niteliğindedir. Benzer şekilde katılımcılardan AV4 ve KADEM4 da kurumlar arasındaki iletişim sorunlarını ve bürokratik süreçlerin yarattığı mağduriyetleri deneyimledikleri tecrübelerini şöyle anlatmaktadır;

AV 4: “Koordinasyonda kurumların eksik kaldığını görmekteyiz. Bürokrasi çok uzatıyor işi. Örneğin Erzurum 1 Aile Mahkemesince verilen psikolojik ve ekonomik şiddetin önlenmesine dair tedbir kararını uygulamada kolluk ile sorunlar yaşadık. Mahkeme ve kolluk arasında yazışma süreleri nedeniyle. Yazışmalar bi süre aldı vs. İtiraz süreleri de eklenince derken aylardır aracına kavuşamayan müvekkil artık kararı da mahkemeyi de görmek istemiyorum diyerek var olan bir hakkından vazgeçmek zorunda kaldı.”

[84] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.379.

[85] Dalkır Kahveci, *op.cit.*, s.133.

KADEM 4: “Bence burada aktörlerin birbirinden haberdar olmadığı düşüncesindeyim. Zira genel itibari ile kadınlar işte bir yere geldiğinde, bir kuruma, bize veya şönime veya baroya, kurumlar arası bir iletişim olması gerekir. Biz böyle bir başvuru aldık siz nasıl bir süreç işletiyorsunuz birlikte daha etkin bir süreç yürütebilir miyiz? Baroya şu aşamadan sonra mı gidelim? Yabut ilk etapta mı gidelim? gibi bir paydada birleşebiliriz. Paydaşların bu hususlar içinde yeterince işbirliği içerisinde olmadığını düşüncesindeyim.

Kolluk personelleri ise şiddetle mücadele aktörleri arasındaki başka bir koordinasyon sorununun hafta sonu veya resmi tatil günlerinde yaşandığı dile getirmişlerdir. Kolluk tarafından verilen tedbir kararları hafta sonu veya resmi tatil günlerine isabet ettiğinde hakim onayına sunulmamakta, hakim onayına sunulmayan tedbir kendiliğinden kalkmaktadır. Bu durum kadınların tekrar şiddete maruz kalmasına sebep olacak önemli bir risk oluşturmaktadır. Yine kolluk tarafından verilen ve hakim onayına sunulması gereken tedbirlerin, hakim onayına sunuluncaya kadar olan süre içerisinde şiddet uygulayan tarafından ihlal edilmesinin ihlalden sayılmaması kadınlar için önemli bir risk oluşturmaktadır. Bu durum KP3 kolluk personeli tarafından şöyle ifade edilmektedir;

KP 3: “İhlallerde koordinasyon sıkıntıları yaşıyoruz. Çünkü mesela bazen hafta sonu olur, adliye 7/24 açık olmadığı için biz de ihlalde tedbir kararı veremediğimizden sorun oluyor. Yani ilk olayda bir tedbir kararı verdik. Mahkeme kapalı hakim onayına sunamadık. Hakim onaylamadı. Tedbir kararı verildikten sonra yani 4-5 saat sonra tedbir ihlal edildi. Yapılabilecek bir şey yok. Çünkü adliye kapalı. Biz farklı bir tedbir uygulayamıyoruz.

Diğer taraftan “kadına yönelik şiddetle mücadele koordinasyon toplantıları”nın, sonuç odaklı olmadığı bazı katılımcı polislerin altını çizdiği başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Koordinasyonu sağlamak, şiddetle daha etkili mücadele için aktörler arasındaki iş birliğini güçlendirmek amacıyla gerçekleştirilen bu toplantılarda alınan kararların uygulamaya geçmediği, birçok kurumun mecburiyetten ve isteksizce bu toplantılarda bulunduğu dile getirilmektedir. KP1 bu durumu şu şekilde dile getirmiştir:

“Genelde baktığımız zaman üç ayda bir izleme değerlendirme koordinasyon toplantıları yapılıyor. Oraya tüm kurumlar geliyor işte Belediye, Üniversite, Diyanet, ŞÖNİM, Mahkeme bazen mahkemeden hâkimler geliyor. İşte savcı beyler geliyor, STK’lar dan gelen var, bu KADEM gibi, çok fazla katılan oluyor.

Ama toplantılarda konuşulanları sahada uyguladığı konusunda kararsızım aslında. Uygulamaya çalıştıklarını düşünüyorum ama bilmiyorum başarılı değil veya çoğu orada konuşulduğu ile kalıyor.”

Yalnızca şiddetle mücadele aktörlerinden Erzurum Büyükşehir Belediyesi üyesi, BP1, “... *aksaklık yaşamıyoruz. Kurumlar arası ikili ilişkilerle işlemler hızlandırılıyor.*” ifadelerinden de anlaşıldığı üzere kurumlar arasında herhangi bir koordinasyon eksikliği olmadığını, kurumların birbirleri ile iletişim halinde çalıştığını belirtmiştir. Ancak diğer tüm aktörlerdeki üyeler kendileri dışındaki diğer kurumlarla çeşitli koordinasyon sorunları yaşadıklarını, bu koordinasyonsuzluklarında şiddetle mücadeleyi olumsuz etkilediğini ifade etmişlerdir.

Kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılması için yapılan çalışmalarda, hukuki düzenlemeler önemli bir yer tutar. Ancak, bu mücadelenin başarılı olabilmesi için sadece yasalar yeterli değildir; farklı girişimler, uygulamalar ve aktörler arasındaki güçlü işbirliği ile bu mücadelenin bütüncül bir yaklaşımla ele alınması gereklidir. Şiddetin önlenmesi ve kadınların korunması adına, hukuki düzenlemeler de dâhil olmak üzere gerekli tüm önlemler alınmalı, şiddet vakalarında etkin bir soruşturma yürütülmeli, failerin cezalandırılmasının yanında mağdurların zararları giderilmeli ve bu konular için yeterli kaynak ayrılmalıdır. Ayrıca, kapsamlı politikaların uygulanması da önemlidir. Şiddetle mücadele eden aktörlerin, kadına yönelik şiddeti toplumsal bir sorun olarak görmesi ve bu sorunu çözmek için devletin ve toplumun her kesiminin katkısıyla zihniyet değişikliğini hedefleyen yaptırımlar getirilmesi büyük önem taşır. Kadına yönelik şiddetle mücadele edenlerin, birbirleriyle uyumlu ve sistemli çalışması, sorunun etkin bir şekilde çözülmesinde ve ortadan kaldırılmasında stratejik bir role sahiptir^[86].

3- Alt Kategori: Caydırıcı Olmayan Cezalar

Genel olarak cezanın/cezalandırmanın amacı, daha önceden suç işlemiş olan bireylerin yeniden suç işlemlerini engellemek ve suç işleme eğiliminde

[86] Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*, s.379; Özlem Çakır, Tijen Harcar, Olca Sürgevil ve Gönül Budak, Kadına Yönelik Şiddet ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin Durumu, *Toplum ve Demokrasi*, 2 (4), Eylül-Aralık, 2008, s.67; Alican Şen, *op.cit.*, s.155.

olan bireyleri de bu davranışı gerçekleştirmekten caydırmaktır^[87]. Dolayısıyla cezanın amacı, bireyi suç işlemekten vazgeçirmek veya caydırmaktır. Bu amaç doğrultusunda 6284 sayılı yasa kapsamında uygulanan cezaların da şiddet uygulayan/uygulayabileceğini düşünen kişileri caydırıcı nitelikte olması gerekmektedir. Ancak 6482 sayılı yasanın yürürlüğe girmesi kadına yönelik ayrımcılık ve şiddet eylemlerinin önüne geçilebilmesi adına önemli bir kazanım olsa da, 2012 yılında yürürlüğe girdiği göz önünde tutulduğunda, yasanın tek başına yeterli etkiyi ve caydırıcılığı sağlamadığı görülmektedir^[88]. Yine İstanbul Sözleşmesinin 66. Maddesi temelinde oluşturulan “Kadınlara Yönelik ve Aile İçi Şiddete Karşı Mücadele Uzman Grubu –GREVIO” tarafından 15 Ekim 2018 tarihinde açıklanan Türkiye’ye ilişkin ilk değerlendirme raporunda; mahkemelerin verdiği cezaların caydırıcı olmadığı ve koruma kararlarının genelde kısa süreli olduğu eleştirileri yer almıştır^[89].

6284 sayılı yasanın başarılı olamamasının başka bir önemli nedeni, hemen hemen tüm aktörlerin ifadelerinde karşılığı olan bulgu, şiddet uygulayana yönelik uygulanan yaptırımların caydırıcı olmamasıdır. Verilen tedbir kararlarının şiddet uygulayan erkeği bu şiddeti uygulamaktan caydırmadığı, hatta tedbir kararı varken şiddet uygulamaya devam ederek tedbir kararını ihlal edenlere verilen “zorlama hapis” kararlarının dahi işe yaramadığı belirtilmektedir. Var olan düzenlemelerin caydırıcı niteliğinin zayıf olması nedeniyle, erkeklerin şiddet uygulayabileceğini düşünmektedirler^[90]. Nitekim KADEM 3 şöyle açıklamıştır;

[87] Zahir Kızmaz, Ceza Veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005, s.211.

[88] Ersan Şen ve Cem Serdar, Huzuru ve Sükunu Bozma Suçu ve Israrlı Takip (Stalking), 2022, <https://sen.av.tr/en/makale/huzuru-ve-sukunu-bozma-sucu-ve-issrarli-takip-stalking> (Erişim Tarihi:15.10.2024)

[89] Nazan Moroğlu , GREVIO Değerlendirme Raporu, 2019, <https://nazanmoroglu.com/wp-content/uploads/2018/11/GREVIO-De%C4%9Feriendirme-Raporu-hakk%C4%B1nda-N.M.-yaz%C4%B1s%C4%B1.pdf> , (Erişim Tarihi:19.10.2024)

[90] Büşra Ülger, *6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun İncelemesi Ve Kanununun Uygulama Alanı*, 2023, <https://www.ozgunlaw.com/makaleler?title=6284&year=> (Erişim Tarihi:20.10.2024.)

“Cezalar çok yetersiz. Hatta ceza yaptırımlarına uğramış kişileri, daha da büyük bir şiddet girişimi ile yeniden görüyoruz. Yani kadın bir şiddete maruz kaldı evet, fiziken, sonra cezai yaptırım aldı bir erkek. Bu sefer dönüp canına kast edecek boyutta bir şiddet uygulayabiliyor. Daha fazla artıyor”.

Benzer şekilde AÜP1’de cezaların caydırıcı olmadığını “*Cezalar caydırıcı değil. Tabii salıverilirim, tutuklanmam, adli kontrol şartıyla serbest kalırım diye düşünüyorum.*” ve AÜP2 “*Düşünmüyorum çünkü eğer öyle olsa aynı şeyi bir daha yapmaz, aynı davranışları bir daha sergilemez. Bu anlamda cezaların zayıf kaldığını düşünüyorum*” ifadeleriyle mevcut yasanın uygulamadaki başarısının sınırlı kaldığına dikkat çekmektedirler. KP6 da cezaların caydırıcılığının nedenini adli kontrol üzerinden şöyle açıklamıştır:

“6284 caydırıcı değil bence. Biz burada silahla kadını vuran şahısın bile adli kontrolle salındığını gördük. Kadın başından ve omzundan yaralanmıştı, Ama kadına karşı silahlı bir saldırıydı sonuçta ve bu olayla alakalı önce firar etti şahıs. Sonra yakalandı. Herhangi bir tutuklanma olmadı. Adli kontrolle serbest kaldı. Ölebilirdi de kadın.”

Araştırmaya katılan ve farklı meslek gruplarından olan katılımcıların büyük çoğunluğu şiddet uygulayana yönelik yaptırımların caydırıcı olmadığına dikkat çekerek, tedbir kararı devam ettiği halde failerin şiddeti sürdürmekte ısrarcı olabildiklerini belirtmişlerdir.

4- Alt Kategori: Kapsam Dışı Bırakılan Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Sorunu

6284 sayılı yasanın 1. Maddesinde kanunun amacının şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek tarafı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi olarak vurgulanmaktadır. Ancak şiddeti ortaya çıkaran sebeplere yönelik bir önlemeden bahsedilmemektedir. Şiddetin toplumsal sebep ve etkilerinin bilinmesi ve bunları ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler alınması, şiddetle mücadelede etkinliği sağlamak açısından önemlidir^[91]. Nitekim kadına yönelik şiddet ve bunun bir türü olan ve yasanın odağında yer alan aileçi şiddetin temel kaynağının toplumsal cinsiyet

[91] Fatma Başar ve Nurdan Demirci, Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Ve Şiddet, KASHED, 2015 2(1), s.43.

eşitsizliği olduğunu belirten uluslararası ve ulusal pek çok çalışma vardır^[92]. İstanbul Sözleşmesi'nde de toplumsal cinsiyet ve kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddete detaylı bir şekilde tanımlanmışken, 6284 sayılı yasada “toplumsal cinsiyet” tanımının bulunmaması önemli bir boşluktur^[93]. Araştırmaya katılan bazı kadın katılımcılar da 6284 sayılı yasanın toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ortadan kaldırmaya yönelik içeriğe sahip olmadığına dikkat çekmişlerdir. Yasa kapsamındaki kadına yönelik şiddetle mücadele süreçlerinin, olay gerçekleşikten sonra ve mağdura/kurbana müdahale şeklinde olduğu, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin ortaya çıkardığı şiddeti göz ardı ettiği katılımcılar tarafından ifade edilen ve etkinliği olumsuz yönde etkileyen bir olumsuzluktur. KADEM3 kadın katılımcı bu olumsuzluğu şu sözlerle anlatmaktadır;

“Koruma altındaki kadınların hala cinayete kurban gittiği şiddetin artarak devam ettiği bir toplumda yaşıyorsak, öncelikle bizim şiddete ileten, şiddete götüren süreçlerin neler olduğu ile ilgili tanımlarımızı doğru yapmamız gerekir. Bir kadın neden şiddete uğruyor? Bir erkek neden şiddet uyguluyor? Bunları doğru tanımladığımızda bu sorunlara yönelik çözümler ürettiğimizde biz ancak şiddeti engelleyebileceğiz. Şiddet olduktan sonrasına ya şu an müdahale etmiş oluyoruz. Şu an için biz bu yasayla şiddet olduktan sonrasına müdahale ediyoruz. Şiddet uygulayan erkeğin aslında kendi kişilik özelliklerini tamamlamamış, belki de o eksikliğini şiddet uygulayarak tamamlamaya çalışma

[92] Kadına yönelik şiddetin temel kaynağının toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve patriyarkal ilişkiler olduğunu vurgulayan çalışmalar için bakınız –Sylvia Walby, *Patriyarka Kuramı*, Çev.:Hülya Osmanağaoğlu, Dipnot Yayınları, 2. Baskı Ankara, 2021; Yakın Ertürk, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Şiddet Sebepleri ve Sonuçları Özel Raportörü Yakın Ertürk'ün Türkiye Ziyaretlerine İlişkin Raporu*, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayını 2007 www.ihop.org.tr/doya/YE/yeturkiyerapor.pdf, Erişim Tarihi: 06.11.2022 ; Abeda Sultana ve Saadet Altay, Ataerkillik ve Kadının İkincilliği; Kuramsal Bir Analiz, *e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi*, C. 11, S.1(23), 2019, s.417-427; Michael D. Smith, Patriarchal Ideology and Wife Beatings: A Test of a Feminist Hypothesis, *Violence and Victims*, 1990, 5(4): 257–73. Crossref. PubMed; Tuğba Metin Açıer ve Senem Kurt Topuz, Güç İlişkileri Bağlamında Ataerkil Şiddeti Anlamak, *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi* 6-1 (2022), 126-139; Şeref Uluocak, Gökhan Gökulu, Olgun Bilir, Nigar E. Karacık ve Dilek Özbay, *Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği ve Kadına Yönelik Şiddet, Çanakkale Örneği ve Çanakkale'de Kadın Hakları Konusundaki Sosyal Hizmet Çalışmalarının Kısa Tarihçesi*, Paradigma Akademi Yayınları, 2014.

[93] Şener, op. cid., s.4.

güdüğü olarak görebiliriz. Kendi eksikliğini kadına şiddet uygulayarak, ona istediğini yaptırmaya çalışarak gidermek için şiddet uyguluyor. Bu erkeğin hâkimiyet sağlama aracı veya kadını elinin altına alma aracı...”

6284 sayılı yasa şiddet vakası yaşandıktan sonra etkili olan, şiddetin tekrar etmesini önlemeye yönelik uygulamalar içeren bir yasadır^[94]. Dolayısıyla yasanın, şiddeti ortaya çıkaran sebepleri ortadan kaldırmaya yönelik tedbir veya uygulamalar içermediği söylenebilir. Kadına yönelik şiddetin failinin erkek olduğu ve cinsiyetlendirilmiş bir şiddet olduğu^[95] göz önünde bulundurulduğunda, yasanın şiddetin yaşanmadan önlenmesi için toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ortadan kaldıracak, ataerkil zihniyeti dönüştürecek tedbir ve uygulamalar barındırması şiddetle mücadele kapsamında atılması gereken önemli bir adımdır. Bu nedenle uygulamada ciddi dirençlere yol açan ataerkil düşünce yapısının dönüştürülmesi için polis, jandarma, savcı, aile mahkemesi hakimi, sosyal hizmet uzmanı, psikolog ve meslek elemanlarına yönelik eğitim çalışmalarının yapılmasını zorunlu kılacak maddelerin yasa kapsamına dahil edilmesi gereklidir^[96].

