Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

Cilt 29, Nisan 2025, Sayı 2

Vol. 29, April 2025, No. 2

Ankara 2025

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	**Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review**
Sahibi :	**Owner :**
Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI	Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü*:	**Editor in Chief ** :**
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Editörlerler:	**Editors**:**
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
Doç. Dr. Fahri Erdem KAŞAK	Assoc. Prof. Dr. Fahri Erdem KAŞAK
Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN	Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay GENÇ	Assist. Prof. Dr. Fatma Umay GENÇ
Dil Editörleri:	**Language Editors:**
Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI	Assist. Prof. Dr. Burçak TATLI
Dr. Öğr. Üyesi Damla AKKAYA	Assist. Prof. Dr. Damla AKKAYA
Yayın Editörü:	**Publication Editor:**
Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ	Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ
Editör Yardımcıları:	**Deputy Editors:**
Arş. Gör. Elif ALKAN	Res. Assist. Elif ALKAN
Arş. Gör. Nihan ÇITIR DULKADİROĞLU	Res. Assist. Nihan ÇITIR DULKADİROĞLU
Arş. Gör. İrem Tuğçe DÖNGÜL	Res. Assist. İrem Tuğçe DÖNGÜL
Arş. Gör. Elif BAYDEMİR	Res. Assist. Elif BAYDEMİR
Arş. Gör. Fatih DÜŞGÜN	Res. Assist. Fatih DÜŞGÜN
Arş. Gör. Dilara KURT	Res. Assist. Dilara KURT

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication
Yüksel ERKAN

* Yukarıda adları geçen editörler ve editör yardımcıları halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors and deputy editors listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Hazar Reklam Matbaacılık
Adres: Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57 İskitler/ANKAR
Tel: +90 312 341 22 06-07
Basım Tarihi: Mayıs 2025

Yayıncı İletişim Adresi
Rektörlüklük: Yücetepe Mahallesi 85.Cadde No:8 06570 Çankaya/ANKARA
Tel: +90 312 546 00 00 Web: http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr
E-Posta: hukukdergi@hbv.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indeksler tarafından taranmaktadır.

TR DİZİN

SOBİAD

EBSCO

DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS (DOAJ)

EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE HUMANITIES (ERIH PLUS)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Neslihan DURMUŞ KARATAŞ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Johanna RINCEANU	Max Planck Suç Güvenlik ve Hukuk Araştırmaları Enstitüsü
Prof. Dr. Hans-Peter SCHWINTOWSKI	Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dergi Hakkında

1997 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayın hayatına başlayan dergimiz, 2018 yılından bu yana Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayın hayatına devam etmektedir.

Amaç ve Kapsam

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (HBV-HFD), bilimsel araştırma ilkelerine uygun bir şekilde, akademisyenler, uygulayıcılar ve araştırmacılardan gelen hukuki tartışma ve analizler içeren çalışmaları yayımlayan **çift-kör-gizli hakemli** akademik bir dergidir. HBV-HFD, hukuk alanında özgün bilimsel çalışmalar yayımlayarak ulusal ve uluslararası hukuk literatürüne katkıda bulunmayı amaçlar. HBV-HFD, Türk hukukunun dışında uluslararası hukuk, karşılaştırmalı hukuk ve Avrupa Birliği hukuku alanında da makaleler yayımlayarak uluslararası etkileşimini arttırmayı amaçlar.

Dergide makale ve çeviri türündeki çalışmalar yayınlanmaktadır. Dergide yayınlanan makaleler Türkçe, İngilizce, Almanca dillerinde olabilir. Derginin içeriği hukuk ve hukukla ilişkilendirilen alanlardaki çalışmalardır. Özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki bölümden oluşan dergi yılda dört kez (Ocak-Nisan-Temmuz-Ekim) yayımlanmaktadır.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

HBV-HFD, uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir. HBV-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (**Committee on Publication Ethics, COPE**) tarafından yayınlanan Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama İlkeleri (**Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors**) ile Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri (**Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing**) benimser. Ayrıca Açık Erişim Dergiler Rehberi (**Directory of Open Access Journals, DOAJ**) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (**Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA**) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder.

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaftır ve önceden belirlenen usullere tabidir. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yayın Politikası

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayımlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editoryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. Dergipark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about** Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenlikli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayım süreci tamamlanmış çalışmalar sonraki ilk sayıda yayımlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir. Her yazarın dört sayıda bir makalesi yayımlanabilir. Bir yazarın birden fazla makale göndermesi durumunda, bir makalenin süreci tamamlanmadan diğer makalelerinin sürecine devam edilmez.

Yazarların Sorumlulukları

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayım, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayım sürecinden çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğuna, daha önce başka bir yerde yayımlanmadığına ve başka bir yerde, başka bir dilde yayımlanmak üzere değerlendirmede olmadığına dair imzalı matbu **Etik Beyan Formu**nu sisteme yüklemelidir.

Telife bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarlar ile katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını **Telif Hakkı Devir Formu**nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayım hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayım izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar yayımlanmış makalesinde belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak sistemde yer alan matbu **Kapak Sayfası**na yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük

adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi yer verilir.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayım ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; alan editörleri ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayımın kalitesinden sorumludur.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir alan editörü ve editör yardımcısı bulunur. Görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Alan editörleri dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından değerlendirir ve makalenin yayım sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar. Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler. Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparlar.

Makaleler alan editörleri tarafından çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayımlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gerektiğinde hata sayfası yayımlayabilir ya da düzeltme yapabilir.

Kör-Hakem İncelemesi Politikası/Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma ve çeviri makaleleri için çift-kör-gizli hakem alan editörleri tarafından atanır.

Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Makalelere atanacak hakemlerin yazarla aynı kurumdan olmaması esastır. Hakem değerlendirmeleri yazarla çıkar çatışması olmayan dış bağımsız hakemler tarafından gerçekleştirilmektedir. Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst ünvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin; doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem incelemesi kural olarak 30 gün içerisinde tamamlanır. Gerektiğinde alan editörü bu süreyi uzatabilir. Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, **Hakem Değerlendirme Formu**nu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin dergide yayımlanabilmesi için en az iki hakem tarafından yayıma uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayıma uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayıma uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayıma uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir.

Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Yazar tarafından herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlarlar.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile İlişkiler

Makalenin ilk inceleme aşamasında reddedilmesi halinde gerekçesi yazara bildirilir. Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman

iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Baş editör, alan editörleri ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayım süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar. Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Danışma Kurulu

Farklı kurumlarda görev yapmakta olan akademisyenlerden oluşan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur.

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

Açık Erişim İlkesi

HBV-HFD, **Creative Commons (CC)** lisansı kullanılarak yayımlanan açık erişimli bir dergidir. Derginin tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Telif Hakkı

Yazarlar HBV-HFD dergisinde yayımlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları **Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Makalelerin ticari hakları yayıncıda kalır. Yazarlar dergiye makale gönderirken **Telif Hakkı Devir Formu**nu doldurur.

İntihal Politikası

Makaleler gönderim aşamasında Dergipark sistemi tarafından **İntihal.net** programı ile taranmaktadır. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir ve makale iade edilir.

Daha fazla bilgi için: https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd

YAZIM KURALLARI VE ŞEKİL ŞARTLARI

UYARI: Dergi yazım kuralları (dipnot ve referans sistemi) 27 Aralık 2024 tarihi itibarıyla güncellenmiştir.

Dergimize gönderilen makalelerin Dergimiz yazım kurallarına ve şekil şartlarına uygun olarak hazırlanması gerekmektedir.

Dergiye makale gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen "**Etik İlkeler ve Yayın Politikası**"nı inceleyiniz.

Yazar veya yazarların bilgileri, "**Kapak**" formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.

Makaleyle birlikte aşağıdaki belgelerin de sisteme yüklenmesi gerekmektedir.

-Kapak Sayfası

-Etik Beyan Formu

-Telif Hakkı Devir Formu

Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

o Akademik çalışma, "Microsoft Word" programında hazırlanmalı ve Latin alfabesi kullanılmalıdır.

o Akademik çalışmanın **ana metninin yazımında** aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
¬ Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda, iki yana yaslı şekilde, 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.

¬ Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
¬ Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.

o Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.

o **Dipnotların** yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

¬ Times New Roman yazı karakterinde, 10 punto harf boyutunda, iki yana yaslı şekilde, tek satır aralığı ile yazılmalıdır.

¬ Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

Bölüm Başlıkları:

o Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

¬ Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda ve kalın,

¬ Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.

Başlıklandırmada aşağıdaki örnek dikkate alınmalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde "yerine geçen değerler" kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

Sözcük Sayısı:

o Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.

o Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

o Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir.

Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

o Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

¬ Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda, kalın, tümü büyük harflerle, 1,5 satır aralığı ile, metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.

¬ Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

o Başlıktan sonra, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.

o Özet ve Anahtar Kelimelerin Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda, italik, iki yana yaslı) şekilde ve tek satır aralığı ile yazılmalıdır.

¬ Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

¬ Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.

o Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı

dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.

o Çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında da aynı kurallara uyulmalıdır.

o Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca/Fransızca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.

Genişletilmiş özet:

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, **600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır**. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

Atıf Kuralları ve Kaynakça:

Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

1. Kitaplar: Soyad, Ad, Eserin Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer ve Yıl.

Örnek: Ayhan, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

2. Makaleler: Soyad, Ad, "Makalenin Başlığı", Makalenin Yer Aldığı Derginin Adı, Yıl, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek: Ayhan, Rıza, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, 1997, C. I, S. 2, s. 31-40.

3. Editörlü Eserler: Soyad, Ad, "Kitap Bölümünün Başlığı", Kitabın Adı, Yayınevi, Baskı, Basıldığı Yer ve Yıl, Kitap Bölümümün Yer Aldığı Sayfa Aralığı, (Editör/ Editörler: Editörün Soyadı, Adı / Editörün Soyadı, Adı).

Örnek: Şenocak, Kemal, "Adi Ortaklık Sözleşmesi", Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 917-1151 (Editör: Öz, M. Turgut).

Çeviri Eserler için de aynı kural uygulanır, editör yerine "(Çevirmen: Çevirmenin Soyadı, Adı)" yazılır.

Örnek: Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959 (Çevirmen: Umur, Ziya).

4. Yayımlanmamış Tezler: Soyad, Ad, Tezin Adı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans/ Doktora Tezi, Basıldığı Yer ve Yıl.

Örnek: Türkoğlu, Kamile, İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

5. İnternet kaynakları: İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: Ayhan, Rıza, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, 1997, C. I, S. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Erişim

Tarihi: 13.06.2010)

6. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

7. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda Soyad, sayfa numarası belirtilmelidir. Takip eden atıflarda da aynı kural uygulanır, ibid gibi kısaltmalar asla kullanılmaz. Birden çok sayfaya atıf yapılacak sayfa numaraları arasına virgül konulur. Takip eden belirli sayfalara atıf yapılacak sayfa numaraları arasında tire işareti konulur. Devam eden sayfalara atıf yapılacaksa "vd." kısaltması kullanılır.
Örnek: Ayhan, s. 36.
Ayhan, s. 36, 54.
Ayhan, s. 36-38.
Ayhan, s. 36 vd.

8. Dipnotlara yapılan atıflar için sayfa numarasından sonra "dn." kısaltması kullanılır ve dipnot numarası belirtilir.

Örnek: Ayhan, s. 36 dn. 5.

9. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise virgülden sonra çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: Ayhan, 2007, s. 53.

Ayhan, 1997, s. 33.

10. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: Ayhan, İşletme, s. 76.

Ayhan, Tasarruf, s. 33.

11. Türk mahkeme kararlarına yapılacak atıflar: Mahkemenin adı, kararın tarihi, esas numarası, karar numarası.

Örnek: YİBK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr). YHGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Yayımlanmamış). YCGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (https://karararama.yargitay.gov.tr/). Y. 6. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.corpus.com.tr). Y. 6. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (YKD, C. 50, S. 2, s. 100 vd.). Ankara BAM 3. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.legalbank.net). Ankara BAM 3. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.kazanci.com.tr). Ankara 3. BİM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr). D. 6. D, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Türkoğlu, s. 52). AYM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Anayurt, s. 65 dn. 12). AYM, T. 12.12.2024, B. No 2020/333, Ali Kınık Başvurusu (www.anayasa.gov.tr).

12. Yabancı mahkeme kararlarına yapılacak atıflar: Tüm çalışma boyunca aynı atıf usulü benimsenmek kaydıyla istenilen şekilde atıf yapılabilir.

About the Journal

In 1997, our journal, initially published under the name Gazi University Faculty of Law Journal, has continued to be published under the name Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Journal since 2018. The journal is abbreviated as HBV-FLJ. It has been indexed in **TR Index** since 27.05.2010 and also has been indexed in **DOAJ** and **ERIH PLUS** since December 2024.

Aim & Scope

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Journal (HBV-FLJ) is a **double-blind anonymous peer reviewed**academic journal that publishes original research and analysis on legal issues from academics, practitioners and researchers in accordance with the principles of scientific research. The objective of HBV-FLJ is to make a contribution to the national and international legal literature by publishing original scientific studies in the field of law. The objective of HBV-FLJ is to enhance its international engagement by publishing articles pertaining to international law, comparative law, European Union law, and Turkish law.

The journal publishes articles and translations. These may be in either Turkish, English, German or French. The journal's content encompasses studies in the fields of law and law-related disciplines. It is divided into two sections: private law and public law. It is published four times a year (January-April-July-October).

Ethical Principles and Publication Policy

Ethical Principles

The HBV-FLJ adheres to the highest standards of ethical practice in accordance with internationally-agreed publication ethics guidelines. HBV-FLJ adheres to the **Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors**, as set forth by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**, as well as the **Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing**. Furthermore, it adheres to the publication ethics standards set forth by the **Directory of Open Access Journals (DOAJ)** and the **Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA).**

Transparency Principle

The operation of the journal is conducted in a transparent manner, in accordance with predetermined procedures. The article acceptance process is conducted via the Dergipark system, ensuring that relevant units and individuals are able to access information at any time and monitor the progression of each stage.

Publication Policy

Submissions are made by authors to the journal via the Dergipark system. Dergipark is an organisation affiliated with TUBITAK ULAKBIM, which offers technical assistance for peer-reviewed academic journals published in Turkey. This is achieved through the provision of electronic hosting and editorial process management

services. For further details regarding Dergipark, please refer to the following link: **https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about.** All processes pertaining to the journal, including communication, are conducted through Dergipark's highly secure and continuously updated system. The archiving of article processes, files and correspondence is facilitated through the Dergipark system.

In general, manuscripts that have been through the publication process are published in the first subsequent issue. However, the Editorial Board may opt to publish some articles in the next issue, taking into account the number of articles or the topic of the articles in question. The authors are informed of such decisions. Each author can have one article published in four issues. If an author submits more than one article, the process of the remaining articles cannot begin until the process of the first article is completed.

Responsibilities of Authors

The submitted articles must align with the purpose and scope of the journal. It is the responsibility of the authors to ensure that their articles comply with the relevant scientific and ethical rules. The following practices are considered unethical: plagiarism, duplication, false authorship or denied authorship, research or data fabrication, article slicing, the splitting of articles, copyright infringement and the concealment of conflicts of interest. Any articles that fail to meet the requisite ethical standards will be removed from the publication process.

The author is required to upload a signed and printed **Ethical Declaration Form** to the system, attesting that the article is original, has not been previously published elsewhere, and is not currently under consideration for publication elsewhere or in another language. Should copyrighted material (e.g. tables, figures or extensive quotations) be used, permission and acknowledgement must be sought.

The works of other authors and contributors, or the sources utilised, are referenced appropriately. Individuals who did not contribute directly to the academic and scientific content of the work in question are not to be indicated as authors.

The order of the authors' names is determined by a joint decision of the authors. It is the responsibility of all authors to indicate the author order in the **Copyright Transfer Form.**

In the case of translated works, written permission for publication must be obtained from the author or the person or organisation holding the right of publication. This permission document must be attached to the application document.

Individuals who do not meet the criteria for authorship but have contributed to the study (for example, by providing technical support, assisting in writing or providing only general support, or providing financial and material support) are listed in the section entitled "acknowledgements/information."

The authors declare any financial relationships, conflicts of interest, or competition of interest that have the potential to influence the results of the research or the scientific evaluation.

In the event of an author identifying a significant error or inaccuracy in a published manuscript, it is their responsibility to immediately contact and cooperate with the editor for the purpose of correction or retraction.

It is the responsibility of the author to demonstrate that they have the requisite rights to use the data in question, that they have obtained the necessary permissions for the research and analysis, or that the consent of the subjects of the experiment has been obtained.

It is not permitted for an author to submit their work to more than one journal concurrently. Each application may be initiated only after the preceding one has been completed.

The author is required to provide their name, ORCID number and institutional information in a clear, accurate and comprehensive manner on the printed **Cover Page** within the system. The city and country information is to be provided subsequent to the university and faculty/directorate addresses.

Responsibilities of Editors and Assistant Editors

The editor is the individual responsible for overseeing the entire publication and refereeing process, from the initial submission of an article to its eventual publication. The editor's role is to ensure the quality and performance of the journal in question. The editor is appointed by the Dean of the Faculty of Law for a period of three years from among the academic staff of the University who hold at least a doctoral degree. One of the editors is the Editor-in-Chief.

The role of the Editor-in-Chief is to ensure the quality of the publication and to facilitate the harmony and coordination between field editors and assistant editors.

Each article is assigned a field editor and deputy editor, who are visible to the authors via the Dergipark system. The distribution of tasks is made in accordance with the respective areas of expertise of the editors and deputy editors. A distribution other than that specified above may be made for reasons pertaining to workload and periods of absence.

The evaluation of manuscripts is conducted by editors in a manner that is independent of the ethnic origin, gender, nationality, religious beliefs, and political philosophy of the authors.

The field editors assess the articles submitted to the journal in accordance with established criteria, including quality, content, and contribution to the field. Based on this evaluation, they determine whether the article should be included in the publication process. At this juncture, the article may be rejected without further consideration.

Deputy editors are responsible for ensuring that the articles under their purview adhere to the journal's style guidelines and that the authors implement the requisite corrections. Assistant editors then direct the articles that have undergone a preliminary review to the relevant field editor, who will appoint the referees. Assistant editors liaise with authors, furnishing them with pertinent information and issuing necessary reminders to editors.

The field editors oversee the double-blind peer review process for the articles. It is the responsibility of the editors to ensure that there is no conflict of interest between the authors, editors and referees. Should the peer review not be completed within a reasonable timeframe, the editors may contact the referee and request that the process be accelerated or alternatively appoint a new referee.

Following the completion of the peer review process, the editor will undertake a detailed evaluation of the referee reports. The Board of Editors convenes to determine whether to accept the article, refer it to a third referee, or reject it. The rationale behind the rejection decision is conveyed to the author, along with the referee reports.

All information related to the articles is maintained in confidence until the article is published.

The Editor-in-Chief may publish an error page or implement necessary corrections with the author's knowledge.

Review and Responsibilities of Referees/Peer-review Policy

Double-blind-anonymous peer review is required for scientific research articles and translated articles.

They are appointed by the field editors. It is imperative that the referees are free from any potential conflicts of interest with regard to the research in question, the authors thereof, and/or the funders of the research.

It is imperative that the referees appointed to assess the articles in question are not affiliated with the same institution as the author. The evaluation of manuscripts is conducted by external, independent referees who are free from any conflicts of interest with the authors. In the case of academic authors, referees should be selected from among those with a higher academic title if possible. (For example. The article of a doctoral researcher is sent to academics with the title of associate professor or professor.)

In the context of blind peer review, the identity of the referees is kept confidential.

It is imperative that the referees respond to the invitation, which is sent to them via e-mail via Dergipark, with the article abstract attached, within 10 days. Should the necessity arise, this period may be extended twice more for a further five days. Should the referee fail to accept or reject the invitation within the specified timeframe, the field editor is able to cancel the invitation through the system and issue a referee invitation to an alternative candidate.

Once the invitation has been accepted, the referee is able to access both the article file and the Reviewer Evaluation Form via their Dergipark account. As a general rule, the referee review is completed within 30 days. However, should this be unfeasible, the field editor may extend this period. If the referee does not consider himself/herself competent on the subject of the article or if it is not possible to provide timely feedback, he/she should notify the editor and request the cancellation of the referee process.

It is the responsibility of the referees to complete the **Reviewer Evaluation Form** in a truthful manner and to provide a well-founded assessment.

In order for an article to be published in the journal, it must be approved for publication by at least two referees. Referees are permitted to request either minor or major revisions to the article. In this instance, the author is required to make the necessary amendments to the article in accordance with the recommendations set forth by the referees. In the event that a minor revision is required, the revised article is then subject to further review by the relevant assistant editor. In the event of a major revision, the article is resubmitted to the same referee for a determination of its suitability for publication in its edited form.

Should both referees conclude that an article is not fit for publication, it will not proceed to publication. In the event that one of the referees considers the article unsuitable for publication, the editorial board may choose to reject it or to refer it to a third referee, taking into account the comments of the other referee on the article.

The confidentiality of all information pertaining to submitted manuscripts is maintained by referees. It is not permitted for referees or members of the editorial board to discuss articles with other individuals. Should they identify any instances of copyright infringement or plagiarism on the part of the author, they are obliged to report the matter to the editor.

The performance of reviewers is evaluated according to criteria such as the timeliness of their feedback. It is the policy of the journal to prohibit unkind and unscientific evaluations.

Relations with Authors

In the event that an article is rejected at the initial review stage, the author will be informed of the reason for this decision. Should the article be rejected on the grounds of unfavourable referee reports, the relevant reports and accompanying justification will be made available to the author via the Dergipark system. It is always possible for authors to communicate with editors and assistant editors via the Dergipark system. The editors respond to queries from authors and consider their feedback and grievances. All correspondence on the Dergipark system is archived.

The Editorial Board

The Editorial Board, comprising the Editor-in-Chief, Field Editors and Assistant Editors, maintains continuous communication and collaboration to guarantee that the publication process adheres to the established principles and rules. The editorial board meets regularly to collectively determine the journal's editorial policy. It is essential that the board is constituted with equal representation of genders.

The Advisory Board

The Advisory board, comprising academics from a range of institutions, oversees the operations of the journal and offers insights and recommendations.

Open Access Statement and Copyright

Open Access Policy

HBV-HFD is an open access journal published under Creative Commons (CC) licence. The entire content of the journal is made available free of charge to the reader or the organisation to which the reader belongs. Readers may read, download, copy, search and link to the full text of the journal articles without permission from the publisher or author, except for commercial purposes.

Copyright

Authors hold the copyright of their work published in HBV-FLJ and their work is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)** license. The Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) licence permits the sharing, copying, reproduction and adaptation of the work in any size and format, except for commercial use, including remixing, transforming and building upon the work, provided that proper attribution to the original work is given. Commercial rights of the articles belong to the publisher. Authors complete the **Copyright Transfer Form** at the time of submission to the journal.

Plagiarism Policy

Manuscripts are scanned by the Dergipark system with the **Intihal.net** programme at the submission stage. If plagiarism/self-plagiarism is detected, the authors are informed and the article is returned.

For more information: https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd

Writing Rules

NOTICE: The journal writing rules (footnote and reference system) have been updated as of December 27, 2024.

Articles submitted to our journal must be prepared in accordance with the writing rules and format requirements of our journal.

For detailed information about submitting articles to the Journal, see **Ethical Principles and Publication Policy**.

Author or authors' information should be given in the "**Cover**" form. Since the file from the author will be directed to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.

The following documents must be uploaded to the system together with the article.

- "Cover" form,
- "Ethical Declaration Form"
- "Copyright Transfer Form"

You have access to the HBV-JLF Article format here.

Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:

o Articles should be written in “Microsoft Word” software.

o The Latin alphabet should be used in the writing of articles.

o The **main text** of the article should be written in accordance with the following rules:

¬ Times New Roman font, 12 pt font size, Justify alignment, 1.5 line spacing,

¬ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,

¬ 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.

o **Citations** for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.

o The footnotes should be written in accordance with the following rules:
¬ In Times New Roman font, 10 pt font size, justify alignment, single line spacing,

¬ 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.

Chapter Titles:

o All headings should be written in accordance with the following rules:

¬ Times New Roman font, 12 pt font size, Left alignment, bold,

The following example should be taken into account in titling.

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

a. Rights of spouses

b. Spouses’ debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally 2. Spouses’ Personal Property 3. Family-Specific Goods

a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

b. Investments to secure the economic future of the family c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

Word Count:

o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.

o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

Language to be Used in Articles:

o Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal.

Main Title, Abstract and Keywords:

o The main title of the academic study have to be written in accordance with the following rules:

¬ Times New Roman font, 12 pt font size, bold, Center alignment, 1.15 line spacing,

¬ 6 pt paragraph spacing after the heading, All uppercase,

o Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o Abstract and Keywords should be written in Times New Roman font, 12 pt font size, Italic, Justify alignment, Single line spacing,

¬ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,

¬ No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.

o Studies written in Turkish should include the English translations of the main title, abstract and keywords after the abstract and keywords written in the language in which the academic study is written.

o The same rules should be followed in writing the English translation of the main title, abstract and keywords.

o In addition to the English title, abstract and keywords, the author may also include German/French title, abstract and keywords.

Extended abstract:

In order to increase the visibility and citation rate of articles written in Turkish in international circles, an extended abstract of 600-800 words in English should be prepared. This should comprehensively summarize the purpose, hypothesis and results of the article. Attention should be paid to English spelling and grammar rules. The extended abstract have to be placed after the other abstracts.

Citation Rules and Bibliography:

Materials cited in the bibliography should be styled as such:

1. Books: Surname, Name, Title, Edition, Publisher, Place and Year.

Example: Ayhan, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

2. Articles: Surname, Name, "Title of the Article", Title of the Journal, Volume, Number, pp.

Example: Ayhan, Rıza, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

3. Edited Works: Surname, Name, "Title of the Chapter", Name of the Book, Edition, Publisher, Place and Year, pp., (Editor/Editors: Editor's Surname, Name / Editor's Surname, Name).

Example: Şenocak, Kemal, "Adi Ortaklık Sözleşmesi", Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, pp. 917-1151 (Editor: Öz, M. Turgut). The same rule is applied for translated Works: '(Translator: Translator's Surname, Name)' is written instead of the editor. Example: Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, 2. Edition, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959 (Translator: Umur, Ziya).

4. Unpublished Thesis: Surname, Name, Title, Unpublished Master's/Doctoral Thesis, Place and Year.

Example: Türkoğlu, Kamile, İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm, Unpublished Master's Thesis, Ankara 2010.

5. Online Materials: URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: Ayhan, Rıza, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Vol. 1, No. 2, pp. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

6. If the material is co-authored; names of each author should be fully provided. Example: Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
7. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: Surname, page number. The same rule applies to subsequent citations; abbreviations such as ibid are never used. When referring to more than one page, a comma is inserted between the page numbers. A hyphen is placed between the page numbers to be cited to the following specific pages. The abbreviation 'ff.' is used when referring to the following pages. Example: Ayhan, p. 36.

Ayhan, p. 36, 54.

Ayhan, p. 36-38.

Ayhan, p. 36 ff.

8. For references to footnotes, the abbreviation 'fn.' is used after the page number and the footnote number is indicated.

Example: Ayhan, p. 36 fn. 5.

9. If more than one material by a single author are referred to and the publication years

of these materials differ, year for each material should be indicated after a comma. Example: Ayhan, 2007, p. 53.

Ayhan, 1997, p. 33.

10. If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: Ayhan, İşletme, p. 76.

Ayhan, Tasarruf, p. 33.

11. References to Turkish court decisions: Name of the Court, Date of the decision, Basis number, Decision number, (information about access to decision).

Example: YİBK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr).

YHGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Unpublished).

YCGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (https://karararama.yargitay.gov.tr/).

Y. 6. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.coprus.com.tr).

Y. 6. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (YKD, Vol. 50, No. 2, p. 100 ff.).

Ankara BAM 3. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.legalbank.net).

Ankara BAM 3. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.kazanci.com.tr).

Ankara 3. BİM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr).

D. 6. D, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Türkoğlu, s. 52).

AYM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Anayurt, s. 65 fn. 12).

AYM, T. 12.12.2024, B. No 2020/333, Ali Kınık Başvurusu (www.anayasa.gov.tr).

12. References to foreign court decisions: Any citation may be made as desired, provided that the same citation procedure is adopted throughout the entire work.