SONUÇ

Türkiye’de kadına yönelik şiddetle mücadelenin yasal dayanağı olan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 2012 yılından beri yasanın adı, odağı ve şiddeti önlemedeki rolü ve etkinliği bağlamında tartışılmaktadır. 6284 sayılı yasa üzerine yapılan araştırmalar^[97] yasanın bilinirliği ve uygulayıcılarının koordinasyon eksiklerinin yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik farkındalığın yeterli olmadığı üzerine yoğunlaşmaktadır. Erzurum ili örneğinde yapılan saha çalışmasının nitel bulguları da il düzeyinde şiddetle mücadele eden

[94] Dalkır Kahveci, *op.cit.*, s.164.

[95] Mehtap Hamzaoğlu ve Bülent Şener, Kadına Yönelik Şiddet Olgusunun Sosyo-Politik, Sosyo-Ekonomik ve Kültürel-İdeolojik Kökleri Üzerine Bir Değerlendirme: “Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği” Ve “Namus” Olguları, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 12 Sayı: 24, Aralık, 2022, s.12.

[96] Sallan Gül, *Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri*, *op.cit.*, s.292.

[97] Şener, *op.cit.*, s.3-4; Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, *op.cit.*; Kırbas Caniklioğlu, *op.cit.*; Görücü, *op.cit.*; Alican Şen, *op.cit.*, s.155; Ercoşkun Şenol, *op.cit.*, s.427-428

kurumların ve uygulayıcılarının yasanın hukuki boyutu konusunda uygulayıcıların yasa ve süreçleriyle ilgili bilgi sahibi olduklarını ama toplumun genelinin ve şiddet mağduru kadınların farkındalık ve bilgi düzeylerinin yetersiz olduğu yönündedir. Katılımcıların pek çoğunun ifade ettikleri gibi yasa kapsamında şiddetle mücadele için uygulamaya konulan tedbirler ve cezalar, kadını merkeze koyarak kadın odaklı yaklaşım ile oluşturulmadığı için sorunu ortadan kaldıracak radikal çözümler sunamayan, geçici, kâğıt üzerinde ve yüzeysel olmaktan öteye geçemeyen tedbirler/cezalardır.

6284 sayılı kanun kapsamında tedbir kararlarının uygulanmasındaki yetersizlikleri dile getiren çoğu katılımcı, kurumsal kapasite sorunlarına odaklanmış ise de, şiddetin kaynağını sorgulama konusunda yasanın koruyucu tedbir kararlarındaki esasları erkek mağduriyetine bağlamakta, erkeğin aile ve toplumdaki eril statüsünü korumayı amaçlamaktadır. Nitekim Erzurum il koordinasyon komisyonu temsilcilerinden olan KADEM 4 '*kadın ve erkeğin eşit olduğu iddiası bir hayalden ibaret... fıtrat olarak yaratılışı itibari ile her ikisinin eşit olarak değil de, adaletin doğru şekilde tesis edilebilmesi halinde daha düzenli bir toplum oluşacağı kanaatindeyim*' ifadesiyle eril cinsiyet adaleti savunulmaktadır. Kentin toplumsal yapısının geleneksel ve muhafazakar yapısına benzer biçimde kadına yönelik şiddetle mücadele eden bürokrasisi ve sivil toplum kuruluş temsilcileri biyolojik cinsiyet temelli yaklaşımları nedeniyle kadına yönelik şiddetin toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri boyutuna odaklanmamaktadırlar. Erkeğin fiziksel üstünlüğünü kas gücüne bağlayan, dinsel-fıtratla açıklama çabası geleneksel cinsiyet rol ve sorumlulukları bağlamında kadını evle ve özel alanla tanımlamaktadırlar. Bu bakış açısı kadın ve erkeği sadece yasal eşitlikle ele alırken ailede ve toplumsal-kamusal alanda ataerkil kültür ve muhafazakar değerlerle erkek iktidarını meşrulaştıran bir anlayışı yansıtmaktadır. Aslında cinsiyet eşitliğini göz ardı eden bu bakış açısı Dalkır Kahveci'nin^[98] 6284 sayılı ailenin korunması ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi yasasına yönelik eleştiriler bağlamında yasada kadın ve aile gibi ibarelerinin bir arada olmasının uygulayıcılarda bir karmaşa yaşattığına dair görüşü Erzurum örneğinde de görülmektedir. Katılımcılar cinsiyet eşitliği ve adaleti arasında kalmışlıkla yasayı değerlendirmekte, muhafazakar bakışla cinsiyet adaletinin sorunu çözeceğine inanmaktadır. Bir başka ifadeyle geleneksel cinsiyet hiyerarşisinin bir gereği olarak kadının ailedeki rol ve sorumluluklarının gerekliliğini din ve gelenekle tanımlamakta, erkeğin

[98] Dalkır Kahveci, *op.cit.*, s.155.

eviçi statüsünü zedelediği ve dolayısıyla ailedeki otoritesini sarsması olarak gördükleri tedbir alma biçimini eleştirmektedirler. Erzurum Kadına Karşı Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonunda yer alan aktörlerden özellikle güvenlik personeli ve sivil toplum temsilcilerinde yasadaki tedbir kararlarının, *şiddetten korunmasına ilişkin tedbir kararlarının aile* konutu üzerinden belirlenmesinin ve kadının beyanının esas alınmasının kötü niyet göstergesi olduğunu ifade etmeleri işbirlikçi erkeklik anlayışını ortaya koyması bakımından önemlidir. Hatta kadınların *şiddeti tetiklediği* ve/veya yasadaki tedbir kararlarının uygulanış biçimini bir tehdit olarak görmeleri genel eril ve muhafazakâr bakışla değerlendirilmekte ve *'erkeği durduk yere şiddete meyillendirebilir...'* türü ifadelerle eril bakış meşrulaştırılmaktadır. Kadına yönelik şiddetin nedenlerini sorgulamak yerine şiddeti uygulayanla kurulan empatiyi güçlendiren söylemler öne çıkarılmaktadır.

Araştırmaya katılan dört katılımcı ise pek çok görüşüyle diğerlerinden ayrılmaktadır. Yasanın şiddetten kadınları koruma amacına karşın etkin uygulanmamasının ve cezasızlığın *şiddetin nedeni olduğuna dikkat çekmişlerdir*. Ayrıca şiddetle mücadelede yasanın ruhunu oluşturan ve kadına yönelik şiddetin esas neden olan toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ortadan kaldırmaya yönelik önlemleri *içeren bir reformun gerekliliğini* de vurgulamışlardır. Dolayısıyla 6284 sayılı yasanın işlevselliğinin artırılması için İstanbul Sözleşmesi'nin bütüncül politikalarla hareket edilmesi ilkesi benimsenmeli ve sözleşme yeniden imzalanmalıdır. Şiddeti meşrulaştıran ve cezasızlık algısına neden olan söylemler yerine kapsamlı çalışmalar yapılarak, tedbir kararlarının uygulanabilir niteliği kurumsal kapasite gelişiminin yanında toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısıyla yeniden düzenlenmelidir. 6284 sayılı yasanın eksikliklerini giderecek ve cezasızlığı önleyecek politikalar geliştirilmelidir. Şiddet mağduru kadınları şiddet ortamından uzaklaştıracak ve kadınların ekonomik bağımsızlığını sağlayarak tekrar şiddet ortamına dönmek zorunda kalmayacağı *kalıcı çözümler üretilmelidir*.

KAYNAKÇA

- Alican Şen, Alican, “Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Kurumlar Arası İşbirliği Süreci Ve 6284 Sayılı Yasanın Uygulanabilirliği”, *Motif Akademi Halk Bilimi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 22, 2018, s. 141-161.
- Altınay, Ayşe Gül ve Arat, Yeşim, “Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet”, 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2008.
- Anderson, Krisitn L., “Gender, Status, and Domestic Violence: An Integration of Feminist and Family Violence Approaches of Domestic Violence, Routledge”, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 59, No. 3 (August), 1997, ss. 655-669.
- Aydın, Kadir, “Kadınların Düşünce Hayatında Erkeğin Egemenliği: Ev Kadınları Üzerine Bir Araştırma (Erzurum Örneği)”, *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:4 (Güz), 2018, s. 161-186.
- Başar, Fatma ve Demirci, Nurdan, “Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Ve Şiddet”, *KASHED*, Cilt: 2, Sayı: 1, 2015, ss. 41-52.
- Bozkurt, Şener E., “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi”, Uzmanlık Tezi, KSGM, Ankara, 2011.
- Çakır, Özlem, Harcar, Tijen, Sürgevil, Olca ve Budak, Gönül, “Kadına Yönelik Şiddet ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin Durumu”, *Toplum ve Demokrasi*, Yıl: 2, Sayı: 4, (Eylül-Aralık), 2008, ss. 51-70.
- Dalkır Kahveci, Ayşegül, “6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddeti Önlemedeki Rolü”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ocak, 2019.
- Ercoşkun Şenol, Hatice Kübra, “Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 13, 2019, ss. 423 – 459.

- Ertürk, Yakın, "Sınır Tanımayan Şiddet", "Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu", 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2015.
- Görücü, Mesut, "Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Yasal Mevzuat, Emniyet Birimlerindeki Uygulama Ve Antalya Örneği", Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2018.
- Hamzaoğlu, Mehtap ve Şener Bülent, "Kadına Yönelik Şiddet Olgusunun Sosyo-Politik, Sosyo-Ekonomik ve Kültürel-İdeolojik Kökleri Üzerine Bir Değerlendirme: "Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği" Ve "Namus" Olguları", *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 12 Sayı: 24 (Aralık), 2022, ss. 235-265.
- İlkkaracan, Pınar, "Bilanço 98: 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, Doğu Anadolu'da Kadın ve Aile", Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul: 1998, ss. 173-192.
- İşler Gürer, İlknur, "6284 Sayılı Kanunda Koruyucu Tedbirlerin Özellikleri Ve Kadının Beyanının Esas Alınması Hususu", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, 2021, ss. 27-73
- Kandiyoti, Deniz, "Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar, Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler", Metis Yayınları, 6. Baskı, Kasım, 2019.
- Kırbaş Canıklıoğlu, Seher, "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 3, 2015, ss. 355-378.
- Kızmaz, Zahir, "Ceza Veya Kriminall Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi", *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, ss. 210-231.
- Kuyaksil, Ali, "Türk Anayasalarında Kadın Hakları Ve Gelişimi", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2009, Cilt: 6, Sayı: 11, ss. 328-352.
- Kümbetoğlu, Belkis, "Sosyolojide ve Antropolojide Niteliksel Yöntem ve Araştırma", Bağlam Yayınları, Birinci Basım, 2005.

- Küskü, Rumeysa, “Kadın Hakları Söyleminde Yeni Terkipler: Kadın ve Demokrasi Derneği Örneği”, *Pesa Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Kasım, Cilt: 9, Sayı: 3, s. 121-137.
- Moroğlu, Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan, Sayı 99, 2012, ss. 357-380.
- Moroğlu, Nazan, “GREVIO Değerlendirme Raporu,” 2019, Erişim Tarihi: 19.10.2024 <https://nazanmoroglu.com/wpcontent/uploads/2018/11/GREVIODe%20C4%9Ferlendirme-Raporuhakk%C4%B1nda-N.M.-yaz%C4%B1s%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi 11.02.2023.
- Öktem Songu, Sezgi ve Şahin Emir, Asiye, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Çalışma İlişkilerine Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2 (Aralık), 2020, ss. 1157-1178.
- Özalp Yancı, Nihan, “Türkiye’de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu Mu, Nitelik Sorunu Mu?”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 61, Sayı: 1, 2006, ss. 267-295.
- Özatalay, Döndü B., “Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Eden Sivil Toplum Örgütlerinin Kamu Politikası Yapım Sürecindeki Rolü ve Etkinliği: KADEM ve Mor Çatı Dernekleri Üzerinden Bir Karşılaştırma”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Politikası Bilim Dalı, 2022.
- Özbilen, Arif B. ve Soygüt Arslan, Mualla B., “6284 Sayılı “Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” un Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Yıl:11 Sayı: 22 (Güz), 2012, ss. 365- 387.
- Özgen, H. Neşe “Van-Özalp ve 33 Kurşun Olayı Toplumsal Hafızanın Hatırlama ve Unutma Biçimleri”, Sosyal Tarih Yayınları, İstanbul, 2003.
- Öztürk, Necla, “Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Öneriler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- İnÜHFD - Cilt: 8 Sayı: 1, 2017, ss. 1-32.

- Reçber, Bircan, “Türkiye’de Şiddet Önleme Ve İzleme Merkezleri Etkin Mi?”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi / Journal of Management and Economics Research Cilt/Volume: 16, Sayı/Issue: 4 Aralık/ December 2018*, ss. 367-376.
- Sallan Gül, Songül ve Alican, Ayşe, “Türkiye’de Aile içi Şiddetle Mücadelede Kadın Sığınmaevleri ve Sığınmaevlerinin Unutulan Yüzü Çocuklar”, *Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu Bildiri Kitabı*, II. Cilt, Ankara, Mutlu Çocuklar Derneği, 2012, ss. 630-642.
- Sallan Gül, Songül, Özen, Büşra & Kahya, Özlem, “Morçatı ve Şefkat-Der Örneğinde Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Sivil Toplumun Rolü”, *SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, ss. 199-226.
- Sallan Gül, Songül, “Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri, Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar mı?”, Genişletilmiş 3. Baskı, Bağlam Yayınları, İstanbul, 2021.
- Şen, Ersan ve Serdar, Cem, “Huzuru ve Sükunu Bozma Suçu ve Israrlı Takip (Stalking)”, 2022, <https://sen.av.tr/en/makale/huzuru-ve-sukunu-bozma-sucu-ve-issarri-takip-stalking>, Erişim Tarihi: 15.10.2024.
- Şener, Ülker, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?”, Araştırmacı, Yönetişim Etütleri, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Ankara, 2012.
- Taştan, Coşkun ve Küçük Yıldız, Aslıhan, “Dünyada ve Türkiye’de Kadın Cinayetleri 2016-2017-2018 Verileri ve Analizler Raporu”, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2019.
- Turhan, Ebru, “Çatışma Yöntemleri Ölçeği’nin Türk Toplumuna Uyarlanması Ve Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Baz Sosyodemografik Değişkenlerle İlişkisi”, Uzmanlık Tezi, A.Ü. Tıp Fakültesi Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Erzurum, 2005.
- Ülger, Büşra, “6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun İncelemesi Ve Kanununun Uygulama Alanı”, 2023, <https://www.ozgunlaw.com/makaleler?title=6284&year=> Erişim Tarihi:20.10.2024

- Vargel Pehlivan, Pelin, “Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Kuramsal Yaklaşımlar: Bir Literatür Taraması”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 16, Sayı:31 (Bahar), 2017, ss. 497-521.
- Walby, Sylvia, “*Patriyarka Kuramı*”, Çev.: Hülya Osmanağaoğlu, 2. Baskı Dipnot Yayınları, Ankara, 2021.
- Yağcıoğlu, A. Haydar, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, ss. 913-966.
- Yıldırım, Aysel, “Sıradan Şiddet ‘Türkiye’ye Özgü Olmayan Bir Sorun: Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları”, Boyut Kitapları, İstanbul, 1998.
- Yılmaz, Cevdet, “*Risk Kavramının Farklı Sosyolojik Yapılarda Araştırılması-İzmir Örneği*”, Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kurumlar Sosyolojisi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2004.
- Yılmaz, Cevdet, “*Risk Kapıyı Kırınca: Kentlerde Yoksulluk, Dayanışma, Güven ve Güvenlik*”, 1. Baskı, Libra Yayınları, İstanbul, 2010.
- Yılmaz, Sema, “Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Günlük Hayattaki Yansımaları: Çorum/Alaca Örneği”, İMGELEM, Sayı: 2 (Temmuz), 2018, ss. 55-76.

Diğer Kaynaklar

- Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 210, “*Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*”, İstanbul, 11.V., 2011.
- CEDAW, Concluding Comments, Turkey, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Thirty-Second Session, 10-28 January-2005, C/TUR/4-5, 2005.
- FRA, “*European Union Agency for Fundamental Rights, Violence Against Women: An EU-Wide Survey*”, Survey Methodology, Sample And Fieldwork, 2014. <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-technical-re>, Erişim Tarihi: 28.09.2023.

Human Rights Watch, “Türkiye’de Kadına Yönelik ve Aile İçi Şiddetle, Mücadele “*Korumadaki Zaafların Ölümcül Sonuçları*”, Mayıs, 2022, <http://www.hrw.org>, Erişim Tarihi: 22.10.2022.

İçişleri Bakanlığı, Kadın Acil İhbar Sistemi (KADES) ile, İhtiyacınız Olduğu Anda, Güvenlik Güçlerimiz Bir Tıkta Yanınızda, 25.11.2020, <https://www.icisleri.gov.tr/kadin-acil-ihbar-sistemi-kades-ile-ihtiyaciniz-oldugu-anda-guvenlik-guclerimiz-bir-tikta-yaninizda>, erişim tarihi 10.11.2023.

KADEM, “Varoluşta eşitlik, sorumlulukta adalet”, <https://kadem.org.tr>, tarihsiz.

KADES (Kadın Destek Uygulaması), <https://www.egm.gov.tr/kadin-destek-uygulamasi-kades-merkezicerik>; T.C. İçişleri Bakanlığı, erişim tarihi 10.11.2023.

Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu, 2020, 2021, 2022 ve 2023 Yılı Yıllık Verileri, <https://kadincinayetlerini-durduracagiz.net/veriler/3003/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2021-yillik-veri-raporu>, Erişim Tarihi: 07.11.2022

KSGM, “*Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Rapor*”, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2014.

KSGM, “*Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı (2016-2020)*”, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2016.

KSGM, “*Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025)*”, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2021.

Morçatı, “Evdeki Terör Kadına Yönelik Şiddet”, 1995, https://morcati.org.tr/wp-content/uploads/2013/06/Evdeki-Teror_-Kadina-Yonelik-Siddet.pdf, Erişim Tarihi: 11.07.2024.

Morçatı, “*Geleceğin Elimde*”, Morçatı Yayınları, Kadın İnceleme Dizisi: 2, Yayına Hazırlayan: MORÇATI Kolektifi, Mart 1998.

Morçatı, “*Feminist dayanışma İle 25 Yıl*”, Yayına Hazırlayanlar: Berna Ekal, Ülfet Taylı, 2. Baskı, İstanbul, Kasım, 2021.

TBMM, “*Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması*”

- Komisyonu Raporu,*” 2015, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss717-bolum-2.pdf>, Erişim Tarihi 11.02.2020.
- TBMM, “*Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Tüm Yönleriyle Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*”, Sayı:315, 27. Yasama Dönemi, Mart, 2022, www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss315.pdf, Erişim Tarihi: 01.11.2022.
- TKDF, “Türkiye Kadın Dernekleri Federasyonu 2023 Yılı Raporu”, 2023, <https://tkdf.org.tr/bizden-haberler/2023-yili-kadin-cinayetleri-verileriraporu#:~:text=>
- Türkiye İstatistik Kurumu, 2022 yılı Ulusal Eğitim İstatistikleri, www.tuik.gov.tr, Erişim tarihi: 18.08.2022.
- UN Women, “*6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun UYGULAMA KILAVUZU*”, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2023, <https://magdur.adalet.gov.tr/> Erişim Tarihi: 19.10.2024
- Yeni Gün Gazetesi, “İçişleri Bakanı Ali Yerlikaya, KADES uygulamasını indiren kadın sayısının 6 milyona yaklaştığını söyledi”, YeniGün Gazetesi; 08.03.2024, <https://www.muglayenigun.com/kades-uygulamasini-indiren-kadin-sayisi-6-milyona-yaklasti/>).

Makaleler

Articles

Şiddetle Mücadelede Devletin Özen Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler

Yakın ERTÜRK*

* Prof.Dr. Orta Doğu Teknik Üniversitesi emekli öğretim üyesi ve BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü (2003-2009). erturk@metu.edu.tr; yakin.erturk@gmail.com **DOI:** 10.30915/abd. 1617810.

ŞİDDETLE MÜCADELEDE DEVLETİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

ÖZ

Gerek uluslararası örf ve âdet gerekse sözleşme hukuku, devletlerin, faili kim olursa olsun, kadınlara yönelik şiddet eylemlerini önlemek, mağdurları korumak, failleri cezalandırmak ve şiddetin yol açtığı zararı tazmin etme yönünde gerekli özeni gösterme yükümlülüğü bulunduğu kuralını kabul etmiştir. Böylece, devlet doktrinin pozitif yükümlülük anlayışını da içermesiyle şiddetle mücadele ivme kazanmıştır. Bu yöndeki önemli gelişmelere rağmen, şiddetin tüm dünyada artma eğiliminde olması uluslararası norm ve pratik arasındaki mesafeyi açmakta ve sorunun ‘objektif’ hukuk normlarının uygulanmasından ibaret olmadığı gerçeğini ifşa etmektedir. Bu çalışma, devletin özen yükümlülüğü standardının, özellikle şiddetin önlenmesi bağlamında uluslararası belge ve mekanizmalarda yorumu, olanakları ve sınırlarına odaklanmakta ve direnen yapısal eşitsizlikler, ekonomi politik dinamikler, toplumsal cinsiyetin anaakımlaştırılması yaklaşımının çelişkileri karşısında, anaakım toplum düzenini dönüştürecek yeni bir feminist vizyonun gerekliliğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: devlet doktrini, devlet-dışı aktör, özen yükümlülüğü, CEDAW, toplumsal cinsiyet eşitliği.

REFLECTIONS ON THE STATE'S DUE DILIGENCE OBLIGATION IN THE STRUGGLE AGAINST VIOLENCE

ABSTRACT

Both international customary and treaty law have recognized the rule that, regardless of the perpetrator, states have an obligation to exercise due diligence to prevent acts of violence against women, to protect victims, to punish perpetrators and to compensate for the damage caused by violence. The expansion of state doctrine to include the concept of positive obligation has thus given momentum to the struggle against violence. However, despite important developments in this regard, the increasing trend in violence all over the world has widened the gap between international norms and practice, which reveals that the problem is not just one of implementing 'objective' legal norms. This study focuses on the interpretation, possibilities and limitations of the standard of the due diligence obligation of states in international instruments and mechanisms, with a particular attention to prevention of violence. In view of the persistence of structural inequalities, political economy dynamics and contradictions of the gender mainstreaming approach, the article argues for a new feminist vision to transform the mainstream social order.

Keywords: state doctrine, non-state actors, due diligence, CEDAW, gender equality.

GİRİŞ

1993 Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı ve 171 devletin mutabakatıyla kabul edilen Viyana Deklarasyonu, kadın haklarının insan hakkı olarak tanınması yönünde küresel kadın hareketinin şiddet odaklı uzun mücadelesi açısından önemli bir zaferdir. Böylelikle, tarih boyunca özel yaşamın gizliliği zırhına bürünen kadına yönelik şiddet olgusu insan hakları kuram ve pratiğinin konusu haline gelebilmiştir^[1].

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası kadın hakları hareketinin yükselişi ile küresel yönetim sisteminin insan hakları temelli ortak normlar rejimine dönüşmesi birbirini besleyen iki paralel süreç olmuştur. Özellikle, Sovyetler Birliğinin dağılması ve iki kutuplu dünya sisteminin sona ermesiyle kaotik ve belirsizliklerle yüklü bir döneme girilmesi marjinalleştirilmiş toplumsal kesimler için hak arama ve özerk hareket edebilme alanları yaratmıştır^[2]. Bu bağlamda, en etkili sivil girişimlerden birisi küresel kadın hareketi olmuştur.

1979 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmeyle (CEDAW) taçlanan uluslararası kadın hakları rejimi,

[1] *Orta Doğu Teknik Üniversitesi emekli öğretim üyesi ve BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü (2003-2009).

Bunch'a göre, kadın haklarını insan hakları olarak anlama ve kadına yönelik şiddetin sessizlik alanlarından çıkartılarak devletin kamusal alanına sağlam bir şekilde yerleştirilmesi, küresel kadın hareketinin elde ettiği en önemli kazanımlar arasındadır. Zarizana Abdul Aziz ve J. Moussa, *Due Diligence Framework: State Accountability Framework for Eliminating Violence against Women*, Malaysia, International Human Rights Initiative, 2016, (www.duediligenceproject.org), Önsöz.

[2] Küresel pazarların yayılması ve iki kutuplu uluslararası iş bölümünün çöküşünü simgeleyen Sovyetler Birliği'nin dağılması sürecinde ulus-devlet modeline dayalı yapılarda çözülme ve parçalanmalar yaşanmıştır. Özelleştirme, liberalleşme ve deregülasyon politikalarıyla birlikte devlet güdümündeki ekonomi yerini küresel pazar dinamiklerine ve kurumlarına bırakmıştır. Yaşamın en mahrem alanlarına nüfuz eden küresel süreçler, bir taraftan ulusal kimlikleri, geleneksel aile yapılarını, geçim ve dayanışma biçimlerinin parçalanmasına neden olurken, diğer taraftan da sivil toplum cephesinde yeni bütünlüşme örüntülerine yol açmıştır. Giddens, Anthony, *Runaway World*, Londra, Profile Books, 1999; Yakın Ertürk, "The Due Diligence Standard: What Does It Entail for Women's Rights?" in *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, (der.) C. Benninger-Budel, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

“kadın hakları insan hakkıdır” sloganıyla yürütülen şiddet odaklı feminist savunuculuk ve aktivizm sonucu 1990’lı yıllarda zirveye ulaşmıştır.

Uluslararası insan hakları sistemini etkili bir şekilde kullanan küresel kadın hareketi evrensel insan hakları norm, dil, standart ve mekanizmalarının sınırlarını zorlayarak bunların cinsiyet duyarlı hale gelmesinde -bir anlamda feminize olmasında- itici güç olmuştur. Kadın hakları mücadelelerinin arka planında bulunan 20. yüzyılın önemli düşünce akımlarından feminist düşünce, kamusal/özel alan karşıtlığını sorgulayarak anaakım insan hakları kuram ve pratiğinin sınırlarını ve devlet sorumluluğunun kapsamını devlet-dışı aktörlerin eylemlerini de içerecek şekilde genişletmiştir^[3].

Bu çerçevede, insan hakları normlarıyla gittikçe bütünleşerek kadına yönelik şiddetle mücadelede temel bir normatif çerçeve haline gelen ‘özen yükümlülüğü’ (due diligence) standardı devlete yeni görevler yüklemiş ve devlet doktrinini önemli ölçüde dönüştürmüştür. Bu gelişmeler sonucu, insan hakları norm ve pratiğinin sınırları genişleyip içeriği çeşitlenirken, diğer taraftan, daha sonra kadın haklarına karşı güçlü bir ulus ötesi akıma dönüşecek olan radikal siyasi akımların da tohumları ekilmiştir.

O halde, insan haklarını farklı çıkarların çarpıştığı diyalektik bir mücadele alanı olarak nitelemek çok da yanlış olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, toplumsal düzeni kökünden etkileyen ve güç dengeleriyle iç içe siyasi bir sorun niteliği taşıyan kadın hakları meselesi uluslararası insan hakları hukuku ve pratiği açısından en çetrefilli ve engebeli alanlardan birisi olagelmıştır. Bu nedenledir ki, kadının insan hakları konusunda teori ile pratik arasında kapanması güç bir mesafe bulunmaktadır^[4]. Kırk yılı aşkın bir süredir yürürlükte olan kadınların uluslararası anayasası, CEDAW, her ne kadar dünyanın dört bir köşesinde kadınların yaşamlarına olumlu bir biçimde

[3] Fraser’in “sınır mücadelesi” olarak betimlediği bu süreç kadın hakları alanında belirleyici ve çığır açıcı olmuştur. Fraser, Nancy, “Contradictions of Capital and Labor”, *New Left Review*, Sayı 100, Temmuz/Ağustos 2016. (www.newleftreview.org).

[4] Dünya Ekonomi Forumunun 2023 Küresel Cinsiyet Eşitsizliği raporuna göre, henüz hiçbir ülke tam cinsiyet eşitliğine ulaşmış değildir ve mevcut ilerleme hızıyla tam eşitliğe ulaşmak 131 yıl sürecektir.

dokunmuş olsa da uygulama Sözleşme ilkelerinin gerisinde kalmıştır^[5]. İlginçtir ki, neredeyse evrensel bir devlet onayına sahip olan CEDAW'un yürürlüğe girdiğinden bu yana hem dost hem de düşman hazinesi hayli kabarmıştır.

Bu çalışma, küresel kadın hareketi ile çok taraflı küresel yönetim sistemi (multilateral) BM arasındaki ilişkinin bir sonucu olarak gelişen uluslararası kadın hakları rejiminin kadına yönelik şiddetle mücadelede temel bir aracı olan devletin özen yükümlülüğü standardına odaklanmaktadır. Bu bağlamda, özellikle şiddetin önlenmesi açısından bu standardın uluslararası belgelerde, mekanizmalarda ve CEDAW içtihat hukukundaki yeri irdelenmektedir. Norm ve pratik arasındaki gerilimi de açığa çıkartacak olan böyle bir irdemenin, bir taraftan, özen yükümlülüğü standardının uygulamada yapısal eşitsizliklere yönelik tam potansiyelini geliştirecek, diğer taraftan da feminizmin özgürleştirici potansiyelini harekete geçirecek yönde bazı ip uçlarını da yansıtmaktadır.

I. ŞİDDETSİZ YAŞAM HAKKI İÇİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Oldukça yeni bir anlayış olan kadınların şiddetsiz bir yaşam sürme hakkı uluslararası cinsiyet eşitliği normatif çerçevesine göreli olarak geçirmiştir^[6]. Kadın haklarının temel çerçevesini oluşturan CEDAW'ın, müzakere edildiği 1970'lerin sosyo-politik ikliminde kadına şiddet olgusuna yer verilmesi mümkün olmamıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesini takip eden yıllarda

[5] CEDAW, dünyanın pek çok yerinde kadın hakları hareketlerini mobilize etmede ve ivme kazandırmada önemli rol oynamıştır. Sözleşmenin kadın hareketleri tarafından kullanılma stratejileri açısından ülke deneyimleri için bakınız, Mahnaz Afkhami, Yakın Ertürk ve A. E. Mayer (der), *Feminist Advocacy, Family Law and Violence against Women: International Perspectives*, New York, Routledge, 2019.

[6] Kadına şiddet olgusunun siyasi/hukuki gündeme girmesi özellikle üç alanda dönüştürücü etkiye sahip olmuştur: (i) Evrensel insan hakları dili ve yaklaşımının boyutları, kadınların özel alanda yaşadıkları hak ihlallerini kapsayarak genişlemesi (kamusal/özel alan efsanesi sarsılmıştır); (ii) Ceza infaz sisteminin yeni suç türlerine göre yeniden düzenlenmesi (evlilikte tecavüz, mobing gibi); (iii) Devlet doktrininin pozitif yükümlülük anlayışına dönüşmesi (devlet-dışı aktör eylemleri). Bununla birlikte, şiddet gündemini küresel güneydeki kadınları mağduriyet konumuna kilitlediği gerekçesiyle eleştirenler de bulunmaktadır (örneğin, Kapur, Ratna, "The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the 'Native' Subject in International/ Post-Colonial Feminist Legal Politics", *Harvard Human Rights Journal*, Cilt 15, 2002, s.1-37).

küresel kadın hareketinin ısrarlı savunuculuğu sonucu cinsiyete dayalı şiddet göz ardı edilemeyecek bir sorun olarak uluslararası siyasa gündemini işgal eder hale gelmiş ve özen yükümlülüğü standardıyla bezenmiş şiddet odaklı bir dizi mekanizma kabul edilmiştir^[7].

Şiddet odaklı mekanizmalara geçmeden önce özen yükümlülüğü kavram ve standardının gelişimi ve kadın haklarına uygulanma sürecine kısaca bakmak gerekmektedir.

A) ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ STANDARDININ GELİŞİMİ

Anaakım uluslararası insan hakları hukukuna göre, devlet, ya da kamu gücüyle donatılmış görevliler, zarar vermemekle ve neden oldukları zararları tazmin etmekle yükümlüdürler, yani devlet insan haklarına ilişkin negatif sorumluluk taşır. Devlet-dışı aktörlerin verdikleri “özel” zarar ise genel olarak devlet sorumluluğunun dışında kalmaktadır. Ancak, kadına şiddetin bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesi ve özen yükümlülüğü kavramının kadın hakları bağlamında yorumlanması uluslararası hukukun kamusal/özel alan karşıtlığına açıkça meydan okumuştur. Böylece, özen yükümlülüğü standardı, tarihsel olarak özel alana özgü bir mesele olarak normalleştirilen kadına yönelik şiddet olgusuyla mücadelede başvurulan temel bir çerçeve haline gelmiştir^[8].

Çoğu durumda sistematik ve öngörülebilir nitelikte olan kadına yönelik aile içi ve diğer şiddet türleri illaki “özel” bir mesele olmadığından -hatta özel olan da esasında siyasi olduğundan- uluslararası hukuk nezdinde devletin önleyici tedbirler alması kaçınılmaz olmuştur. Böylece, devlet-dışı aktörlerin özel alanda sebep oldukları hak ihlallerinin de devlet yükümlülüğü kapsamına girmesi geleneksel devlet doktrininde önemli kaymalara neden olmuştur.

[7] Kadına şiddet konusuna ilişkin BM bünyesindeki ilk referanslar aile içi çatışmaların önlenmesi ya da ‘zararlı geleneksel uygulamalar’ gibi sınırlı bir çerçevede olmuştur. Bu konudaki gelişmeler için bakınız: Ertürk 2015: 70-90; 124-125.

[8] Ertürk, “The Due Diligence Standard”, *op.cit.*; Shazia Qureshi, “The Emergence/ Extension of Due Diligence Standard to Assess the State Response towards Violence against Women/Domestic Violence”, *South Asian Studies*, Cilt 28, Sayı 1, 2013.

Uluslararası hukukta uzun bir geçmişi olan özen yükümlülüğü kavramıyla ilgili referanslar 17. yüzyıla kadar uzanmaktadır^[9]. Daha yakın tarihte devletin koruma kusurunun bulunduğu gerekçesiyle açılan davalarda kullanılmıştır^[10]. Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 1988'da Manfredo Velásquez'in zorla kayboluşunu (*enforced disappearance*) ele alması ise insan hakları alanında devlet yükümlülüğü açısından dönüm noktası olarak kabul edilmektedir^[11].