*These rules have been updated as of December 27, 2024.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review

Cilt/Vol **29** **Nisan/**April **2025** **Sayı/**Number **2**

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

M A K A L E L E R* ARTICLES**

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/*Research article*

Paylı Mülkiyette Pay Oranı (Hisse) Hatasının Tapu Kanunu Ek Madde 3 Uyarınca Tapu Müdürlüğünce Re'sen Düzeltilmesi Uygulaması Üzerine Düşünceler

Thoughts on the Practice of Ex Officio Correction of Share Percent Fault in Joint Ownership by the Land Registry Offices Pursuant To Additional Article 3 of the Land Registry Code

Güray TÜRKER 459-492

Araştırma makalesi/*Research article*

Kurumsal Yönetim Kapsamında İklim Değişikliği Raporlaması: Düzenleyici Perspektiften Halka Açık Anonim Şirketlerde Raporlamaya İlişkin Güncel Standartların Değerlendirilmesi

Climate Change Reporting Within the Scope of Corporate Governance: The Evaluation of Current Standards on Reporting in Public Joınt Stock Companies From a Regulatory Perspective

İrem TORE 493-534

Araştırma makalesi/*Research article*

Kira Sözleşmelerinde Uyarlama Davası

Adaptation Case in Lease Agreements

Seda KARA KILIÇARSLAN 535-580

Araştırma makalesi/*Research article*

İş Sözleşmesinin Devrinde Devreden İşverenin Sorumluluğu

The Responsibility of the Transferor Employer in the Transfer of the Employment Contract

Emre KÖPRÜCÜ 581-618

* Makaleler, yazarların ünvanı ve makale gönderim zamanlarına göre sıralanmıştır.
** The articles are listed according to the title of the authors and the time of submission.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/*Research article*
Myanmar'da İşlenen İnsanlığa Karşı Suçların
Yargılanması Sorunu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi

The Problem of Prosecuting Crimes Against Humanity
Committed in Myanmar and the International Criminal Court
Sercan REÇBER 619-662

Araştırma makalesi/*Research article*
Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunmasında
Düzenleyici İdari İşlemler Yoluyla Koruma Kullanma Dengesinin Tesisi

Establishing the Balance Between Conservation and Utilization
Through Regulatory Administrative Acts in the Protection
Of Immovable Cultural and Natural Assets
Zeynep Nihal AYDINOĞLU YALÇIN 663-702

Araştırma makalesi/*Research article*
European Union Adopts Rape Shield Laws: Enhancing Victim
Privacy at the Expense of Defendants' Rights?

Avrupa Birliği Tecavüz Kalkani Yasalarini Kabul Ediyor:
Mağdurun Özel Hayatinin Gizliliğine Yönelik Koruma
Sanıkların Hakları Pahasına mı Artılıyor?
Efe Can KARABULAT 703-724

Araştırma makalesi/*Research article*
Yargısal Denetim Yönüyle Rezerv Yapı Alanı
Kararı Uygulamaları ve Sonuçları

Judicial Review of Reserved Construction Area
Decisions: Practices and Legal Consequences
Ilgın ÖZKAYA ÖZLÜER 725-752

Araştırma makalesi/*Research article*
Uzay Hukukunun Temel Kaynakları
Çerçevesinde ASAT Testlerinin Hukukiliği

Legality of ASAT Tests Within the Framework of
Fundamental Sources of Space Law
Zeynep SEYİTOĞLU 753-804

Araştırma makalesi/*Research article*
Osmanlı Devleti'nde Yabancı Ülke Diplomatik Temsilcilerinin Yargı Dokunulmazlığı
Jurisdictional Immunıty of Foreign Diplomatic Representatives in the Ottoman State
Emine Sümeyye KÖKÇAM 805-836

Araştırma makalesi/*Research article*
Çocukların Cinsel İstismarı Suçuyla Korunan Hukuki Değer: Türk ve Alman Ceza Kanunları Bağlamında Karşılaştırmalı Bir İnceleme
The Legal Interest Protected by the Crime of Sexual Abuse of Children: A Comparative Analysis With Regard to Turkish and German Penal Codes
Çağrı Tuğşat KEMALOĞLU 837-884

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 29/01/2024
Kabul / Accepted: 31/01/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

PAYLI MÜLKİYETTE PAY ORANI (HİSSE) HATASININ TAPU KANUNU EK MADDE 3 UYARINCA TAPU MÜDÜRLÜĞÜNCE RE'SEN DÜZELTİLMESİ UYGULAMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

THOUGHTS ON THE PRACTICE OF EX OFFICIO CORRECTION OF SHARE PERCENT FAULT IN JOINT OWNERSHIP BY THE LAND REGISTRY OFFICES PURSUANT TO ADDITIONAL ARTICLE 3 OF THE LAND REGISTRY CODE

Güray TÜRKER*

ÖZET

Türk Medeni Kanunu tapu sicili sistemini benimsemektedir. Bu sistemde, taşınmazlar üzerindeki aynî hakları üçüncü kişilere belirtme görevini resmi memurlar tarafından tutulan tapu sicilindeki tesciller yerine getirmektedir. Bu görev kapsamında tapu siciline taşınmazların hukukî durumunu etkileyen bazı hukukî ve fiilî ilişkiler de yazılır. Böylece tapu sicili, temel amacı çerçevesinde taşınmazlarda aleniyet ilkesini gerçekleştirmeye aracılık ederek taşınmaz üzerindeki hakları üçüncü kişilere gösterir. Tapu sicilinin aleniyeti ilkesi, tapu siciline güven ilkesi ve tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumluluğu ilkesiyle yakından ilişkilidir. 10.07.2019 tarihinde yürürlüğe giren "Tapu Kaydındaki Hisse Hatalarının Düzeltilmesi" başlıklı Tapu Kanunu Ek Madde 3 hükmü ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 23.07.2019 tarihli 2019/7 (1801) sayılı genelgesi bu üç ilkeyi doğrudan ilgilendiren düzenlemeler barındırmaktadır. Zira Tapu Kanunu Ek Madde 3, tapu müdürlüklerine tapu veya kat mülkiyeti kütüğünde paylı mülkiyete ilişkin pay oranı (hisse) hatasını pay sahibinin rızası olmaksızın re'sen düzeltme yetkisi vermektedir. Bu yetkinin,

* **Dr. Öğr. Üyesi,** İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ İSTANBUL, **E-Posta:** guray.turker@okan.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-7845-3961, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1427582.

• **Atıf Şekli/ Cite As:** Türker, Güray, "Paylı Mülkiyette Pay Oranı (Hisse) Hatasının Tapu Kanunu Ek Madde 3 Uyarınca Tapu Müdürlüğünce Re'sen Düzeltilmesi Uygulaması Üzerine Düşünceler", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 459-492.

• İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

özellikle pay oranı hatalı olarak fazla tescil edilen payların mülkiyetini sonradan kazanan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kullanılması hukuk düzeni yönünden olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Bu sebeple söz konusu hüküm, hukuk düzeninin kendi içinde uyumlu bir yeknesaklıkla bütünlük oluşturması prensibini aşan düzenlemelerin bir başka örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada, Tapu Kanunu Ek Madde 3 hükmü tapu siciline hâkim olan ilkelerden aleniyet, tapu siciline güven ve tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde ele alınacak ve bu hükmün tapu memurunun düzeltme yetkisini düzenleyen TMK m.1027 hükmü karşısındaki durumu da ayrıca irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Paylı mülkiyet, Aleniyet, Tapu siciline güven, Devletin sorumluluğu, Re'sen düzeltme.*

ABSTRACT

The Turkish Civil Code adopts the land registry system. In this system, the obligation to indicate the rights in rem on immovables to third parties is fulfilled through registrations in the land registry, which is maintained by official officials. Within the scope of this obligation, some legal and actual relations affecting the legal status of immovables are also recorded in the land registry. Thus, the land registry, within the framework of its main purpose, mediates the realization of the principle of publicity in immovable and shows the rights on immovable to third parties. The principle of publicity of the land registry is closely related to the principle of trust and the principle of state liability for the maintenance of the land registry. The provision of Additional Article 3 of the Land Registry Law, titled "Correction of Share Errors in the Land Registry", which entered into force on 10.07.2019, and the circular of the General Directorate of Land Registry and Cadastre, Land Registry Department, dated 23.07.2019 (No. 2019/7 (1801)), contain regulations that directly concern these three principles. Additional Article 3 of the Land Registry Law authorizes the land registry offices to correct joint-ownership share percent faults in the land registry or co-ownership registry ex officio, without the consent of the shareholder. This authorisation, against bona fide third parties who later acquire ownership of shares that were erroneously registered in excess, - leads negative consequences for the legal order. For this reason, the article in question appear as another example of regulations that exceed a coherent and consistent legal framework. In this study, Additional Article 3 of the Land Registry Law will be examined within the framework of the principles of publicity, trust in the land registry and the responsibility of the state for the maintenance of the land registry, and the status of this provision in the face of Article 1027 of the Turkish Civil Code (TCC), which regulates the correction authority of the land registry officer, will also be examined.

Keywords: *Joint ownership, Publicity, Reliance on land registry, State responsibility, Ex officio rectification.*

EXTENDED ABSTRACT

Additional Article 3 of the Land Registry Code authorises the land registry offices to correct share errors in the land registry or co-ownership registry without the consent of the shareholder. The use of this authorisation, especially against the bona fide third parties who subsequently acquire the ownership of the shares whose share is erroneously over-registered, causes negative consequences in terms of the legal order. This provision is closely related to the principle of publicity of the land registry, the principle of trust in the land registry and the principle of state responsibility for the maintenance of the land registry. At the same time, this provision appears as another example of regulations that exceed the principle that the legal order constitutes a coherent and consistent legal framework.

When evaluated in terms of the principle of publicity of the land registry, the share plays a primary role in the formation of the third party's will to take legal action to acquire the ownership of a certain share in the immovable property subject to joint ownership. This is because the third party acts towards the shareholder in order to acquire ownership according to the share in the land registry, and if the share is subject to a sale-contract, the share price is determined according to the share. In this context, if the share is reduced ex officio by the land registry office under the scope of Additional Article 3 of the Land Registry Law, after the ownership of the share has been acquired, the new owner third party may face a violation of the principle of publicity of the land registry.

The principle of trust in the land registry briefly refers to the protection of good faith acquisitions made by relying on the land registry. The fact that the Additional Article 3 of the Land Registry Code does not include a clear statement regarding the principle of trust in the land registry does not mean that Article 1023 of the TCC, which is a general provision regulating a principle governing the land registry, shall not be applied. It is not appropriate to try to implement this principle by issuing circulars. Considering that circulars are orders and instructions given in the hierarchy order of the administration regarding the interpretation and implementation of the provisions of the law, and that circulars cannot make provisions regarding the rights of individuals as a legal norm, it is difficult to mention the full protection of the principle of trust in the land registry with the provisions of circulars that do not have binding power for individuals and judges. Since the error in the share directly affects the content of the right in rem and constitutes a corrupt registration, it is significant to protect the acquisition of the bona fide third party who transfers the ownership of the share after the error in accordance with Article 1023 of the TCC. This is the result of the principle of trust in the land registry. It is necessary to restrict (limit) the scope of application of this norm, which is written in a very comprehensive manner in terms of its wording, in line with its purpose through purposive interpretation. For this reason, the implicit gap in the Additional Article 3 of the Land Registry Law should be filled by introducing a limitation in accordance with the purpose, and this

provision should not be applied to the share ratio errors where the ownership has been transferred and any limited rights in rem have been established.

Additional Article 3/III of the Land Registry Law stipulates that the shareholder whose share has been corrected ex officio by the administration and who is adversely affected thereby, may file a lawsuit against the correction process at the civil court of first instance within sixty days following the notification. However, the provision does not specify the type of lawsuit to be filed. In this respect, it should not be considered that the lawsuit to be filed by the shareholders whose shares have been changed negatively as a result of a share proportion error within the framework of this provision will be based solely on Article 1007 of the TCC.

Additional Article 3 of the Land Registry Law has a structure that contradicts the basic principles adopted in the Turkish Civil Code regarding the land registry, such as the principle of publicity and trust in the land registry, and the administration's ex officio correction of the land registry. Moreover, it undermines and eliminates these principles. In this context, accepting the application of the principles of lex posterior or lex specialis here would undermine the principle of the integrity of the legal order and would have a negative impact on the three fundamental values of the legal order: justice, propriety and legal security.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu[1] taşınmazlarda aynî hakları açıklamak üzere "*tapu sicili* (*Grundbuch*)" sistemini kabul etmektedir. TMK m.997 hükmünün, "*taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur*" şeklindeki ifadesinden tapu sicili sisteminin benimsendiği anlaşılmaktadır. Tapu sicili, tapu kütüğü, yevmiye defteri ve plân gibi resmi belgeler ile pek çok yardımcı sicilden meydana gelen bir bütünü ifade eder (TMK m.997/II). Bu sistemde, taşınmazlar üzerindeki aynî hakları üçüncü kişilere belirtme görevini resmi memurlar tarafından tutulan tapu sicilindeki tesciller yerine getirir. Öte yandan tapu sicili yalnızca taşınmazlar üzerindeki aynî hakları dışa aksettirmez. Tapu siciline, söz konusu taşınmazın tüm özellikleri, yüzölçümü, sınırları, taşınmazın hukukî durumuna ilişkin bazı kişisel haklar, tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve yine taşınmazlar üzerindeki hakların durumunu etkileyen bazı hukukî ve fiilî ilişkiler de yazılır.

Tapu sicilinin bu bağlamda temel amacının taşınmazlarda aleniyet ilkesini (TMK m.1020) gerçekleştirme konusunda aracı olmaktan ve böylece

[1] 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete.

taşınmaz üzerindeki hakları üçüncü kişilere görünür kılmaktan oluştuğu ifade edilebilir[2]. Tapu siciline hâkim olan temel ilkelerden "*aleniyet ilkesi*", tapu siciline hâkim olan diğer ilkelerden "*tapu siciline güven ilkesi (TMK m.1023)*" ve "*tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumlu olması ilkesiyle (TMK m.1007)*" yakından bağlantılıdır.

Tapu siciline hâkim olan ilkelerin yanında genel bir hukuk ilkesi olan "*hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesini*" de hatırlamak gerekir. "*Hukuk düzeninin kendi içinde uyumlu bir yeknesaklıkla bütünlük oluşturmasına, hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi ismi verilmektedir*[3]*"*. Bu ilke uyarınca her hukuk kuralı, genel hukuk amacının sistematik bir parçası olarak onunla birlikte, bütünlük içinde yerini ve anlamını bulur[4]. Türk Medeni Kanunu genel kanun karakteriyle tapu siciline hâkim olan ilkeleri düzenlemektedir. Ancak, Türk hukukunda zaman zaman kanun koyucunun hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesini ihlâl ettiği görülmektedir. Bunun örneklerinden birisini de 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun[5] 2. maddesiyle Tapu Kanununa[6] eklenen Ek Madde 3 düzenlemesi oluşturmaktadır.

Tapu Kanunu Ek m.3 düzenlemesi uyarınca, "*kadastro tespiti veya tapu sicilinde gerçekleştirilen işlemler nedeniyle oluşan hatadan olumsuz etkilenen hisselerin maliklerine, aynî ve şahsi hak lehtarlarına hatanın nedenleri ve düzeltme sonrası oluşacak hisse durumunu gösteren tebligat yapılır (I). Yapılacak işlem konusunda tapu kaydının beyanlar hanesine belirtme yapılır ve bu belirtme düzeltme işlemi kesinleşinceye kadar korunur (II). Tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgililerince muvafakat verilmesi hâlinde düzeltme işlemi yapılır. Bu süre içinde muvafakat verilmez ise tapu müdürlüğünce hatalı kayıt resen düzeltilerek işlem sonucu ile birlikte düzeltme işlemine karşı tebliğden itibaren altmış gün içinde asliye hukuk mahkemesinde dava açılabileceği ilgilisine ihtar edilir (III)*".

Tapu Kanunu Ek m.3'ün uygulanmasına ilişkin olarak Tapu Kadastro

---

[2] Deschenaux, s. 620 vd.; Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 364; Schmid, Vorbem. Art. 942-977, N. 11 vd.; Tekinay,/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 241 vd.; Esener/Güven, s. 137 vd.; Sirmen, 1976, s. 2; Ünal/Başpınar, s. 285; Ayiter, s. 37; Antalya/Topuz, N. 2046; Ayan, s. 213; Pekmez, s. 8; Yakuppur, s. 10 vd.

[3] Antalya, 2020, N. 2418; Gözler, 2023, s. 180.

[4] Antalya, 2020, N. 2419.

[5] 10.07.2019 tarih ve 30827 sayılı Resmi Gazete.

[6] 29.12.1934 tarih ve 2892 sayılı Resmi Gazete.

Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından çıkartılan 23.07.2019 tarihli 2019/7 (1801) sayılı Genelge'nin[7] 2. maddesiyle de tapu veya kat mülkiyeti kütüğünde pay oranı (hisse) hatası bulunması hâlinde tapu müdürlüğünce yapılacak re'sen düzeltme işleminin uygulama esaslarına yer verilmiştir[8]. Söz konusu Genelge kapsamında yapılacak işlemlerle ilgili olarak tapu müdürlükleri nezdinde yaşanan tereddütlerden ötürü 2019/7 sayılı Genelgeye Ek de 21.01.2020 tarihinde yayınlanmıştır.

İdareye kişilerin mülkiyet hakkı üzerinde re'sen değişiklik yapma hakkı veren Tapu Kanunu Ek m.3 düzenlemesi Türk Medeni Kanunu'nun tapu siciline ilişkin benimsediği ilkeler yönünden eleştiriye açık bir hükümdür. Türk Medeni Kanunu'nun belirlediği genel prensiplerden ayrışmaya sebebiyet veren bu hüküm, tapu siciline hatalı pay oranları üzerinden tescil edilen paylı mülkiyet paylarına güvenerek mülkiyet hakkını kazanan iyiniyetli üçüncü kişileri de kapsam dışı bırakmamaktadır[9]. Bundan dolayı, taraflarını paylı

---

[7] Bu noktada genelge hükümlerinin varlığı karşısında genelgenin hukukî bağlayıcılığı ve normlar hiyerarşisindeki yerine de kısaca değinmek gerekir. *Gözler'e* göre genelge, "*idare hukukunda hiyerarşik amirlerin, özellikle bakanların, sahip oldukları hiyerarşi gücüne dayanarak astlarına, onların uygulamakla yükümlü oldukları kanun hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda verdikleri emir ve talimatlardır. Genelge, bakanı ve emrin muhatabı olan personel dışında kimseyi ilgilendirmez. Genelgelere vatandaşların hakları ve ödevleriyle ilgili hükümler koyamaz."* Genelgelerin kişilere hitap etmemesine bağlı olarak hak ve ödevlere ilişkin düzenlemeler getirememesi onun "*hukuk normu*" olarak nitelendirilmesine engel olur. Bu nedenle de genelgeler normlar hiyerarşisinde yer almaz ve hâkimi de bağlamazlar. Genelgeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler, 2019, s. 819 vd.

[8] Genelge m.2/III'de, *"hatadan olumsuz etkilenen hisselerin maliklerine ve sınırlı ayni veya şahsi hak lehtarlarına hatanın nedenleri ve yapılacak düzeltme sonrası oluşacak hisse durumu bildirilerek hatanın düzeltilmesine muvafakat verilmesi, muvafakatin bizzat veya yetkili temsilci vasıtasıyla tebligat evrakı ile birlikte herhangi bir tapu müdürlüğüne yapılabileceğinin belirtilmesi, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde düzeltme işlemine muvafakat verilmemesi hâlinde düzeltme işleminin tapu müdürlüğünce resen yapılacağı hususunda tebligat yapılması*" gerektiği; Genelge m.2/VI hükmünde ise, "*taşınmazdaki hisse hatasından olumsuz etkilenen hisselerin malikleri ile sınırlı aynî veya şahsi hak lehtarlarının muvafakatinin alınması hâlinde belirtmenin terkin edilerek düzeltme işleminin yapılması, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde muvafakat edilmemesi halinde ise tapu müdürlüğünce hisse hatasının resen düzeltilerek yapılan düzeltme işlemine karşı 60 gün içinde taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesine dava açılabileceği, dava açılmaması halinde yapılan düzeltme işleminin kesinleşeceği belirtilerek ilgililerine tebligat yapılması*" gerektiği belirtilmiştir.

[9] 2019/7 (1801) ve 2019/7 sayılı Genelgeye Ek metinlerinde "*tescile esas belgesine (kadastro tutanağının mülkiyet sütununa) aykırı tescilden kaynaklı hisse hatası olması durumunda, mülkiyet devri yapılmamış ve üzerinde sonradan herhangi bir sınırlı ayni veya şahsi hak tesis edilmemişse*" re'sen düzeltme yapılabileceği belirtilmektedir. Bununla beraber, aynı Genelge metinlerinde pay oranı hatası bulunan taşınmazın tapulama/kadastro tutanağının edinim sütununda hatasız belirlenen pay oranının, tutanağın mülkiyet sütununa fazla pay oranı olarak

mülkiyet payını devreden, paylı mülkiyet payını devralan, paylı mülkiyet payının ait olduğu taşınmazın diğer paydaşları ve Devlet'in oluşturduğu bu dörtlü hukukî ilişkide yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Özellikle bu uyuşmazlıklar, paylı mülkiyete ilişkin pay oranının gerçekte olduğundan fazla şekilde tescil edildiği ve düzeltme sonrası pay oranının azaldığı hâllerde kendisini göstermektedir. Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünde düzeltme sonrası açılmasına imkân tanınan dava türünün açıkça düzenlenmemiş olması ise dava türünün belirlenmesi hususundaki inisiyatifi uygulamaya bırakmıştır. Öte yandan, Tapu Kanunu Ek m.3'ün TMK m.1027 ile çelişki oluşturan yapısı da bu düzenleme yönünden bir diğer eleştiri noktasını oluşturmaktadır.

Bu çalışmada Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün paylı mülkiyette pay oranı hatası üzerine uygulaması ele alınacaktır. Çalışmaya konu araştırma tapu siciline hâkim olan ilkeler ve hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde yapılacak olup, ayrıca Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü ve TMK m.1027 arasındaki ilişki de irdelenecektir.

I. TAPU SİCİLİNE HÂKİM OLAN İLKELER ÇERÇEVESİNDE TAPU KANUNU EK M.3 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Tapu Sicilinin Kamuya Açıklığı (Aleniyet) İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

Aynî hak (*dingliche Recht*), sahibine eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ve bu sebeple de herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hak (*absolute Recht*) olarak tanımlanmaktadır[10]. Bir kimsenin bir eşya üzerinde kullanabileceği hakların en mükemmeli ve en genişi olan mülkiyet hakkı da aynî hakların başında gelir. Aynî hakkı ve doğal neticesiyle mülkiyet hakkını

aktarılması veya pay oranı hatası bulunan taşınmaza ait tapulama/kadastro tutanağının edinim sütununda hatasız belirlenen pay oranlarının, tutanağın mülkiyet sütununa hatalı aktarılması durumunda işlem yapılacağı da ifade edilmektedir. Pay oranı hatalarının Genelge'de yer alan hususlar dışında da doğabileceği ve genelgelerin hukukî niteliği göz önünde tutulduğunda Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün sadece genelgeler ekseninde uygulanmasının hak ihlâllerine neden olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

[10] Saymen/Elbir, s. 5; Arsebük, s. 159; Özsunay, s. 250; İmre, s. 250; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 9 vd.; Dural/Sarı, N. 937; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 7; Ünal/Başpınar, s. 14; Sirmen, 2023, s. 4; Helvacı/Erlüle, s. 22; Ertaş, s. 3; Erman, s. 88 vd.

"*Hukuk nizamı bu hakkın sahibine bir hâkimiyet sahası tayine der; bu şahıs işbu hudut dahilinde arzu ve iradesini yerine getirebilir; hiç kimse onun bu hakkını çiğneyemez ve onu bu hususta rahatsız edemez. Muhtevasının müsbet olması itibariyle mutlak haklara hakimiyet hakları (Herrschaftsreche) dahi denilmektedir*." Bkz. Schwarz, s. 117. Benzer görüş için bkz. Serozan/Engin/Atamer, II § 4, N. 2.

ihlâl etmemesi istenen kişilere karşı bu hakkı dışa aksettiren bir görünüm şekline ihtiyaç vardır. Tapu siciline hâkim olan temel ilkelerden aleniyet ilkesi (*Publizitaetsprinzip, Offenkundigkeit*), eşya üzerinde var olan aynî hakkın herkes tarafından varlığını ve bu hakkın süjesinin kim olduğunun tanınabilir ve bu hakkın objesinin belirlenebilir olmasını ifade eden ilkedir[11].

Aynî hakta kamuya açıklığın gerçekleştirilebilmesi için bir aleniyet aracına gerek bulunur. Bu bakımdan tapu sicili, temel amacı çerçevesinde taşınmazlarda aleniyet ilkesini gerçekleştirmeye aracılık eder ve taşınmaz üzerindeki hakları üçüncü kişilere görünür kılar.

Belirtelim ki, tapu sicili yalnızca taşınmazlar üzerindeki aynî hakları herkese görünür kılmaz. Tapu siciline, söz konusu taşınmazın tüm özellikleri, yüzölçümü, sınırları, taşınmazın hukukî durumuna ilişkin bazı kişisel haklar, tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve yine taşınmazlar üzerindeki hakların durumunu etkileyen bazı hukukî ve fiilî ilişkiler de yazılır.

Aleniyet ilkesi, kamuya açıklığı sağlayan tapu sicili ile kişi ve taşınmaz arasındaki eşya hukuku ilişkisini görünür hâle getirir. Bu sayede kişi ve taşınmaz arasındaki ilişkinin ne olduğu, bu ilişkinin kapsam ve içeriği, bu ilişkide kimin veya kimlerin hak sahibi olduğunu belirlenir[12].

Tapu sicilinin aleniyeti ilkesi TMK m.1020'de, "*tapu sicili herkese açıktır (I). İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir (II). Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez (III)"* şeklinde düzenlenmektedir. Tapu sicilindeki kaydın herkes tarafından bilindiği olgusunun kesin karine (*fiction*) olduğu ve bu nedenle aksinin ispat edilemediği kabul edilmekte olup, esasen bu olgu tapu siciline güven ilkesi ile yakından alakalıdır[13].

---

[11] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 94, N. 38 vd.; Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 448; Schmid, BSK ZGB, Art. 970, N. 1; Deillon-Schegg, Art. 970, N. 1; Pfammatter, Art. 970, N. 1; Saymen/Elbir, s. 130; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 205; Ayiter, s. 49; Antalya/Topuz, N. 2411; Ayan, s. 242; Şengül, s. 1 vd.; Güleş, s. 90.

[12] Schmid, BSK ZGB, Art. 970, N. 4; Antalya/Topuz, N. 2415; Seçer, s. 344.

[13] Tuor/ Schnyder/Schmid /Jungo, § 94 N. 42; Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 460; Schmid, BSK ZGB, Art. 970, N. 32; Deillon-Schegg, CHK ZGB, Art. 970, N. 26; Pfammatter, OFK ZGB, Art. 970, N. 2, N. 13; Saymen/Elbir, s. 179; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 206; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 674; Ünal/Başpınar, s. 287; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 277 vd.; Sirmen, 2023, s. 155; Antalya/Topuz, N. 2434; Yakuppur, s. 13.

Türk Medeni Kanunu m.1020 gereğince, ilgisini inanılır kılan üçüncü kişinin tapu sicilini inceleyerek taşınmazın paylı mülkiyete tabi olduğunu gördüğü varsayımı üzerinden Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün aleniyet ilkesi çerçevesinde doğurduğu sakıncaları somutlaştırmakta fayda vardır. Üçüncü kişinin paylı mülkiyete tabi taşınmazda belirli payın mülkiyetini kazanmaya ilişkin hukukî işlem yapma iradesinin oluşmasında pay oranı öncelikli rol oynar. Zira üçüncü kişi tapu sicilinde gördüğü pay oranına göre paylı mülkiyet sahibine karşı mülkiyetin kazanılmasını amaçlayan davranışlarda bulunacak ve payın satış sözleşmesine konu olması hâlinde pay bedeli pay oranına göre belirlenecektir[14]. Üçüncü kişi tapu sicilinde gördüğü paylı mülkiyet pay oranına göre taşınmaz üzerindeki finansal projeksiyonunu ve gelecekte atacağı adımları planlayacaktır. Bu bağlamda, payın mülkiyeti kazanıldıktan sonra pay oranının Tapu Kanunu Ek m.3 kapsamında tapu müdürlüğünce pay oranı azalacak şekilde re'sen değiştirilmesi hâlinde yeni malik üçüncü kişi yönünden adaleti zedeleyici sonuçlar doğar. Tekrarlamak gerekirse, bu olumsuz sonucun, pay oranının ilk önce fazla tescil edilip re'sen düzeltme sonrası azaldığı hâllerde ortaya çıkacağı açıktır. Zira pay oranı hatasını bilseydi söz konusu payın mülkiyetini devralmayıp başka bir taşınmazın alımına yönelecek olan üçüncü kişinin bu imkânı esasen bu yolla elinden alınmaktadır. Bu noktada, tapu kütüğündeki tescilin aleni olmasının üçüncü kişi yönünden ifade edeceği önem azalmaktadır[15].

Sonuç olarak, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün yukarıda ifade edildiği şekilde uygulanması, kişi ve taşınmaz arasındaki eşya hukuku ilişkisini kamuya açık hale getiren aleniyet ilkesinin kısmen de olsa işlevsizleştirilmesine ve zedelenmesine sebep olur [16]. Çünkü, tapu sicilindeki pay oranını görerek paylı mülkiyet payını devralan kişi, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün bu şekilde uygulanması karşısında tapu sicilinin hiçbir zaman kişi ve taşınmaz arasındaki eşya hukuku ilişkisini açık olarak yansıtmadığı kanısını taşır.

[14] Pay oranı, paylı malda tasarruf, yönetim ve yararlanmaya ilişkin paydaş yetkisini belirler. Bundan dolayı, payı devralacak üçüncü kişinin iradesinin oluşumunda pay oranı bu yönden de etkide bulunur.

[15] Nitekim bu durumda, Tapu Kanunu Ek m.3'ün tapu siciline güvenin korunması ilkesini olumsuz etkileyen özelliği de görünür hale gelir.

[16] Pay oranı (hisse) hatasının re'sen düzeltilmesi pay sahibinin bu hakkı herkese karşı ileri sürebilmesine engel teşkil etmez. Bu nedenle, söz konusu idari işlem tapu sicilinin kamuya açıklığı ilkesinin işlevini tamamen ortadan kaldırmaz.

B. Tapu Siciline Güven İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

1. Genel Olarak

Tapu siciline güven ilkesi, kısaca tapu siciline güvenilerek yapılan iyiniyetli kazanımların korunmasını ifade eder (TMK m.1023)[17]. Bu ilkeyle, Devletin gözetim, denetim ve sorumluluğu tutulan tapu sicilinde kamuya açıklığı sağlanmış aynî hakkın maddi olgularına güvenerek hak kazanmış iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları korunur[18]. Zira tapu sicili, TMK m.7 anlamında devlet memurları tarafından tutulan resmi sicillerdendir. Tapu sicilinin bu özelliği, tapu sicilinin ortaya koyduğu hukukî görünüme olan güvenin korunmasını zorunlu kılar. Öğretide tapu siciline güven ilkesi bir anlamda tescilin olumlu hükmünün sonucu olarak da nitelendirilir[19].

İstisnasız kural olmaz (*nulla regula sine exceptione*) ilkesinden hareketle, tapu siciline güven ilkesinin mutlak bir ilke olmadığının altı çizilmelidir. Bu ilke bazı hâller bakımından sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Örneğin bu ilke, kamuya ait taşınmazları kapsamamakta ve yalnızca aynî hakları koruma altına almaktadır[20].

Taşınmazlar üzerindeki aynî hakların kamuya açıklığı tapu siciline tescil ile sağlanır. Bunun neticesinde, iyiniyetli üçüncü kişi bir taşınmazın mülkiyetini kazanırken taşınmazın tapu veya kat mülkiyeti kütüğünde adına tescil edilmiş kimsenin aynî hak sahibi olduğunu kabul eder. Doğal olarak bu kabul, paylı mülkiyetin varlığı hâlinde pay oranı (hisse) olgusunu da kapsar. Bu bağlamda güven ilkesi, "*tapu kütüğünün iyiniyetli üçüncü kişilere karşı fiili durumu, maddi hukuk bakımından aynî hak durumunu tam olarak yansıttığının*

[17] TMK m.1023 hükmünün uygulanması için beş şartın ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bunlardan birincisi, TMK m.1023 kapsamındaki korumanın sadece üçüncü kişiler için geçerli olduğudur. İkinci olarak, koruma sadece sicil kaydına dayanan kazanımları kapsam altına almaktadır. Üçüncüsü, koruma sadece aynî hak kazanımları için geçerlidir. Dördüncü olarak, aynî hak kazanan üçüncü kişi iyiniyetli olmalıdır. Son şart olarak ise, üçüncü kişinin aynî hakkı kazanabilmesi için gerekli diğer kurucu unsurlar geçerli olmalıdır.

[18] Deschenaux, s. 758 vd.; Schmid, BSK ZGB, Art. 973, N. 1; Pfammatter, OFK ZGB, Art. 973, N. 1; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 358; Sirmen, 1976, s.7; Antalya/Topuz, N. 2435; Pekmez, s. 10 vd.

[19] Tuor/Schnyder/Schmid /Jungo, § 95 N. 31; Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 579; Pfammatter, OFK ZGB, Art. 973, N. 1; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 995 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 358; Ünal/Başpınar, s. 291; Sirmen, 2023, s. 264 vd.; Sirmen, 1976, s. 8; Antalya/Topuz, N. 2436; Şengül, s. 45; Pekmez, s. 10.

[20] Tapu siciline güven ilkesinin uygulanmadığı hallerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, 1976, s.9 vd.; Yakuppur, s. 185 vd.

ve doğru olduğunun kanun tarafından kesin bir karine olarak kabul edildiğini gösterir[21]". Bundan dolayı, aynî hakkın geçerli bir sebep olmaksızın tescil edildiği veya haklı sebebe dayanmadığı ya da hak sahibinin tapu kütüğünden gösterilenden başka birisinin olduğu iddiaları, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülemez. Tapu sicilinin içeriği ile fiili durumun uyumsuz olması, tapu sicilinin içeriğindeki işlemlerin maddi hukuk bakımından geçerli olmaması, sicile güvenerek hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu kazanımlarına etki etmez.

Her dürüst kişi[22], Devletin, gözetim, denetim ve sorumluluğu altında tutulan tapu sicilindeki kayıtların hayatın olağan akışında doğru olduğunu kabul edecektir. Bunun içindir ki, tapu siciline güven ilkesinin temel amacı, hayatın olağan akışı içerisindeki iş ilişkileri ve ticari iş ilişkilerindeki güveni sağlamaktır[23]. Bunun aksinin kabulü, Devletin, gözetim, denetim ve sorumluluğu altında tutulan sicillerin güvenilirliğinin ortadan kalkmasına, ekonomik hayatın sürdürülebilmesinin ağır şekilde sarsılmasına ve toplumsal huzur ile güvenliğin bozulmasına neden olur.

Burada konumuz yönünden özellikle, TMK m.1023'te düzenlenen korumanın sadece sicil kaydına dayanan kazanımları kapsam altına aldığı şartının altını çizmek gerekir. Bundan hareketle, pay oranının tapu veya kat mülkiyeti kütüğüne hatalı yazıldığı bir tescil ne şekilde nitelendirilmelidir sorusunun cevaplanması gerekir. Diğer bir ifadeyle, paylı mülkiyet pay oranının hatalı yazılması (hisse hatası) bir yolsuz tescil midir?

Yolsuz tescil, gerçek hak durumuna uymayan tescil şeklinde tanımlanmaktadır[24]. Yolsuz tescilde, tapu sicilinde şeklen mevcut bir tescil

---

[21] Deillion-Schegg, CHK ZGB, Art. 973, N. 1; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 358; Benzer görüş için bkz. Ünal/Başpınar, s. 291.

[22] Bu noktada *bonus pater familias* ilkesinden hareket edilebilir. Bu kriter, ortalama zekâ seviyesine sahip, tedbirli, dürüst, güvenilir ve namuslu bir kişinin aynı hal ve şartlar içinde göstereceği özen kriteridir.

[23] Saymen/Elbir, s. 179; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 358; Antalya/Topuz, N. 2443.

[24] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1077. *Saymen/Elbir,* hakkı olmayan bir kimsenin tapuda kayıtlı bulunması ve hakkı olanın da kaydedilmemiş bulunması olarak yolsuz tescili tanımlamaktadır. Bkz. Saymen/Elbir, s. 186. *Tekinay,* ise yolsuz tescili, aynî bir hakkı kurmaya yetmeyen ya da gerçek hak sahibinden başkası lehindeki her tescil olarak tanımlamaktadır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348. Farklı tanımlamalar için bkz. Schmid, BSK ZGB, Art. 974, N. 3; Deillion-Schegg, CHK ZGB, Art. 973, N. 13; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 305; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 453, 464 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 344; Sirmen, 2023, s. 306; Sirmen, 1976, s.3 vd.; Nomer/Ergüne, N. 560; Ayan, s. 252; Yılmaz, Eşya Hukuku, s.190; Yakuppur, s. 44 vd.

mevcut bulunmakla beraber, bu tescil fiilî duruma uymamaktadır. Tescildeki yolsuzluk, tescilin kurucu unsurlarındaki sakatlık nedeniyle -tescilin haklı bir sebebe dayanmaması ya da dayandığı sebebin geçerli olmaması- ortaya çıkabileceği gibi, sakat bir terkin veya tadil işlemi neticesinde de ortaya çıkabilir. Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda pay oranının, kadastro tescili, mirasçılık belgesinde payların hatalı veya noksan belirlenmesi, tapu müdürlüğünce yapılan tapu işlemi vb. işlemler sonrası hatalı tescil edilmesi hâlinde bir yolsuz tescilin varlığından söz edilmelidir[25]. Çünkü bu durumda, pay oranındaki hata doğrudan aynî hakkın içeriğine etki etmekte ve gerçek hak sahibi olan paydaş aleyhine ve diğer paydaş lehine gerçek hak durumuna uygun olmayan bir tescil söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, paylı mülkiyete tabi taşınmazda pay oranının hatalı tescili sonrası payın mülkiyetini devralan iyiniyetli üçüncü kişi TMK m.1023 kapsamında değerlendirilmelidir.

2. Değerlendirme

Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü incelendiğinde, tapu siciline güven ilkesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünde tapu siciline güven ilkesine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiş olmaması, tapu siciline hâkim bir ilkeyi düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TMK m.1023 hükmünün uygulanmayacağı anlamına gelmez[26].

---

[25] "*Dava yolsuz tescilin düzeltilmesi, veraset ilamındaki hisseler oranında taşınmazların bölüştürülmesi ile tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir. Bilirkişi raporuna göre yapıldığında paydaşların arsa mülkiyet payları ile kendilerine kalan bağımsız bölümlerdeki payların oranlı olmadığı, bunun arsa sahipleri aleyhine gelişmiş olduğu, bunun sonucunda hatalı dağılımın yapıldığı gerekçesiyle, elbirliği mülkiyeti olan 1/4 paylarının iptal edilmesine, belirtilen oranlarda davacılara tesciline, davalı hakkında açılan davanın reddine ilişkin kararın onanması gerekir*." Y. 23. HD, T. 14.11.2017, E. 2015/2199, K. 2017/3230 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Erişim Tarihi 20.12.2023.

[26] Paylı mülkiyet ilişkisinde payın üçüncü kişilere devri mümkün olduğundan TMK m.1023 uyarınca kazanım gündeme gelir. Elbirliği mülkiyetinde ise payın doğrudan üçüncü kişilere devri mümkün değildir. Zira, ortakların paylarında tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ancak miras hukuku bakımından miras payının devri söz konusu olduğunda üçüncü kişilere miras payının devri gerçekleşmektedir. Fakat bu hâlde, üçüncü kişilerin aynî hak kazanması söz konusu olmayıp üçüncü kişiler tasfiyeye ilişkin bir alacak hakkına sahip olmaktadır (TMK m.677/II). Bu nedenle aynî hak kazanımına imkân veren TMK m.1023'ün uygulanması burada gündeme gelmez. Miras payının devri sözleşmesinin diğer mirasçılardan biriyle yapılması hâlinde öğretideki baskın görüşçe miras payının devrine aynî etki tanınmakta ve ister kısmî devir olsun ister tüm miras payının devri olsun diğer mirasçının devir sözleşmesiyle birlikte tescilsiz olarak devredilen payda da aynî hakkı kazandığı kabul edilmektedir. Bu durumda ise TMK m.1023'ün uygulanma ihtimali söz konusu olabileceğinden bahsedilebilir. Ancak, burada iyiniyet bakımından somut olayın dikkatli incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bilindiği üzere iyiniyet sadece kişinin bir konuya ilişkin bilgisinin olmamasını değil, gerekli özeni gösterseydi de bilemeyecek konumda olmasını ifade etmektedir. Bu sebeple, örneğin

Fakat, uygulamada tapu müdürlüklerinin[27] de Tapu Kanunu Ek m.3'ün lafzi yorumuyla işlemlerini tapu siciline güven ilkesini göz önünde tutmadan sürdürdüğü görülmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, paylı mülkiyete ilişkin pay oranının gerçek hak durumuna uymayacak şekilde fazla belirlenip tescil edildiği ve iyiniyetli üçüncü kişi tarafından bu payın mülkiyetinin kazanıldığı hâllerde, üçüncü kişiler Tapu Kanunu Ek m.3 kapsamında re'sen düzeltme işlemi ile karşılaşabilmektedir. Bu işlem neticesinde, payın eski oranı üzerinden satın alma kararını almış ve bu oran üzerinde satış bedelini ödemiş üçüncü kişiler idarenin işlemi ile daha az bir pay oranına sahip olmaktadır. Her ne kadar idarenin işlemine karşı dava yolu gösterilmiş ise de bu dava hakkının tanınmış olması TMK m.1023'e aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün bu şekilde uygulanması, söz konusu hükmün varlığı karşısında yolsuz olarak tescil edilmiş bir payı pay sahibinden devralan

üç kardeş arasında bir kardeşin diğerine yaptığı bir devirde yanlış yazılan bir orana dayalı olarak iyiniyetli kazanımın olabileceğini kabul etmek zor gözükmektedir. Fakat, mirasçıların birbirini tanımadığı ya da oldukça fazla mirasçının bulunması nedeniyle kişilerin diğerlerinin hak sahipliğine ilişkin oranları bilmediği veya bilemeyeceği bir durumun varlığı halinde TMK m.1023'ün uygulanmasının mümkün olabileceği kabul edilmelidir.

Mirasçılar arasında miras payı devrinin aynî etki doğurduğunu savunan yazarlar için bkz. Escher, Art. 635, N. 10, 11; Dural/Öz, N. 1580; Oğuzman, s.325; Serozan/Engin, § 7, N. 18 vd.; Çabri, N. 814.

Antalya, devrin hangi niteliğe sahip olduğunun tarafların devir sözleşmesinde ortaya koydukları iradenin yorumundan çıkartılacak sonuca göre belirlenmesi gerektiğini, tereddüt hâlinde ise aynî görüşe üstünlük tanınması gerektiği görüşündedir. Bkz. Antalya, Miras Hukuku, N. 2165. Aynı görüşte, Yılmaz, Miras Hukuku, s. 425 vd. Tereddüt hâlinde tarafların sadece bir borç ilişkisi kuran devir sözleşmesi yaptıklarının kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 555; İmre/Erman, s. 547.

Devir sözleşmesinin aynî veya şahsî değil, mirasa ilişkin sonuçlar doğurduğu yönündeki görüş için bkz. Eren/Yücer Aktürk, N. 1397.

Mirasçılar arasındaki miras payı devrinin taşınırlar, tapusuz taşınmazlar ve alacak hakları yönünden aynî etki fakat, tapulu taşınmazlar yönünden şahsî hak doğurduğu yönündeki görüş için bkz. İnan/Ertaş/Albaş, N. 2073.

[27] T.C. Gebze Kaymakamlığı Tapu Müdürlüğü'nün 10.07.2023 tarihli E-95499229-105-9330136 sayılı yazısı bu örneklerden birini oluşturmaktadır. Paylı mülkiyet payını sonradan devralan üçüncü kişiye gönderilen yazıda, *"maliki bulunulan Kocaeli İli Gebze İlçesi Pelitli Mahallesi ... Ada 60 nolu taşınmazda bulunan hisse hatasına ait düzeltme işlemi 30 gün içerisinde muvafakat verilmemesi hâlinde re'sen düzeltme yapılacağının önceden bildirildiği, tebliğ tarihi itibariyle 30 gün süre dolduğundan, 10.07.2023 tarih 25020 yevmiye no ile 27/512 olan hissenin 1380/30720 hisse olarak düzeltme işleminin yapıldığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2019/7 sayılı Genelgesi kapsamında Müdürlük tarafından yapılan düzeltme işlemine 60 gün içerisinde taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde dava açılabileceği, dava açılmadığı takdirde düzeltme işleminin kesinleşeceği"* belirtilmiştir.

iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımının TMK m.1023 uyarınca korunmayacağı sonucunu gündeme getirmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak, Hisse Hatalarının Düzeltilmesi başlıklı 2019/7 (1801) sayılı Genelge'nin 3. maddesi ile 2016/2 (1770) sayılı Tapu Sicilinde Düzeltmelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Genelge'nin 19. maddesine de değinmekte fayda bulunmaktadır.

Hisse Hatalarının Düzeltilmesi başlıklı 2019/7 (1801) sayılı Genelge'nin 3. maddesinde, "*kadastrodan kaynaklı hisse hatalarında Tapu Sicili Tüzüğü'nün m.74/I hükmü kapsamında, tescile esas belgesine (kadastro tutanağının mülkiyet sütununa) aykırı tescilden kaynaklı hisse hatası olması durumunda, mülkiyet devri yapılmamış ve üzerinde sonradan herhangi bir sınırlı ayni veya şahsi hak tesis edilmemişse tapu müdürlüğünce resen düzeltilmesi ve sonucundan ilgililerine Türk Medeni Kanunu'nun 1019 uncu maddesi gereğince tebliğ edilmesi*" gerektiği belirtilmiştir. Aynı hususa 2019/7 sayılı Genelgeye Ek metninde de yer verilmiştir. Genelge'de dikkat edilecek ibare "*hisse hatası olması durumunda, mülkiyet devri yapılmamış ve üzerinde sonradan herhangi bir sınırlı ayni veya şahsi hak tesis edilmemişse tapu müdürlüğünce resen düzeltilmesi"* ibaresidir. Zira Genelge'nin, kadastro tespitinden doğan pay oranı yanlışlıklarında tapu siciline güven ilkesinin dikkate alınması gerektiğine işaret ettiği ifade edilebilir.

2016/2 (1770) sayılı Tapu Sicilinde Düzeltmelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Genelge'nin 19. maddesinde de benzer bir hükme yer verilmiştir. Bahsi geçen Genelge hükmüne göre, mirasın reddi, mirastan feragat veya mirastan ıskat sebebiyle mirasçılık sıfatını kaybeden kişi adına elbirliği mülkiyeti olarak yapılan intikal tescilinin düzeltilebilmesi için elbirliği halindeki taşınmazda dava bulunmaması, mülkiyet değişikliği yapılmamış veya taşınmaz üzerinde aynî/şahsi hak tesis edilmemiş olması gerektiği ifade edilmiştir.

Genelgelerin idarenin hiyerarşi düzeninde kanun hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda verilen emir talimatlar olduğu ve yine genelgelerin hukuk normu sıfatıyla kişilerin haklarıyla ilgili hükümler koyamayacağı göz önünde tutulduğunda, kişiler ve hâkimler için bağlayıcı gücü olmayan genelge hükümleriyle tapu siciline güven ilkesinin tam olarak korunmasından bahsedilmesi güçtür. Kaldı ki, söz konusu genelge hükümlerinin kazuistik metotla düzenlendiği göz önünde tutulduğunda, paylı mülkiyette pay oranı (hisse) hatasına ilişkin tüm hâlleri kapsayamayacağı

da dikkate alınmalıdır. Özetle, tapu siciline güven ilkesinin kaderini genelge hükümlerine bağlamak hukuk düzeninin tesis edilmesi yönünden sakıncalı olacaktır.

Belirttiğimiz üzere, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda pay oranının (hissenin), kadastro tescili, mirasçılık belgesinde payların hatalı veya noksan belirlenmesi, tapu müdürlüğünce yapılan tapu işlemi ve bundan başka sebeplere dayanarak hatalı tescil edilmesi neticesinde yapılan tescil yolsuz tescil niteliğindedir. Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün varlığı ve uygulaması karşısında, Genelge'deki ayrık hâller hariç yolsuz olarak tescil edilmiş bir payı, pay sahibinden devralan iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımının TMK m.1023 uyarınca korunmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanun yapma alanında hedef, toplumda hukuk düzenini, istikrarı ve adaleti sağlayacak en uygun hukuk kurallarını ve yaptırımları bulmak, onlara kanun kimliğini kazandırmaktır. Ancak bu şekilde hukuk, toplumdaki hukuk düzenini kurabilir ve sürdürebilir. İdarenin tek taraflı işlemi ve tasarrufuyla paylı mülkiyet pay oranlarında değişiklik yapma hakkı veren Tapu Kanunu Ek m.3, Türk Medeni Kanunu ile benimsenen genel prensiplere uymamakta, Devletin, gözetim, denetim ve sorumluluğu altında tutulan sicillerinin güvenilirliğini zedelemektedir. Pay oranındaki hatanın doğrudan aynî hakkın içeriğine etki etmesine ve yolsuz tescil karakterini taşımasına bağlı olarak paylı mülkiyete tabi taşınmazda pay oranında gerçekleştirilen hata sonrası payın mülkiyetini devralan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımının TMK m.1023 kapsamında korunması zorunludur. Bu tapu siciline güven ilkesinin neticesidir.

Esasen Tapu Kanunu m.3 düzenlemesi lafzıyla örtülü kanun boşluğuna örnek teşkil eden hükümlerden birisini oluşturmaktadır. Tapu Kanunu m.3 hükmünün salt lafzi yoruma dayanılarak uygulanması, belirtildiği üzere adaleti zedeleyici, hukukun özü ile çelişik, hak ve adalet duygusunu yıpratan sonuçların doğmasına neden olacaktır. Lafzı itibarıyla oldukça kapsayıcı bir şekilde kaleme alınan bu normun, amaçsal yorum çerçevesinde normun amacına uygun bir şekilde uygulama alanının daraltılması (sınırlanması) zorunludur. Bu sebeple, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmündeki örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yoluyla doldurularak, bu hükmün mülkiyet devri yapılmış ve üzerinde sonradan herhangi bir sınırlı aynî hak tesis edilmiş pay oranı hatalarında uygulama alanı bulmaması gerekir.

Belirtelim ki, Türk hukuk uygulamasında metodun yanlış uygulanması sebebiyle aynı veya benzer olaylarda yeknesaklık sağlanamamakta gerek mahkemeler gerekse idari makamlar nezdinde farklı kararlar ortaya çıkmaktadır.

Bu sonuç, Tapu Kanunu Ek m.3 yönünden de kendini göstermektedir. Bu konuda yorum farklılıklarına bağlı olarak adaleti zedeleyici sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için en azından Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünde "*mülkiyet devri yapılmış ve üzerinde sonradan herhangi bir sınırlı aynî hak tesis edilmiş*" taşınmazların bu hüküm kapsamında olmadığının açıkça belirtilmesinde uygulama açısından fayda bulunmaktadır.

C. Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

1. Genel Olarak

Taşınmazlar üzerindeki aynî hakları üçüncü kişilere aksettirme görevi, resmi memurlar tarafından tutulan tapu sicilindeki tescillerle yerine getirilir. Tapu sicilinin kendisinden beklenen kamuya açıklık işlevini gereği gibi yerine getirebilmesi, tapu sicilinin gerçek hak ve fiilî durumu doğru bir şekilde dışa yansıtmasıyla mümkündür. Bunun için de tapu sicilinin doğru olarak tutulması gerekir. Devlet tarafından tutulan tapu sicilinin taşınmazlar üzerindeki aynî hakların varlığına karine oluşturması, herkesin bu sicile güvenmesi zorunluluğunu doğurur. TMK m.1023 hükmünde de yer aldığı üzere, tapu sicili doğru tutulmamış olsa dahi iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanımları ortaya çıkan bu zorunlu güven ilişkisi çerçevesinde korunur. Nitekim bu hükümler göz önünde tutulduğunda, kendi kusuru dışında Devlet'in resmi memurlarının hukuka aykırı eylemleri sonucu kişiler aynî haklarını kaybetme riski ile karşı karşıya kalabilirler. Bu sebeple, Devletin gözetim ve denetiminde, resmi memurlar tarafından tutulan tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devlet'in sorumlu olduğu ilkesi TMK m.1007 ile kanundaki yerini almıştır. TMK m.1007/I hükmünde, "*tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur*" denilmekle de bu ilkenin benimsendiği açıkça belirtilmiştir[28].

Devlet'in sorumluluğunun söz konusu olabilmesi belirli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Tapu Kanunu Ek m.3 hükmüyle ilgisi yönünden bu şartların üstünde kısaca durmak faydalı olacaktır. Bu bağlamda şartlardan

[28] Devletin bu konudaki sorumluluğuna gidilebilmesi için işlemi yapan memurun kusuru aranmaz. Diğer bir ifadeyle, Devletin buradaki sorumluluğunun türü kusursuz sorumluluktur. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 552; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 281; Esener/Güven, s. 139; Ünal/Başpınar, s. 392; Sirmen, 2023, s. 167; Sirmen, 1976, s. 33; Nomer/Ergüne, N. 324; Antalya/Topuz, N. 2459; Pekmez, s. 19; Yakuppur, s. 16; Avcı/Bilgin, s. 84.

birincisini, tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulması oluşturur[29]. Bu hukuka aykırılık yolsuz tescil[30] ve terkinden ileri gelebileceği gibi, yapılması gereken bir kaydın yapılmaması tarzında ihmali bir davranışla da meydana gelebilir. Tapu sicilindeki yolsuzluk özellikle kişinin malvarlığı menfaatlerine aykırılık oluşturmalıdır.

İkinci şart ise, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasının neticesinde bir zararın doğmasıdır. Tapu siciline hukuka aykırı olarak geçirilen kayıt sonucu oluşabilecek zararın TMK m.1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası yoluyla önlenme olanağı varsa Devlet'in sorumluluğuna gidilemeyecektir[31]. Öte yandan, tapu sicilindeki kayda güvenerek iyiniyetle hak kazananın iktisabı TMK m.1023 gereğince korunacağından kayıt sahibi hakkında açılacak dava ile tapu sicilinin düzeltilmesi mümkün olmayacağından hak sahibi, Devletin sorumluluğunu gerektiren maddi bir zarara uğrayacaktır[32].

---

[29] Hukuka aykırılığın oluşması yönünden öğretide iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre, tapu memurunun kusurundan bağımsız olarak sahte nüfus cüzdanı, kimlik kartı, sahte mirasçılık belgesi, sahte vekâletname (temsil belgesi) veya sahte bir belgeye dayanılarak gerçekleştirilen işlemlerde, eğer sahtelik yeterli inceleme ile fark edilmeyecek özellikte ise sicilin hukuka aykırı tutulduğundan bahsedilemez. Bu görüş, sübjektif hukuka aykırılık görüşü olarak da isimlendirilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 651; Sirmen, 1976, s. 61 vd.; Esener/Güven, s. 142; Ayan, s. 264; Pekmez, s.116 vd.

Diğer görüşü oluşturan objektif hukuka aykırılık görüşüne göre ise, sahte belge ile işlem yapılması Devlet'in sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Devletin kusursuz sorumluluğu sorumluluğun doğmasına neden olur. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 452; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 280; Aybay/Hatemi, § 15, N. 4; Ünal/Başpınar, s. 388; Sirmen, 2023, s. 171; Antalya/Topuz, N. 2460.

Yargıtay, objektif hukuka aykırılık görüşünü benimsemektedir. Bkz. Y. 5. HD, T. 09.02.2021, E. 2020/8782, K. 2021/1139; Y. 21 HD, T. 04.12.2019, E. 2019/3652, K. 2019/7115 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası), Erişim Tarihi 22.12.2023.

Yargıtay kadastro çalışmaları sonucunda gerçekleşen hukuka aykırı kayıtlardan sorumluluğu da TMK m.1007 kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. YHGK, T. 18.11.2019, E. 2009/4-383, K. 2009/517; Y. 5. HD, T. 20.05.2013, E. 2013/3764, K. 2013/9934; Y. 21. HD, T. 04.12.2019, E. 2019/3652, K. 2019/7115 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası), Erişim Tarihi 07.01.2024.

[30] Tapu sicili işlemi sonucu bir aynî hakkın kaybedilmiş olması, yanlış sıra alması veya kapsamının eksik gösterilmiş olmasından doğabileceği gibi tapu memurunun yanlış bir işlem yapması sonucu bu aynî hakkın doğmamış olmasından meydana gelebilir. Bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 279. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pekmez, s.62 vd.; Görgeç, s. 1189 vd.

[31] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 452; Sirmen, 1976, s.87; Esener/Güven, s. 140; Antalya/Topuz, N. 2461; Ertaş, N. 491; Kılıçoğlu, s. 133; Pekmez, s. 123; Görgeç, s. 1204; Avcı/Bilgin, s.85; Günarslan, s. 1406.

[32] Esener/Güven, s. 140; Ertaş, N. 491.

Son şarta göre ise, zarar ile tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle hak sahibinin uğradığı zarar, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması (yolsuz tescil) neticesinde ortaya çıkmışsa Devlet'in sorumluluğu söz konusu olur.

Tapu sicilinin devletin denetimi ve gözetiminde resmi memurlarca tutulmasına bağlı olarak güvenilir bir kamuya açıklık (aleniyet) vasıtası teşkil etmesi Devletin kusursuz ve asli sorumluluğu yüklenmesi ile sağlanmıştır[33]. Bu bağlamda, tapu sicilinin yolsuz tutulmasından ileri gelen zararlardan Devlet sorumlu tutularak, tapu siciline olan güvenin artması hedeflenmiştir[34].