Bu davada mahkeme, Honduras'ın İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 1(1) maddesindeki yükümlülüklerini yerine getirmediğine kanaat getirmiş ve “insan haklarını ihlal eden ve ilk başta doğrudan devlete yüklenebilir durumda olmayan (örneğin, bir özel şahsın eylemi sonucunda meydana gelen veya sorumlu şahsın kimliğinin tespit edilemediği) yasadışı bir eylemde, bu eylem sebebiyle değil, fakat bu ihlalin engellenmesi ya da buna yanıt verilmesinde Sözleşmede öngörülen gerekli titizliğin gösterilmemiş olması sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğunun ihlaline yol açabileceği” sonucuna varmıştır^[12]. Bir başka deyişle, devletin, temel hak ve özgürlükleri koruma konusunda ayırım yapmaksızın sorumluluklarını yerine getirmekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), “Osman v. Birleşik Krallık” (1998) davasında, özen yükümlülüğü standardının farklı bir biçimini kullanmış ve o tarihten itibaren içtihadını, devletlerin, devlet-dışı

[9] Hessbruegge, Jan, “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law”, *New York University Journal of International Law*, Sayı 36, 2004; Joanna Bourke-Martignoli, “The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence?”, in *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, (der.) C. Benninger-Budel, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

[10] Özen yükümlülüğü standardı, 1871 Alabama davası dahil, 19. yüzyıldaki çeşitli uluslararası tahkim taleplerinde, devletin yabancılar ve mülklerine yönelik üçüncü şahıs saldırı ve şiddetine ilişkin koruma kusurunda devletin sorumluluğuyla ilgili kullanılmıştır. İlgili hükümler, uluslararası hukuka göre, devletin ister özel ister devlet aktörleri tarafından işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, şiddet eylemlerini önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve bunlara çare bulmak için gereken özeni göstermekle yükümlü olduğu kuralını yerleştirmiştir.

[11] Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi, Velásquez Rodríguez v Honduras, 29 Temmuz 1988, Seri C, Kararlar ve Hükümler, No. 04.

[12] Bourke-Martignoli, *op.cit.*, s. 50.

aktörler tarafından yapılan insan hakları ihlallerine karşı koruma sağlama yükümlülüğüyle bağlantılı olarak geliştirmiştir^[13].

Devletin sorumluluğu, tahkim davalarında olduğu gibi, belirli bir bireye karşı şiddet konusunda harekete geçmemekle ilgili olabilir. Korumada başarısızlık ya da ihmal fikri, yabancılara yönelik zararlardan doğan sorumluluğa ilişkin uluslararası hukuktan gelmektedir. Ancak, bu fikir sadece yabancılara yönelik zarar değil, daha geniş, genel insan hakları korumasını da içerecek şekilde gelişmiştir. Bu anlayış, yakın zamanda kadın hakları alanında, özellikle de kadına yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla uygulanır olmuştur^[14]. Böylece, şiddet konusunda insani kaygı ve mağdur odaklı yaklaşımlardan insan hakları ve güçlenme odaklı yaklaşıma geçiş güçlenmiştir^[15].

Yargısal ve yarı-yargısal niteliğe sahip kararlar çerçevesinde belli durumlara uygulanan ve soyutlama yoluyla genel ilkeleri geliştirilen özen yükümlülüğü standardı eleştiri ve görüş ayrılıklarının da odağında olmuştur. İnsan hakları hareketi içinde konuya şüphe ile bakanlar devlet sorumluluğunun kamu gücünü kullanan devlet görevlileri tarafından doğrudan işlenen hak ihlallerinden kaynaklandığı, eylemsizliğin devlet sorumluluğuna yol açmayacağını savunmaktadırlar. Devlet-dışı aktörler ve sebep oldukları hak ihlalleri insan hakları hareketi içinde tartışmalı bir konudur ve normatif açıdan da henüz yeterince gelişmemiştir^[16]. Dolayısıyla, faili çoğu durumda

[13] *Z ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* 29392/95, [2001] Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 333, 10 Mayıs 2001; *E ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 33218/96, [2002] ECtHR 590, 26 Kasım 2002.

[14] Stephanie Farrior, “The Due Diligence Standard, Private Actors and Domestic Violence”, 2010. (www.humanrightshistory.umich.edu).

[15] Ertürk, “The Due Diligence Standard”, *op.cit.*; Rikki Holtmatt, “Preventing Violence against Women: the Due Diligence Standard with Respect to Obligation to Banish Gender-Stereotypes on the Grounds of Article 5(a) of the CEDAW Convention” in *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, (der.) C. Benninger-Budel, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 64.

[16] İnsan hakları yükümlülüğü fikrinin devlet-dışı aktörlere uygulanmasına karşı görüşler iki iddiaya dayanmaktadır. Bir görüşe göre, bu durum insan hakları kavramını değersizleştirir ve devlet- dışı aktörlere güç ve meşruluk yükler. Clapham (2008) ise, insan haklarının herkesin sahip olduğu ve herkes tarafından saygı gösterilmesi gereken haklar olduğu anlayışından hareket ederek bu hakların birey ile devlet arasında bir sözleşme olduğu sayılısını (assumption) tersine çevirmek gerektiğini savunur.

devlet-dışı aktör olan kadına yönelik şiddet vakaları bazı çevrelerce hala bir insan hakkı meselesi olarak kabul edilmemektedir.

Diğer bazılarına göre ise, özen yükümlülüğü kavramı sözleşme hukukuna göre devlet sorumluluğundan sadece biridir ve içerik itibariyle muğlaktır. Devlet, uluslararası insan haklarıyla ilgili üç yönlü sorumluluğa sahiptir: saygı duymak, korumak ve yükümlülüklerini iyi niyet çerçevesinde geciktirmeden yerine getirmektir^[17].

Saygı duymak ve *iyi niyet* gibi ilkeler, BM tüzüğü ve Viyana antlaşmalar hukuku dahil tüm kaynaklarda yer alsada kanaatimce aldatma niyeti olmaksızın dürüstçe ve iyi niyetle hareket etme düşüncesi, antlaşmaların yorumlanması ve gereken önlemlerin alınması bağlamında fazlasıyla soyut ve manipülasyona açıktır. Oysa, özen yükümlülüğü kavramı uluslararası hukukun kamusal/özel alan ayrımını sorgulayarak önleme ilkesini ön plana çıkartmakta ve koruma ve kovuşturma ile sınırlı olan genel müdahale eğilimlerini düzeltici yönde somut bir açılım vaat etmektedir. Böylece, özen yükümlülüğü standardı iyi niyet ötesinde pratikte belirgin olaylar karşısında ne anlama geldiği ve hangi eylemleri gerektirdiği doğrultusunda işe vuruk (*operational*) bir biçimde tanımlanma potansiyeline sahiptir.

İnsan Hakları Komisyonu (2006 itibariyle İnsan Hakları Konseyi) tarafından Özel Prosedürler^[18] (*Special Procedures*) denetim usulleri bünyesinde oluşturulan (1994) Kadına Yönelik Şiddet, Sebep ve Sonuçları Özel Raportörlüğü görev alanı (bundan böyle “Raportörlük”) özen yükümlülüğü standardının gelişmesi ve somut yaşam koşullarına

Ona göre devlet-dışı aktör yükümlülüğünün ortaya çıkışını anlamada dört olgu etkili olmuştur: küreselleşme, özelleştirme, devletlerin parçalanması (suç ve silahlı grupların güçlenmesi) ve insan hakları hukukunun feminize olması (2006). Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Fariior, *op.cit.*; F. İrem Gürgey ve Özge Y. Dericiler, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesinin 35 Sayılı Tavsiye Kararı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 77, Sayı 1, 2019.

[17] Holtmatt, *op.cit.*, s.88.

[18] İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından desteklenen Özel Prosedürler herhangi bir sözleşmeye taraf olma koşulu aranmayan denetim mekanizmalarından oluşmaktadır. 2023 yılı itibariyle özel prosedürlerin 46 tematik ve 14 ülke görev alanı bulunmaktadır (bkz. www.ohchr.org).

uygulanmasında önemli rol oynamaktadır^[19]. İlk Raportör Coomaraswamy, 2000 tarihli raporunda özen yükümlülüğünün resmi yasal hükümlerin çıkarılmasından daha fazlası olduğunu vurgulamıştır (E/CN.4/2000/68; para. 51-53)^[20]. Konuyu daha ileriye götürmek amacıyla, ikinci raportör olarak, 2006 yılında İnsan Hakları Konseyine özen yükümlülüğü kavram ve standardı temalı bir rapor sundum^[21]. Bu rapor ile, içerik ve sınırları belirsiz olan özen yükümlülüğü kavramının kadına şiddetle mücadelede devletlere ne gibi somut yükümlülükler getirdiğinin irdelenmesi ve tanımlanması amaçlanmıştır.

Raporun hazırlanma sürecinde konu uzmanları ve insan hakları savunucularıyla görüşmeler ve toplantılar yapılmış^[22] ve BM üye devletlere özen yükümlülükleri ile ilgili uygulamaları konusunda bilgi toplamak amacıyla anket gönderilmiştir. Ankete verilen yanıtlar, devletlerin şiddetle mücadelede “mağdur” ya da “suç ceza” odaklı bir yaklaşımdan hareket ederek özen yükümlülüğü standardını şiddet ortaya çıktıktan sonra koruma ve kovuşturma ilkeleri çerçevesinde uyguladıklarını göstermiştir. Kadınları korunmaya muhtaç “zavallı kurbanlar” olarak algılayan mağdur odaklı yaklaşımlar eşitsiz cinsiyet yapılanmasını pekiştirerek şiddet sarmalının yeniden üretilmesinde etkili olmaktadır. Konuyu suç ceza meselesi olarak ele alan yaklaşımlar ise insan hakları ilkelerini göz ardı eden ceza adaleti sistemine aşırı vurgu yaparak devlet müdahalesini cezai önlemlere indirgemektedir.

Diğer taraftan, şiddet olgusunu sürekli kılan ataerkil cinsiyet rejimine dair yapısal eşitsizlikleri dönüştürebilecek *önleme* ilkesi ve şiddetin yol

[19] Raportörün temel görevleri için not 30’a bakınız.

[20] Coomaraswamy aynı raporunda özen yükümlülüğünün resmi yasal hükümlerin çıkarılmasından daha fazlası olduğunu ve kadına yönelik şiddetin etkin bir şekilde önlenmesi için devletin *iyi niyetle* hareket etmesi gerektiğini vurgulamıştır (E/CN.4/2000/68; para. 51-53).

[21] Raportörlük görevim 2003-2006 yıllarını kapsamaktadır.

[22] 2005 yılında özen yükümlülüğü standardını tartışmak amacıyla yapılan toplantıların bazıları şöyle: Eylül ayında, Bern’de Uluslararası Af Örgütü, Bern Üniversitesi Disiplinler Arası Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Merkezi ve İşkenceye Karşı Dünya Örgütü (OMCT) tarafından düzenlenen konferans; konferans sonrası Bern’de tarafımda düzenlenen uzmanlar toplantısı; Ekim ayında, Bangkok’ta Kadın, Hukuk ve Kalkınma Asya Pasifik Forumu (APLWLD) tarafından düzenlenen bölgesel toplantı (bakınız Farrior, *op.cit.*).

açtığı zararı *tazmin etme* ilkesi yönünde devletlerin görece sessiz kaldıkları anlaşılmıştır. CEDAW Komitesine taraf devletlerce sunulan dönemsel raporlar da çoğu devletin şiddeti önleme ve tazmin konularında özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluklarını gereğince yerine getirmediklerini göstermektedir.

Bu veriler ışığında, “Kadınlara Yönelik Şiddetin Bertaraf Edilmesinde Bir Araç Olarak Özen Yükümlülüğü” başlıklı raporda (E/CN.4/2006/61) kadına şiddetle mücadelenin sorunun temelinde yatan ataerkil cinsiyet rejimi ve ondan beslenen kemikleşmiş cinsiyetçi değer ve uygulamalara meydan okumak anlamına geleceğine dikkat çekilerek, mağdur-merkezli bakış açısından “güçlenme” ve insan hakları temelli bir yaklaşımın önemi vurgulanmıştır^[23]. Bu bağlamda, özen yükümlülüğü standardı, özellikle önleme ilkesi odaklı olarak *birey, topluluk, devlet ve ulus ötesi* düzeylerde irdelenmiştir^[24].

Özen yükümlülüğü ilkesinin ısrarlı bir savunuculuk sonucu insan hakları mekanizmaları ve bazı ulusal mahkeme süreçlerinde kabul edilmiş olması ve devleti şiddeti önleme, mağduru şiddete karşı koruma, şiddet vakalarını kovuşturma, suçluları cezalandırma ve zararı tazmin etme yönünde sorumlu tutulması önemli bir gelişmedir. Bununla birlikte, özen yükümlülüğü standardına göre hareket etmenin ne anlama geldiği, bu standardın sınırları ve devletin bu yönde müdahaleye davet edilmesinin olası riskleri tartışma konusu olmaya devam etmektedir^[25].

[23] Bu raporla ilişkili olarak İnsan Hakları Konseyine üç tematik rapor daha sunulmuştur: 2007- Kültür ve Kadına Yönelik Şiddetin Kesişme Noktaları (A/HRC/4/34); 2008- Kadına Yönelik Şiddet ve Devlet Yanıtına İlişkin Göstergeler (A/HRC/7/6); ve 2009- Kadın Haklarının Ekonomi Politikası (A/HRC/11/6). Üçüncü raportör, Rashida Manjoo (2009-2015), 2010 tarihli ilk raporunu tazmin konusunda hazırlamıştır (A/HRC/14/22).

[24] Kadınlara Yönelik Şiddetin Bertaraf Edilmesi Bildirgesi (1993) şiddeti üç düzeyde ele alır: birey, topluluk ve devlet. 2003 yılında sunduğum ilk tematik raporda, küreselleşmeyle birlikte şiddeti besleyen dinamiklerin *ulus ötesi düzeyde* gittikçe daha belirleyici hale gelmesi nedeniyle dördüncü düzey olarak analize dahil edilmesi gerektiği önerisine yer verilmiştir (E/CN.4/2004/66: para 40-45). CEDAW GT 35’in “sınır ötesi (*extraterritorial*) yükümlülük” vurgusu ile bu konu görünürlük ve resmiyet kazanmıştır.

[25] Obreja, Leyla-Denisa, “Expanding Due Diligence: Human Rights Risk Assessment and Limits to State Interventions Aimed at Preventing Domestic Violence”, *Groningen*

B) ŞİDDET ODAKLI MEKANİZMALAR BAĞLAMINDA ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1992’de CEDAW Komitesi, Genel Tavsiye (GT) 19’u kabul ederek Sözleşme’nin şiddet konusundaki sessizliğini gidermiştir^[26]. Buna göre, cinsiyete dayalı şiddet kadınların erkeklerle eşit temelde hak ve özgürlüklerden yararlanma becerisini ciddi şekilde kısıtlayan bir ayrımcılık şekilidir (para 1).

Sözleşme kamu yetkilileri tarafından uygulanan şiddeti kapsasa da bu tür şiddet eylemleri Sözleşmeyi ihlal etmenin yanı sıra, söz konusu devletin genel uluslararası insan hakları hukuku ve diğer sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklerini de ihlal edebilmektedir (GT 19, para 8). Dolayısıyla, CEDAW kapsamında ayrımcılık hükümetler tarafından ya da onlar adına gerçekleştirilen eylemlerle sınırlı değildir. Örneğin, GT 19’da (para 9) vurgulandığı gibi, Sözleşme madde 2 (e) kapsamında taraf devletleri herhangi bir kişi veya kuruluş tarafından kadınlara karşı uygulanan ayrımcılığı ortadan kaldırmak için tüm uygun önlemleri almaya çağırılmaktadır. Dokuzuncu paragraftan anlaşılıyor ki, genel uluslararası hukuk ve insan hakları sözleşmeleri uyarınca, devletler hak ihlallerini önlemek veya şiddet eylemlerini soruşturmak ve cezalandırmak ve tazminat sağlamak için gereken özen yükümlülüklerini yerine getirmezlerse özel eylemlerden de sorumlu tutulabilirler.

Kadına şiddetin 1993 Viyana İnsan Hakları Konferansında bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesiyle özen yükümlülüğü standardının kadın hakları alanına uygulanması yaygınlaşmıştır^[27]. Şiddet olgusunun bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesi kadar önemli ve kavramsal dönüşüme yol açan bir diğer gelişme şiddetin sadece bir ayrımcılık değil aynı zamanda bir *eşitsizlik* meselesi olarak Konferansın resmi metinlerinde yer almış olmasıdır.

Journal of International Law, Cilt 7, Sayı 2, 2020.

[26] GT’lerle eksiklik ve çelişkileri zaman içinde giderilen Sözleşme zamana karşı yaşayan, güncel ve dinamik bir belge haline gelmiştir. Sözleşmenin yorumlanmasında birer araç olan GT’ler taraf devletler üzerinde hukuken bağlayıcılığı olmayan “esnek hukuk” (*soft law*) nitelikli metinler olsa da bunlar Sözleşmeyle bütünleşerek devlet yükümlülüğü üzerinde etki yaratmaktadır.