2. Değerlendirme

Tapu Kanunu Ek m.3/III hükmü pay oranı idarece re'sen düzeltilen ve bundan olumsuz etkilenen paydaşın, düzeltme işlemine karşı tebliğden itibaren altmış gün içinde asliye hukuk mahkemesinde dava açabileceğini öngörmektedir. Ancak, açılacak bu davanın türü hakkında hükümde bir açıklamaya yer verilmemektedir. Bu bakımdan, bu hüküm çerçevesinde pay oranı hatası sonucu hissesi olumsuz şekilde değiştirilen paydaşların açabileceği davanın yalnızca TMK m.1007 hükmüne dayanacağı düşünülmemelidir[35].

---

[33] Yakuppur, s. 17.

[34] Sirmen, 2023, s. 167; Şengül, s. 522-523; Günarslan, s. 1394.

[35] "*Taraflar arasındaki tapuda kayıtlı taşınmazın 10.07.2019 tarihli 30827 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 7181 Sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına daire kanunun (7181 Sayılı Kanun) 2. maddesiyle Tapu Kanununa eklenen Ek madde 3 gereği tapu kayıtlarındaki hisse hatalarının düzeltilmesi amacıyla yapılan çalışma sonucu hisse hatasının düzeltilmesi nedeniyle uğranılan zararın 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1007. maddesi uyarınca tazmini istemine ilişkin davada yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir… Dava konusu ... ili, ... ilçesi, ... Mahallesi 205 parsel sayılı, 5300 m² yüzölçümlü, tarla vasıflı taşınmazda davacının hissesi 664/5300 olup bu paya karşılık gelen alan 664 m² iken, ... Tapu Müdürlüğünce resen yapılan hisse düzeltmesi sonucu davacının hissesi 332/5300 olarak düzeltilerek bu hisseye düşen alanın 332 m² olduğunun belirtildiği, düzeltme sonucu 332 m² alanın eksik olarak tapuya geçirildiği, ... Tapu Müdürlüğünün 10.07.2019 tarihli ve 30827 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan (7181 sayılı Kanun) 2 nci maddesi ile Tapu Kanununa eklenen Ek madde 3 gereği tapu kayıtlarındaki hisse hatalarının düzeltilmesi gereğince yüzölçümü düzeltme işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinin 13.02.2020 tarihinde başlamış olup, eldeki davanın 17.06.2020 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Arsa niteliğindeki dava konusu taşınmaza değer tespitine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanan 2942 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca emsalin üstün ve eksik yönleri belirlenip kıyaslaması yapılarak değer biçilmesi doğru olduğu gibi aynı bölgeden gelen ve Dairemiz denetiminden geçen dosyalarda belirlenen metrekare birim fiyatları ile uyumlu olarak belirlenen bedelin davalı idareden tahsiline karar verilmesi yerindedir*." Y. 5. HD. 05.04.2023 T. 2023/39 E. 2023/3488 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Erişim Tarihi 13.01.2024.

Bu sebeple, Tapu Kanunu Ek m.3/III hükmünde öngörülen dava türünden ne anlaşılması gerektiğinin irdelenmesi gerekir.

a. TMK m.1007 kapsamında dava açacak paydaş yönünden değerlendirme

Pay oranının gerçekte olduğundan fazla olarak tescil edilerek yolsuz tescile sebebiyet verilmesi ve yolsuz tescil sonrası bu paylı mülkiyet payının devre konu olması hâlinde, TMK m.1023 iyiniyetli üçüncü kişinin buradaki aynî hak kazanımını mutlak ve geri dönüşsüz bir şekilde korumalıdır. Bu durumda, diğer paydaşların artık TMK m.1023 hükmü uyarınca tapu sicilinde hatalı olarak tescil edilmiş pay oranı üzerinden mülkiyeti kazanan üçüncü kişiye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkı söz konusu olmaz. İşte bu noktada, yolsuz tescil sonucu pay oranları daha az belirlenen ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkı da bulunmayan paydaşların uğradığı zararın tazmini sorunu gündeme gelir. Bu sorunun çözümü ise tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumluluğunu düzenleyen TMK m.1007 hükmünde yatar. Yolsuz tescil ile pay oranları düşük belirlenen ve TMK m.1023'ün

Söz konusu karara ilişkin uyuşmazlıktaki talep her ne kadar TMK m.1007 hükmüne dayanmaktaysa da kararda göz önünde bulundurulması gereken nokta pay oranı hatalarının düzeltilmesi işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinin geçirilmesinden sonra bu davanın açıldığıdır. Diğer bir ifadeyle, Yargıtayın burada dava açma süresi içerisinde TMK m.1025 kapsamında tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabileceğine işaret ettiği düşünülebilir.

"*10.07.2019 tarih ve 30827 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi (2644 sayılı Tapu Kanunu'nun; Tapu Kaydındaki Hisse hatalarının Düzeltilmesi başlıklı Ek Madde 3) ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 23.07.2019 Tarih ve 2019/7 (1801) sayılı Genelgesinin 2. maddesi gereği, maliki bulunduğu 12588 ada, 107 parsel sayılı 475,74 metrekare miktarındaki arsanın adına tescilli 3/20 (71,36 metrekare) hissesinin davalı ... tarafından re'sen düzeltilerek/düzeltileceği belirtilerek 6/50 (57,09 metrekare) hisseye tekabül ettirilmesine/ettirileceğine ilişkin olarak söz konusu hisse hatasının re'sen düzeltilmesine muvafakati olmadığından; 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun Tapu Kaydındaki Hisse hatalarının Düzeltilmesi başlıklı Ek 3. maddesi gereği ikame olunan davanın kabulüne, maliki bulunduğu 12588 ada, 107 parsel sayılı arsanın adına tescilli 3/20 (71,36 metrekare) hissesinin tespit olunarak adına tesciline, tapu kayıtlarındaki aksi belirtmelerin terkinine, re'sen düzeltme işleminin kaldırılmasına/iptaline karar verilmesini istemiştir… Tapuda kayıtlı bir taşınmazdaki pay oranlarının düzeltilmesinden taşınmazın tüm paydaşlarının etkileneceği kuşkusuzdur. Bu nedenle yazılı şekilde davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*" Y. 1. HD, T. 03.10.2024, E. 2023/4664, K. 2024/5403 (Lexpera), Erişim Tarihi: 02.01.2025. Söz konusu kararda TMK m.1025 kapsamında dava açılabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamakla beraber, davacının talep sonucunun amacının esasen buna dönük olduğu görülmektedir. Karardan, Yargıtayın talebin TMK m.1025 çerçevesinde olması hâlinde husumetin pay oranı hatası düzeltme işleminden etkilenen tüm paydaşlara açılması görüşünde olduğu sonucuna varılmaktadır.

iyiniyetli üçüncü kişiyi korumasından ötürü tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkı da bulunmayan diğer paydaşlar uğradıkları zararı TMK m.1007 kapsamında Devletten talep etmek durumundadır. Fakat, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü ise olması gerekeni tamamen tersine çevirerek TMK m.1007 uyarınca davayı açacak kişiyi TMK m.1023 kapsamında korunması gereken iyiniyetli üçüncü kişi olarak belirlemektedir.

Altını çizmek gerekirse, bu konuda Devletin sorumlu olduğu zararın doğum anı tapu sicilinin hatalı tutulmuş olduğu an ile bir değildir. Burada zarar, tapu sicilinde gerçekleştirilen yanlışlığın düzeltilmesinin imkânsız hâle geldiği anda ortaya çıkar[36]. Diğer bir ifadeyle, yolsuz tescil edilen paylı mülkiyet payının mülkiyetinin TMK m.1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılması anında diğer paydaşlar yönünden zarar doğmuş olur. Pay oranının yolsuz olarak tescil edildiğinin fark edilmesinden hak kaybının oluşmasına kadarki süreçte tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması mümkün olup bu olanak mevcut oldukça zarardan bahsedilemez. Zararın miktarı yolsuz tescil sonucu yoksun kalınan pay oranının hüküm tarihindeki serbest piyasadaki rayiç alım-satım değeri göz önüne alınarak hesaplanmalıdır[37].

b. Tapu kanunu ek madde 3/ııı hükmünde belirtilen dava türü yönünden değerlendirme

Tapu Kanunu Ek m.3/III hükmü pay oranı düzeltilmesi sonucu bu işlemden olumsuz etkilenen paydaşın, düzeltme işlemine karşı tebliğden itibaren altmış gün içinde asliye hukuk mahkemesinde dava açılabileceğini düzenlemekte fakat, bu davanın niteliği veya türüne ilişkin açıklamada

[36] Gürsoy/Cansel/Eren, s. 209 vd.; Ünal/Başpınar, s. 391; Sirmen, 2023, s. 174; Ertaş, N. 448; Görgeç, s. 1203.

[37] Ertaş, N. 456. Benzer görüşü taşıyan Yargıtay içtihadında, "*4721 Sayılı Kanun'un 1007. maddesi gereğince açılan davalarda, tapu kaydının iptali nedeniyle tapu sahibinin oluşan gerçek zararı neyse tazminatın miktarı da o kadar olmalıdır. Gerçek zarar, tapu kaydının iptali nedeniyle tapu malikinin mal varlığında meydana gelen azalmadır. Tazminat miktarı zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı zarar görenin mal varlığı ne durumda olacak idiyse aynı durumun tesis edilebileceği miktarda olmalıdır. Zarara uğrayan kişinin gerçek zararı ise tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak değerlendirme tarihine göre belirlenecek olup bu tarihe göre tapusu iptal edilen taşınmazın niteliği ve değeri belirlenmelidir. Taşınmazın niteliği arazi ise net gelir metodu yöntemi ile arsa vasfında ise değerlendirme gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması suretiyle gerçek değer belirlenmelidir" denilmek suretiyle hüküm tesis edilmiştir*." Bkz. Y. 5. HD, T. 12.10.2023, E. 2023/3445, K. 2023/8840. Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Y. 5. HD, T. 10.10.2023, E. 2023/3447, K. 2023/8702; Y. 5. HD, T. 05.10.2023, E. 2023/361, K. 2023/8478; Y. 20. HD, T. 17.09.2020, E. 2020/2787, K. 2020/3027 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası), Erişim Tarihi 19.01.2024.

bulunmamaktadır. Nispeten yeni bir düzenleme olan Tapu Kanunu Ek m.3/III hükmünde belirtilen dava yalnızca TMK m.1007 çerçevesinde Devlet'e karşı açılan tazminat davası olarak anlaşılmamalıdır.

Tapu Kanunu Ek m.3/III hükmü kapsamında, TMK m.1023 hükmünce aynî hak kazanımı korunması gereken ancak pay oranı düzeltilen paydaşın, idarenin bu işlemine karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün tapu sicilinin aleniliği ve tapu siciline güven ilkesini zedeler yapısı bu durumu zorunlu kılar. Elbette, idarece re'sen pay oranında yapılan düzeltmeyi kabul eden paydaşın TMK m.1007 kapsamında Devlet'in sorumluluğuna gitme hakkının da bulunduğu ifade edilmelidir. Bu sebeple, Tapu Kanunu Ek m.3/III kapsamındaki davanın yalnızca TMK m.1007 hükmüne sıkıştırılmaması gerekir.

Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünde dikkat çeken ve eleştiriye açık diğer bir nokta ise, hükümde işaret edilen davanın açılması için altmış günlük bir hak düşürücü süre belirlenmiş olmasıdır. Yolsuz tescilin düzeltilmesi davası aynî hakka dayandığı için kural olarak hak düşürücü süre veya zamanaşımına tabi değildir[38]. Ancak, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.12/III, kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukukî sebeplere dayanılarak dava açılamayacağını öngörmüş ve buradaki on yıllık süre hak düşürücü süre olarak nitelendirilmiştir. Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü de mülkiyet hakkına ilişkin olarak benzer bir hak düşürücü süre öngörmüştür. Fakat KK m.12/III, kadastro faaliyetlerinin özelliğinden ötürü getirilmiş istisnaî bir hükümdür. Zira kadastroda temel amaç tapusuz arazilerin tapulanarak, Türk Medeni Kanununun Eşya Hukuku sisteminin ve ilkelerinin sağlıklı yürüyebilmesi ile uygulanmasını sağlamaktır[39]. Kadastro işlemlerinin hektarlarca alana yayılan faaliyetleri düşünüldüğünde, bu işlemlerin sürekli şekilde tapu sicilinin düzeltilmesi davasına maruz bırakılması kadastronun amacının gerçekleşmesini güçleştirecek, kadastro faaliyetlerinin sarmala girmesine neden olacaktır. Başka bir anlatımla, bu özel hükmün amacı büyük masraf ve gayretle tesis edilen tapu sicillerinin sık sık değiştirilmesini önlemek ve tapu sicilinin istikrarını gerçekleştirmektir[40]. Tapu

[38] Schmid, BSK ZGB, Art. 975, N. 7; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1090; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 422; Ünal/Başpınar, s. 381; Antalya/Topuz, N. 2941; Ertaş, N. 856; Ayan, s. 486.

[39] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 711 vd.; Ünal/Başpınar, s. 327.

[40] *Ünal/Başpınar,* "*Kadastro Kanunu'nun 'ömrü amacıyla sınırlı' geçici bir tasfiye kanunu*

Kanunu Ek m.3 hükmünde ise yapılan düzeltme işlemi kadastronun geniş arazilere yayılan faaliyetlerinin aksine dar alanda bulunan belirli bir parsele ya da parsellere ilişkindir. Bu açıdan bakıldığında, kadastro gibi istisnai bir durum arz etmeyen pay oranı hatasının tapu müdürlüğünce re'sen düzeltilmesi işlemi için aynî hakkı sona erdiren bir hak düşürücü süre belirlemek Türk hukukunun benimsediği eşya hukuku sistemine aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu eleştiri, TMK m.1007 kapsamındaki zamanaşımı süresinin, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmüyle kısaltılması yönünden de yine geçerli olacaktır[41].

III. TMK M.1027 PENCERESİNDEN TAPU KANUNU EK MADDE 3 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Tapu sicilindeki yazım hatalarının giderilmesine ilişkin olarak TMK m.1027 hükmü düzeltme yolunu öngörmektedir. Düzeltme gerçek hak durumuna uygun düşmeyen tapu sicilinin gerçek hak durumuna uygun hale getirilmesini ifade eder. Bu bağlamda, TMK m.1027/III basit yazı yanlışlıklarına ilişkin düzeltme yolunu düzenlerken, TMK m.1027/I basit yazı yanlışlığını aşan yanlışlıkları düzenleme altına almaktadır. Paylı mülkiyette pay oranı hatasının öncelikle TMK m.1027 kapsamında hangi tür yanlışlık teşkil ettiğini ele almak gerekir.

1. Basit Yazı Yanlışlıkları

Türk Medeni Kanunu m.1027/III hükmü gereğince, "*tapu memuru, basit yazı yanlışlıklarını, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik uyarınca re'sen düzeltir*". Tapu Sicili Tüzüğü m.74/I hükmünde de "*kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı basit yazım hatası yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, müdür tarafından nedeni düzeltmeler sicilinde açıklanarak, re'sen düzeltme yapılır*" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerin kapsamına giren yazım hataları, ilişkin olduğu aynî hakkın kapsam, içerik, nitelik ve değerini olumsuz yönde etkilemeyen, değiştirmeyen basit yazım

olduğunu ve buradaki tasfiyeden maksadın, kadastrosu yapılan bölgelerde taşınmazlar üzerindeki gerçek hak sahiplerini doğru bir şekilde tespit etmek, daha önce mevcut olan ve kadastro sırasında doğmuş bulunan bütün uyuşmazlıklara kesin bir şekilde son vermek olduğunu" belirtmektedir. Bkz. Ünal/Başpınar, s. 327 vd.

[41] Y. 5. HD, T. 05.04.2023, E. 2023/39, K. 2023/3488 sayılı kararı, altmış günlük süre içinde tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmaması hâlinde bu süre geçirilse dahi TMK m.1007 kapsamında dava açılabileceğine işaret etmektedir.

yanlışlıklarıdır[42]. Örneğin, hak sahibinin isminin belgelerde doğru olduğu hâlde sicile imlâ hatası ile yanlış yazılması veya taşınmazın cinsinin yanlış yazılması basit yazı yanlışlığı olarak nitelendirilebilir.

2. Basit Yazı Yanlışlığını Aşan Yanlışlıklar

Hakkın varlığı ya da içeriği, kapsamı ile ilgili yanlışlıklar, basit yazı yanlışlığını aşan yanlışlıklardır[43]. Tapu sicilinde yapılacak düzeltme, basit yazı yanlışlığını aşarak hakkın varlığını, içeriğini ve kapsamını değiştiriyorsa tapu memuru re'sen düzeltme yapamaz[44]. Basit yazı yanlışlığını aşan yanlışlıklarda, ilgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir (TMK m.1027/I). TST m.74/V hükmünde de "*yapılacak düzeltmeler hatalı yazımdan sonra hak sahibi olmuş kişilerin hakkını etkileyici nitelikte ise, bu hak sahiplerinin de yazılı olurları aranır*" denilmek suretiyle basit yazı yanlışlıklarını aşan hâllerde düzeltme yolu gösterilmiştir.

Paylı mülkiyette pay oranların yanlış yazılması[45], oturma hakkının devam süresinin yanlış gösterilmesi, tapu kütüğüne belgelerde belirtilenden farklı bir faiz oranının yazılması gibi hatalar basit yazı yanlışlığını aşan, aynî hakkın içeriğini etkileyen yazım hatalarıdır. TMK m.1027/I hükmünde ifade edilen dava, tapu sicilinin düzeltilmesi davasıdır[46]. Düzeltme eski sicilin terkini veya yeni bir tescilin yapılması şeklinde olabilir.

Basit yazı yanlışlarını aşan yazım hatalarında, ilgililerin muvafakat

---

[42] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 95 N. 46; Deillon-Schegg, CHK ZGB, Art. 977, N. 13; Velidedeoğlu, /Esmer, s. 420 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1097; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 429; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 324; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 345; Ünal/Başpınar, s. 377; Antalya/Topuz, N. 2919; Ertaş, N. 866; Kılıçoğlu, s. 183; Ayan, s. 480; Yılmaz, Eşya Hukuku, s. 192; Tekelioğlu, s.520. Yazım hatasının hakkın içeriğine ilişkin olmakla beraber tapu işlemi tamamlandıktan hemen sonra tapu memurunun hatayı fark etmesi ve üçüncü kişilerin bu tescili görmemiş olması halinde mahkeme kararı veya ilgililerin rızası olmaksızın re'sen düzeltme yapılabileceği yönündeki görüş için bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 324. Benzer görüş için bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 462.

[43] Velidedeoğlu/Esmer, s.415 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N.1097; Nomer/Ergüne, N. 573; Kılıçoğlu, s. 183; Yılmaz, Eşya Hukuku, s. 192.

[44] Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 95 N. 46; Deschenaux, s. 890; Schmid, BSK ZGB, Art. 977, N. 3-5; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 641; Deillon-Schegg, CHK ZGB, Art.977, N. 7; Pfammatter, OFK ZGB, Art.973, N. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1098; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 430; Tekelioğlu, s. 520; Avcı/Bilgin, s. 82.

[45] Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 345; Ünal/Başpınar, s. 377.

[46] Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 345.

vermemesi hâlinde yanlışlığın düzeltilmesi için tapu müdürü, defterdarlık veya mal müdürlüğünden idarece düzeltme için adli yargı yerinde dava açılmasını talep eder[47]. Öte yandan ilgililerin de tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmaları mümkündür[48].

B. Değerlendirme

Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda pay oranının, kadastro tescili, mirasçılık belgesinde payların hatalı veya noksan belirlenmesi, tapu müdürlüğünce yapılan tapu işlemi vb. işlemler sonrası hatalı tescil edilmesi hâlinde basit yazı yanlışlarını aşan bir yazım hatası söz konusu olur. Paylı mülkiyet payında pay oranının yanlış yazılması, hakkın varlığını, içeriği, kapsamı ile ilgili yolsuz bir tescilin yapıldığını gösterir. Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği sistem gereğince yolsuz tescil artık tapu müdürlüğü tarafından re'sen düzeltilemez. Pay oranı hatasının varlığı hâlinde ya ilgililerin talebi, muvafakati ya da mahkeme kararıyla tapu sicili düzeltilebilir.

Öğretideki hâkim görüş, hakkın varlığı veya içeriği ile ilgili yanlışlığın, tapu memurunun belgelerden yanlışlıkla ayrılmasından ileri gelmiş olmayıp da kurucu unsurlardaki aksaklıktan ileri gelmesi hâlinde TMK m.1027/I hükmü gereğince değil, TMK m.1025 gereğince tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması gerektiğini ifade etmektedir[49]. Bu görüş uyarınca, paylı mülkiyete tabi taşınmazda pay oranındaki hatanın sebebine göre tapu sicilinin düzeltilmesi davasının dayanak hükmü değişecektir. Örneğin, mirasçılık belgesinde payların hatalı veya noksan belirlenmesi hâlinde açılacak dava TMK m.1025'e; mirasçılık belgesinde doğru olarak belirlenen payların hatalı

---

[47] Schmid, BSK ZGB, Art. 977, N. 25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 432; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1098; Nomer/Ergüne, N. 574.

[48] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 432; Sirmen, 2023, s. 318; Nomer/Ergüne, N. 574.

[49] Deillon-Schegg, CHK ZGB, Art. 977, N. 1; Pfammatter, OFK ZGB, Art. 977, N. 1; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 1098, dn. 840; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 323; Sirmen, 2023, s. 315; Benzer görüşteki *Ünal/Başpınar*, TMK m.1027/I hükmünde öngörülen davanın basit yazım hatalarının düzeltilmesine ilişkin olduğunu; bu dava ile hakkın muhtevasını etkilemeyen, fakat resmî belgelere uymayan yazım hatalarının düzeltilmesinin amaçlandığını belirtmektedir. Bkz. Ünal/Başpınar, s. 384.

Yine benzer görüşteki *Hatemi/Serozan/Arpacı*, TMK m.1025'in yolsuzluklar, TMK m.1027/I'in ise yanlışlıklar için olduğunu belirtmektedir. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 470.

Gürsoy/Eren/Cansel, TMK m.1025 kapsamındaki düzeltme talebinin aynî hakkı ihlal edilmiş olan kişiden gelmesi ve bunun da mahkemeye yöneltilmesi gerektiğin, tapu memurunun kendiliğinden ilgiliyi böyle bir dava açmaya tahrik etme yetkisi olmadığını; TMK m.1027/I'de ise memurun yalnız düzeltmeyi yapmakla yetkili değil, aynı zamanda bununla görevli ve yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 323.

olarak tapu kütüğüne tescil edilmesi hâlinde ise TMK m.1027/I'e göre dava açılacaktır. Diğer bir görüşe göre[50], TMK m.1027 hükmü gerek basit yazım hatalarını gerekse basit yazım hatalarını aşan yanlışları kapsamaktadır. Basit yazı yanlışlığını aşan yanlışlık olarak nitelendirdiğimiz pay oranlarının hatalı tescil edilmesi durumunda, diğer paydaşların açacağı davanın dayanağının hem TMK m.1027/I hem de TMK m.1025 hükmünden almasında bu görüşe göre hukukî bir engel bulunmamaktadır. Zira TMK m.1027/I'deki "*tapu sicilindeki yanlışlığının ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir*" ibaresinin TMK m.1025 uyarınca açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasında verilecek kararı da kapsayacağı ileri sürülebilir[51]. Diğer bir ifadeyle, TMK m.1027/I istisnalar hariç, mahkeme kararı olmaksızın tapu kütüğünde herhangi bir düzeltme yapılamayacağı prensibine işaret etmektedir. Esasen burada hangi görüş benimsenirse benimsensin, sonuç değişmeyecektir. Pay oranındaki yanlışlık, bir kimsenin lehine, diğer kimsenin aleyhinde gerçekleştiği için tapu sicilinin düzeltilmesi davası sözü geçen taraflar, eş deyişle, paydaşlar arasında cereyan eder[52]. Bu bağlamda, pay oranı yolsuz olarak tescil edilmiş paydaşa -payı devralan iyiniyetli üçüncü kişi olmaması şartıyla- karşı diğer paydaş veya paydaşlar tapu sicilinin düzeltilmesi davasını yöneltecektir.

Netice olarak, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda pay oranının kadastro tescili, mirasçılık belgesinde payların hatalı veya noksan belirlenmesi, tapu

---

[50] Nomer/Ergüne, N.574; Kılıçoğlu, s. 184 vd.; Ayan, s. 485.

[51] Kılıçoğlu, s. 184 vd.; Ayan, s. 485.

[52] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 433. Benzer görüşü taşıyan YHGK prensip kararında şu değerlendirmelere yer verilmiştir: "*Dava, paylı mülkiyete tabi taşınmaza ait tapu kaydında davacı paylarının düzeltilmesi isteğine ilişkindir. Eldeki davada paylı mülkiyete tabi taşınmazda payların toplamının payda ile birbirini tutmadığı ve açıkta kalan bir kısım payların davacılara ait olduğu ileri sürülerek, açıkta kalan payların davacılar adına yazılmak suretiyle düzeltilmesi isteğinde bulunulduğu dikkate alındığında isteğin mülkiyet hakkına ilişkin olduğu açıktır. Nitekim mahkemece yapılan düzeltim sonucunda davacı paylarında artış olmuştur. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin olan açıktaki paylar hakkında diğer paydaşların da hak iddiasında bulunabileceği gözetildiğinde eldeki davanın ilgili Tapu Müdürlüğüne yöneltilerek çekişmesiz yargı işi olarak görülmesi mümkün değildir. Öte yandan, yargılama usulleri birbirinden farklı olduğundan ve çekişmesiz yargı işlerinde teknik anlamda bir hasım da bulunmadığından, davaya görevsizlik kararı verilerek asliye hukuk mahkemesinde devam edilmesi imkânı da bulunmamaktadır. Ancak diğer paydaşlar hasım gösterilmek suretiyle açılacak bir dava ile bu iddialar ileri sürülebileceğinden, mahkemece davanın reddi gerekirken konunun salt tapu kaydında düzeltim davası olarak nitelendirilerek mülkiyet nakli oluşturacak şekilde kabul kararı verilmesi doğru görülmemiştir*." YHGK, T. 04.04.2019, E. 2017/1-1261, K. 2019/408. Benzer kararlar için bkz. YHGK, T. 16.09.2015, E. 2014/14-200, K. 2015/1770 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası), Erişim Tarihi 19.01.2024.

müdürlüğünce yapılan tapu işlemi vb. işlemler sonrası hatalı tescil edilmesi hâlinde -ilgililerin muvafakat vermemesi durumunda- payların düzeltilmesi için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması zorunludur. Türk Medeni Kanunu sistemi re'sen düzeltme yetkisini yalnız basit yazı yanlışlıkları için kabul etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği sistem çerçevesinde tapu müdürlüklerinin re'sen idari işlemle mülkiyet hakkının aktarımına[53] yol açan, aynî hakka etki eden pay oranı hatasını re'sen düzeltme yetkisi bulunmamalıdır[54]. Bu anlamda Tapu Kanunu Ek m.3, Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği sistem ve ilkeler ile çelişmektedir. Kaldı ki, tapu siciline güven ilkesi doğrultusunda hatalı paylı mülkiyet payının mülkiyetini kazanan üçüncü kişilerin re'sen düzeltme işlemi ile de karşı karşıya kalması Tapu Kanunu Ek m.3'ün Türk Medeni Kanunu'nun çizdiği sınırları önemli ölçüde aştığını göstermektedir.

IV. HUKUK DÜZENİNİN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TAPU KANUNU EK M.3 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk kuralları, bağlı bulunduğu kanunlar ve hukuk sisteminin en küçük parçasını oluşturur. *Antalya'nın* ifadesiyle, "*her bir hukuk kuralı bütün hukuk sistemi içinde, kendi değer yargısına ilaveten, dahil olduğu hukukî kurum, sonra kanun ve daha sonra da hukuk sistemi değer yargısı içinde bütünlük konsepti çerçevesinde değerlendirilir. Kuralın amacı, kurumun amacı, kanun amacı ve en genel olarak hukuk sisteminin amacı ile uyumlu ve ortak değerlere hizmet eder*"[55]. Bu anlamda, hukuk düzeninin kendi içerisinde uyumlu, tutarlı bir yeknesaklıkla bütünlük oluşturması, "*hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi*" ile ifade edilir[56].

---

[53] Yargıtay da tapu idaresinin re'sen düzeltme işlemlerinin mülkiyet aktarımına neden olmaması gerektiği görüşündedir. "*Taşınmazların, kadastro tespiti ya da tapuya tescili sırasında mülkiyet hakkı sahibinin adı, soyadı, baba adı gibi kimlik bilgilerinin kayda eksik ya da hatalı işlenmesi, kayıt düzeltme davalarının kaynağını oluşturur. Bu tür taleplerde kimlik bilgileri düzeltilirken, taşınmaz malikinin değişmemesi, diğer bir anlatımla mülkiyet aktarımına neden olunmaması gerekir*." Bkz. YHGK, T. 24.01.2018, E. 2017/1-1553, K. 2018/83. Benzer karar için bkz. Y. 1.HD, T. 23.03.2017, E. 2016/18584, K. 2017/1419 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası), Erişim Tarihi 19.01.2024.

[54] Taşınmazlardaki aynî hak kazanımı, değişimi ve sona ermesi, kural olarak taleple gerçekleşir. Bu bakımdan, basit yazı yanlışlığını aşan hatalı pay oranını re'sen düzeltme yetkisi tapu siciline hâkim olan ilkelerden istem (başvuru) ilkesi ile çatışır. İstem (başvuru) ilkesi için bkz. Antalya/Topuz, N. 2405 vd.

[55] Antalya, 2020, N. 2416.

[56] Antalya, 2020, N. 2418; Gözler, 2023, s.381.

Her hukuk kuralı, genel hukuk ve kanunlar sistemi amacının bir parçası olarak bu sistemle beraber bütünlük içinde anlamını ve yerine bulur. Bunun içindir ki, fıkralar kanun maddesinin amacına; kanun maddeleri düzenlendiği kanunun amacına, kanunun amacı ise içinde bulunduğu hukuk ve kurallar sistemine bağlı ve uygun olmalıdır[57]. Ancak bu şekilde hukuk kuralı, amacını ve fonksiyonunu gerçekleştirebilir. Hukuk düzeninin idealini, diğer bir ifadeyle adaleti gerçekleştirebilmesi için içinde bulunduğu hukuk ve kurallar sistemi ve ortak menfaat değerleri ile çatışmaması ve çelişkiye düşmemesi gerekir[58]. Zira bir hukuk kuralı, bağlı bulunduğu hukuk sisteminden bağımsız ve ayrı olarak değerlendirilemez.

Hukuk düzeninin bütünlüğü, hukuk düzeninin güvenliği (hukukun güven altına alınması) ve eşitliği sağlama fonksiyonunun işlemesini sağlar. Bu sayede, hukukî işlemlerin meydana gelmesinde keyfilik önlenir ve toplumu oluşturan kişiler yönünden gelecek öngörülebilir olur.

Tapu Kanunu Ek m.3 ve Türk Medeni Kanunu'nun yukarıda yer verdiğimiz hükümleri normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer almaktadır. Değerlendirmelerimiz çerçevesinde, burada aynı seviyede yer alan hükümler arasında çatışma olduğundan yola çıkılarak aynı seviyede yer alan önceki genel kanun ile sonraki özel kanun arasındaki çatışma durumu göz önünde tutulabilir. Özel hüküm genel hükümden önce uygulanır (*specialia generalibus derogat*) ya da genel olan özel olanı ilga etmez (*generalia specialibus non derogant*) ilkesi çerçevesinde sonraki tarihli Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün uygulanmasında sakınca bulunmadığı savunulabilir. Fakat, Tapu Kanunu Ek m.3 düzenlemesinin özellikle sicile güvenerek paylı mülkiyet payını kazanan iyiniyetli üçüncü kişilere uygulandığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu açıdan Tapu Kanunu Ek m.3, Türk Medeni Kanunu'nda tapu siciline ilişkin olarak benimsenen aleniyet ve tapu siciline güven ilkesi gibi temel ilkeler ile idarenin re'sen tapu sicilini düzeltme esaslarıyla çelişen, bu ilke ve esasları bertaraf edici bir yapıya sahiptir. Bu bağlamda, *lex posterior* ya da *lex specialis* ilkelerinin burada uygulanmasının kabulü hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesini sarsarak hukuk düzeninin üç temel değeri[59] olan adalet, yerindelik (amaca uygunluk) ve hukukî güvenliğin oluşmasına olumsuz etki edecektir.

[57] Antalya, 2020, N. 2419.

[58] Antalya, Hukuk Metodolojisi, N. 2851; Demirdal, s. 796.

[59] Serozan/Engin/Atamer, Birinci Başlık § 1, N. 42.

SONUÇ

Paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda pay oranı (hisse) hatalarının re'sen düzeltilmesi konusunda tapu müdürlüğüne yetki veren Tapu Kanunu Ek Madde 3 hükmü tapu siciline hâkim olan temel ilkelerden aleniyet ilkesi, tapu siciline güven ilkesi ve tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumlu olması ilkesini zedeleyecek bir yapıya sahiptir. Öte yandan Tapu Kanunu Ek m.3, TMK m.1027'de benimsenen tapu sicilinin düzeltilmesi esaslarıyla çelişkili ve genel bir hukuk ilkesi olan hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesini de ihlâl edici bir nitelik taşımaktadır. Özellikle, fazla pay oranı belirlenmek suretiyle hatalı şekilde tescil edilmiş paylı mülkiyet payının mülkiyetinin sonradan iyiniyetli üçüncü kişilerce kazanıldığı hâllerde bu durum daha belirgin hâle gelmektedir.

Payın mülkiyetinin iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılmasından sonra pay oranının Tapu Kanunu Ek m.3 kapsamında tapu müdürlüğünce re'sen değiştirilebilmesi, tapu sicilindeki tescilin kamuya açık olmasındaki amacın gerçekleşmesine engel olmaktadır. Söz konusu hüküm, kişi ve taşınmaz arasındaki eşya hukuku ilişkisini kamuya açık hale getiren aleniyet ilkesi kısmen de olsa işlevsiz hâle büründürmektedir. Bir paylı mülkiyet payını devralan her kişi, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünün varlığı karşısında paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin bir anlamı ve işlevi olmadığı kanaatine sahip olacaktır. Bu sebeple, Tapu Kanunu Ek m.3 tapu sicilinin aleniliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü, yolsuz olarak tescil edilmiş bir payı, pay sahibinden devralan iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımının TMK m.1023 uyarınca korunmayacağı sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Bu ise, söz konusu hükmün paylı mülkiyet kazanımlarında tapu siciline güven ilkesini bertaraf ettiğini göstermektedir. Bu sonucun ortaya çıkmasının önlenmesi için kişiler ve hâkimler için bağlayıcı gücü olmayan genelge hükümlerine yer verilmesi ise öngörülebilir bir hukuk düzeni tesisi için yeterli değildir. Tapu Kanunu Ek m.3 lafzı itibarıyla tapu siciline güven ilkesini bertaraf eden bir yapıya sahip olup, amaca uygun sınırlama ile TMK m.1023 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Fakat hukuk uygulamasında yorum farklılıklarının yaratacağı sakıncaları engellemek için, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünde "*mülkiyet devri yapılmış ve üzerinde sonradan herhangi bir sınırlı aynî hak tesis edilmiş*" taşınmazların bu hüküm kapsamında olmadığının açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır.

Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü kapsamında hisse hatasının re'sen düzeltilip bu düzeltmeden olumsuz etkilenen paydaşa dava açma hakkı verilmesi, tapu sicilinin tutulmasından Devlet'in sorumluluğu ilkesinin hatalı bir uygulamasını oluşturmaktadır. Pay oranının yolsuz olarak tescil edildiği ve TMK m.1023 uyarınca hak kazanımının korunduğu durumlarda yolsuz tescil ile pay oranları az belirlenen paydaşın artık mülkiyet hakkını kazanan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı tapu sicilinin düzeltilmesini talep edememelidir. Bu hâlde, yolsuz tescil ile pay oranları daha az belirlenen ve iyiniyetli üçüncü kişiye payın devriyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkı da sona eren paydaşların uğradığı zararlar TMK m.1007 çerçevesinde Devlet'ten talep edilmelidir. Bunun yanında, Tapu Kanunu Ek m.3 hükmünde yer alan dava tapu sicilinin düzeltilmesi davası olarak da açılabilmelidir.

TMK m.1027 hükmünde belirtilen esaslar göz önünde tutulduğunda Tapu Kanunu Ek m.3 hükmü bu esaslarla da çelişen bir niteliğe sahiptir. TMK m.1027 hükmü gereğince basit yazı yanlışlıkları tapu müdürlüğünce re'sen düzeltilebilirken, pay oranının hatalı tescil edilmesi gibi basit yazı yanlışlığını aşan yanlışlıklar ya ilgililerin rızasıyla ya da mahkeme kararı ile düzeltilebilmektedir. Fakat, Tapu Kanunu Ek m.3 basit yazı yanlışlığını aşan nitelikte olan hisse hatasının re'sen tapu müdürlüğünce düzeltilebileceğini belirtmekle TMK m.1027 ile benimsenen genel esaslara aykırı bir düzenleme getirmektedir.

Son olarak, Tapu Kanunu Ek m.3'ün Türk Medeni Kanunu ile benimsenen genel prensiplere aykırı yapısı hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesini zedelemektedir. Bu hâl ise, hukuk düzeninin üç temel değeri olan adalet, yerindelik (amaca uygunluk) ve hukukî güvenliğin oluşmasını örselemektedir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018.

Antalya, O. Gökhan, Hukuk Metodolojisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Antalya, O. Gökhan, Hukuk Teorisi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Antalya, O. Gökhan/ Topuz, Murat, Eşya Hukuku Cilt IV/I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Arsebük, Esat, Medeni Hukuk, Tan Matbaası, İstanbul 1938.

Avcı, Mustafa/Bilgin, Hüseyin, "Tapu Sicilinin Yolsuz Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu ve Görevli Yargı Yeri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 7, S. 1, s.79-97.

Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Ayiter, Nuşin, Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1983.

Çabri Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m.640-682) Cilt III, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Deillon-Schegg, Bettina, *CHK* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht Art.641-977 ZGB, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023 (Herausgeber: Ruth Arnet / Peter Breitschmid / Alexandra Jungo).

Demirdal, M. Balkan, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. XVIII, S. 3-4, s.789-820.

Deschenaux, Henri, *Schweizerisches Privatrect Sachenrecht V/3, II*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1989 (Herausgeber: Arthur Meier-Hayoz).

Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin

Yayınları, Ankara 2023.

Erman, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, 9. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2023.

Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2021.

Escher, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Schulthess & CO AG, Zürich 1960.

Esener, Turhan/ Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Görgeç, Başak, "Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, C. 22, S. 3, s.1185-1220.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

Güleş, Bedia, "İnanılır İlgi Kavramı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Bilimsel Çalışmalara Açıklığı", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 3, S. 2, s.85-102.

Günarslan B F, "Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S.155, s.1393-1409.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023.

İmre, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

İmre, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 17. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2024.

İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Kılıçoğlu Ahmet, Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024.

Nomer, Haluk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Yayıncılık, İstanbul 2022.

Oğuzman, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 25. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

Özsunay, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

Pekmez, Cüneyt, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Pfammatter, Angela, *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Zürich 2021 (Herausgeber: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland).

Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963.

Schmid, Jörg, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2003 (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser)

Schmid Jörg/ Hürlimann-Kaup, Bettina, Sachenrecht, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 2003.

Schwarz, Andreas, Medeni Hukuka Giriş, Marifet Matbaası, İstanbul 1935 (Çevirmen: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu).

Seçer, Tuğçem, "Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı İçerisinde Değerlendirilmesi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 11, S. 1, s.341-355.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay/Atamer, Yeşim, Serozan Medeni Hukuk, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023.

Sirmen, Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet'in Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.

Şengül, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Tekelioğlu, Numan, "Türk Hukukunda Tapu Memurunun Re'sen Terkin ve Düzeltme Yetkisi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 13, S. 1, s.503-527.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

Tuor, Peter/ Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2015.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Esmer, Galip, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1950.

Yakuppur, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Yılmaz, Süleyman, Medeni Hukuk Cilt V Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Yılmaz, Süleyman, Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 01/04/2024
Kabul / Accepted: 28/02/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

KURUMSAL YÖNETİM KAPSAMINDA İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ RAPORLAMASI: DÜZENLEYİCİ PERSPEKTİFTEN HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDE RAPORLAMAYA İLİŞKİN GÜNCEL STANDARTLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

CLIMATE CHANGE REPORTING WITHIN THE SCOPE OF CORPORATE GOVERNANCE: THE EVALUATION OF CURRENT STANDARDS ON REPORTING IN PUBLIC JOINT STOCK COMPANIES FROM A REGULATORY PERSPECTIVE

İrem TORE*

ÖZET

İklim değişikliği finansal istikrar açısından yatırımcılar için riskler oluşturmaktadır. Piyasa aktörleri şirketlerden iklim değişikliği risklerini ve bu risklere karşı planladıkları faaliyetlerini açıklamalarını talep etmektedir. İklim değişikliğini şirketler hukuku perspektifinden ele alan bu makale, Sermaye Piyasası Kurulu'nun şirketlerin sorumluluğu konusunda bir rehber olan kurumsal yönetim ilkelerine sürdürülebilirlik hususunda yaptığı ekleme sonucu gündeme gelen iklim değişikliği raporlamasının incelenmesi ve geliştirilebilmesi adına öneriler sunmayı amaçlamaktadır. İklim değişikliğinden dolayı yatırımlarının karşı karşıya olduğu risklerin farkında olan yatırımcılar, iklim değişikliğiyle ilgili riskleri en aza indirmek için tutarlı ve karşılaştırılabilir bilgiye ihtiyaç duymaktadır. İklim değişikliği raporlamasının standart hale getirilmesi, yatırımcıların bu risklere ilişkin kendi kararlarını vermelerinde önemli bir araçtır. Bu çalışma Kamu Gözetimi, Muhasebe

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi İktisadi İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi, Uluslararası Ticaret Anabilim Dalı/ADANA, **E-Posta:** itore@atu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2359-7685, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1463154.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Tore, İrem, "Kurumsal Yönetim Kapsamında İklim Değişikliği Raporlaması: Düzenleyici Perspektiften Halka Açık Anonim Şirketlerde Raporlamaya İlişkin Güncel Standartların Değerlendirilmesi" HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 493-534.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ve Denetim Standartları Kurumu tarafından 1 Ocak 2024 tarihinde şirketlerin iklim değişikliği raporlamasına yönelik olarak uygulanabilecek Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarından TSRS-S2 standartlarını incelemekte ve geliştirilebilmesi için öneriler sunmaktadır.

***Anahtar Kelimeler**: İklim değişikliği, Halka açık anonim şirketler, Sürdürülebilirlik raporlama standartları, Kurumsal yönetim, İklim raporlaması.*

ABSTRACT

Climate change poses risks to investors in terms of financial stability. Market actors demand companies to disclose their climate change risks and their planned activities against these risks. This article, which deals with climate change from the perspective of corporate law, aims to examine and offer suggestions for improving climate change reporting, which came into force as a result of the Capital Markets Board's addition on sustainability to the corporate governance principles, a guide on the responsibility of companies. Investors who are aware of the risks their investments face due to climate change need consistent and comparable information to minimize climate-related risks. Standardizing climate change reporting is an important tool for investors to make their own decisions regarding these risks. This study examines the TSRS-S2 standards, one of the Turkish Sustainability Reporting Standards, which came into force on January 1, 2024 by the Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Authority in order to be applied to companies' climate change disclosure, and offers suggestions for their development.

***Keywords:** Climate change, Public joint stock companies, Sustainability reporting standards, Corporate governance, Climate reporting.*

EXTENDED ABSTRACT

The purpose of a company today extends beyond merely maximizing profits or increasing shareholder value. The concept of "creating shared value" has emerged, combining traditional goals with the aim of benefiting society. This approach suggests that it is not enough for a company to equitably share the value it creates among shareholders; instead, it aims to generate additional value by considering the interests of all stakeholders. This shift has transformed the single-bottom-line profit focus into a triple-bottom-line profit principle that encompasses social, environmental, and financial performance. Thus, the goal of publicly traded joint-stock companies should be to balance these three dimensions: maximizing shareholder profits, acting with social responsibility by considering the interests of the company and its stakeholders, protecting the environment, and contributing to the economy by saving resources and respecting human rights. As a result, the primary source used to evaluate the performance of publicly traded joint stock companies is no longer just financial statements, but also environmental, social, and governance (ESG) data.

Climate change poses significant financial risks for investors. As it is not mandatory

for companies to provide information regarding their responsibilities towards climate change through financial statements, stakeholders do not receive adequate information on this matter. Even if a company voluntarily discloses information related to its climate change responsibilities—such as reducing greenhouse gas emissions, mitigating the negative impacts of its activities on people and the planet, and enhancing the resilience of its supply chains—the lack of a standardized format leads to uncertainties regarding the form and content of these disclosures. Consequently, the shared information is not comparable. This study is based on the premise that companies, as part of society, also have responsibilities regarding climate change. It aims to examine and offer suggestions for improving climate change reporting.

In 2020, the Capital Markets Board of Türkiye (CMB) published the Sustainability Principles Compliance Framework, which requires companies to disclose their activities and risks in the ESG areas based on the "comply or explain" principle. However, uncertainties regarding the form and content of these disclosures necessitate standardization for consistency and comparability. On January 1, 2024, the Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Authority (KGK) implemented Turkish Sustainability Reporting Standard - Climate-Related Disclosures (TSRS-S2) under the Turkish Sustainability Reporting Standards, mandating companies to report their climate change risks. This regulation marks an important step towards consistent and comparable reporting on climate change and risk mitigation for publicly traded companies. It also raises awareness, encouraging companies to develop policies that integrate climate risk into their internal processes. However, there is room for further development to enhance the implementation.

Climate-related disclosures encompass climate risks, climate planning and strategies, sustainability and transition tactics, governance, and oversight. A critical point open to criticism is the emphasis that risks reasonably expected to affect the company's financial adequacy should be reported. In other words, climate-related reporting is deemed necessary when it is expected to reasonably affect cash flows, access to finance, and capital costs. It can be stated that the significant information is left to the company's own assessment and that there are no binding criteria for this. On the other hand, the inclusion of criteria for the disclosure of quantitative targets related to climate change in the standards provides a legal advantage to companies. This is because it facilitates companies' compliance with potential legal regulations that require necessary measurements and their disclosure specifically related to climate change.

Moreover, creating legal regulations for climate disclosures poses limitations, including the risk of misinformation due to the complexity of climate science. Regulators must ensure the accuracy, consistency and scientific feasibility of disclosed strategies, requiring CMB to employ more sustainability auditors. However, finding qualified experts in the field of sustainability auditing is another limitation. To overcome these limitations, it is proposed that preparing a regulation on sustainability assurance

auditing that outlines the procedures and principles of the audit process, authorized auditors, their qualifications, and licensing education will be a step towards addressing potential issues that may arise in the process.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi md.1/2 iklim değişikliğini *"karşılaştırılabilir zaman dilimlerinde gözlenen doğal iklim değişikliğine ek olarak, doğrudan veya dolaylı olarak küresel atmosferin bileşimini bozan insan faaliyetleri sonucunda iklimde oluşan bir değişiklik"* olarak tanımlamaktadır[1]. İklim değişikliği günümüzün en büyük endişelerinden biridir[2].

Bu çalışma toplumun bir parçasını oluşturan şirketlerin de iklim değişikliğine ilişkin yükümlülüğü olduğu kabulünden yola çıkmaktadır. Yakın zamana kadar şirketlerin sorumluluğu ve iklim değişikliği birbiri ile ilişkilendirilmeyen alanlar olarak algılanmaktaydı[3]. Şirketler sadece kâr elde etmek ve iş hedeflerine ulaşmak, yani tek boyutlu kârlılık, gibi temel bir tarihsel amaç üzerinden tanımlanırken şirketlerin iklim değişikliği ile ilişkisi geleneksel olarak "*çevrenin korunması*" sorumluluğu olarak anlaşılmaktaydı. Bu iki alan arasındaki bağlantı zayıf olduğundan, ne özel hukukun aktörü olan şirketler ne de yasa koyucular şirketler için iklim değişikliğini bir risk nedeni olarak görmüştür. Konuya sıklıkla kurumsal sosyal sorumluluk açısından yaklaşılmıştır. Diğer yandan şirketler mevcut hukuk kurallarıyla bağlıdır ve bu çerçevede bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin korunmasını sağlamakla yükümlüdürler. Örneğin, T.C. Anayasası md. 56 çevrenin korunmasını sosyal ve ekonomik haklar kapsamında düzenlemiş ve devlete pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2012 tarihli bir kararında md. 56 "*çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik her türlü tedbiri almak Devletin temel ödevlerindendir. Bu amaçla Devlet, çevrenin korunmasını*

[1] United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992, (https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf, Erişim Tarihi: 20.01.2025)

[2] Busch/Bassen/Lewandowski/Sump, s. 167, Cosma/Principale/Venturelli, s. 1347, World Economic Forum (WEF), The Global Risks Report 2021, 16th ed., 202, s. 12, (https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2021, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[3] Johnston/Sjåfjell, s. 396-401.

sağlamak için etkili bir maddi hukuk düzeni oluşturmak ve öngörülen maddi hukuku uygulamak üzere gereken teşkilatı kurmakla yükümlüdür" şeklinde değerlendirilmektedir[4]. Anayasa Mahkemesi'nin 24.05.2012 tarihli başka bir kararında ise md.56'da belirtilen görevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği yasa koyucunun takdirinde olduğu belirtilmiştir[5]. Bu doğrultuda, çevre korunması için devletin olumlu edimlerde bulunması ve somut önlemler alması gerektiği Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulanmıştır. Anayasa dışında 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu ve 2872 Sayılı Çevre Kanunu'nda iklim değişikliği ifadesine doğrudan yer verilmiştir. 2872 Sayılı Çevre Kanunu md. 3(h) iklim değişikliği ile mücadele etmek için uyulması zorunlu standartların, teşvik ve geri kazanım katılım payı gibi piyasaya dayalı mekanizmaların, ekonomik araçlar ve teşviklerin kullanılacağını öngörmektedir. İklim değişikliğinin bir risk teşkil ettiği yönündeki görüşlerin artmasıyla birlikte iklim değişikliği alanında uluslararası düzenlemelerin de ön plana çıktığı görülmektedir. Bu uluslararası düzenlemelerin başında Birleşmiş Milletler İlkim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi[6], Kyoto Protokolü[7] ve Paris Anlaşması[8] gelmektedir.

Son yıllarda sadece şirketin net kârına odaklanan tek boyutlu kârlılık anlayışının yerini şirketin sosyal, çevresel ve finansal performansını ele alan üç boyutlu kâr anlayışına bırakmasıyla iklim değişikliğiyle mücadelede şirketlerin rolü yeni bir odak noktası haline gelmiştir[9]. Yapılan araştırmalar yatırımcıların, düzenleyicilerin, sivil toplum kuruluşlarının ve diğer paydaşların, şirketlere iklim değişikliği risklerini ele alacak politikalar benimsemeleri konusunda baskı yaptıklarını göstermektedir[10]. Dünyanın en

[4] AYM,T. 29.11.2012, E. 2001/106, K. 2012/192, RG: 02.04.2013, 28606 (mükerrer).

[5] AYM, T. 24.05.2012, E. 2011/110, K. 2012/79, RG: 21.07.2012, 28360.

[6] United Nations Framework Convention to Climate Change, 9 May 1992, 1771 UNTS, (https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[7] Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention to Climate Change, 11 December 1997, 2303 UNTS 162, (https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[8] Paris Agreement, December 12, 2015, in the annex of decision 1/CP.21, (https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[9] Gilligan/Vandenbergh, s. 4.

[10] World Economic Forum, "How to Set Up Effective Climate Governance on Corporate Boards: Guiding Principles and Questions", 2019, s. 3, (https://www3.weforum.org/docs/WEF_Creating_effective_climate_governance_on_corporate_boards.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025), Bruno, s. 38.

büyük üç varlık yöneticisi olan *BlackRock* Yatırım Enstitüsü, *Vanguard ve State Street*, ayrıca Kaliforniya Kamu Çalışanlarının Emeklilik Sistemi (*CalPERS*), Kaliforniya Eyalet Öğretmenleri Emeklilik Sistemi (*CalSTRS*) ve Japonya, İsveç ve Hollanda'nın devlet emeklilik fonları dahil olmak üzere 43 küresel kurumsal yatırım firmasından 70 üst düzey yöneticiyle yapılan görüşmeler sonucunda, sera gazı emisyonları, kirlilik yükleri, iklim değişikliği kaynaklı sağlık riskleri ve yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelme gibi konuların uzun vadeli yatırımcılar için çok daha önemli hale geldiği tespit edilmiştir[11]. Görüşme sonunda fon yöneticilerinin karşılaştığı sorunlardan birinin iklim değişikliği risklerine yönelik karşılaştırılabilir bilgiye ulaşamamaları olduğu tespit edilmiştir. İklim değişikliğiyle mücadelede etkili ve bütüncül bir yaklaşım bekleyen fon yöneticileri, şirket yönetiminin bu konuda sorumluluk almasını, raporlama yapmasını ve raporlama seçeneklerinin ve kapsamının doğru belirlenmesi talep etmektedirler. Güvenilir veri toplanması ve yönetimi, iklim risklerinin değerlendirilebilmesi için önemli bir unsurdur. Bu doğrultuda hazırlanacak iklim değişikliği raporlarının denetim ve güvence yetkinliğinin artırılması için yasal düzenlemelerin yapılması, finans sektörünün iklim değişikliği ile mücadele gereksinimlerine uyum sağlayabilmesi için fon yöneticilerinin beklentileri arasında yer almaktadır. Fon yöneticileri bu bilgilere yönelik standartların geliştirilmesinin faydalı olacağı kanaatinde olduklarını belirtmiştir[12]. Ayrıca, dünya genelinde şirketlere karşı açılan iklim davalarının artması şirketlerin bu bağlamdaki sorumluluklarının da artışı anlamına gelmektedir[13]. Bütün bunlar, paydaşların şirketten beklentilerinin kâr maksimizasyonunun ötesine geçerek iklim değişikliği riskine karşı politika geliştirme konusunda sorumluluk sahibi olmalarını beklediklerini göstermektedir.

Finansal raporlar, kurumsal raporlama sürecinin ilk adımını oluşturur ve şirketlerin yatırımcılarıyla iletişim kurması için önemli bir araçtır. Ancak muhasebe ilkelerine göre şirketin finansal durumunu gösteren ve borç ve alacakları raporlayan geleneksel raporlama sosyal, çevresel ve yönetimsel maliyetleri yansıtmaz[14]. Dolayısıyla, iklim değişikliği ile mücadele konusunda şirketlerin yapmış olduğu faaliyetler geleneksel finansal tablolar aracılığıyla paydaşlara yansıtılamamaktadır. Entegre raporlama, şirketlerin paydaşlarına

[11] Eccles/Klimenko s. 108.

[12] Eccles/Klimenko, s. 116, dn. 11.

[13] Javier, s. 103.

[14] Monks/Minnow, s. 79.

çevresel, sosyal ve yönetişim konularında kurumsal faaliyetlerini finansal performansıyla ilişkilendirerek göstermeyi amaçlayan kamuya açık raporlar olarak tanımlanabilir[15]. Yani entegre raporlama, finansal ve finansal olmayan bilgilerin bir bütün olarak sunulmasını sağlar. Şirketlerin operasyonlarının çevreyi nasıl etkilediğine dair daha bütünsel bir bakış açısı sunarak, finansal olmayan bilgilerin raporlanması, yatırımcılara kurumsal faaliyetlerin çevre üzerindeki etkileri hakkında önemli bilgiler sağlar. Bu bilgilerin raporlanması konusunda karşılaşılan bir sorun, şirketlerin yıllık raporlarında hangi tür finansal olmayan bilgilerin dahil edileceğini belirleyen standartların eksikliğidir. Yerel yasama organları için örnek teşkil edebilecek uluslararası araçlar bulunmaktadır[16]. Ancak, bu araçların çoğunlukla bağlayıcı olmaması ve hukuki bir yaptırımı olmaması nedeniyle, finansal olmayan bilgilerin açıklanması gönüllülük esasına dayanmaktadır. Türkiye'de finansal olmayan bilgileri raporlamak zorunlu değildir. Ancak, halka açık şirketler, kurumsal yönetim ilkeleri gereklilikleri doğrultusunda gönüllü olarak finansal olmayan bilgileri de raporlamayı yapmayı tercih edebilirler. Bir şirket sera gazı emisyonunu ve dolayısıyla faaliyetlerinin insanlar ve dünya üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak ve iklim değişikliği risklerini ele alarak buna uyum sağlamak için tedarik zincirlerinin dayanıklılığını güçlendirmek gibi iklim değişikliği sorumluluğuna ilişkin bilgileri gönüllü olarak açıklasa dahi, yeknesak bir format belirlenmemiş olması açıklamanın şekli ve içeriğine ilişkin belirsizlikler ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle paylaşılan bilgi kıyaslanabilir bir bilgi olmamaktadır.

Sürdürülebilir iş davranışını zorunlu kılan özel düzenlemeler, iklim değişikliği de dahil olmak üzere, pek çok alanda eksiktir[17]. Ayrıca, insan haklarına yönelik kurumsal davranışa ilişkin uluslararası kabul görmüş standartlar ve yönergelerin mevcut versiyonlarında özel olarak iklim

[15] Saban/Vargün/ Gürkan, s. 916.