[27] Özen yükümlülüğü kavramı sivil toplum kuruluşları, iş dünyası, sendikalar gibi çeşitli alanlarda benimsenerek etkili olmuştur. Bu bağlamda Avrupa Birliği 2023 Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Direktifi (CS3D) kayda değerdir (<https://www.responsiblebusiness.org/news/eucsd3d/>).

Böylece, şiddete yönelik egemen olan “korumacı” yaklaşım yerini kadının “güçlenmesi” ve hak odaklı yaklaşıma bırakmıştır.

Aynı yıl, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen *Kadınlara Yönelik Şiddetin Bertaraf Edilmesi Bildirgesi* de (bundan böyle Bildirge) devletin özen yükümlülüğüne vurgu yaparken şiddetin temelinde yatan yapısal eşitsizliğe ve nedenlerine dikkat çekmektedir.

GT 19’den farklı olarak Bildirgenin giriş bölümü, “*Kadına yönelik şiddetin, erkekler tarafından kadınlar üzerinde tahakküm kurulmasına ve kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasına ve kadınların tam ilerlemesinin engellenmesine yol açan, erkekler ve kadınlar arasında tarihsel olarak eşit olmayan güç ilişkilerinin bir tezahürü olduğunu ve kadınların erkeklere kıyasla ikincil bir konuma itilmesinde kadına yönelik şiddetin önemli sosyal mekanizmalardan biri olduğunu kabul ederek...*” (para 6) yapısal eşitsizliklere ve bunların temelindeki nedenlere işaret etmektedir. Dolayısıyla, kadına yönelik eşitsiz muamele ya da ayrımcılık ataerki cinsiyet rejiminin bir sonucudur ve şiddet bu yapısal eşitsizliğin sürdürülmesinde kullanılan bir araç ve bir insan hakkı ihlalidir^[28].

Bildirgenin 4(c) maddesi gereğince, devlet, failin devlet ya da özel şahıs olmasına bakmaksızın, kadına şiddet eylemlerini önlemek, soruşturmak ve failleri ulusal yasalara uygun bir biçimde cezalandırmak için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

Hukuki bağlayıcılığı olmamakla birlikte, Bildirge, kadına şiddet konusunda küresel düzeyde en kapsamlı normatif çerçeve olma niteliğini korumaktadır.

Viyanalı Konferansının kazanımlarından olan bir diğer mekanizma yukarıda özen yükümlülüğünün gelişimi bağlamında sözü edilen Kadına Yönelik Şiddet, Sebep ve Sonuçları Özel Raportörlüğüdür^[29]. Raportörlüğün isminden de anlaşılacağı üzere şiddet kendi içinde bir neden ya da ayrımcılık değildir. Bu görev alanı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Kadınlara

[28] Ayrımcılık karşıtı ve fırsat eşitliği yaklaşımları yapısal cinsiyet eşitsizliklerden kaynaklan şiddetin giderilmesinde yetersiz kalmaktadırlar. Burada vurgulanmak istenilen basit bir determinist ilişki değildir. Ataerkinin başka eşitsizlik sistemleriyle kesişmesi sonucu cinsiyet ilişkilerinin ve kadın olmanın karmaşık halleri gibi pek çok neden şiddet olgusunu da karmaşık kılmaktadır.

[29] 2022’de İnsan Hakları Konseyinin 50/7 nolu kararıyla yenilenen şiddet görev alanının ismi şu şekilde değiştirilmiştir: Kadın ve Kız Çocuklarına Yönelik Şiddet, Sebep ve Sonuçları Özel Raportörlüğü.

Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme ve Kadınlara Karşı Şiddetin Bertaraf Edilmesi Bildirgesi de dahil olmak üzere diğer tüm uluslararası insan hakları belgelerinin ilkeleri çerçevesinde kadına yönelik şiddetle mücadelede BM üye devletlerinin performansını izleme ve tavsiyelerde bulunma yetkisiyle donatılmıştır^[30].

1995 Pekin Eylem Platformu'nun 125(b) paragrafında da tekrarlanan Bildirgenin özen yükümlülüğüne ilişkin hükümleri Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, İnsan Hakları Komitesi, İnsan Hakları Konseyi'nin özel prosedürleri gibi çeşitli insan hakları organları tarafından da benimsenmiştir.

Ayrıca, kadına yönelik şiddetle ilgili bölgesel mekanizmalar da devlet görevinin kapsamını tanımlamak için özen yükümlülüğü standardını kullanmıştır. Bunlar: Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerika Kıtası Sözleşmesi ve Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (kısa adı İstanbul Sözleşmesi, 2011). En yakın tarihli olan İstanbul Sözleşmesine göre, “*Taraflar, devlet-dışı aktörler tarafından işlenen ve bu Sözleşme kapsamına giren şiddet eylemlerinin önlenmesi, soruşturulması, cezalandırılması ve telafi edilmesi için gereken özeni göstermek üzere yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır.*”

2017’de CEDAW Komitesinin GT 19’u güncellemek amacıyla kabul ettiği GT 35 şiddetin bertaraf edilmesine yönelik devletin özen yükümlülüğü standardını somut ve kapsamlı bir biçimde tanımlamaktadır^[31]. Önleyici tedbirlere ayrı bir bölüm ayıran bu karara göre: “*Ataerkil tutumlar ve klişeler,*

[30] İnsan Hakları Komisyonunun “BM mekanizmalarına kadın haklarının entegrasyonu ve kadınlara yönelik şiddetin bertaraf edilmesi” başlıklı kararıyla kurulan Kadınlara Yönelik Şiddet, Sebepleri ve Sonuçları Özel Raportörlüğü oldukça donanımlı ve potansiyeli yüksek bir görev alanıdır. Raportörlük üç temel görevi yerine getirir: (i) hükümetlerin daveti üzerine ülkelere resmi ziyarette bulunarak kadın hakları konusunda incelemelerde bulunmak, bulgu ve önerilerini sözel ve yazılı olarak İnsan Hakları Konseyine sunmak; (ii) kadın haklarının evrenselleşmesi açısından önem taşıyan konuları araştırmak ve Konseye bu konularda yıllık tematik rapor hazırlamak; (iii) gizlilik ilkesi kapsamında, iç hukuk yollarını tüketme gereğine bağlı olmaksızın, hak ihlallerine ilişkin bireysel başvuru almak ve şikâyetle yer alan konu hakkında söz konusu hükümetten bilgi ya da acil önlem talep etmek.

[31] Özen yükümlülüğü standardının gelişiminde bir dönüşüm örneği olarak GT 35 ile ilgili bakınız: Gürgey ve Dericiler, *op.cit.*

aile içi eşitsizlik ve kadınların medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının ihmal edilmesi veya reddedilmesi de dabil olmak üzere kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin altında yatan nedenleri ele almak ve kadınların güçlenmesini, edilgenliklerini ve seslerini duyurmasını teşvik etmek için etkili yasal ve diğer uygun önleyici tedbirleri kabul etmek ve uygulamak” (30/a).

GT 35’in ataerkilliğe atıfta bulunması, kadına yönelik şiddetin bir güçlenme projesi olduğu anlayışının desteklenmesi ve ilgili feminist yaklaşımlarla daha güçlü bir bağ kurulması anlamına gelmesi bakımından kuşkusuz önemli bir ileri adımdır. GT’de temkinli bir biçimde kullanılmış olan “ataerki” sözcüğü, sivil toplum kuruluşlarının (STK) savunuculuk faaliyetlerinde daha güçlü bir yoruma uğrayarak dönüştürücü bir içerik kazanma olasılığı yüksektir.

GT 35 ile taraf devletlerin şiddetle mücadelede özen yükümlülüklerini yerine getirmelerine ve bunu yaparken cinsiyet eşitsizliğinin temelindeki nedenleri göz önünde bulundurma yönündeki çağrı daha da güçlenmiştir. Çeşitli belge ve mekanizmalar kapsamında yukarıda kısaca ele alınan bu yöndeki çağrılar kadına yönelik şiddete karşı olağan tepkisizliğin, devlet onayının ve bu şiddetin neredeyse evrensel tarihi göz önünde bulundurulduğunda pek çok açıdan oldukça cazip olmuştur^[32]. İnsan hakları paradigmasıyla bütünleşmiş bulunan özen yükümlülüğü standardı bir devletin kadına şiddet olgusu karşısında ne yapması gerektiği konusunda temel bir *rehber* ve bu yöndeki yükümlülüklerini yeterince yerine getirip getirmediğini tespit etmek için de bir *gösterge* niteliği taşımaktadır^[33].

Bununla birlikte, evrensel normların kadın haklarının güvence altına alınması için ayrımcı kültürel değer ve pratiklere müdahale etme yönündeki vurgusu devletler ve toplumun egemen güçleri açısından bir direnme ve muhalefet kaynağı olagelmıştır. Kültür temelli muhalefet özellikle günümüz konjonktüründe kadın hakları önünde köklü bir engel olarak siyasi silaha dönüşmüş bulunmaktadır^[34].

[32] Julie Goldscheid ve D. J. Liebovits, “Due Diligence and Gender Violence: Parsing Its Power and Its Perils”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 48, 2015, s.303.

[33] Yakın Ertürk, *Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu*, İstanbul, Metis Yayınları, 2015, s.92.

[34] Bu konu, günümüz ekonomi politikası bölümünde daha ayrıntılı tartışılmaktadır.

C) CEDAW AÇISINDAN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

CEDAW GT 28, Sözleşmeyi “özel aktörler tarafından gerçekleştirilen ayrımcılığın önlenmesi için taraf devletlere gerekli özeni gösterme yükümlülüğü yükler” şeklinde yorumlarsa da faili devlet-dışı aktör olan vakalar karşısında devletin gücünü “iyi niyetle” kullanacağı savı ya da doğrudan mı yoksa STK gibi başka aktörlere mi devredeceği gibi konular sorunlu ve tartışmalı olmaya devam etmektedir. Bazı hizmetlerin sunumunda resmî kurumlar, STK ya da toplum temelli aktörlere göre daha az etkili olabilir. Örneğin, sığınakların açılması, sürdürülmesi ve güvenliği (hem mağdurlar hem de personel açısından) devletin koruma sağlama yükümlülüğünün bir parçasını oluşturmakla birlikte bu tür yerlerin işletilmesinde feminist bir yaklaşım benimseyen STK’ların daha ehil olabileceği konusunu destekleyici örnekler bulunmaktadır.

Ancak, özen yükümlülüğü standardını anlamlı kılan, dikkatleri sorunun temelinde yatan nedenlere çevirerek şiddetin ortaya çıkmadan önlenmesine yönelik tedbir alınmasını ön görüyor olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında özen yükümlülüğü standardının kadın haklarının temel normatif çerçevesini oluşturan CEDAW bağlamında yorumlanması ve rolü sözleşmeyi güncel ve dinamik kılma bakımından özellikle önemlidir.

Unutmamak gerekir ki CEDAW zor bir müzakere sürecinden geçerek yasalaşmıştır^[35]. Uzun müzakerelerin sonunda CEDAW’ın bir mutabakat metni olarak kabul edilememiş olması, kadının insan hakları konusunun

[35] Bilindiği gibi, 1972 yılında Kadının Statüsü Komisyonu (CSW) cinsiyet ayrımcılığına karşı özel bir sözleşmenin gerekli olduğuna karar vererek 1974’teki oturumunda bir taslak sözleşme kaleme alması için bir çalışma grubu oluşturdu. Uzun ve zor bir müzakere süreci sonucu taslak sözleşme 18 Aralık 1979’daki Genel Kurul’da 130 evet oyuna karşı 11 çekimser oyla kabul edildi. Sözleşme, 20 ülkenin onayı sonucu 1980’de yürürlüğe girmiştir. (CSW’un kurumsal kimliği ve gelişimi için bakınız: Ertürk 2015, Acuner 2021). Yakın Ertürk, “Global Cooperation in the Aftermath of Covid-19: Reimagining the Mainstream”, <https://kockam.ku.edu.tr/global-cooperation-in-the-aftermath-of-covid-19-reimagining-the-mainstream-yakin-erturk/>, 24 Mayıs 2021; Selma Acuner, “BM Kadının Statüsü Komisyonu’nun Dünü ve Bugünü.” *Eşitlik, Adalet, Kadın Platformu* (www.esitlikadaletkadın.org), 19 Mart 2021.

derin engellerle karşı karşıya olduğunun bir göstergesidir^[36]. Tartışmaların odağında vatandaşlık, kırsal kalkınma, evlilik ve aile, eğitim ve istihdam, sağlık hizmetleri ve ekonomi gibi alanlarda ayrımcılığın yasaklanması yer almıştır^[37].

Sömürgecilik ve iki dünya savaşı dinamiklerinin kalıntıları, 1970'lerin erkek egemen ideolojik ortamı ve model olarak Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesi Sözleşmesinin (CERD) alınması CEDAW'ın pek çok taviz ve uzlaşısıyla kabul edilmesine, dolayısıyla da bünyesinde belli çelişkiler taşımasına neden olmuştur. Bu çelişkilerden ikisi kadın haklarının yorumu ve tesisi açısından özellikle önemli olmuştur: (i) kamusal-özel alan ayrımı (özel mesele olduğu iddiasıyla kadına şiddete sözleşmede yer verilmemesi), (ii) çıkış noktasının *yapısal eşitsizlik* yerine *ayrımcılık* olması.^[38] Bunların yanı sıra uygulama yöntemleri ve çekince rejimi de Sözleşmenin etkili bir biçimde hayata geçirilmesinde sınırlandırıcı olmuştur.

CEDAW kadını güçlendirmeyi amaçlarken çok boyutlu toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri konusunda sessiz kalması ve kadınları kimlikçi ve özcü bir kategori olarak ele almasıyla eşitsiz yapılanmaları kırmada yetersiz kaldığı eleştirilerine maruz kalmıştır^[39]. Ancak, her ne kadar,

[36] CEDAW'ın getirdiği hukuki yükümlülük ve Türkiye bağlamında değerlendirme için bakınız: Turgut Tarhanlı, "Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi: Sonuç ve Süreç Geriliminde Antlaşmalar Hukuku, İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye." S. Eryılmaz, G. Ayata, P. Çağlı (der), Kadına Karşı Ayrımcılık: Hukuk, Toplum, Devlet ve CEDAW, İstanbul, Bilgi Üniversitesi, 2020, s. 11

[37] Sözleşmeye önemli bir çoğunluğun evet oyu vermiş olması tam anlamıyla ortak bir tavır ve memnuniyet anlamına gelmiyordu, bu da yıllar içinde sözleşmenin belli maddelerine konulan çekinceler ve uygulamadaki aksaklıklarda kendini göstermiştir.

[38] Ayrımcılığın yasaklanması yaklaşımı feminist düşüncenin temel temalarından biri olan aynılık-farklılık tartışmasını gündeme getirmektedir. Tartışmanın tarafları kadın erkek eşitliği hedefi etrafında birleşseler de strateji konusunda birbirlerinden ayrılmaktadırlar. 'Aynılık' yaklaşımı cinsler arasındaki benzerlikten hareket eder ve kadınların erkeklerle aynı muameleye tabi tutulmaları gerektiği anlayışıyla ayrımcılığın yasaklanmasını ön görmektedir. Diğer taraftan, 'farklılık' taraftarları kurumların erkek yanlılığına vurgu yaparak kadınların aynı haklardan aynı şekilde yararlanabilmeleri için eşitliği sağlayıcı özel önlemlerin alınmasını savunmaktadırlar. Bakınız Capps 1996.

[39] Rosenblum, Darren, "Unsex CEDAW, or What's Wrong With Women's Rights", *Columbia J. Gender & Law*, Cilt 20, Sayı 2, 2011.

yapısal eşitsizliklere odaklanmasa da yasal (*de jure*) ve fiili (*de facto*) eşitlik ayrımını benimseyen Sözleşme tarihsel bir olgu olarak tanımladığı kadın mağduriyetini gidermek için pozitif ayrımcılık ön görmüştür. Sözleşmenin 16 temel maddesi kadınlar için medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları tanımlayarak ayrımcılığı ortadan kaldıracak daha geniş bir eşitlik anlayışının oluşturulması ihtiyacını karşılar niteliktedir.

Devletleri, ayrımcılığın temelindeki nedenleri ele almaya davet eden CEDAW madde 5 özen yükümlülüğünün önleme ilkesi açısından yol göstericidir^[40]. Bu maddenin, zaman içinde, ayrımcılığa neden olan cinsiyete ilişkin kalıpları bir zihniyet sorunu olmaktan ziyade yapısal ayrımcılığın kaynağı olarak yorumlanması Sözleşmenin yaşayan dinamik bir belge olduğunu göstermektedir^[41].

Madde 5(a) her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyarguların, geleneksel ya da diğer uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek gerektiğini vurgulamaktadır. Bu hüküm, Sözleşmenin önsözü ile birlikte okunduğunda, cinsiyet eşitliğinin tam anlamda sağlanmasının toplum ve ailedeki geleneksel cinsiyet rollerinin değişmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır^[42]. Böylece, CEDAW taraf devletlere iki farklı sorumluluk yüklemektedir: (i) sosyal yaşamda kadın ve erkeklerin nasıl tasvir ve temsil edildiğinin denetimine ilişkin yükümlülük; (ii) yasa ve politikalarda cinsiyetçi klişelerin ortadan kaldırılmasına ilişkin yükümlülük. Birincisi, özen yükümlülüğünün önleme ilkesiyle doğrudan ilgilidir.

Bu madde, devletleri, herhangi bir kişi, kuruluş veya kurumun kadınlara ayırım yapmasını önlemek için bütün uygun önlemleri almaya yükümlü kılan madde 2(e) ile birlikte ele alındığında kamusal/özel alan karşıtlığının aşılmasına olanak sağlamaktadır.

Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, GT 28'e göre Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca taraf devletler doğrudan veya dolaylı olarak neden oldukları ayrımcılığı önlemekle sınırlı olmayıp, aynı zamanda, özel

[40] Madde 5'in CEDAW'daki yeri ve rolü için bakınız Holtmaat *op.cit.*

[41] Holtmaat *op.cit.*, s.78.

[42] Holtmaat *op.cit.*, s.60.

aktörler tarafından gerçekleştirilen ayrımcılığın önlenmesi için de gerekli özeni gösterme yükümlülüğüne sahiptirler. Böylece, özen yükümlülüğü kavramının uygulanması pozitif ayrımcılık ilkesi dahil Sözleşmenin genel olarak daha kapsamlı yorumlanmasını mümkün kılmaktadır.

2000 yılında CEDAW İhtiyari Protokolünün (bundan böyle ‘Protokol’) yürürlüğe girmesiyle devletin kadına yönelik şiddet sorumluluğu için ilave içtihat kaynağı oluşmuştur. Protokol iki özelliğiyle Sözleşmenin denetim kapasitesini güçlendirmektedir: (i) kişilerin Komiteye bireysel başvuru yapma hakkı; (ii) Komiteye sistematik hak ihlallerini soruşturma yetkisi (madde 8)^[43].

Komite, Protokol kapsamında aldığı ilk bireysel başvuru olan “A.T. v Macaristan” davasında aile içi şiddetle ilgili verdiği kararda taraf devletin, Sözleşme’nin 2, 5 ve 16’ncı maddelerinde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmediği hükmüne varmıştır (2005)^[44]. Macaristan’ın özen gösterme konusundaki eksikliği, Komite’nin hükmünde açık bir biçimde ifade edilmemiştir. Özen yükümlülüğü standardı, Komite’nin Sözleşme’de belirtilen A.T.’ye yönelik şiddeti engelleme ve onu bu şiddetin sonuçlarından koruma yükümlülüklerini yerine getirmede devletin başarısız olduğunu belirleme biçimine rehber olduğu açıkça görülmektedir.

Protokol kapsamında Komite ilk soruşturma yetkisini 2003 yılında kadın cinayetlerini (*femicide*) araştırmak üzere Meksika’da kullanmış ve yetkililerin kadınlara yönelik, cinayet dahil, suçların önlenmesi, soruşturulması, yargılanması ve mağdurların tazmin edilmesi konularında sistematik olarak yükümlülüklerini ihlal ettiklerine hükmetmiştir. Komite, federal hükümetin ve Meksika’nın Chihuahua eyaletinin Ciudad Juarez kentinde belediye yetkililerinin gerekli özenin gösterilmemesinden duyduğu ciddi endişeyi ifade etmiş ve sistematik kadın cinayetleri

[43] Protokolün getirdiği yenilikler taraf devletlerde iç hukuk yollarının tüketilmesiyle geçerlilik kazanmaktadır.

[44] Türkiye aleyhine ilk başvuruyu baş örtüsüyle ilgili olarak Rahime Kayhan yapmıştır (2004). İç hukuk yollarının tüketilmemiş olmasından dolayı Komite başvuruyu kabul edilemezlik kararıyla reddetmiştir.

karşısında devletin CEDAW'ı uygularken ciddi boşluklar bıraktığına dikkat çekmiştir^[45].

Komite tarafından karara bağlanan “Gökçe v. Avusturya” ve “Yıldırım v. Avusturya” vakaları devletin özen yükümlülüğü standardının somut vakalara uygulanmasına örnek teşkil etmektedir. Her iki davada da iki kadının (Şahide Gökçe ve Fatma Yıldırım) kocaları tarafından yıllarca süren eziyetin ardından öldürüldüğü bir dizi şiddet söz konusudur. Şiddetin polise bildirilmesine ve koruma kararı alınmasına rağmen kadınlar korunamamıştır. Avusturya iç hukuk yolları tüketildikten sonra iki vaka STK'ların başvurusuyla Komiteye taşınmıştır^[46].

Gökçe davasında Komite, Avusturya'nın şiddetle mücadelede oldukça kapsamlı bir sistemi bulunmasına ve kocanın 'hukuka uygun olarak' yargılanmış olmasına rağmen, Sözleşmenin 2(a) ve (c-f) ve 3. maddeleri ile GT 19 kapsamındaki özen yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır^[47]. Yetkililer Şahide Gökçe'nin hayatının tehlikede olduğunu bilmekte veya bilebilecek konumda bulunsalar da Avusturya polisi gereken tedbiri alma konusunda özen yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.

Gökçe davasında olduğu gibi kocasından uzun süre şiddet gördükten sonra öldürülen Fatma Yıldırım davasında Komite, aile içi şiddetle ilgili kapsamlı yasal ve politik çerçeveye rağmen, yetkililerin Fatma Yıldırım'ın karşı karşıya olduğu “son derece tehlikeli durumu” bildiği veya bilmesi gerektiği sonucuna vararak Avusturya'yı özen yükümlülüğünü ihlal ettiği hükmetmiştir^[48].

Bu kararlar, özellikle aile içi şiddetle mücadelede kapsamlı bir model oluşturarak devletler için yol göstericidir. Zira görülüyor ki, kapsamlı yasal önlemlerin alındığı durumlarda dahi devlet yetkililerinin önleme ilkesi

[45] CEDAW/C/2005/OP.8/Mexico.

[46] Goldscheid ve Liebovitz, *op.cit.*; Doğan, Recep, “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü Standardı”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s.104.

[47] Sahide Goekce (deceased) v Austria (5/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005, CEDAW Committee, Views on Communications 5/2005.

[48] Fatima Yildirim (deceased) v Austria (6/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, CEDAW Committee, Views on Communications 6/2005.

doğrultusunda gerekli özeni göstermemesi faillerin bu tür suçları işlemeye devam etmelerine ve sistemin çatlaklarından sıyrılmayı başarmaktadırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Opuz v Türkiye* davasındaki kararı, kadına yönelik şiddetin aile içinde önlenmesini devletin pozitif yükümlülüğünü ve buna sistematik olarak uyulmaması, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağının ihlali olarak açıkça ortaya koymuştur. Karar, kadına yönelik aile içi şiddetin temel bir güç dengesizliğini yansıtan sistematik bir sorun olduğunu kabul etmektedir. Mahkemenin kararı, kadınları aile içi şiddetten korumak için devletlere güçlü bir sorumluluk getirmektedir.

Yakın zamana kadar aile içi şiddet gibi eziyet ve kötü muamelenin “özel alanın” bir parçası olarak sınıflandırılması normleştirici bir etki yaratmış ve “kamusal” alandaki şiddet olaylarına göre devletin daha az müdahale etme eğiliminde olmasına neden olmuştur. Böylece, taraf devletlerin CEDAW yükümlülüklerine ilişkin dönemsel raporlarında, şiddet konusuna yer vermeleri gerekmemiştir. Özen yükümlülüğü standardının insan hakları alanına uygulanır olmasıyla özel yaşamdaki hak ihlallerini göz ardı eden devlet, koruma ve cezalandırma yükümlülüğünü ayırım gözetmeden yerine getirmemekten sorumlu tutulabilir ve özel ihlallere suç ortağı olmakla suçlanabilir hale gelmiştir. İnsan hakları sözleşme hukukunda yer alan koruma, destekleme ve gerçekleştirilmeye dair “pozitif yükümlülük”, aynı zamanda özen yükümlülüğünü de kapsamaktadır^[49].

CEDAW'ın birçok engelle rağmen kabul edilebilmiş olmasıyla geleneksel olarak yalnızca “yüksek siyaset” tarafından şekillendirilen uluslararası ilişkilerin değişmesi azımsanmayacak bir zaferdir. Kadınlara karşı ayrımcılığın

[49] Özen yükümlülüğü ve pozitif yükümlülük kavramlarının birbirini tamamladığı yönünde genel bir mutabakat bulunmaktadır. Bourke-Martignoni, *op.cit.*; Chinkin, Christine, “Addressing Violence against Women in the Commonwealth within States' Obligations under International Law”, *Commonwealth Law Bulletin*, Cilt 40, Sayı 3, 2017; Vladislava Stoyanova, “Due Diligence versus Positive Obligations”, in *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, (der.) J. Niemi, L. Peroni ve V. Stoyanova, London, Routledge, 2020. Bourke-Martignoni'ye göre “insan hakları sözleşmesi hukukunda yer alan insan haklarını koruma, saygı gösterme ve yerine getirme pozitif yükümlülüğü, bireyleri özel kişi veya kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı korumak için gereken özeni gösterme yükümlülüğü anlamına gelmektedir” *op.cit.*, s.52. Benzer bir anlayışla, Chinkin, özen yükümlülüğünün pozitif yükümlülüğü pekiştirdiğini savunur. Ona göre, özen yükümlülüğü devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken ne yapmaları gerektiği ve bunu nasıl yerine getirecekleri ile ilgilidir.

ne olduğunu ve bunların bertaraf edilmesi için ne gibi önlemlerin alınması gerektiğini hukuken bağlayıcı bir metinde tanımlayan CEDAW dünya kadınları için vazgeçilmez güçlü bir mücadele aracı ve temel insan hakları sözleşmeleri içinde en ilham verici olanıdır. Sözleşme hiçbir ülkede yeterince uygulanmamaktaysa da ulusal hukuk sistemlerinde kayda değer bir içselleştirmenin sağlandığı yadsınamaz.

II. TEORİ İLE PRATIĞIN UYUMSUZLUĞU

Özen yükümlülüğü standardı kadın haklarına ilişkin normların daha kapsamlı yorumlanmasını, şiddetle mücadelede kamusal/özel alan mitinin aşılmasını ve STK savunuculuğunu önemli ölçüde desteklemiştir. Bu ve benzeri gelişmeler sonucunda kadın hakları ve cinsiyet eşitliği gündemi BM'nin anaakım kurumlarında yerini almıştır. Hükümetler arası kurullarda genelde mutabakata dayalı olarak kabul edilen mekanizmalardan oluşan uluslararası kadın hakları rejimi kadınların ulusal ve yerel düzeydeki mücadeleleri için meşru bir kaynak oluşturmuştur^[50]. Küçümsenmemesi gereken bu gelişmeler dünyanın her yerinde kadınların yaşam koşullarında önemli bazı somut iyileşmelere ve kadınlar arasında geriye dönüşü olmayan bir hak ve eşitlik bilincinin gelişmesine neden olmuş.

Ancak, neredeyse evrensel bir onaya sahip olan CEDAW'ın 40 yılı aşkın bir süredir uygulanmakta olmasına karşın, bugün, toplumsal cinsiyet eşitsizliği evrenselliğini koruyor olması, kadına şiddet tüm dünyada artarak devam ediyor olması, kadın cinayetleri olağanlaşıyor, kadın ve LGBT+ ve üreme haklarının en gelişmiş ülkelerde dahi siyasanın ve saldırıların odağında yer alıyor olması uluslararası hukuk açısından bazı soruları gündeme getirmektedir^[51]. Bu gerçeklik karşısında sorunu normatif boşlukta bulanlar şiddet konusunda küresel bir sözleşmenin gerektiğini savunmuşlardır.^[52] Diğer bazıları ise

[50] Ancak, burada şunu da vurgulamak gerekir ki, özellikle 1990'lardan bu yana elde edilen kazanımlar gerek ataerkinin gerekse egemen kurumların fay hatlarında derin çatlamalara yol açarak karşıt çıkarları da kışkırtmıştır.

[51] Conny Roggeband, *International Women's Rights: Progress Under Attack?*, KFG Working Paper Series, No. 26, Ocak 2019.

[52] Şiddetle ilgili küresel bir sözleşme önerileri pek taraf bulmadı. Bunun yerine, bugün, Kosta Rica'nın öncülüğünde ve STK (Every Women) ve bazı Raportörlerin (Reem Al Salem, Dubravka Shimonovic ve Rashida Manjoo) savunuculuğuyla kadına şiddet konusunda CEDAW bağlamında bir ihtiyari protokol oluşturma girişimi

sorunun insan hakları sisteminin çelişkilerinden kaynaklandığına işaret ederek, sömürgecilik sonrası gelişen insan hakları paradigmasının 'doğum kusuruyla' meydana geldiği^[53], insan hakları dili ve mekanizmalarının soyut ve hukuki niteliği ile kadının gündelik yaşam pratiğinden kopuk olduğu gibi konulara odaklanmışlardır. Bu yöndeki eleştirilerin gerçeklik payı olduğu muhakkak, ancak gerek kavramsal gerekse yöneme ilişkin sorunlar esasında normatif boşluktan ziyade siyasi dinamiklerden kaynaklanmaktadır, yani, sorun esas itibariyle normatif değil siyasidir.

20. yüzyıl ortalarına damgasını vuran faşizm ve askeri diktatörlüklere karşı 1990'ların dalga dalga yayılan hak temelli gelişmelerinden sonra daha adil ve eşitlikçi bir dünyanın mümkün olduğu inancıyla girdiğimiz 21. yüzyılın birbirini izleyen krizler sarmalı ve siyasi meşruiyet sorunları sağ popülist hareketler için uygun bir zemin hazırlamıştır. Böylece, yükselen yeni otoriterlik genel olarak haklar mücadelesini baltalarken kadının insan haklarını doğrudan hedef almış ve teori ile pratik arasındaki gerilimi daha da derinleştirmiştir. Yapısal eşitsizliklerden soyutlanan şiddet olgusunun ise bireysel ve kültürel faktörlere indirgenmesi mağdur odaklı ve korumacı eğilimlerin tekrar canlanmasına neden olmuştur.

Bu dönüşümü daha iyi anlayabilmek amacıyla temelde yatan günümüz ekonomi politik dinamikler ve hâkim bir eşitlik yaklaşımı haline gelen toplumsal cinsiyetin anaakımlaştırılması yöntemi aşağıda ana hatlarıyla gözden geçirilmektedir.

A) GÜNÜMÜZ EKONOMİ POLİTİK DİNAMİKLER

40 yıllık neoliberal yayılmanın yol açtığı tahribat ve liberal demokrasinin geniş halk kesimlerine erişememesine bir tepki olarak ortaya çıkan sağ popülist hareketler dünya kadınlarını benzer tehditlerle karşı karşıya bırakmaktadır. Neoliberalizmi çıkmaza sokan 2008 küresel finansal kriz, esasında özelleştirme, liberalleştirme ve deregülasyon politikalarının iflasının bir göstergesidir ve ekonomik çöküntünün ötesinde toplumların ve dayanışma biçimlerinin çözülmesine işaret etmektedir. Bu politikalarla yıllardır çevre, sağlık sistemi, tarım sektörü , kamu hizmetleri gibi pek çok

bulunmaktadır. Konu, Mart 2024 CSW ve Haziran 2024 HRC sırasında düzenlenen panellerle tartışmaya açılmıştır.

[53] Roggeband, *op.cit.*

alanın bozguna uğratılması ve Covid-19 pandemi sürecinin derinleştirdiği toplumsal hoşnutsuzluklar milliyetçi ve muhafazakâr söylemleri ve otoriter devlet modelini destekleyici bir ortam sağlamıştır. Kendilerini mağdur kitlelerin savunucusu olarak sunan muhafazakâr kadrolar kilit kurumlara sızarak bazı yerlerde demokratik yollarla iktidarı ele geçirmişler, diğer bazı yerlerde ise güçlü muhalif kanat oluşturmuşlardır^[54].

Uluslararası sistem krizinin dışa bağımlılıktan, BM gibi küresel yönetim sistemleri ve eşitlik politikalarından kaynaklandığı iddiasında olan sağ popülist hareketler medeniyetler arası, *babtist-burqa*^[55] olarak da tanımlanan, gevşek iş birliği ağları kurmuşlardır. Bu iş birliği İslamafobi ve mülteci krizi nedeniyle uluslararası düzeyde çözülmüş olsa da toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı bu hareketlerin siyasileşmesi ve kitleleşmesi sürecinde güçlü bir mobilizasyon aracı olmuştur^[56]. Özellikle kürtaj ve LGBT+ ilişkileri, dünyanın dört köşesinde, benzer politika ve uygulamalarla toplumları hiç olmadığı kadar kutuplaştırmıştır^[57]. Kapitalizm ile pek de sorunları olmayan toplumsal cinsiyet karşıtı sağ popülist hareketlerin temel amaçları ataerkil cinsiyet rejimini, ‘istikrarsızlaşan’ geleneksel aileyi ve ‘zedelenen’ erkekliği yeniden restore etmektir.

Diğer taraftan, neoliberal politikalar uluslararası insan hakları sisteminin temel muhatabı olan ulusal devleti hak talepleri karşısında işlevsiz/isteksiz bırakmış ve denetim dışı kalan ulusal sınırlar dışındaki tahakküm alanlarını da güçlendirmiştir. Bu durum, kadın hareketi açısından, hak tesisinde muhatabın kim/neresi olacağı sorusunu da gündeme getirmektedir. Hak

[54] Clifford Bob, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Ertürk, “Global Cooperation in the Aftermath of Covid-19”, *op.cit.*; Alev Özkazanç, “Otoriter Sağ Popülizmin Yükselişi ve Küresel Kadın Hareketi”, https://kisadalga.net/yazar/otoriter-sag-populizmin-yukselisi-ve-kuresel-kadin-hareketi_27536, 8 Nisan 2022.