[16] United Nations Human Rights Council: "Guiding Principles On Business And Human Rights: Implementing The United Nations "Protect, Respect And Remedy" Framework'. UN Doc. A/HRC/17/31 (21 March 2011), (https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025), OECD, 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises', 2011, (https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025), OECD, 'OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct', 2018, (www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

[17] Chiu, s. 521.

değişikliğine atıfta bulunulmamaktadır[18]. Bu düzenleyici boşluk şirketlerin iklim üzerindeki olumsuz etkileri ve bunun doğurduğu risklerin nasıl azaltılacağına dair tartışmaları da gündeme getirmektedir. İklim değişikliği bağlamında kurumsal sorumluluk, politika belirleyicilerin giderek daha fazla ilgisini çekerken, bu yeni hukuki meselenin mevcut hukuki çerçeve içerisinde nasıl bağlamlandırılacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Kurumsal yönetim bir şirketin nasıl yönetileceğine ve kontrol edileceğine ilişkin ilkeler bütünüdür[19]. Bu ilkeler doğrultusunda şirketlerin iklim değişikliği ile mücadeleye yönelik hedefleri ve politikaları belirlenebilir. Bu amaçla kurumsal yönetim, iklim değişikliğiyle ilgili çeşitli eğilimleri hukuki alanda bağlamsallaştırmanın bir aracı olarak kullanılabilir.

Zayıf kurumsal yönetimin hissedar değeri üzerindeki olumsuz etkisini göz önüne alan Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunu (KGK) 1 Ocak 2024 tarihinde şirketlerin iklim değişikliğiyle ilgili riskleri açıklanmasına yönelik uygulayabileceği Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarından TSRS-S2 raporlama standartlarını yürürlüğe koymuştur. Belirlenen standartlar İklimle İlişkili Finansal Açıklamalar Görev Gücü'nün (TCFD) tavsiyelerine dayanmaktadır[20]. TSRS-S2 bir şirketin kısa, orta veya uzun vadede finansmana erişimini veya sermaye maliyetini etkilemesi beklenen iklimle ilgili risklerin belirli bir standartta açıklanmasına ve iklimle ilgili risklerin finansmana olan etkisinin raporlanmasına ilişkin temel içeriği belirlemektedir. TSRS-S2 raporlama standartları, iklimle ilgili riskler konusunda şeffaflığı artırmayı hedefler, böylece iklim değişikliğinin finansal performans üzerindeki potansiyel etkilerini anlayan yatırımcılar ve diğer paydaşlar bilinçli kararlar alabilirler. Ayrıca, standartlar farklı şirketler ve sektörler arasında tutarlılık ve karşılaştırılabilirlik sağlayan bir raporlama yaklaşımı sunmayı amaçlamaktadır. Raporlamanın içeriğinde şirket yönetiminin iklimle ilgili riskleri nasıl denetleyip yönettiği, iklimle ilgili risklerin finansal planlama üzerindeki gerçek ve potansiyel etkileri, iklimle ilgili riskleri belirleme, değerlendirme ve yönetme süreçleri ve iklimle ilgili riskleri değerlendirmek ve yönetmek için kullanılan metrikler ve hedefler yer

[18] Tore, s.1528

[19] Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (1992), para.2.5., (https://www.ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

[20] Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures (2017), (https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/FINAL-2017-TCFD-Report.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

almaktadır.

Son dönemde uluslararası finans piyasalarında sürdürülebilir finansal ürünlerin geliştirilmesine yönelik çalışmalar hız kazanmıştır. Sürdürülebilir finansmana ilişkin yasal altyapı, doğrulama ve raporlama faaliyetleri, finansmanın Türkiye ekonomisine yönlendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır[21]. Bu durum, şirketlerin çevresel, sosyal ve yönetişim konularındaki açıklamalarını, finansal tablolarda sunulan veriler kadar önemli hale getirmiştir. Bu önem doğrultusunda, şirketlerin çevresel, sosyal ve yönetişim hususlarına dair bilgilerini içeren sürdürülebilirlik raporlarında karşılaştırılabilirlik, şeffaflık ve güvenilirliğin sağlanması elzemdir. Sürdürülebilirlik raporlarında karşılaştırılabilirlik, şeffaflık ve güvenilebilirlik ancak küresel geçerliliği olan ortak bir raporlama dilinin kullanılmasıyla mümkün olacaktır. Bu doğrultuda TSRS-S2 ile amaçlanan bir şirketin iklimle ilgili risklerini ve iklim değişikliğiyle mücadeleye yönelik faaliyetlerini dürüst resim ilkesine uygun şekilde yansıtmasıdır.

İklim değişikliğini şirketler hukuku perspektifinden ele alan bu makale, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nun şirketlerin sorumluluğu konusunda bir rehber olan Kurumsal Yönetim İlkeleri'ne[22] sürdürülebilirlik hususunda yaptığı ekleme sonucu gündeme gelen iklim değişikliği raporlamasının incelenmesi ve geliştirilebilmesi adına öneriler sunmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla başlangıç noktası olarak şirketin toplumdaki rolünün ne olduğu sorgulanmalıdır: şirket sadece hissedarların kâr maksimizasyonuna mı odaklanmalıdır, yoksa diğer paydaşların çıkarları da dikkate alınmalı mıdır? Bu çalışmanın ilk bölümü şirketin değişen amaçları doğrultusunda iklim değişikliği sorumluluğunun şirketlere yayılmasının nedenlerine ilişkin teorik çerçeveyi ele almaktadır. İkinci bölüm iklim değişikliği riskinin arka planını ele alarak bu riskin dolaylı olarak bir finansal risk oluşturduğu ve raporlamaya neden ihtiyaç duyulduğu açıklanmıştır. Takip eden bölümde şirketlerin iklim değişikliği açıklanmasına yönelik olarak uygulanabilecek TSRS-S2 standartları incelenmekte ve geliştirilebilmesi için öneriler sunulmaktadır.

I. HALKA AÇIK ŞİRKET AMACININ DEĞERLENDİRİLMESİ:

[21] Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı 12. Kalkınma Planı (2024-2028), s.18 para.119, (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

[22] Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) R.G. Tarihi: 3.1.2014, S. 28871, (https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19225&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

TEK BOYUTLU KÂRLILIK İLKESİNDEN ÜÇ BOYUTLU KÂRLILIĞA

Anonim şirketler ekonominin itici gücüdür. Şirketler hukuku, şirket ile yönetimi, hissedarları, kârı ve verimliliği arasındaki ilişkiyi ele alır. Tarihsel gelişimi göz önüne alındığında şirketin toplum üzerinde finansal olmayan -sosyal- bir etkisinin bulunup bulunmadığı veya varsa bu etkinin nasıl iyileştirilebileceğine yönelik bir değerlendirme şirketler hukuku bağlamında ele alınmamış, yasal düzenlemeler şirketin amacının 'kâr maksimizasyonu' olduğu anlayışıyla yapılmıştır[23].

Klasik finans anlayışına göre de şirketlerin temel amacı kâr maksimizasyonudur.[24] Kâr, muhasebe kurallarına göre hesaplanan bir kavramdır. Tek boyutlu kârlılık anlayışına göre kâr, finansman maliyeti, sermaye maliyeti ve de finansal olmayan riskler dikkate alınmadan hesaplanır. Ancak, bilgili bir yatırımcı açısından tek boyutlu kârlılık hissedarlar için ekonomik değerin maksimize edilip edilmediği hususunda yeterince bilgilendirici değildir. Bu nedenle, şirketin kârlılığını ve yönetim etkinliğini değerlendirmek için tek boyuta dayanan "net kârlılık" anlayışı 90'lı yılların sonunda yerini "pay sahipliği değerinin artırılması" anlayışına bırakmıştır[25]. Pay sahipliği değeri, şirketin pay sahiplerine sağlayacağı en yüksek finansal geri dönüşü ifade eder. Pay sahipliği değerinin maksimize edilmesi, şirket kârının yanı sıra hisse senedinin piyasa değerinin de en üst seviyeye ulaşması ile gerçekleşir. Nitekim, yatırımcıyı yatırım yapmaya yönlendiren temel nedenlerden birisi de kâr elde etme beklentisidir. Bu anlayışın mevzuatımızda da yer aldığını söylemek mümkündür. Örneğin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 374. maddesi dolaylı olarak kâr elde etme amacına hizmet etmektedir. Buna göre "*yönetim kurulu kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.".* İşletme konusu, şirketlerin amaçlarına ulaşmak üzere faaliyet gösterdikleri alandır. Başka bir ifade ile şirketin kâr elde etme amacını

[23] Enriques/Hansmann/Kraakman/Pargendler, s. 107.

[24] Schrader, s. 592, Pulaşlı, 2016, s. 23, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 436, 899, Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.57, Karslıoğlu, s. 187, Gürbüz Usluel, s. 9, Ayhan/Çağlar/Özdamar, s.33, Şener, s.7. Ayrıca bkn. 11. HD., T. 26.12.2017, E. 2016/8800, K. 2017/7610, "*Her ticaret şirketi gibi anonim şirketin nihai amacı da kâr elde etmek ve bunu dağıtmak olup* …", 11. HD., T. 24.2.2021, E. 2019/2297, K. 2021/1673, 11. HD., T. 19.1.2022, E. 2020/1049 K. 2022/427 (Lexpera, Erişim Tarihi 11 Ocak 2025).

[25] Pulaşlı, 2020, s. 6-7.

gerçekleştirmesi için somut olarak faaliyette bulunduğu iş koludur[26]. Şirketin işletme konusunu gerçekleştirerek kâr elde etmesi adına, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, yapılması gerekli bütün iş ve işlemler için yönetim kurulu yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla, şirketin amacı kâr elde etmek olduğuna göre yönetim kurulunun şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili kılınması da kâr elde etme amacına hizmet etmektedir. Benzer şekilde TTK md. 391/c'nin gerekçesinde, pay sahiplerinin özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden, bu hakların kullanılmasını kısıtlayan veya zorlaştıran batıl kararlara örnek olarak, kâr elde etmek ve paylaşmak amacının ortadan kaldırılması verilmektedir. Bu durum, kanun koyucunun kâr amacı gütme ilkesini sıkı hukuk kuralları ile düzenlediğini göstermektedir. Pay sahipliği değerini en üst düzeye çıkarmaya yönelik düzenlemeler ise çoğunlukla esnek hukuk olarak anılan ve "uy ya da açıkla" ilkesine dayanan Kurumsal Yönetim İlkeleri içerisinde yer bulmuştur[27].

Günümüzde ise şirketin amacının kârı maksimize etmek veya hissedar değerini artırmanın ötesine geçtiğini söylemek mümkündür. Bu geleneksel amaçları topluma fayda sağlamak amacı ile birleştirmenin bir yolu olarak "ortak değer yaratma" anlayışı öne sürülmüştür[28]. Bu anlayışa göre şirketin yarattığı değerin hissedarlar arasında adil bir şekilde paylaşılması yeterli değildir. Ortak değer yaratmak için tüm paydaşların çıkarları göz önüne alınarak daha fazla katma değer yaratılması amaçlanır[29]. Böylece, sadece şirketin net kârına odaklanan tek boyutlu kârlılık anlayışı şirketin sosyal, çevresel ve finansal performans boyutlarını da ele alan üç boyutlu kâr ilkesine dönüşmüştür. Buna göre özellikle halka açık anonim şirketlerin amacı bu üç boyutu dengeli bir şekilde gerçekleştirmek olmalıdır; hissedar kârını maksimize etmek, şirketin ve paydaşların çıkarlarını gözeterek sosyal sorumlulukla davranmak, çevreyi korumak ve insan haklarına saygılı olmak

[26] Bingöl, s. 198.

[27] Pulaşlı, dn.25, s. 6-7, "Uy ya da açıkla" (*comply or explain*) ilkesi II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nde açıkça *compliance* kavramı olarak yer almamıştır. Tebliğ md. 7'de "*Kurumsal yönetim ilkelerine uyum zorunluluğuna aykırılık halinde uygulanacak tedbirler"* ve md. 8'de "*kurumsal yönetim ilkelerine uyum raporları"* şeklinde ifade edilen uyum, *compliance* kavramını işaret etmektedir. *Compliance* kavramı için bkn. Paslı, s. 317-334, Pulaşlı, 2019, s. 27-59, Yaşar, s.9-99, Erbaş s.1249, Kangal, s.75, Gürkaynak/Kama/Olgu/Ergün, s.145-152.

[28] Porter/Kramer, s. 89.

[29] Porter/Kramer, dn.28.

için kaynak tasarrufu sağlayarak ekonomiye katkıda bulunmak[30]. Şirketlerin iklim değişikliği sorumluluğunu kamuyu aydınlatma açısından ele alan bu çalışma üç boyutlu kârlılık anlayışının son ayağı olan çevresel ve insan hakları sorumluluğuna odaklanmaktadır. Literatürde insan hakları ile insan kaynaklı iklim değişikliği arasındaki bağı ortaya koyan çalışmalar bulunmaktadır[31]. Türk literatüründe de şirketlerin insan hakları sorumluluğunu konu edinen çalışmalar vardır[32]. Şirketlerin iklim değişikliğine yönelik hukuki sorumluluğu ise kurumsal sosyal sorumluluk açısından ele alınmıştır[33]. İklim değişikliği raporlamasını düzenleyici perspektiften ele alan çalışmaya rastlanmamıştır.

Şirketlerin finansal tablolarına finansal olmayan bilgileri dahil ederek yalnızca hissedarlara değil, tüm paydaşlara karşı sorumlu olmaları gerektiği görüşü[34] uzun yıllar önce öne sürülmüş olmasına rağmen paydaş odaklı hesap verebilirlik, hissedar değerini düşüreceği gerekçesi ile eleştirilmiştir. Ancak, günümüzde şirket performansının sadece finansal verilerle değerlendirilmesi anlayışından uzaklaşılmış ve yatırımcılar, çevresel, sosyal ve yönetişim konularındaki risklerin şirket performansına etkisini değerlendirmelerine imkân tanıyan verileri talep etmeye başlamışlardır. Öte yandan iklim krizinin sebep olduğu küresel ısınma, biyoçeşitlilik kaybı, kuraklık riski, gelir adaletsizliği gibi konuların doğurduğu finansal, sosyal ve çevresel sorunların göz ardı edilemez boyutlara gelmesiyle, yatırımcılar zaman içinde bu konuda daha duyarlı ve bilinçli hâle gelmeye başlamıştır[35]. Yaşanan bu süreç, gelişmiş ülkelerdeki birçok yatırımcıyı, şirketlerin iklim değişikliğine duyarlılıklarını ve sürdürülebilir ekonomiye entegre olabilmek için hedefler belirlemelerini yatırım kriterleri arasında değerlendirmeye sevk etmiştir[36]. Bu durum, iklim değişikliğinin artık sadece çevresel bir risk değil, aynı zamanda finansal bir risk olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

---

30 Pulaşlı, s. 9, dn. 25.

31 McInerney-Lankford, s. 431-437, Bodansky, s. 511-524, Roschmann, s. 201-378, Engürülü, s. 1007-1054, Çakan, s. 19-44.

32 Tore, dn. 18, Pulaşlı, dn. 25, Yücel Dericiler, s.28-120, Atılgan Pazvantoğlu, s. 1131-1155, Can/ Yücel s.105-127, Yıldırım, s. 63-93, Kıvılcım, s. 87-122, Oral, (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=VExtiZuwj3th9JVvT5MarA&no=Yl6sf6lveCThl_Y0gT2rNA, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

33 Özer, s. 249 vd.

34 Gray/Owen/Maunders, s. 129.

35 Sternberg, s. 88-106.

36 Koons, s. 332-333, Peterson/McKinstry/Dernbach, s. 228.

II. FİNANSAL BİR RİSK OLARAK İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ

Dünya atmosferi içinde bulunan ozon tabakası güneş ışınlarını süzerek dünyayı bu ışınların zararlı etkilerinden korumaktadır. Ancak, sera gazları ozon tabakasının incelmesine sebep olmaktadır. Sera gazı salımı temel olarak kömür, petrol, doğal gaz gibi fosil yakıtların yakılmasından, yani insan faktöründen, kaynaklanmaktadır. İnsan faaliyetlerinin neden olduğu antropojenik (insan kaynaklı) emisyonlar, atmosferdeki sera gazı konsantrasyonunu arttırarak yer kürenin ısısını yükseltir ve bu sıcaklık artışı iklim değişikliğine yol açar; bu süreçte, sera gazı miktarı üzerinden insan faaliyetlerinin doğaya verdiği zarar, karbon emisyonu olarak ifade edilir[37]. İklim değişikliği, hükümetleri düşük karbonlu ekonomiye geçişi hızlandırma konusunda harekete geçirmiştir. İklim değişikliğine ilişkin finansal kaygılar, dönemin İngiltere Merkez Bankası Başkanı *Mark Carney*'nin Eylül 2015'te yaptığı konuşmayla uluslararası bir öncelik haline gelmiştir. Konuşmasının Aralık 2015'te Paris İklim Anlaşması'nın imzalanmasından hemen önce gerçekleşmiş olması içeriği kadar zamanlamasını da önemli kılmaktadır. İklim değişikliğinin finansal sistem için oluşturduğu risklerin hesaba katılması gerektiğine vurgu yapan *Carney*, iklim değişikliği finansal istikrar açısından belirleyici bir faktör haline gelmeden önce önlem alınmazsa istikrarın sağlanması için çok geç olabileceğini belirtmiştir[38]. *Carney'nin* konuşması iklim değişikliğinin finansal sistemler ve finansal istikrar açısından oluşturduğu risklerin yanı sıra iklim değişikliğinin yatırımcılar için oluşturduğu risklerin altını da çizmiştir. Ayrıca, finansal politika belirleyicilerin bu risklerle mücadelede oynayacağı kritik rolü ortaya koymuştur. Bu konuşma, G20 Finansal İstikrar Kurulu tarafından 2015 yılında İklimle İlgili Finansal Açıklamalar Çalışma Grubu'nun (*Task Force on Climate-Related Financial Disclosure*) oluşturulmasına öncülük etmiştir[39].

İklim krizinin önüne geçmek amacıyla iki yüze yakın ülke Paris İklim Anlaşmasını imzalamıştır. Anlaşma, insan kaynaklı sera gazı salımlarının neden olduğu küresel sıcaklık artışını uzun vadede, sanayileşme öncesi döneme kıyasla 2°C çok daha altında bir seviyede sınırlamayı hedeflemekte; bu konuda 1,5°C sınırının aşılmamasının önemine dikkat çekmektedir[40].

---

[37] Türkoğlu, s. 332, Göksel, s. 55 vd., Dağlı, s.30-42, Sevcan Artun, s.15-48.

[38] Carney, s.3, (https://www.bis.org/review/r151009a.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[39] Benjamin, s.173.

[40] Paris Agreement to the United Nations Convention on Climate Change Md. 2, para. 1(a), 12 Aralık 2015.

2018 yılında Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli tarafından 1,5°C'lik bir ısınmaya karşı 2,0°C'lik ısınmanın etkilerine ilişkin özel bir rapor yayınlanmıştır.[41] Raporun sonucuna göre aşırı sıcaklıklar, kuraklıklar, şiddetli yağış olayları, seller, deniz seviyesindeki yükselme, biyolojik çeşitlilik ve ekosistemler üzerindeki etkiler, insan sağlığı, tarımsal verimlilik, su stresi ve ekonomik büyüme alanlarında 1,5°C'lik ısınma ile 2,0°C'lik ısınma arasında "güçlü farklar" olduğunu ve olası iklimsel etkiler açısından 1,5°C'lik bir ısınmanın 2°C'ye göre nispeten daha güvenli olacağını vurgulamaktadır. Rapor, ısınmayı 1,5°C'de sınırlandırabilecek emisyonlar ve uyum yolları belirlerken özel sektörün, kurumsal yatırımcıların, bankacılık sisteminin, sivil toplumun ve bilimsel kuruluşların iş birliğinin, küresel ısınmanın 1,5°C ile sınırlandırılmasına yönelik eylem ve müdahaleleri kolaylaştıracağını belirtmiştir[42].

Öte yandan araştırmalar modern ekonominin temelini tamamen kömür ve fosil yakıtlara dayandırmanın finansal risklerini de ortaya koymaktadır. *Mercer'in* 2019 yılında yayınladığı iklim değişikliği ve düşük karbonlu ekonomiye geçişten kaynaklanan riskleri incelediği rapor bunlardan biridir[43]. Raporda, iklim değişikliğinin çeşitli portföyler üzerindeki etkileri üç farklı senaryo kapsamında değerlendirilmiş, küresel ortalama sıcaklıklardaki artışın sanayi öncesi sıcaklıklara kıyasla 2100 yılına kadar sırasıyla 2°C, 3°C ve 4°C olması durumları incelenmiştir[44]. Rapor, 2ºC hedefine ulaşılan en iyi senaryoda uzun vadeli bir yatırımcı için fosil yakıtları kullanmayan veya sürdürülebilirlik teması kullanan şirket hisse senetlerine yatırım yapmanın potansiyel getirisinin yüksekliğini göz önüne alarak yatırımcılara iklim değişikliğine duyarlı şirketlere yatırım yapmalarını tavsiye etmiştir[45].

Piyasa aktörleri de iklim değişikliğini finansal bir risk olarak görmektedir. Dünyanın en büyük varlık yönetimi firması ve ABD'deki üç büyük fondan biri olan *BlackRock*'ın İcra Komitesi 2020'de paydaşlarına yönelik bir bildiri

[41] The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Special Report on Global Warming of 1.5 ºC, (https://www.ipcc.ch/sr15/, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[42] IPCC, Summary for Policymakers, s. 23, (https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2022/06/SPM_version_report_LR.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[43] Mercer, Investıng in a Time of Climate Change: The Sequel 11, 2019, (https://info.mercer.com/rs/521-DEV-513/images/Climate-change-the-sequel-2019-full-report.pdf, Erişim Tarihi:07.03.2025)

[44] Mercer, s. 82-83, dn. 43.

[45] Mercer, s. 6, dn. 43.

yayımlamıştır. Bildirinin ana temasını iklim değişikliğinin yaratacağı finansal riskler oluşturmaktadır. Bildirinin önemli bir bölümü iklim değişikliğinden kaynaklanan riskleri içeren raporlamaya yönelik standartlaştırılmış bir yaklaşımın hissedarlar için önemini vurgulamaktadır[46]. Ayrıca, *BlackRock* emisyonların 2050 yılına kadar net sıfıra indirilmesinin "*sadece bir iklim sorunu değil, aynı zamanda sermaye tahsisi veya yönetim tazminatından farklı olmayan temel bir yatırımcı sorunu olduğu*" belirterek yatırım yaptığı şirketlerden iklim değişikliğinden kaynaklanan riskleri ve bu risklere yönelik aldığı tedbirleri açıklamalarını talep etmektedir. Aksi halde, şirketlerin iklim değişikliğinden kaynaklanan riskleri yeterince yönetmediği varsayılacak ve bu risklerle ilgili açıklamalar konusunda yeterli ilerleme kaydetmeyen şirketlerin yönetimine karşı oy kullanılarak yönetimi devralma teşebbüsü gerçekleştirileceğini belirtmiştir[47].

Yukarıda bahsedilenler, özellikle kurumsal yatırımcıların iklim değişikliğinin finansal etkileri konusunda artan endişelerini ve şirketlerden iklim eylemi faaliyetlerine ilişkin beklentilerini göstermektedir. Açıkça görülmektedir ki, halka açık anonim şirketler, pay sahiplerinin kârını maksimize etme amacından uzaklaşarak, üçlü kâr ilkesini benimsemek zorunda kalmaktadır. İklim riskinin yaygın bir finansal risk haline gelmesi, yatırımcıların bu riskten kaçınmalarını engellemektedir[48]. Konumları, fiziksel altyapıları, iş modelleri, teknolojileri ve kurumsal yapıları nedeniyle, belirli sektörler ve hatta şirketler arasında riskin düzeyi ve ölçeği farklılık gösterebilir. Yatırımcılar, iklim değişikliği risklerinin şirketler için önemli bir finansal sorun olduğu ya da olabileceği durumlarda, şirketlerin bu riskler hakkında yapmış olduğu faaliyetler doğrultusunda karar vermek için zamanında ve doğru bilgiye ihtiyaç duyar. Şirketlerin kamuoyuna yaptığı açıklamalar, yatırımcıların değerlendirme yaparken kullandıkları temel kaynaklardır. Açıklamalar, yatırımcıların fosil yakıt yoğun endüstrilerden iklim açısından

[46] Letter from Larry Fink, Chairman and Chief Executive Officer, BlackRock, Larry Fink's 2020 Letter to CEOs: A Fundamental Reshaping of Finance. (https://www.blackrock.com/americas-offshore/en/larry-fink-ceo-letter, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

[47] Mayıs 2021'de *BlackRock*, ikinci büyük yatırımcısı olduğu aktivist bir koruma fonu olan *Engine No. 1*'in birkaç *ExxonMobil* yöneticisini *Engine No. 1*'in adaylarıyla değiştirme yönündeki hareketini destekledi. 26 Mayıs 2021'de *Engine No. 1*'in adayları *ExxonMobil* hissedarları tarafından şirketin iklim değişikliği konusunda harekete geçmemesi ve şirketin karşı karşıya olduğu iklimle ilgili risklere ilişkin açıklama eksikliğinden memnun olmadıkları gerekçesiyle seçildiler.

[48] Sustainability Accounting Standards Board, Climate Risk Technical Bulletin, 2016, s. 8-9, (https://perma.cc/XZ95-J5Y9, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

güvenli, sürdürülebilir yatırımlara doğru aşamalı bir sermaye geçişi sağlamaları için bir yol haritası olabilir. Bilgi eksikliği yanlış fiyatlandırma ve sermayenin yanlış tahsisine yol açabilir. Bu nedenle, iklim değişikliğinin şirket faaliyetleri üzerindeki etkilerini ve bu konudaki politika ve stratejilerini kamuoyuyla paylaşırken, bilgilerin tutarlı ve anlamlı olması yatırımcılar için kritik öneme sahiptir. İklim raporlaması iklim değişikliği riskini tamamen ortadan kaldırmaya çare olmasa da açıklamaların standart hale getirilmesi, iklim değişikliğinin yönetilmesinde ve yatırımcıların bu risklere ilişkin kendi kararlarını vermelerinde önemli bir araçtır.

Türkiye'de de iklim değişikliğinin finansal bir risk teşkil ettiği görüşü hem doktrinde hem de politika belirleyicileri tarafından kabul edilmeye başlanmıştır.[49] Bu doğrultuda birtakım faaliyetlerde bulunulmuştur. Bu bağlamda iklim değişikliğiyle mücadele ve uyum çalışmaları kapsamında ulusal ve uluslararası düzeyde politika, strateji ve eylemleri belirlemek, kurum ve kuruluşlarla koordinasyonu sağlamak amacıyla 2021 yılında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının bağlı bir kuruluşu olarak İklim Değişikliği Başkanlığı kurulmuştur.[50] Hemen akabinde küresel sürdürülebilir yatırım akımlarından şirketlerin daha fazla pay almasının teşvik edilmesi için, 11. Kalkınma Planı, 2021 Ekonomi Reformları Paketi ve Paris İklim Anlaşması çerçevesinde, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) md. 1 ve md. 128/e hükümleri uyarınca "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi"[51] ve "Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi"[52] yayınlanmıştır. Bu düzenlemelerin sürdürülebilirlik konusunda önemli birer adım olduğu ve yatırımcıların yatırım kararını etkileyeceği düşünülmektedir. İklim değişikliği özelinde ise SPK'nın tutarlı ve karşılaştırılabilir açıklamalara yönelik düzenleyici işlemi kritik öneme sahip olacaktır. Kurul, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin usul ve

[49] Karatepe Kaya, s. 1663-1713.

[50] 29 Ekim 2021 tarihli 85 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/10/20211029-35.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[51] Sermaye Piyasası Kurulu 24/02/2022 tarihli ve 10/296 sayılı kararı ile yayımlanmıştır, (https://spk.gov.tr/data/6231ce881b41c612808a3a1c/b2d06c64099c9e7e8877743afc7d2484.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

[52] Sermaye Piyasası Kurulu 02/10/2020 tarihli ve 31262 sayılı kararı ile II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (II-17.1.a) ile yayımlanmıştır, (https://spk.gov.tr/data/63a17b1a8f95db0fa40e3309/s%C3%BCrd%C3%BCr%C3%BClebilirlik%20ilkeleri%20uyum%20cercevesi.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

esasları belirlemeye yetkilidir.[53] Böyle bir düzenleme, yatırımcıların güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda doğru ve zamanında bilgiye erişmelerini imkânlı kılarak yatırımcıların, sermaye piyasasında bilinçli ve doğru kararlar almasını sağlayacaktır. Bu durum, sermayenin doğru şirketlere yönlendirilmesini ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasını sağlayarak kanun koyucunun da amacına hizmet eder[54].

Bu düzenlemelerin her biri şirketlerin yanı sıra anonim şirket yönetim kurulunun görev ve sorumlulukları açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi halka açık ortaklıkların çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim çalışmalarını yürütürken açıklamaları beklenen temel ilkeleri içermektedir. Çerçevenin ana bileşenlerini sürdürülebilirlik hedeflerini ve stratejilerini belirlemek, sürdürülebilirlik projelerinin maliyetlerini analiz etmek, belirlenen sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşma sürecini izlemek ve değerlendirmek ve sürdürülebilirlik ilkelerine uygun olarak şirket politikaları güncellemek olduğu söylenebilir. Çerçeve, iklim değişikliği konusuyla ilgili şirketteki en üst düzey sorumlunun belirlenmesi, ilgili komitelerin kurulması ve görevlerinin belirlenmesi ve çevresel göstergeler ışığında çevresel etkileri ile ilgili bilgileri dönemsel olarak karşılaştırılabilir bir şekilde "uy ya da açıkla" prensibiyle raporlanması zorunlu tutulmaktadır. Bu nedenle TSRS-S2 iklim değişikliği raporlamasından bahsetmeden önce yöneticilerin TTK kapsamında sosyal sorumluluk konusundaki rol ve sorumluluklarının belirlenmesi gerekmektedir.