[55] Bob, *op.cit.*

[56] Arap Baharı’ndan sonra hedef haline gelen CEDAW’dan çekilme girişimleri, Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesinden çekilmesi gibi eylemler bu açıdan anlamlıdır.

[57] Örneğin, 1 Eylül 2021 tarihinde ABD’nin Teksas eyaletinde tartışmalı ve oldukça kısıtlayıcı kürtaj yasası yürürlüğe girmiştir. Bu yasa embriyonun kalp atışlarının duyulduğu andan, yani yaklaşık altıncı hamilelik haftasından itibaren kadınlara kürtaj yasağı getirmektedir. Yasanın engellenmesi için yapılan acil temyiz başvurusu ise yüksek mahkemece reddedilmiştir.

taleplerine ve genel olarak küresel nitelik taşıyan sorunlara etkili yanıt verebilmek için uluslararası iş birliği ve çok-taraflı karar süreci kritik önem taşımaktadır. Erozyona uğrayan ve sağ popülist siyasi akımların hedefi haline gelen çok-taraflı uluslararası sistemi güçlendirmek/dönüştürmek, kadın hareketinin geleceği açısından kritik bir sorunsaldır.

Yükselen sağ popülist hareketler evrensel insan hakları değer ve normlarına, özellikle de kadın ve LGBT+ haklarına karşı çıkarken genelde kültür ve güvenlik söylemine sığınarak kendilerini meşrulaştırma eğilimindedirler.

Kültür temelli savunular insan haklarına köklü bir meydan okuma oluşturmaktadır. Farklılığın aracı ve kimlik siyasetinin temelini oluşturan kültür ve din referanslı güçler evrensel kadın hakları standartlarını “kültürümüze” yabancı olduğu gerekçesiyle reddetmekte ve CEDAW madde 5(a) ve benzeri normları hedef almaktadırlar. Özcü kültür söylemine küresel kuzeyden bakıldığında “ötekinin kültürü” kadının tutsaklığının kaynağı olarak algılanmaktadır.

Kadına şiddet sorununun kültürleştirilmesi^[58] dikkatleri eşitsiz cinsiyetçi yapılardan ve ekonomik/politik dinamiklerden uzaklaştırarak, ya kültürün yabancı tehditlere karşı korunmasına ya da kadının kendi gelenek, görenek, kültüründen korunmasına indirgemektedir.

Merry’ye göre, kadınların, azınlıkların ve diğer savunmasız ikincilleştirilmiş grupların karşılaştığı dezavantajlar için kültürü suçlamak, çağdaş neoliberal küreselleşmenin savunucuları için çekici bir ideolojidir. Genişleyen kapitalizmin ve küresel çatışmaların yol açtığı tahribatın suçu diğerinin kültürüne atfedilmektedir^[59].

Kadınların ezilmişliğini ötekinin kültürüne atfetmek, zengin ülkeleri kapitalizm, neo-liberalizm, militarizm, işgal ve silahlı çatışmaların yol

[58] Kökü sömürgecilik tarihine dayanan kültür temelli söylemlerin BM cinsiyet eşitliği gündemindeki en somut örneği 1984’te *İnsan Hakları Komisyonu* bünyesinde kurulan “zararlı geleneksel uygulamalar” (HTP) *çalışma* grubudur. HTP gündemi, kadın sünneti (*female genital mutilation*) gibi “geleneksel” uygulamalara yer vererek daha önce göz ardı edilmiş pek çok soruna görünürlük kazandırmışsa da kültürel *özcülük* ve kurban özne yanlılıklarını pekiştirmiştir.

[59] Merry, Sally E., “Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way)”, *Political and Legal Anthropology Review*, Cilt 26, Sayı 1, 2003, s.64.

açtığı gerilim, yoksullaşma ve yıkımın sorumluluğundan kurtarıırken, kültürel özgünlük söylemi, geleneksel patriarklara kadın hakları taleplerini yerine getirme sorumluluğundan sıyrılmak için mükemmel bir mazeret sağlamaktadır^[60].

Kültür temelli söylemler grup haklarının – azınlık, yerli nüfus, göçmen toplulukları gibi – çoğu durumda kadın haklarını kısıtlayıcı biçimde yorumlanmasına da neden olmaktadır. Hukuki merkezîyetçiliğin ve evrensel değerlerin grup iradesine dayalı yaklaşımlar açısından bölücü ve kışkırtıcı olarak algılanması hukuki çoğulculuğu cazip kılmaktadır. Böylece, devlet tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelere rağmen evrensel insan hakları standartları etkisiz kalmaktadır^[61].

Günümüzde kadınların ulaştıkları hak bilinci ve talebi karşısında kadın hakları üzerinde pazarlık ve uzlaşma arayışları birer seçenek olamaz. Bu nedenle, kültürel özcülük, görelilik ya da mutlakçılık tezleriyle karşımıza çıkan meydan okumalara verilecek cevap, bir taraftan, farklı kültürlerle saygı gösterirken, diğer taraftan da bu tür yaklaşımlarla bezenmiş baskıcı uygulamalara direnmek, onların temelinde yatan güç ilişkilerini deşifre etmek ve kadın haklarını “aynılık” değil, “farklılık” temelinde yorumlayarak evrensel insan hakları standartlarına sahip çıkmak gerekmektedir^[62].

[60] Yakın Ertürk, “Culture versus Rights Dualism: a myth or a reality?”, *Development*, Cilt 55, Sayı 3, 2012.

[61] *Örneğin*, Hindistan’ın kurucu liderleri anayasal laiklik ve merkezi hukuk sistemi hedeflemiş olsalar da azınlıkların direnmeleri nedeniyle merkezi medeni hukuktan ayrı olarak, her biri kendi içinde farklı ve tartışmalı dört ana grubu (Hindu, Müslüman, Hıristiyan ve Parsi) temsil eden kanunlar kodlanmıştır. Uluslararası literatüre geçmiş olan Shah Bano davası toplumsal farklılığın nihai ifadesini bulduğu kişisel statü hukukuna toplumsal siyasetin nasıl dahil edildiğinin somut bir göstergesidir. 1978 yılında, kocasının boşadığı altmış iki yaşındaki Müslüman Shah Bano Hindistan Yüksek Mahkemesinde dava açarak nafaka hakkı kazanmıştır. Ancak, Müslüman topluluk tarafından şeriat hukukuna saldırı olarak algılanan karar *İslami liderlerin baskısı sonucu geri çekilmiştir*. Bugün daha da radikalleşen etnik/dini ilişkiler, Hindistan’da kadınların adalet arayışı ve kişisel hukuk üzerindeki siyasi savaşı yansıtmaktadır Kalpana Kannabiran, “India Case Study” in *Feminist Advocacy, Family Law and Violence against Women International Perspectives*, (der.) Mahnaz Akhemi, Yakın Ertürk ve Ann Elizabeth Mayer, Routledge, 2019, s.51-70.

[62] Ertürk, *Sınır Tanımayan Şiddet*, *op.cit.*, s.138.

Güvenlikçi söylem devlet dışı aktörlerin kitle imha silahlarına erişimleri ve özellikle 11 Eylül 2001 ikiz kulelere yapılan saldırı sonucu öncelik kazanarak insan hakları karşıtı popülist siyasi eğilimleri güçlendirmekte ve hükümetlerin uluslararası insan hakları taahhütlerini de zaafa uğratmaktadır. 11 Eylül'ü takip eden günlerde, hükümetler ulusal güvenlik sistemlerini güçlendirmek ve genişletmek için hızlı adımlar atmışlar ve teröre karşı küresel savaş ilan etmişlerdir. Bu çerçevede devreye giren önlemler ulusal güvenliğin meşru korunması ile insan haklarına saygı arasındaki dengeyi bozan güçlü bir silaha dönüşmüştür.

Bu bağlamda, güvenlik sektörü kurumları orantısız yetki ve kaynakla donatılmış ve ulusal ve kamu güvenliğine yönelik iddialar yargı ve diğer kurumlar üzerinde hakimiyet kurmuştur. Böylece, insan hakları karşıtı siyasa ve uygulamaları meşrulaştırıcı bir siyasi zemin oluşmuştur. Gelişmiş demokrasileri de etkileyen bu durum, mülteci, azınlık ve kadın hakları başta olmak üzere pek çok alanda hak ihlallerinin ve uluslararası normların çiğnenmesine neden olmuştur.^[63] Hak taleplerinin terörle mücadele kapsamında ele alınması ve korku ortamının yaratılması muhalif seslerin susturulmasında yaygın bir siyasi baskı aracına dönüşmüştür.^[64] Güvenlikçi gündem, cezalandırıcı ve yasakçı devlete ve yükselen yeni otoriterleşmeye sağlam bir dayanak sağlamıştır.

B) EŞİTLİK STRATEJİSİ OLARAK TOPLUMSAL CİNSİYETİN ANAAKIMLAŞTIRILMASI

Pekin Konferansı sonrasında, 'toplumsal cinsiyet' terimi, BM içinde ve dışında tartışmasız bir analiz ve siyasa aracı haline gelmiştir. 1997'de BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC), kavramı bir adım daha ileri götürerek politikaların, programların ve bütçelerin etkisinin, cinsiyet eşitliğini

[63] Guantanamo kampı, ulusal güvenlik gerekçesiyle uluslararası insan hakları ve insancıl hukukun ihlali açısından çarpıcı bir örnektir. ABD'nin, 1990'larda sığınmacılar için bir işleme merkezi ve HIV pozitif mülteciler için bir kamp olarak kullandığı Küba'daki Guantanamo *Körfezi*, 11 Eylül ardından, teröre karşı savaş kapsamında askeri cezaevine dönüştürülmüştür. İnsan hakları örgütleri ve uluslararası kurumlar, Guantanamo'da 2002 yılından beri yasadışı ve süresiz gözaltı, işkence, insanlık dışı koşullar, adil olmayan yargılamalar gibi pek çok uluslararası hukuk ihlallerinin herhangi bir yaptırıma tabi tutulmadan devam ettiğine defalarca dikkat çekmişlerdir.

[64] Türkiye'de Gezi direnişçileri, barış imzacıları, kadın hakları platformları, muhalif gazeteciler ve genel olarak muhalif sesler terörle mücadele kanununa çarptırılarak susturulmaya çalışılmaktadırlar.

sağlayıcı bir biçimde uygulanmasında örgütün her bölümünün sorumlu olması için toplumsal cinsiyetin anaakımlaştırılması (*gender mainstreaming*) kararını almıştır.

Bilim, politika ve gündelik yaşam pratiklerinde hızla yayılan ve benimsenen anaakımlaştırma, her ne kadar feminist ilkelerin kurumsallaşması olarak kutlansa da bunun gerçekten feminist hedefler için bir zafer olup olmadığını sorgulamak için geçerli nedenler bulunmaktadır. Her şeyden önce, toplumsal cinsiyet kavramına neyin dahil edildiği ya da edilmediği ve anaakımın şiddetle mücadele ve eşitliğin tesisi bakımından mizacı konuları sorunludur^[65].

Anaakımlaştırma sayesinde cinsiyet eşitliğinin görünürlük kazandığı, kadınlar için kamusal alanda yeni olanakların açıldığı, yasal ve kurumsal reformların hızlandığı, kadınların eğitim/sağlık/siyaset/işgücüne katılım gibi alanlarda ilerleme kaydettikleri ve feminist aktivizmin ivme ve meşruluk kazandığı bir gerçektir. Ancak, erkek pratiğine göre biçimlenmiş anaakıma statik ve siyasetten arındırılmış bir toplumsal cinsiyet nosyonunun entegre edilmesiyle ataerki, hegemonya, üretim ve yeniden üretim ilişkileri gibi tartışmalı konuların üzeri örtülmektedir.

Kadınları *bakım*, erkekleri de *geçimden sorumlu* kişiler olarak konumlandıran egemen toplumsal cinsiyet ilişkileri ataerki iş bölümünün bir sonucudur. Tarihsel olarak anaakım ekonomi ve yönetim biçimlerinin örgütlenme mantığı ailenin geçimini sağlayan erkek (hane halkı reisi) normu üzerine kurulurken, kadının sorumlu olduğu bakım bu norma ikincil kılınmıştır^[66]. Kadının ezilmişliğinin önemli faktörlerinden biri de küresel düzenin erkek odaklı inşası, özellikle de ev içinde yapılan yeniden üretim

[65] “Toplumsal cinsiyet” terimi, erkeklik ve kadınlığın toplumsal inşasını analiz etmek için üretilmiş politik, epistemolojik ve metodolojik bir araçtır. Biyolojik cinsiyetin statik yapısının aksine, toplumsal cinsiyetin sürekli olarak oluşum halinde dinamik bir süreç olması toplumsal olarak inşa edilmiş olan yapısal eşitsizlikleri dönüştürmek için radikal olasılıklar vaat eder. Ancak, terimin popülerleşmesiyle birlikte içi boşaltılarak siyasi amacı ve dönüştürücü içeriği adeta unutulmuştur. Feride Acar ve Yakın Ertürk, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”, in *Birkac Arpa Boyu: 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağanı* Cilt 1, (der.) S. Sancar, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, 2011; Yakın Ertürk, “Gender Mainstreaming or Mailstreaming”, <https://kockam.ku.edu.tr/gender-mainstreaming-or-malestreaming-yakin-erturk/>, 18 Mayıs 2020.

[66] Ertürk, “Global Cooperation in the Aftermath of Covid-19”, *op.cit.*

işlerini değersizleştirerek kamusal/özel ayrımı yaratan ve “ev” içinde devlet müdahalesinin kapsamını önemli ölçüde azaltan ekonomik yönelimdir^[67]. Kadın haklarının erkek geçim modeline göre tanımlanan anaakıma entegre edilmesiyle feminist taleplerin bürokratik hedefe dönüşmesi ve böylece mutasyona uğraması, toplumsal cinsiyet konusunu apolitik ve teknik bir düzeye indirgemıştır. Kısacası, neoliberal patriarki bir anlamda feminizmin radikal potansiyelini ele geçirmiş ve cinsiyet eşitliği ilkesi yerini kadınların temsil edilme ilkesine bırakmıştır^[68].

Kadın hareketinin en etkili gündem maddesi olan kadına yönelik şiddet, bu bağlamda, bireysel mağduriyet ve kültür alanına indirgenerek bağlamından koparılmıştır. Kadına şiddeti bir mağduriyet olarak algılama ve kültürleştirme eğilimleri uluslararası normatif ve siyasa belgelerinde de oldukça baskındır. Kültürel farklılıklara odaklanmak, kadınların çoğul yaşam pratiklerine ve heteronormatif yanlılıklara görünürlük kazandırmış olsa da şiddetle mücadelede kadın hareketi bir tıkanıklığa sürüklenmiştir.

Bu durumda, kısa vadede anaakımlaşma yaklaşımının cinsiyet eşitliği sağlama kapasitesi çeşitli stratejilerle güçlendirilerek kadının kamusal alandaki temsili ve rolü genişletilebilir. Ancak, yapısal dönüşüm ve kalıcı eşitlik için uzun vadede anaakım toplum yapısının mizacını değiştirecek yeni bir sosyal devlet tasarlamak kaçınılmaz görünmektedir. Kadın hareketinin içinde bulunduğu tıkanıklığı aşmanın yolu anaakıma entegre olmak değil anaakım toplum düzenini yeniden tahayyül etmek ve dönüştürmektir. Bunu yaparken de evrensel insan hakları normlarını yeniden yorumlamak gerekecektir. Bu

[67] Ana S. Coralli ve Sulekha Agarwal, “Violence against Women as a Structural Risk: Responding through Prevention with Due Diligence”, *Acta Humana*, Cilt 12, Sayı 2, 2024, s.45.

[68] Bu bağlamda, BM Güvenlik Konseyinin (GK) 1325 numaralı Kadın, Barış ve Güvenlik kararı (KBG) özellikle açıklayıcıdır. 1325 ve sonrasında kabul edilen KBG kararları savaş ve barışta ve barış süreçlerinde cinsiyet eşitsizliği, cinsiyet bakışı ve kadının rolüne görünürlük kazandırmıştır. Ancak, BM'nin en militarist kurumu olan GK bünyesindeki bu kararlar barış hareketinin ana unsurları olan silahsızlanma ve askeri harcamaların kısıtlanması gibi konularda sessizdir, dolayısıyla barış süreçlerine cinsiyet bakış açısının ve kadınların entegrasyonu sınırlı ve militarist dinamiklerin el verdiği ölçüde sağlanabilmektedir. Carol Cohen, “Mainstreaming gender in UN security policy”, in *Global Governance: Feminist Perspectives*, (der.) S. M. Rai ve G. Waylen, Basingstoke, Palgrave, 2008; Ertürk, Yakın, “The Political Economy of Peace Processes and the Women, Peace and Security Agenda”, *Conflict, Security & Development Journal*, Cilt 20, Sayı 4, 2020.

ise, feminist kuram ve aktivizm açısından ileriye dönük başka bir tartışma ve inceleme konusudur.