III. İKLİM RAPORLAMASI BAKIMINDAN TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULUNUN GÖREV VE YETKİLERİ

Kurumsal sosyal sorumluluğa dair yapılan erken dönem akademik tartışmalar iş etiğine odaklanmıştır[55]. Bu çalışmalar, şirketlerin kararlarını etik değerler çerçevesinde, topluma ve çevreye minimum zarar oluşturacak şekilde verdikleri sürece kurumsal sosyal sorumluluklarını yerine getirdiğini ifade etmektedir. Öğretide, kurumsal sosyal sorumluluğa artan bu ilgiye rağmen birkaç ülke hariç kurumsal sosyal sorumluluğun hukuk sistemlerinde

[53] 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, Kabul Tarihi: 6/12/2012, R.G. Tarih: 30/12/2012, md. 17(2)

[54] Sermaye Piyasası Kanunu, dn. 54, md. 1.

[55] Gültekin/Çelik/Aykanat, s.154, Yamak, s.168, Ararat, 2008, s. 271-285, Ertuna/Tükel, s. 145-172, Göcenoğlu/Onan, "Türkiye'de Kurumsal Sosyal Sorumluluk Değerlendirme Raporu", 2008, (http://www.iye.org.tr/wp-content/uploads/2012/12/KSS_Degerlendirme_Raporu_2008.pdf, Erişim Tarihi: 12.01.2025)

benimsenmesi konusunda bir isteksizlik bulunmaktadır[56]. Benzer şekilde, Türk hukuk sisteminde de kurumsal sosyal sorumluluk konusunda kapsamlı düzenlemeler ve temel hükümler bulunmamaktadır. Kavram, SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin Menfaat Sahipleri başlığı altında düzenlenmiş ve şirketlerin sosyal sorumluluklarına duyarlı olması, yasa, yönetmeliklere ve etik standartlara uyması tavsiye edilmiştir[57]. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri içerisinde sosyal sorumluluğa tek bir maddede yer verilmiş olmasının nedeninin Türkiye'de kurumsal yönetim kavramının ortaya çıktığı ilk dönemlerde hissedar haklarını korumak maksadıyla şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanmasına ağırlık verilmesi olduğu söylenebilir. Ancak zaman içinde kurumsal sosyal sorumluluk da kurumsal yönetimin esaslı unsurları arasında sayılmaya başlanmış, şirket yöneticilerinin tüm paydaşların menfaatlerini karar alma sürecinde göz önünde bulundurmaları gerekliliği vurgulanmıştır[58]. Şirketlerin ekonomik faaliyetlerde bulunmak amacıyla kurulması, her ne pahasına olursa olsun maksimum kâr elde etmeyi hedefledikleri anlamına gelmemelidir ve ekonomik amaç, şirketin faaliyetlerini yürütürken toplum ve paydaşların çıkarlarını gözetmeyi ve sosyal sorumluluk bilinciyle hareket etmeyi engellememelidir görüşü doktrinde yer bulmaya başlamıştır[59]. Şirketlerin ekonomik kazanç amacından sapmaksızın, sosyal sorumluluğunu hesap verilebilirlik prensibi doğrultusunda yerine getirmesi ve yapılan sosyal sorumluluk faaliyetlerinin finansal olmayan bilgiler kapsamında paylaşılması ile entegre raporlamanın bu yönde bir araç olarak kullanılabileceği görüşü kabul edilmeye başlanmıştır[60]. Entegre raporlama henüz çok az sayıda ülkede, az sayıda borsa şirketi tarafından kullanılmaktadır[61]. Güney Afrika ve Fransa'da borsaya kayıtlı şirketlere entegre raporlama zorunludur[62]. Zorunlu olmamakla birlikte Japonya, Brezilya, Meksika ve İspanya'da da entegre raporlama uygulanmaya başlanmıştır ve entegre raporlama yapan şirket

[56] You, s. 39-40.

[57] Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 56) R.G. Tarihi: 30.12.2011 No:28158, md.3.5.2.

[58] Yatağan Özkan, s.498, Kırca/ Çelik/ Manavgat, dn. 24 s. 271-272, Tekinalp, s. 233.

[59] Okuyucu, s. 280.

[60] Gücenme Gençoğlu/Aytaç, s. 51-66, Kargın/Aracı/Aktaş, s. 40-41.

[61] Dünya Sürdürülebilir Kalkınma İş Konseyi, Reporting Matters Maintaining ambition amidst distruption, WBCSD 2020 Report, s.17, (https://docs.wbcsd.org/2020/10/WBCSD_Reporting_Matters_2020.pdf, Erişim Tarihi: 12.01.2025)

[62] Camodeca/Almici, s.150,

sayısının arttığı gözlemlenmiştir[63]. Muhasebe ve raporlama alanında kurumsal sosyal sorumluluk temellerinden geliştirilen bir raporlama fikri dünyada hızlı bir şekilde uygulama alanı bulurken, Türkiye'de TTK ve SPKn'da finansal olmayan bilginin paylaşılmasına yönelik düzenleme eksikliğinin konunun piyasada etkili bir şekilde uygulanmasını engellediği tespit edilmiştir[64]. "Uy ya da açıkla" ilkesine dayalı olarak yapılan raporlamada yeknesaklığın olmaması raporlamada düzensizliğe neden olmaktadır. Öğretide sürdürülebilirlik raporlaması için en etkin yolun gönüllülük esasına dayanan uygulamalar değil, hukuki düzenleme olduğu yönünde tartışmalar vardır[65]. İlaveten, TTK'da, yöneticilerin sorumluluğu şirkete, pay sahiplerine ve iflas durumunda alacaklılara karşı düzenlenmiş, diğer menfaat sahiplerinin çevresel ve sosyal çıkarlarına yönelik yasal sorumluluk öngörülmemiştir[66]. Diğer bir ifade ile şirket yöneticilerinin pay sahibi dışındaki paydaşların çevresel ve sosyal çıkarlarını gözetmelerinin hukuken mümkün olup olmadığı konusunda sessizlik hâkimdir[67]. TTK'da bu konuda açık veya örtülü herhangi bir yükümlülük yer almamasına rağmen, uzun vadede bu yönde bir düzenlemenin paydaşların menfaatine olumlu yansıyacağı düşünülmektedir[68].

Türk Ticaret mevzuatında menfaat sahiplerinin çevresel ve sosyal çıkarlarına yönelik yasal sorumluluk öngörülmemiş olduğundan iklim değişikliğini doğrudan düzenleyen bir hüküm de mevcut değildir. Kanun koyucu 04.06.2022 tarihinde TTK md. 88'e ek düzenleme getirerek, uygulamada birliği ve sürdürülebilirliğe ilişkin raporlamaların uluslararası alanda geçerliliğini sağlamak amacıyla KGK uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarını belirlemeye ve yayımlamaya yetkilendirilmiştir.[69] Bu ek fıkra TTK'da sürdürülebilirlik alanında yapılan ilk düzenlemedir ve iklim değişikliğini

[63] The KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2017, s. 24, (https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2017/10/the-kpmg-survey-of-corporate-responsibility-reporting-2017.html, Erişim Tarihi: 12.01.2025)

[64] Sönmez, s. 89-121.

[65] Okuyucu, s. 158-162, dn 59.

[66] Kırca/Çelik/Manavgat, s. 275, dn.24.

[67] Okuyucu, s. 270-273, dn.59.

[68] Kırca/Çelik/Manavgat, s. 271-272, dn.24.

[69] 7408 Sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 02.06.2022, R.G:04.06.2022, (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220604-1.htm md.9, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

içeren raporlamanın_temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m. 375/1-f bendi hükmünün dolaylı olarak uygulanabileceği düşünülebilir[70]. Bu hükme göre kurumsal yönetim açıklamalarını hazırlamak ve genel kurula sunmak yönetim kurulunun vazgeçilmez bir görevidir. SPK'nın Kurumsal Yönetim İlkeleri ve ilgili tebliğlerine göre borsada işlem gören anonim ortaklıkların yıllık raporlarda kurumsal yönetim uyum raporunun yayınlanması zorunludur[71]. SPK'nın II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği[72] md. 1/5'e göre sürdürülebilirlik ilkelerine tabi olan ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uyum raporlarında bu ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığına, uygulanmıyor ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya yer verilir. Ayrıca, SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri md. 3.5.2'e göre şirket, sosyal sorumluluklarını önemser; çevreyi, tüketiciyi ve kamu sağlığını koruyan düzenlemelere ve etik ilkelere bağlı kalır, insan haklarını destekler ve saygı gösterir. Ayrıca, irtikap ve rüşvet dahil her türlü yolsuzlukla mücadele eder[73]. Fakat, SPK tarafından yayınlanan Kurumsal Yönetim Raporlama Rehberinde bu ilkenin nasıl raporlanacağına dair yol gösterici bir açıklama yapılmamış, sadece kamuya yapılan açıklamaların tam olması adına raporların finansal ve finansal olmayan tüm önemli hususları içermesi gerektiği vurgulanmıştır[74]. Bu ilkelerin uygulanması gönüllülük esasına dayalıdır ve bir yaptırım gücü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanun ve uluslararası sözleşmelere göre açık bir insan hakkı ihlali olmadığı müddetçe şirketlerin iklim değişikliğine neden olabilecek etkilerini azaltmak için belirlenen kısa ve uzun vadeli hedeflerini açıklamamasının, belirlediği hedeflere göre gerçekleşen ilerlemeler söz konusu ise bunu raporlama yolu ile kamuoyuyla paylaşmamasının veya iklim krizi ile mücadeleye yönelik stratejiler belirlememesinin herhangi bir

[70] Pulaşlı, s.27-59 dn.27. Ayrıca bkn. Yaşar, dn.27.

[71] SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, dn.57, md.1.

[72] R.G. Tarihi: 3.1.2014, S. 28871.

[73] Kurumsal Yönetim İlkeleri, dn. 57, md. 3.5.2

[74] Kurumsal Yönetim Raporlama Rehberi, Mart 2019, s.4, (https://spk.gov.tr/data/61e87fe81b41c611a4c53a9f/1297.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025) Bu noktada finansal olmayan bilgilerin raporlanmasına dünya genelinde kullanılan en yaygın sürdürülebilirlik raporlama standartlarından olan Global Reporting Initiative (GRI) Standartları, sektöre özgü sürdürülebilirlik bilgilerini belirlemek ve raporlamak için geliştirilen Sustainability Accounting Standards Board (SASB) Standartları, şirketlerin ekonomik, finansal, sosyal ve çevresel performanslarını birleştiren International Integrated Reporting Council (IIRC) Standartları gibi çevresel ve sosyal sorumluluğun raporlanmasına yönelik uluslararası düzenlemelere örnek gösterilebilir.

yaptırımı yoktur. Ancak, burada belirtmek gerekir ki TTK anonim şirketler için esas sözleşmenin zorunlu içeriğini belirlemiştir ve Kanun'da açıkça izin verilmesi halinde, esas sözleşme hükümleri TTK hükümlerinden farklılık gösterebilir.[75] Dolayısıyla emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla her türlü hükmün şirket esas sözleşmesinde yer alması mümkündür[76]. Bu hükümlerin yorumlanmasından çıkarılabilecek sonuç, pay sahiplerinin esas sözleşmeye ekleme yaparak yönetim kurulunu iklim değişikliği raporlaması konusunda sorumlu tutabilecekleridir[77]. Böyle bir durumda şirketin faaliyeti nedeniyle zarara uğrayanların açacağı tazminat davaları doğrudan şirketin tüzel kişiliğine karşı açılır çünkü TTK md. 371/5'e göre temsil veya yönetimle görevli olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden de şirket sorumludur, ancak şirket daha sonra kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri nedeniyle yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere rücu edebilir (TTK m. 553/1, 557/1, 369/1).

Görüldüğü üzere Türk mevzuatında yönetim kurulunun iklim değişikliğine ilişkin raporlamaya yönelik yasal sorumluluğu SPK kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi ile "uy ya da açıkla" ilkesine dayanarak düzenlenmiştir. Ancak, yatırımcılar iklimle ilgili risklerin şirketin finansal durumunu ve dolayısıyla menkul kıymet fiyatını nasıl etkilediğini ve iklimle ilgili risklerin şirket yönetimince nasıl yönetildiğini değerlendirmek için daha ayrıntılı, güvenilir ve karşılaştırılabilir bilgiye ihtiyaç duymaktadır. Yatırımcıların çevre ve iklim alanındaki duyarlılığının artması ve bu yönde geliştirecekleri baskılar iklim raporlamasını zaman içinde geliştirebilecek etkenlerdendir. Kurumsal yönetim ilkeleri, iş dünyasının sürekli değişen ihtiyaçlarına göre gelişmelidir[78]. Türkiye, Sürdürülebilirlik

[75] 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kabul Tarihi: 13/1/2011, R.G Tarihi: 14/2/2011 md. 340

[76] Karasu, s. 320, Ercan, s.1247, Yavuz, s.141-156.

[77] Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğuran genel şartlar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmî Gazete Tarih: 04/02/2011, Sayı: 27836 m. 49/1'de ifade edilmiştir. Buna göre hukuki sorumluluğun doğması için hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarar olmak üzere dört şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir. Buna ek olarak TTK md. 553/1'de kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık şartı aranmıştır. Fakat kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülükler dışında iç yönerge ile de yönetim kuruluna bir görev yüklenebilir. Bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunda bir açıklık yoktur. Böyle bir durumda TTK m. 553 uyarınca değil, anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin ihlalinden doğan bir sorumluluğun söz konusu olacağı görüşü için bkn. Doğan/Yıldırım, s. 73-74. Aksi görüş için bkn. Çamurcu, s.63.

[78] OECD Corporate Governane Principles, s. 4, (https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

İlkelerine Uyum Çerçevesi ile çevresel ve sosyal alanlarda önemli bir seviyeye ulaşmıştır. Bu durum, Türkiye'nin daha ileri adımlar atma zamanının geldiğine işaret etmektedir. Bu kapsamda, iklim değişikliği riskine dair raporlamaların geliştirilmesi ve standartlaştırılması büyük önem taşımaktadır. Bu doğrultuda en hızlı gelişme yasal düzenlemelerle oluşturulacaktır.

IV. İKLİM RAPORLAMASININ STANDARDİZASYONU

SPK Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi 2020 yılında yürürlüğe giren çerçeve bir düzenlemedir. İlkeler, finansal olmayan bilginin raporlamasının nasıl yapılacağına yönelik doğrudan bir düzenleme içermemektedir. Gönüllülük ilkesi gereğince hangi bilgilerin paylaşılacağı şirkete bırakılmıştır. Raporlamanın şekli ve içeriğine ilişkin belirsizlikler şirketlerin birbiri ile karşılaştırıldığında bir şirketin diğerine kıyasla iklim değişikliği krizine daha az duyarlı olarak algılanmasına, gerçekte öyle olmasa bile, sebep olabilir. Bir şirket bu düzenlemeye dayanarak iklim değişikliği sorumluluğuna ilişkin bilgileri gönüllü olarak açıklamaya karar verse dahi, açıklamanın şekli ve içeriğine ilişkin belirsizliklerin ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, açıklamanın kapsamı ne olmalıdır: şirket başına mı, sektör veya ülke çapında mı? Emisyonlar yıllık bazda mı yoksa günlük maksimum değerlere göre mi raporlanmalı? Açıklama doğrudan ve dolaylı emisyonları içermeli mi? Ortaya çıkması muhtemel belirsizliklere çözüm için gerekli düzenlemeler mevzuatımıza KGK tarafından kazandırılmıştır. KGK Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları başlığı altında iklimle ilgili açıklamaları düzenlemiştir.[79] Bu standartlar 1 Ocak 2024 tarihi ve sonrasında başlayan yıllık raporlama dönemleri için uygulanacaktır. Bu durumda, halka açık anonim şirketler ilk yıllık raporlamalarını 2024 yılına ilişkin olarak 2025 yılında yapacaklardır.

Bu düzenleme halka açık şirketler için iklim değişikliği ve risklerin azaltılması konusunda tutarlı ve karşılaştırılabilir raporlama açısından önemli bir adımdır. Ayrıca, şirketlerin iklim değişikliği riskini iç süreçlerine katacak politikalar oluşturmalarına olanak sağlamak amacıyla farkındalık yaratmaktadır. Uygulamanın yaygınlaşması için geliştirilebilecek alanlar mevcuttur.

[79] KGK, Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları TSRS 2 İklimle İlgili Açıklamalar, (https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/Surdurulebilirlik/RaporlamaStandarti/TSRS_2.pdf,Erişim Tarihi: 12.01.2025)

A. İklimle İlgili Açıklamaların İçeriği

Finansal etkileri göz önüne alındığında, iklimle ilgili açıklamaları finansal olmayan raporlama konularından biri olarak genel ve yüzeysel bir şekilde ele almanın yatırımcıların beklentilerini karşılayamayacağı açıktır. İklime yönelik açıklamaların içeriğinin, faaliyet gösterilen sektöre, coğrafi konuma ve iklimle ilgili risklerin niteliği ve ölçeği dahil olmak üzere bir dizi faktöre göre şirketler arasında farklılık gösterebileceği kabul edilmektedir. Düzenlemeye yönelik somut adımların atılabilmesi için iklimle ilgili açıklamaların içeriğini belirleyen KGK, şirket büyüklüğüne göre bir ayırım yapmamıştır ancak sektör bazlı uygulamaya ilişkin bir rehber yayınlamıştır. Bu rehber, bir şirketin kurumsal değerini değerlendirirken, yatırımcılar için faydalı olabilecek şirketin iklimle ilgili maruz kaldığı risklere dair önemli açıklamaların belirlenmesi amacıyla hazırlanmıştır. Rehberde her bir sektör için, iklim değişikliği riskleriyle ilgili açıklama konuları belirlenerek bir dizi ölçüt bu açıklama konularıyla ilişkilendirilmiştir. Açıklama konuları, o sektördeki şirketler için ciddi olduğu düşünülen ve kurumsal değerin belirlenmesine etki edebilecek iklimle ilgili riskleri temsil eder. KGK tarafından belirlenen standartlar bir başlangıç seti olarak anlaşılmalı ve şirketler bu içeriğin ötesinde iklimle ilgili raporlamayı kendilerine özgü durumları da göz önüne alarak geliştirmeye teşvik edilmelidir. Standartların içeriğini yönetişim, strateji, risk yönetimi, metrikler ve hedefler oluşturmaktadır. İçerik aşağıdaki başlıklar altında özetlenebilir;

1. İklimle İlgili Riskler

İklim değişikliği, şirketlerin stratejik planlamalarında ve operasyonel süreçlerinde önemli bir risk faktörü olarak yer almaktadır. Şirketlerin iklimle ilgili riskleri belirlemesi ve raporlaması, uzun vadeli sürdürülebilirlik ve yatırımcı güveni açısından kritik öneme sahiptir. Bu nedenle, şirket tarafından belirlenen, şirketin kısa, orta ve uzun vadede stratejisi, faaliyet sonuçları veya finansal durumu da dahil olmak üzere şirket üzerinde maddi etkisi olmuş veya makul derecede olması muhtemel olan iklimle ilgili risklere ilişkin bilgiler ile belirlenen iklimle ilgili risklerin şirketin stratejisi, iş modeli, değer zinciri ve görünümü üzerindeki fiili ve potansiyel maddi etkilerine ilişkin bilgilerin raporlanmasıyla yatırımcıların bir şirketin iklimle ilgili ciddi risklerini ele alma stratejisini anlamalarına olanak sağlar.

2. İklimle İlgili Faaliyetler ve Harcamalar

Şirketlerin iklim değişikliğine karşı proaktif adımlar atmaları, sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak ve çevresel risklere uyum sağlamak

açısından hayati önem taşımaktadır. Bu bağlamda, şirketlerin iklimle ilgili faaliyetler ve yapılan harcamalar hakkında şeffaf bilgi sunmaları hem operasyonel sürdürülebilirliği artırır hem de yatırımcı güvenini pekiştirir. Bu amaçla, iklimle ilgili faaliyetler ve harcamalar kapsamında bir şirketin, stratejisinin bir parçası olarak, iklimle ilgili önemli bir riski hafifletmeye veya riske uyum sağlamaya yönelik faaliyetler üstlenmesi durumunda, yapılan maddi harcamaların niceliksel ve niteliksel açıklaması ve bu hafifletme veya uyum faaliyetlerinin finansal durum üzerindeki beklenen etkilerine ilişkin bilgilere raporda yer verilmesi beklenir. Ayrıca, raporda şiddetli hava olayları ve kasırgalar, hortumlar, sel, kuraklık, orman yangınları, aşırı sıcaklıklar ve deniz seviyesinin yükselmesi gibi diğer doğal koşullar sonucunda yapılan harcamalar, masraflar ve zararlar, aktifleştirilmiş maliyetlere ilişkin bilgilere de yer verilir.

3. İklimle İlgili Planlama ve Stratejiler

İklim değişikliği ile mücadelede etkin bir rol oynayan şirketlerin, bu riskleri yönetmek için belirledikleri planlar ve stratejiler, uzun vadeli başarı ve sürdürülebilirlik açısından kritik önem taşır. Bu kapsamda, şirketlerin belirledikleri hedefler doğrultusunda yaptıkları faaliyetler ve harcamalar hem finansal performansı hem de çevresel etkileri olumlu yönde şekillendirebilir. Bir şirketin önemli bir iklim riskini yönetmek için bir plan benimsemiş olması durumunda, bu planının açıklaması ve sonraki yıllarda plan kapsamında yıl içinde gerçekleştirilecek faaliyetlerin şirketin işlerini nasıl etkilediğini gösteren açıklamalar, faaliyet sonuçları, yapılan maddi harcamalar ve açıklanan faaliyetlerin sonucu olarak öngörülen finansal etkilerine ilişkin bilgilerin raporlanması yatırımcılara şirketin finansal durumu, finansal performansı ve nakit akışları üzerindeki etkilerini ve kısa, orta ve uzun vadede beklenen etkilerini anlamalarına olanak sağlar. Bir şirketin işini, faaliyet sonuçlarını veya finansal durumunu maddi olarak etkileyen veya etkilemesi makul derecede muhtemel olan iklimle ilgili bir hedef belirlemesi durumunda, bu hedefe ilişkin yapılan harcamalar veya bu hedefe ulaşma yönünde ilerleme kaydedilmesi için yapılan faaliyetlere ilişkin bilgilerin raporlanması da yatırımcıların şirketin iklimle ilgili ciddi riskleri ele alma stratejisini anlamalarına olanak sağlar.

4. Sürdürülebilirlik ve Dönüşüm Taktikleri

Şirketler, sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak ve çevresel etkilerini minimize etmek için çeşitli dönüşüm taktikleri benimsemektedir. Bu

taktikler, içsel karbon fiyatlandırması[80], yenilenebilir enerji kredileri vb. yöntemleri içermekte olup, uzun vadeli çevresel ve finansal sürdürülebilirlik açısından kritik öneme sahiptir. Bir şirketin içsel karbon fiyatlandırması vb. gibi sürdürülebilir dönüşüm için kullandığı taktikler varsa, buna yönelik açıklamalar ile şirketin iklimle ilgili belirlenen hedeflerine ulaşma planlarının önemli bir bileşeni olarak kullanılması durumunda karbon dengelemeleri ve yenilenebilir enerji kredileri veya sertifikalarıyla ilgili aktifleştirilmiş maliyetler, giderler ve zararlara ilişkin bilgileri yansıtacak şekilde raporlama yapması beklenmektedir.

5. Yönetim ve Denetim

İklimle ilgili risklerin etkin bir şekilde değerlendirilmesi ve yönetilmesi, şirketin uzun vadeli sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu süreçte, yönetim kurulunun rolü ve şirketin genel risk yönetim sistemine entegre edilen denetim mekanizmaları, iklimle ilgili risklerin yönetiminde kilit unsurlar olarak öne çıkmaktadır. Bu nedenle, KGK iklimle ilgili risklerin değerlendirilmesi ve yönetilmesinde yönetim kurulunun rolü, yönetim kurulu yetkisinin belirli bir komiteye devredilip devredilemeyeceği ve devredilebilir ise gözetim ve denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin bilgilere ile şirketin iklimle ilgili önemli risklerini tanımlamak, değerlendirmek ve yönetmek için sahip olduğu tüm süreçler ve eğer şirket bu riskleri yönetiyorsa, bu tür süreçlerin şirketin genel risk yönetimi sistemine veya süreçlerine entegre edilip edilmediği ve nasıl entegre edildiğine ilişkin bilgilerin iklimle ilgili açıklamalar kısmında raporlanmasını öngörmüştür.

Anlaşıldığı üzere raporlamanın içeriği şirketlerin diğer finansal ve finansal olmayan bilgilerinin yanı sıra iklimle ilgili açıklamalarının yatırımcılar tarafından anlaşılmasını kolaylaştıracak detaylı ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. İlk raporlama döneminde zorunlu olmamakla birlikte, takip eden raporlarda bir önceki raporlama döneminde açıklanan tutarlar ile karşılaştırmalı bilgi sunumu zorunlu kılınmıştır. Yani, açıklamalar sadece şirketler arasında değil, şirketin kendi içinde de dönemler arası karşılaştırılabilirliği hedeflemektedir.

İçeriğe ilişkin eleştiriye açık bir nokta şirketlerin finansal yeterliliğini etkilemesi makul ölçüde beklenen risklerin raporlanması gerektiği vurgulanmış

[80] Karbon fiyatlanması için bkn. Baranzini/Van den Bergh/Carattini/Howarth/Padilla/Roca s.1-17, (https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/wcc.462, Erişim Tarihi: 07.03.2025), Çelikkaya, s. 1-26.

olmasıdır. Yani, iklimle ilgili raporlama risklerin nakit akışlarını, finansmana erişimi ve sermaye maliyetini makul ölçüde etkilemesi beklendiği hallerde gerekli görülmüştür. Önemli bilgilerin şirketlerin kendi değerlendirmesinde olduğunu ve buna yönelik bağlayıcı kıstaslar konulmadığını ifade etmek mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da olumlu veya olumsuz tüm bilgilerin raporlanmasıdır. İklim değişikliği ile ilgili açıklanması gereken konular ve süreçleri belirten bağlayıcı kıstaslar, yasal zorunluluk ya da muhasebe veya denetim standardı bulunmaması, bu konuları raporlarken şirketlerin finansal performansını ve durumunu doğru, dürüst ve eksiksiz bir şekilde finansal tablolar ile sunma genel yükümlülüğü kapsamında hareket etmeyecekleri anlamına gelmez. Raporlamalar, sadece şirketlerin başarılarını sunan bir halkla ilişkiler faaliyeti olarak görülmemelidir. TTK md. 515 ile düzenlenen dürüst resim ilkesi anonim şirketin finansal tabloları düzenlenirken uyulacak üst bir raporlama ilkesidir[81]. Dolayısıyla, yöneticilerin finansal tablolar açısından düzenlenen bu ilkeyi iklim değişikliği raporlaması için de uygulaması gerekir.

Standartlarda iklim değişikliğine ilişkin nicel hedeflerin açıklanmasına ilişkin uyulması gereken kriterlere yer verilmiş olması ise şirketlere hukuki açıdan avantaj sağlar çünkü şirketlerin iklim özelinde gerekli ölçümlerin yapılması ve bunun açıklanmasını öngören olası yasal düzenlemelere uyum sağlamalarını kolaylaştıracaktır[82].

B. Düzenleyici Mekanizma

İklim raporlaması düzenlemesi için uygulanabilecek ilk yöntem halka açık anonim ortaklıklara karbon ayak izi, sera gazı emisyonları ve azaltım uygulamaları gibi faaliyetlerini içeren yıllık rapor hazırlamalarını zorunlu kılan bağlayıcı düzenlemelerdir. Ancak, böyle bir zorunluluğun şirketlere doğuracağı maliyetler nedeniyle kanun koyucunun iş dünyasının güçlü lobisi ile karşılaşması muhtemeldir. Diğer yandan hukuk politikaları belirlenirken hukukun uygulanacağı kültürü de anlamak önemlidir[83]. SPK Kurumsal Yönetim ilkelerinin 'uy ya da açıkla' esasına dayanması şirketlere kurumsal

[81] Özkorkut, s. 81, Falcıoğlu, s. 69, Aksu Özkan, s. 1466-1468.

[82] Türkiye AB'ye aday bir ülkedir. Bu nedenle AB müktesebatına uyum amacıyla hazırlanan birçok düzenleme mevzuatımıza girmiştir. AB Emisyon Ticaret Sistemi (EU ETS), Sınırda Karbon Düzenlemesi Mekanizması (SKDM), AB Taksonomisi gibi düzenlemelerin de bu doğrultuda mevzuatımıza girmesi muhtemeldir.