SONUÇ

İnsan haklarının etkili bir biçimde korunması, kuşkusuz, ulusal düzeydeki hukuki, kültürel, sosyal, ekonomik ve siyasi dinamiklere bağlıdır. Ancak, ulusal hükümetlerin tecavüz, aile içi şiddet, çocuk istismarı gibi konuları büyük ölçüde göz ardı edegelmış oldukları düşünülürse evrensel insan hakları normlarının yerel inisiyatifi harekete geçirmedeki rolü yadsınamaz. Bu bağlamda, küresel kadın hareketi uluslararası yönetim sistemini ve uluslararası insan hakları hukukunu etkili bir biçimde kullanarak önemli kazanımlar elde etmiş ve bununla ilişkili olarak ataerkil cinsiyet rejiminde kırılmalar meydana gelmiştir.

Cinsiyet eşitliği gündemine göreli olarak geç giren kadına yönelik şiddet olgusu devlet ve diğer aktörlere insan hakları hukukunun etkili bir biçimde uygulanması açısından kritik bir giriş noktası sunmuştur. Bu bağlamda gerek uluslararası örf ve âdet gerekse de sözleşme hukuku, devletlerin, faili kim olursa olsun, kadınlara yönelik şiddet eylemlerini *önlemek*, mağdurları *korumak*, failleri *cezalandırmak* ve şiddet olgusunun yol açtığı zararı *tazmin* yönünde gerekli özeni gösterme yükümlülüğü bulunduğu kuralını kabul etmiştir.

Feminist tartışmaların da odağında olan özen yükümlülüğü kavramı bugün sivil toplum kuruluşları tarafından yaygınca kullanılmakta ve pek çok araştırma, tartışma ve projeye yön vermektedir^[69]. Özen yükümlülüğü standardı, feminist tartışmaların, çeşitli uluslararası ve bölgesel insan hakları sistemleri ve organlarının çalışmaları kapsamında gelişerek olgunlaşmış ve kadına yönelik şiddetle mücadelede önemli bir kavramsal ve normatif araç haline gelmiştir.

Bu çalışma, devletin özen yükümlülüğü standardının özellikle kadına yönelik şiddetin *önlenmesi* açısından uluslararası belge ve mekanizmalarda yorumu, olanakları ve sınırlarına odaklanmıştır. Devletin tüm aygıtlarını bağlayan özen yükümlülüğü standardı, kadın haklarının tesisinde gerekli toplumsal değişimi sağlamada etkili rol oynama potansiyeline sahiptir. Örneğin, aile içi şiddet dosyaları üzerinde çalışan hâkim ve savcılar, ataerkil

[69] Farrior, *op.cit.*, Chinkin, *op.cit.*, Goldscheid ve Liebowits, *op.cit.*

değerlerin güçsüzleştirilmesi için sağlam bir tavır takınmak suretiyle güç dengelerini değiştirmeye katkıda bulunabilirler. Şiddeti kınayan güçlü beyanatlarla, hâkim ve savcılar, bir yandan sosyo-kültürel normlarda değişikliğe yol açarak *dolaylı* etki, diğer yandan toplumun “sözcüleri” olarak *doğrudan* etki yaparak toplumun ataerkil yapısında kırılmalara neden olabilirler^[70]. Aynı şekilde, hükümet liderleri tarafından yapılan resmi beyanatlar da ataerkil değerleri güçlendirici ya da zayıflatıcı yönde etkiye sahip olmaktadır.

Eşitlik ve özgürlükleri genişletici bir biçimde hareket etmeyi hedefleyen devlet ve aygıtları için özen yükümlülüğü ilkeleri önemli bir rehberdir ve şiddetle mücadelede sorunun nedenlerine odaklanma açısından bir avantaj sağlamaktadır. Gerekli özeni gösterme standardının olanakları önleme, koruma, kovuşturma, tazmin etme ve şiddete yanıt vermekte devlet ve devlet dışındaki aktörlerin yükümlülüklerinin yenilenmiş yorumunda yatmaktadır. Diğer taraftan, devlet müdahalesinin genel olarak bazı riskleri bünyesinde taşıdığını da unutmamak gerekmektedir. Son yıllarda, olası riskler göz önünde bulundurularak şiddete ilişkin özen yükümlülüğü yorumlarına dahil edilen eşitlik, özerklik ve haysiyet dahil olmak üzere diğer temel insan hakları ilkeleri yönünde farkındalık artmaktadır^[71].

Özen yükümlülüğünün devlet merkezli olma niteliği ve devlet-dışı aktörlerin sorumlulukları gibi konular üzerinde henüz yeterince görüş birliği sağlanamamışken yükselen sağ popülist hareketler uluslararası mekanizmaların altındaki zemini adeta kaydırmakta ve kadının insan hakları mücadelesi yeni meydan okumalarla karşı karşıya kalmaktadır. Son 30-40 yılın önemli kazanımlarına rağmen kadın haklarına dair evrensel normlar ile pratik arasındaki mesafe açılmaktadır. Bu da gösteriyor ki, kadının insan haklarının tesisi ‘objektif’ hukuk normlarının uygulanmasından ibaret değildir.

O halde, yeni meydan okumalar karşısında kadının insan haklarının tesisi önündeki ve küresel kadın hareketinin içinde bulunduğu tıkanıklığı aşmak için, bir taraftan, evrensel standart ve mekanizmalara sahip çıkıp sınırlarını zorlamaya devam ederken, diğer taraftan da şimdiye kadar izlenen liberal

[70] Ertürk, “The Due Diligence Standard”, *op.cit.*, s.90.

[71] Goldscheid ve Liebowits, *op.cit.*, s.344.

anaakımlaştırma yaklaşımının dışına çıkabilen yeni bir toplum tasavvuru ve inşasına ihtiyaç vardır.

Bu bağlamda, aile, ekonomi, devlet ve uluslararası sistemin örgütsel ilkesi olarak anaakım *geçim* modelinden kıyıya itilmiş bulunan *bakıma* dayalı bir modele geçmek için acil bir paradigma değişimi gerekmektedir. Bunun için, yaşam güvenliğini tartışmaların merkezine yerleştirerek, bakımı, meta ve özelleştirilmiş kadın cinsine mahsus bir sorumluluk olarak değil, insanlara ve gezegene karşı yıkımı ortadan kaldıracak bir *etik değer* ve *insan hakkı* olarak tanımlama zorunluluğu bulunmaktadır. Böyle bir anlayış, neoliberal kriz karşısında devletlerin/iş dünyasının başvurdukları ve cinsiyet eşitsizliğini derinleştiren kemer sıkma politikalarına ve yeni otoriterliğe karşı *solda bir feminist siyasi alternatif*i gündeme getirir ki, bu da sol parti ve grupların toplumsal cinsiyet perspektifi ile uyumlu olması ve feminizmin kapitalizm ile daha fazla ilgilenmesi anlamına gelmektedir.

Eşitlik ve ayrımcılığın yasaklanması ilkeleriyle birbirine bağlı/kenetli yükümlülük içeren uluslararası insan hakları sistemi küresel sistem krizinin yarattığı toplumsal kutuplaşma karşısında ilerici güçleri harekete geçirerek baskın bir güce dönüştürme yolunda daha etkili kullanılabilir. Bu yolda stratejik iş birliği ve dayanışma içine giren kadınlar açısından kritik olan feminist hedeflerin ikincilleştirilmemesine özen göstermektir.

KAYNAKLAR

- Abdul Aziz, Zarizana ve J. Moussa, *Due Diligence Framework: State Accountability Framework for Eliminating Violence against Women*, Malaysia, International Human Rights Initiative, 2016. (www.duediligenceproject.org).
- Acar, Feride ve Yakın Ertürk, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”, in *Birkaç Arpa Boyu: 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan* Cilt 1, (der.) S. Sancar, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, 2011, s.281-303.
- Acuner, Selma, “BM Kadının Statüsü Komisyonu’nun Dünü ve Bugünü.” *Eşitlik, Adalet, Kadın Platformu* (www.esitlikadaletkadin.org), 19 Mart 2021.
- Afkhami, Mahnaz, Yakın Ertürk ve A. E. Mayer (der), *Feminist Advocacy, Family Law and Violence against Women: International Perspectives*, New York, Routledge, 2019.
- Bob, Clifford, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Bourke-Martignoli, Joanna, “The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence”, in *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, (Ed.) C. Benninger-Budel, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s.47-61.
- Chinkin, Christine, “Addressing Violence against Women in the Commonwealth within States’ Obligations under International Law”, *Commonwealth Law Bulletin*, Cilt 40, Sayı 3, 2017.
- Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Cohen, Carol, “Mainstreaming gender in UN security policy”, in *Global Governance: Feminist Perspectives*, (Ed.) S. M. Rai ve G. Waylen, Basingstoke, Palgrave, 2008, s.185–206.

- Coralli, Ana S. ve S. Agarwal, “Violence against Women as a Structural Risk: Responding through Prevention with Due Diligence”, *Acta Humana*, Cilt 12, Sayı 2, 2024, s.43-57.
- Doğan, Recep, “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü Standardı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s.89-122.
- Ertürk, Yakın, “The Due Diligence Standard: What Does It Entail for Women’s Rights?” in *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, (Ed.) C. Benninger-Budel, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s.27-46.
- Ertürk, Yakın, “Culture versus Rights Dualism: a myth or a reality?”, *Development*, Cilt 55, Sayı 3, 2012, s.273–276.
- Ertürk, Yakın, *Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu*, İstanbul, Metis Yayınları, 2015.
- Ertürk, Yakın, “The Political Economy of Peace Processes and the Women, Peace and Security Agenda”, *Conflict, Security & Development Journal*, Cilt 20, Sayı 4, 2020, s.419-439.
- Ertürk, Yakın, “Gender Mainstreaming or Mailstreaming”, <https://kockam.ku.edu.tr/gender-mainstreaming-or-malestreaming-yakin-erturk/>, 18 Mayıs 2020.
- Ertürk, Yakın, “Global Cooperation in the Aftermath of Covid-19: Reimagining the Mainstream”, <https://kockam.ku.edu.tr/global-cooperation-in-the-aftermath-of-covid-19-reimagining-the-mainstream-yakin-erturk/>, 24 Mayıs 2021.
- Farrior, Stephanie, “The Due Diligence Standard, Private Actors and Domestic Violence”, 2010. (www.humanrightshistory.umich.edu)
- Fraser, Nancy, “Contradictions of Capital and Labor”, *New Left Review*, Sayı 100, Temmuz/Ağustos 2016. (www.newleftreview.org)
- Giddens, Anthony, *Runaway World*, Londra, Profile Books, 1999.
- Goldscheid, Julie ve D. J. Liebovits, “Due Diligence and Gender Violence: Parsing Its Power and Its Perils”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 48, 2015, s.301-345.

- Gürgey, F. İrem, Özge Y. Dericiler, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesininin 35 Sayılı Tavsiye Kararı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 77, Sayı 1, 2019, s.233-266.
- Hessbruegge, Jan, “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law”, *New York University Journal of International Law*, Sayı 36, 2004, s.265-306.
- Holtmatt, Rikki, “Preventing Violence against Women: the Due Diligence Standard with Respect to Obligation to Banish Gender-Stereotypes on the Grounds of Article 5(a) of the CEDAW Convention” *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, (Ed.) C. Benninger-Budel, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s.63-89.
- Kannabiran, Kalpana, “India Case Study” in *Feminist Advocacy, Family Law and Violence against Women International Perspectives*, (Ed.) Mahnaz Akhemi, Yakın Ertürk ve Ann Elizabeth Mayer, Routledge, 2019, s.51-70.
- Kapur, Ratna, “The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the ‘Native’ Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics”, *Harvard Human Rights Journal*, Cilt 15, 2002, s.1-37.
- Merry, Sally E., “Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way)”, *Political and Legal Anthropology Review*, Cilt 26, Sayı 1, 2003, s.55-76.
- Obreja, Leyla-Denisa, “Expanding Due Diligence: Human Rights Risk Assessment and Limits to State Interventions Aimed at Preventing Domestic Violence”, *Groningen Journal of International Law*, Cilt 7, Sayı 2, 2020. (<https://doi.org/10.21827/GroJIL.7.2.182-194>)
- Özkazanç, Alev, “Otoriter Sağ Popülizmin Yükselişi ve Küresel Kadın Hareketi”, https://kisadalga.net/yazar/otoriter-sag-populizmin-yukselisi-ve-kuresel-kadin-hareketi_27536, 8 Nisan 2022.
- Qureshi, Shazia, “The Emergence/Extention of Due Diligence Standard to Assess the State Response towards Violence against Women/

Domestic Violence”, *South Asian Studies*, Cilt 28, Sayı 1, 2013, s.55-66.

Roggeband, Conny, *International Women’s Rights: Progress Under Attack?*, KFG Working Paper Series, No. 26, Ocak 2019, (<https://ssrn.com/abstract=3316700>)

Rosenblum, Darren, “Unsex CEDAW, or What’s Wrong With Women’s Rights”, *Columbia J. Gender & Law*, Cilt 20, Sayı 2, 2011, s.98-194. (www.digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/810/)

Stoyanova, Vladislava, “Due Diligence versus Positive Obligations”, in *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, (der.) J. Niemi, L. Peroni ve V. Stoyanova, London, Routledge, 2020.

Yitirdiklerimiz

In loving memory of our late colleagues

Yitirdiklerimiz



Av. Salih ŞAHİN (6335)
1951 - 2024



Av. Şaban KARAKOÇ (10371)
1965 - 2024



Av. Sabahattin MEMİŞ (3518)
1939 - 2024



Av. Ferruh CANBOLAT (5499)
1945 - 2024

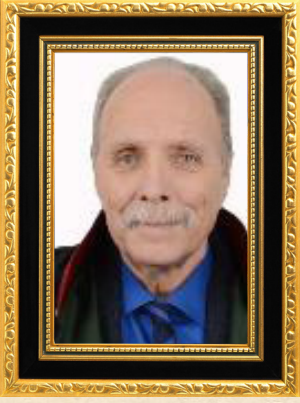


Av. Emre KILIÇARSLAN (17370)
1980 - 2024

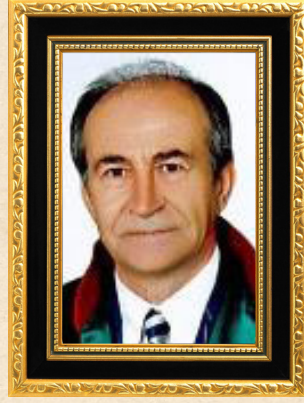


Av. Cengiz ÇETİN (3973)
1938 - 2024

Yitirdiklerimiz



Av. Erdem EVREN (5315)
1950 - 2024



Av. Hüsni ÖNDÜL (6957)
1953 - 2024



Av. Doğan ÖNEN (3201)
1936 - 2024



Av. Gülseren BEBİTOĞLU (19288)
1946 - 2024

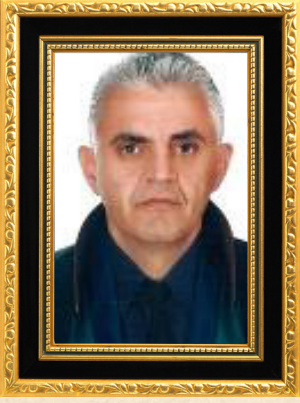


Av. Veli ÇAVDAR (8646)
1937 - 2025



Av. Abdurrahman VURAL (3888)
1940 - 2025

Yitirdiklerimiz



Av. Murat GÜNDÜZ (14497)
1970 - 2025



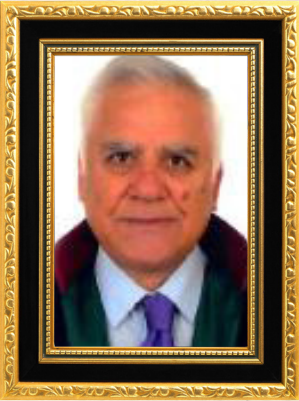
Av. Mehmet Aydın ERDEM (3486)
1938 - 2025



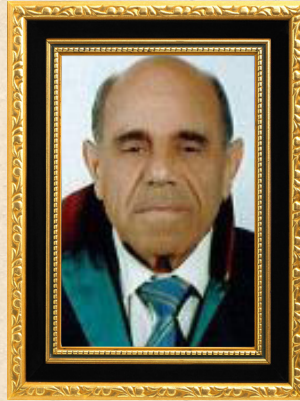
Av. Ahmet İYİMAYA (5536)
1950 - 2025



Av. Aynur KÖKÇÜ (6684)
1940 - 2025



Av. Şükrü Kuvvetli YILMAZ (18423)
1947 - 2025



Av. Mustafa NURDOĞAN (4519)
1939 - 2025

Yitirdiklerimiz



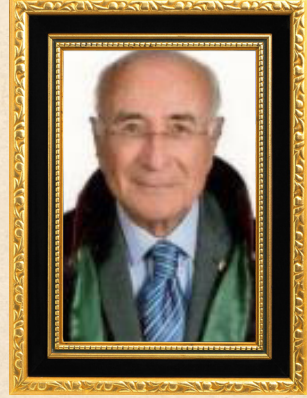
Av. Lütfi Şanal GÖRGÜN (7144)
1943 - 2025



Av. Sebahattin Ali ERDEM (8187)
1957 - 2025



Av. Neşide ÖNCÜL (7970)
1959 - 2025



Av. Bedrettin CANBOLAT (5187)
1944 - 2025