[83] Üçüncü, s. 382.

yönetim uygulamalarını kendi koşullarına uyarlama esnekliği sağlar. Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi'nin Çevresel İlkeleri kapsamında hazırlanması öngörülen raporun iklim bağlamında standardizasyonunu sağlanması için de bağlayıcı bir mevzuatın Türkiye'de süregelen kurumsal yönetim anlayışına uygun olmayacağı düşünülmektedir.

Her ne kadar yaptırımların bazı zayıf yönleri tamamen göz ardı edilemese de, esnek hukuk kuralları değişen koşullara hızla uyum sağlama yeteneğine sahiptir[84]. İklim değişikliği riskine ilişkin düzenlemelerin esnek hukuk kuralları ile yapılması, bu gelişmelerin dikkate alınarak periyodik olarak güncellenmesine olanak tanır. Bu yaklaşım, iş dünyasının direncini azaltarak daha esnek ve ilkelere dayalı bir yöntem sunar. Ancak, 'uy ya da açıkla' ilkesine göre, ilkelere uyulmaması durumunda nedenin açıklanması yeterlidir ve herhangi bir yaptırım uygulanmaz. Uymama gerekçelerinin ne olduğuna dair belirli bir standart bulunmamaktadır. Örneğin, yukarıda bahsedildiği üzere finansal yeterliliği etkilemesi beklenen risklerin raporlanması öngörülmüştür. Şirketler, belirli bilgilerin önemli olmadığını belirterek bu ilkelere uymama gerekçesi sunabilirler. Bu durum, özellikle olumsuz bilgilerin raporlanmamasına yol açabilir. Yapılan açıklamaları denetleyen bir merciin olmaması, şirketlerin herhangi bir açıklama yaparak ilkelere uymaktan kaçınmalarına olanak tanımaktadır.

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri (II-17.1) md. 8 "*Yıllık faaliyet raporlarında; bu Tebliğ ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığına, uygulanmıyor ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya, bu ilkelere tam olarak uymama dolayısıyla meydana gelen çıkar çatışmalarına ve gelecekte ortaklığın yönetim uygulamalarında söz konusu ilkeler çerçevesinde bir değişiklik yapma planının olup olmadığına ilişkin açıklamalara yer verilir. Yıllık faaliyet raporlarında ayrıca, sürdürülebilirlik ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığına, uygulanmıyor ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya, bu ilkelere tam olarak uymama dolayısıyla çevresel ve sosyal risk yönetiminde meydana gelen etkilere ilişkin olarak açıklamaya yer verilir*." şeklinde düzenlenerek açıklamanın yasal dayanağını oluşturmaktadır. Ancak bu maddede yanlış veya eksik açıklama yapılması veya hiç açıklama yapılmaması halleri için herhangi bir yaptırım öngörülmemektedir. Bu durumda SpKn. md. 103(1) ve md.107(2) uygulama alanı bulabilir.[85] Buna ek

[84] Weber, s. 8.

[85] Aşkın, s. 706.

olarak, TTK md.55(1/a-2)'ye göre dürüstlük ilkesine aykırı olarak şirketlerin yaptığı yanlış, yanıltıcı veya eksik açıklamalar şirketi rekabette avantajlı hale getirdiği takdirde haksız rekabet oluşturur. Yaptırımı düzenleyen TTK md. 62'de şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenen haksız rekabet suçunu işleyenlerin iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

Araştırmalar, borsada işlem gören Türk şirketlerinin sadece zorunlu kurumsal yönetim ilkelerini uygulama eğiliminde olduğunu göstermektedir[86]. İlkelere uymama gerekçeleri açıklanmadığı sürece, esnek yaklaşımın kurumsal yönetim uygulamalarını yaygınlaştırma etkisi olmayacaktır. 'Uy ya da açıkla' yönteminin etkili hale gelmesi için, SPK şirketlerden belirli ilkelerden sapıldığında gerekçeli açıklamalar talep etmelidir. İklim raporlarında finansal bilgilerin yanı sıra sunulan bilgilerin doğruluğunu denetleyecek bir denetim sistemin kurulması da kaçınılmazdır.

C. Kısıtlılıklar

Günümüzde iklim değişikliği dünyanın en acil fakat karmaşık sorunlarından biridir[87]. TSRS-S2 halka açık anonim şirketler açısından iklim değişikliği ile ilgili risklerin açıklanmasını zorunlu kılan ilk ulusal düzenleme olması bakımından oldukça önem taşımaktadır. Fakat, iklimle ilgili açıklamalara ilişkin hukuki düzenleme yapmanın bazı kısıtlılıkları vardır[88]. Bu sadece zaman alıcı bir çalışma olmakla kalmayacak, aynı zamanda iklim biliminin karmaşıklığı nedeniyle şirketlerin çevresel sorumluluğa sahip olduğu imajını yaratmak amacıyla yanlış bilgi yaymasına da neden olabilecektir. Bu nedenle düzenleyiciler, talep edilen açıklamaların doğruluğunu ve belirlenen stratejilerin bilimsel olarak mümkün olup olmadığına özellikle dikkat etmelidir.

İklim değişikliğiyle ilgili belirsizlikler, şirketler açısından da kısa vadeli risklerin fiyatlandırılmasında ileriye dönük açıklamaları zor hale getirmektedir[89]. Belirsizlik karşısında açıklamayı kolaylaştırmanın bir yolu şirket yönetim kurullarına veya kurulların alt komitelerine iklim konusunda

[86] Ararat, 2011 s. 362.

[87] Lazarus, s. 1153, Benjamin/Andreadakis, s. 146.

[88] Benjamin, 2022, s.60.

[89] Fiedler/Pitman/Mackenzie/Wood/Jakob/Perkins-Kirkpatrick, s. 90-92.

uzmanlaşmış personel istihdam etmektir[90]. Dolayısıyla, SPK'nın daha fazla sürdürülebilirlik denetçisi istihdam etmesi gerekecektir[91]. Ancak hem SPK'ya hem de yönetim kuruluna karmaşık, teknik ve sürekli gelişen bir konu olan iklim değişikliği konusunda eğitimli uzman ve üyeler bulmak bir kısıtlılık olacaktır.

Düzenleyicilerin iklim raporlamasını tasarlarken karşılaşabileceği bir başka zorluk ise yatırımcılara ihtiyaç duydukları tutarlı ve açık bilginin zamanında sağlanıp sağlanmadığıdır. Denetçiler bu noktada önemli bir rol oynamaktadır. KGK, raporlamanın açıklanan finansal tablolarla tutarlı olması da dahil olmak üzere, kurumsal iklim riski raporlamasının denetçi gözetimini ve güvencesini sağlayarak bu kısıtlılığı aşabilir. Bu doğrultuda, KGK, denetçilere rehberlik etmek için kaynaklar ve güvence denetim standartları yayınlamıştır[92]. Ancak, bu konuda uzman denetçi bulabilmek de kısa vadede bir kısıtlılık olacaktır. İklim değişikliği raporlama ve denetiminin ayrı bir mesleki yetkinlik ve yeterlilik gerektirdiği kabul eden KGK tarafından 17.01.2025 tarih ve 32785 sayılı Resmî Gazete'de Sürdürülebilirlik Denetimi Yönetmeliği yayınlanmıştır. Buna göre sürdürülebilirlik güvence denetiminin KGK tarafından yetkilendirilmiş denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, sürdürülebilirlik alanında yetkilendirilmek isteyen bağımsız denetçilerin, sürdürülebilirlik denetimi alanında en az 8 ay süreyle uygulamalı mesleki eğitimi tamamlamış olmaları şartı getirilmiştir. Böylece, Türkiye'de sürdürülebilirlik güvence denetimine yönelik bir yönetmelik ile denetimin usul ve esasları, denetimi yapmaya yetkili kişiler, bu kişilerin yetkilendirilmesine yönelik şartlar ve lisanslama eğitiminin kapsamı belirlenmiştir.

Raporun içeriğinin önemli bir kısmının çevre ve iklime ilişkin bilgilerden oluştuğu göz önüne alındığında bilgilerin doğruluğunun denetlenmesinde çevre mühendisliği meslek mensuplarının da hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilgiler meslek mensupları gibi bağımsız denetçilik sınavında başarılı olup uygulamalı mesleki eğitimi tamamlamış olması şartıyla sürdürülebilirlik denetçisi olması değerlendirilebilir. Bu yönetmeliğin, iklim raporlamasında doğru, tutarlı ve

[90] Benjamin, 2020, s. 379–380.

[91] Condons, s, 64.

[92] KGK, Güvence Denetim Standartları GDS 3000 ve GDS 3410 için bkn., (https://www.kgk.gov.tr/SustainabilityDetailForm/11456/G%C3%BCvence%20Denetimi%20Standartlar%C4%B1, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

açık bilginin standartlara uygun şekilde sağlanması ve denetlenmesi mümkün kılacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Halka açık anonim ortaklıkların performansının değerlendirilmesinde kullanılan ana kaynak finansal tablolardır. Halka açık şirketlerin tek boyutlu kârlılık ilkesinden üç boyutlu kârlılık ilkesine geçmesiyle birlikte şirket performansının sadece finansal verilerle değerlendirilmesi anlayışından uzaklaşılmıştır. Yatırımcıların yatırım kararları alırken finansal veriler kadar finansal olmayan verilere de ihtiyaç duyması finansal tabloların, şirket performansının değerlendirilmesi açısından artık yetersiz kaldığını göstermektedir. Yatırımcılar, çevresel, sosyal ve yönetişim konularındaki risklerin şirket performansına etkisini değerlendirmelerine imkân tanıyan verileri talep etmeye başlamışlardır. Sürdürülebilirlik konusunda yaşanan bu gelişmeler doğrultusunda şirketlerin bu konularda sorumluluk alması adına adillik, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkeleri üzerine kurulu olan kurumsal yönetim ilkeleri genişletilerek 2020 yılında SPK Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi yayınlanmıştır. Buna göre şirketlerden "uy ya da açıkla" ilkesine dayanarak çevresel, sosyal, yönetişim alanlarında yürüttükleri faaliyetler ile karşılaştıkları risk ve belirsizlikleri açıklamaları beklenmektedir. Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi'nin Çevresel İlkeleri kapsamında hazırlanması öngörülen raporlardan biri de iklimle ilgili açıklamalardır. Her ne kadar halka açık şirketler için Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi iklimle ilgili açıklamaları "uy ya da açıkla" ilkesiyle zorunlu tutsa da açıklamanın şekli ve içeriğine ilişkin herhangi bir düzenleme olmaması belirsizliklerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak, açıklamaların yatırımcıların kararına katkı sağlaması için tutarlı, güvenilir ve karşılaştırılabilir olması gerekmektedir. Bu da hazırlanan raporlarda standardizasyonun sağlanması ihtiyacını doğurmuştur.

Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarını belirlemeye ve yayımlamaya yetkili kılınan KGK, 1 Ocak 2024 tarihinde şirketlerin iklim değişikliği raporlamasına yönelik olarak uygulanabilecek Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları kapsamında TSRS-S2'yi yürürlüğe koymuştur. TSRS-S2 iklimle ilgili risklerin açıklanmasını zorunlu kılan ilk ulusal düzenleme olması açısından önemlidir.

TSRS-S2, şirketlerden minimumda yönetişim, strateji, riskler ile metrikler ve hedefler başlıkları altında sadece şirketlerin iklim değişikliği

üzerindeki etkilerini açıklamaktan ziyade iklim değişikliği riskinin şirketler üzerindeki etkilerini de raporlayarak ve böylece çift yönlü değer yaratarak, finansal etkiyi değerlendirmek isteyen tüm paydaşlara hitap etmektedir. İklim değişikliği riskinin sadece finansal etkisi değil, üst yönetimde konunun nasıl ele alındığı, günlük operasyonlara bu etkinin nasıl yansıdığı, şirketlerin kısa, orta ve uzun vadede iklimle alakalı risklerin nasıl değerlendirdiği ve kurumsal yönetime nasıl entegre edildiği gibi finansal olmayan bilgilerin de raporlanmasını öngören standartlar bu konuda şirketlerde etkin bir yönetişim yapısının var olmasına zemin hazırlamaktadır.

Standartlar, şirketlerin iklimle ilgili hedefleri konusunda şeffaflık, hesap verebilirlik ve kıyaslanabilirlik sağlaması adına önemli bir adımdır. Ancak, belirlenen hedeflerin gerçekçi ve takip edilebilir olması şirketin çevresel sorumluluğa sahip olduğu imajını vermek amacıyla yaydığı bir yeşil göz boyama (greenwashing) faaliyeti olarak görülmemelidir. İklim raporlamasının göz boyama faaliyetinden öteye geçmesine yönetim kurulunun öncülük edeceği açıktır. TTK 514. madde uyarınca anonim şirketlerin finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu hazırlama yükümlülüğü yönetim kurulundadır. İklim raporlaması da finansal tablolar setinin bir parçasıdır. Dolayısıyla, iklim raporunun düzenlenmemesi finansal tabloların düzenlenmemesi ile aynı sonucu doğuracaktır.[93] Bununla birlikte, iklime yönelik önemli bilgilerin neler olduğunu belirlemek, hangi standartlara uyum sağlandığı veya sağlanmadığı ve uyum sağlayamamanın nedenleri yönetim kurulu tarafından belirlenecektir. TSRS iklim değişikliği raporlaması, şirketlerin hedef ve planlarını kendi koşullarına uyarlama esnekliği sağlamanın yanı sıra yüksek kalitede kurumsal yönetim uygulamaları sunmayı amaçlayan mevzuatın bir parçasıdır. Esnek kuralların bir sonucu olarak şirketlerin belirli bir standarttan sapmaları halinde yeterli açıklama yapmaması durumunda uygulanacak yaptırımlara ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle, başlangıçta "uy ya da açıkla" yaklaşımının iklim raporlamasına ilişkin sınırlı sonuçlar vermesi muhtemeldir. "Uy ya da açıkla" yönteminin gücünü açıklamanın doğruluğundan aldığı hatırlanırsa, ilerleyen dönemlerde geçerli bir nedene dayanmadan yanlış veya eksik açıklama yapılmasına veya hiç açıklama yapılmamasına yönelik, orantılılık sınırını aşmayan idari para cezası gibi, yaptırım uygulanması düşünülebilir.

[93] TTK md. 562/2'ye göre defterlerin muhasebe standartlarına göre tutulmaması, finansal tabloların bu standartlara göre düzenlenmemesi durumunda dörtbin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

Yönetim kurulunun iklim raporu içinde yer alan bilgilerin, gerçeği yansıtıp yansıtmadığı ve denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı denetim kapsamı içindedir. İklim raporlarında sunulan bilgilerin güvenilirliğini sağlayan hukuki araçların başında da güvence denetimi gelmektedir. İklim raporları ile verilen bilgilerin doğruluğunun, bu bilgilerin kamuyu aydınlatmanın bir parçası olmasının yanı sıra gelecekte yürürlüğe konulması planlanan emisyon ticareti sistemi ve sınırda karbon vergilendirmesi uygulamaları bakımından da oldukça önemli yer tutacağı düşünülmektedir[94]. KGK bunun için gerekli hukuki alt yapıyı hazırlamış ve sürdürülebilirlik raporlarının denetiminde kullanılabilecek bir rehber yayınlamıştır. İklim konusunda uzmanların yetiştirilerek istihdam edilmesi hazırlanan hukuki altyapının etkinliği ve güvenilirliğini arttıracaktır. Sürdürülebilirlik güvence denetimine yönelik yayınlanan yönetmelik ile denetimin usul ve esaslarının belirlenmesi süreçte karşılaşılabilecek sorunlara çözüm için önemli bir adımdır.

Türkiye'de iklim raporlaması henüz başlangıç aşamasındadır. Kurumsal yönetim ilkelerinin yaşayan bir araç olduğu hatırlanırsa, iklim raporlamasının kurumsal yönetim yoluyla pekiştirilmesine yönelik zaman içinde daha fazla düzenlemelerin yapılması beklenmektedir. TSRS-S2 iklim raporlama standartları içeriği bakımından kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat, açıklamaların içeriğinin faaliyet gösterilen sektöre değişiklik göstermesi kaçınılmazdır. Her sektör için ayrı standartlar hazırlanıp farklı sektörlere ilişkin metrikler belirlenmesi düzenlemeyi geliştirmek için önerilebilir. Böylece, veri kalitesini arttıracak ve veriye ulaşmayı kolaylaştıracak düzenlemeler ile finansal olmayan bilgiler de güvence altına alınacaktır. Böylelikle, mevcut raporlama çerçevesinde artacak şeffaflıktan her paydaş faydalanabilecek ve sürdürülebilir finans piyasasına erişim kolaylaşacaktır.

[94] Aydoğan/Ertugay, s. 21.

KAYNAKÇA

Ararat Melsa, "A Development Perspective for "Corporate Social Responsibility: Case of Turkey", Corporate Governance, 2008, C. 8, S. 3, s. 271-285.

Ararat, Melsa "Comply or Explain without Consequences: The Case of Turkey", Handbook on International Corporate Governance, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, s.355-370 (Editör: Mallin, Christine A.).

Artun, Emine S., "Karbon Vergisinin Türkiye'de Yenilenebilir Enerjiye Yönlendirme Aracı Olarak Kullanılması", Yaşar Hukuk Dergisi, 2024, C. 6, S. 1, s.15-48.

Aşkın, Uğur, "Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, C. 24, S. 2, s. 682-710.

Atılgan Pazvantoğlu, Cansu, "Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2021, C. 27, S. 2, s. 1131-1155.

Aydoğan, Gökhan/Ertugay, Emrah, "Güvence Denetimi ve Hukuki Altyapısı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2024, C. 79, S. 2, s. 223-250.

Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.

Baranzini, Andrea/Van den Bergh, Jeroen C. J. M./ Carattini, Stefano/ Howarth, Richard B./ Padilla, Emilio/ Roca, Jordi, "Carbon Pricing in Climate Policy: Seven Reasons, Complementary Instruments and Political Economy Considerations", Wire Climate Change, 2017, C. 8, S. 4.

(https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/wcc.462, Erişim Tarihi:07.03.2025)

Benjamin, Lisa/Andreadakis, Stelios, "Corporate Governance and Climate Change: Smoothing Temporal Dissonance to a Phased Approach", Business Law Review, 2019, C. 40, S. 4, s. 146-160.

Benjamin, Lisa, "The Road to Paris Runs Through Delaware: Climate Litigation and Directors' Duties", UTAH Law Review, 2020, C. 2, s.

313-381.

Benjamin, Lisa "The SEC and Climate Risk", UCLA Journal of Environmental Law and Policy, 2022, C. 40, S. 1, s. 2-60.

Benjamin, Lisa, Companies and Climate Change: Theory and Law in the United Kingdom, Cambridge University Press, Cambridge 2021.

Bingöl M. Emin, "Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 5, S. 2, s.197-218.

Bodansky, Daniel "Introduction: Climate Change and Human Rights: Unpacking the Issues", Georgia Journal of International and Comparative Law, 2010, C. 38, S. 3, s. 511-524.

Bruno, Sabrina "The World Economic Forum Principles on "Climate Governance on Corporate Boards: Can Soft Law Help to Face Climate Change Around the World?", Corporate Governance and Research & Development Studies, 2020, s. 37-55.

Busch, Timo/ Bassen, Alexander/ Lewandowski, Stephan/ Sump, Fransizka, "Corporate Carbon and Financial Performance Revisited", Organization and Environment, 2022, C. 35, S. 1, s.154–171.

Camodeca, Renato/ Almici, Alex "From the Corporate Social Responsibility Reporting to the Integrated Reporting: The Case of Sabaf S.p.a", Problems and Perspectives in Management, 2017, C. 15, S. 1, s. 150-157.

Can, Ozan/ Yücel, Recep, "Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler: C- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2019, C. 35, S. 2, s. 105-127.

Carney, Mark, "Breaking the Tragedy of the Horizon – Climate Change and Financial Stability" (https://www.bis.org/review/r151009a.pdf , Erişim Tarihi: 07.03.2025)

Chiu, Iris, "Disclosure Regulation and Sustainability: Legislation and Governance Implications", Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability, Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 521–535 (Editörler: Sjåfjell, Beate / Bruner, Christopher M.).

Condon, Madison, "Market Myopia's Climate Bubble", Utah Law Review,2022, C. 63, S.1, s. 63-126.

Cosma, Simona/ Principale, Salvatore/ Venturelli, Andrea, "Sustainable Governance and Climate-Change Disclosure in European Banking: The Role of the Corporate Social Responsibility Committee", Corporate Governance, C. 22, S. 6, s. 1345–1369.

Çakan, Seher "İklim Değişikliği ve Yaşam Hakkı: Urgenda Vakfı v. Hollanda Hükümeti Davası", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 1, S. 1, s.19-44.

Çamurcu, Emin, Anonim Ortaklıklarda Farklılaşmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Çelikkaya, Ali, "Karbon Fiyatlandırması Seçenekleri ve Tasarım Sorunları", Maliye Araştırmaları Dergisi, 2023, C. 9, S. 1, s. 01-26.

Dağlı, Hatice, "İklim Değişikliği ile Mücadelede İktisadi Mali Araç: Karbon Vergisi", Uluslararası Bankacılık Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2019, C. 2, S. 2, s.30-42.

Doğan, Beşir Fatih /Yıldırım, Rumeysa Betül, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Kusursuz Sorumluluğu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 11, S. 1, s. 67-111.

Dünya Sürdürülebilir Kalkınma İş Konseyi, Reporting Matters Maintaining Ambition Amidst Distruption, WBCSD 2020 Report, s.17 (https://docs.wbcsd.org/2020/10/WBCSD_Reporting_Matters_2020.pdf, Erişim Tarihi: 13.01.2025)

Eccles, Robert G./Klimenko, Svetlana, "The Investor Revolution", Harvard Business Review, 2019, s.107-116.

Engürülü, Merve Alçık "AİHM'in Çevre İçtihadının İklim Değişikliği Davalarına Uygulanabilirliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 72, S. 3, s. 1007-1054.

Enriques, Luca/ Hansmann, Henry/ Kraakman, Reinier / Pargendler, Mariana, "The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies', The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach 3. Baskı, Oxford University Press, 2017, s. 79–108, (Editörler: Kraakman, Reinier/ Armour, John/ Davies, Paul/ Enriques, Luca/ Hansmann, Henry/ Hertig, Gerard/ Hopt, Klaus/ Kanda, Hideki/ Pargendler, Mariana/ Ringe, Wolf-Georg/ Rock,

Edward.

Erbaş, Rahime, "'Compliance' Fenomeni Ekseninde Şirket İç Soruşturmalar ve Türk Ceza Hukukundaki Olası Sonuçları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 2, S. 2, s. 1241-1286.

Ercan, Tayfun 'Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", Terazi Hukuk Dergisi, 2019, C. 14, S. 154, s.1244-1248.

Ertuna, Bengi/ Tükel, Ali, "Türkiye'de KSS Uygulamaları: Geleneksel ve Küresel Arasında", Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2009, C. 9, S. 2, s. 145-172.

Falcıoğlu, Özgür M., "Anonim Şirket Finansal Tablolarında TTK 515 Kapsamında Dürüst Resim İlkesine Uygunluk ve İlkeye Aykırılığın Sonuçları", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 11, S. 137-138, s. 69-102.

Fiedler, Tanya/ Pitman, Andy J./ Mackenzie, Kate/ Wood, Nick, Christian Jakob ve Sarah E. Perkins-Kirkpatrick, "Business Risk and the Emergence of Climate Analytics", Nature Climate Change, 2021, C. 11, s. 87–94.

Freedman, Edward R./ Reed, David L., "Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance", California Management Review, 1983, C. 25, S. 3, s. 88-106.

Gücenme Gençoğlu, Ümit / Aytaç, Alp, "Kurumsal Sürdürülebilirlik Açısından Entegre Raporlamanın Önemi ve BIST Uygulamaları", Muhasebe ve Finansman Dergisi, 2016, C. 72, s. 51-66.

Gilligan, Jonathan M/Vandenbergh, Michael P., "A Framework for Assessing the Impact of Private Climate Governance", Energy Research and Social Science, 2020, C. 60, 101400.

Göcenoğlu, Ceyhun/ Onan, Işıl, "Türkiye'de Kurumsal Sosyal Sorumluluk Değerlendirme Raporu", 2008. (http://www.iye.org.tr/wp-content/uploads/2012/12/KSS_Degerlendirme_Raporu_2008.pdf, Erişim Tarihi: 13.01.2025)

Göksel, Ali Haydar, İdare Hukuku Çerçevesinden Emisyon Ticaret Sistemi, 1. Bası Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Gray, Rob/ Owen, Dave/ Maunders, Keith, Corporate social reporting: Accounting and Accountability, Prentice-Hall International, London 1987.

Gültekin, Nihat/ Çelik, Abdullah/ Aykanat, Şuayıp, "Sosyal ve Hukuki Boyutu

ile İşletmelerin Çevreye Karşı Sorumluluğu", Öneri Dergisi, 2007, C. 7, S. 27, s.154. 151-158.

Gürbüz Usluel, Aslı, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016.

Gürkaynak, Gönenç/ Kama, Olgu Ç./ Ergün, Burcu, 'How to Establish and Operate an Anti-Corruption Compliance Program In Emerging Markets: The Turkish Example', The Turkish Commercial Law Review, 2015, C. 1, S. 2, s.145-152.

IPCC, Summary for Policymakers, (https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2022/06/SPM_version_report_LR.pdf, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

Johnston, Andrew/Sjåfjell, Beate, "The EU's Approach to Environmentally Sustainable Business: Can Disclosure Overcome the Failings of Shareholder Primacy?", Research Handbook on EU Environmental Law, Edward Elgar Publishing, 2020, s. 396-401 (Editörler: Peeters, Marjan / Eliantonio, Mariolina).

Kangal, Zeynel T., 'Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance', Türk-Alman Hukuk Sempozyumu Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 s. 73-87 (Editörler: Temel, Erhan / Sözüer, Adem).

Karasu, Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*,* 2012, C. 18, S. 2, s. 311-331.

Karatepe Kaya, Meltem, "Riskin Erken Saptanması Komitesinin İşleyişine İlişkin Güncel Hukuki Sorunlar ve Öneriler", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,* 2024, C. 14, S. 2, s. 1663-1713.

Karğın, Sibel/ Aracı, Hakan/ Aktaş, Hüseyin, "Entegre Raporlama: Yeni Bir Raporlama Perspektifi", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, 2013, C. 6, S. 1, s.27-46.

Karslıoğlu, Hasan, "Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri", Ankara Barosu Dergisi, 2019, C. 77, S. 3, s.181-227.

Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan H./ Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.

Kıvılcım, Zeynep "Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2010, C. 65, S. 3, s. 87-122.

Koons, Judith E., "Earth Jurisprudence: The Moral Value of Nature", Pace Enviromental Law Review, 2008, C. 25, S.2, s. 263-339.

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention to Climate Change, 11 December 1997, 2303 UNTS 162. (https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf, Erişim Tarihi: 31.03.2024)

Lazarus, Richard J., "Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future", Cornell Law Review, 2009, C. 94, S.5, s.1153-1234.

Letter from Larry Fink, Chairman and Chief Executive Officer, BlackRock, Larry Fink's 2020 Letter to CEOs: A Fundamental Reshaping of Finance. (https://www.blackrock.com/americas-offshore/en/larry-fink-ceo-letter, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

McInerney-Lankford, Siobhan, "Climate Change and Human Rights: An Introduction to Legal Issues", Harvard Enviromental Law Review, 2009, C. 33, s. 431-437.

Mercer, Investing in a Time of Climate Change: The Sequel 11, 2019. (https://info.mercer.com/rs/521-DEV-513/images/Climate-change-the-sequel-2019-full-report.pdf, Erişim Tarihi:07.03.2025)

Monks, Robert A.G./ Minnow, Nell, Corporate Governance, 5. Bası, Chichester 2011.

OECD, 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises', 2011. (https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

OECD, 'OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct', 2018. (www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm, , Erişim Tarihi: 10.01.2025)

Okuyucu Deniz, Anonim Şirketin Sosyal Sorumluluğu, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2023.

Oral E, Legal Grounds for Holding Transnational Corporations Directly Responsible for Human Rights Violations under Public International Law, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015. (https://tez.yok.gov.

tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=VExtiZuwj3th9JVvT5MarA&no=Yl6sf6lveCThl_Y0gT2rNA, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

Özer Işık, Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Yatağan Özkan, Çiğdem, "Şirket Ortak İçin Mi? Şirket Toplum İçin Mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır Mı?", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 13, S. 1, s. 485-501.

Özkan, Raziye Aksu, "Türk Ticaret Kanunu ve Türkiye Muhasebe Standartları/ Türkiye Finansal Raporlama Standartları Bağlamında Usule Uygun Tutulmuş Bilanço İçin Aranan Nitelikler", Mali Hukuk Dergisi, 2019, C. 15, S.175, s. 1461-1482.

Özkorkut Korkut, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

Paris Agreement, December 12, 2015, in the annex of decision 1/CP.21. (https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

Paslı, Ali, ""Compliance" Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. 71, S. 2, s. 317-334.

Peterson, Thomas D./ McKinstry, Robert B. Jr./ Dernbach, John C. "Developing a Comprehensive Approach to Climate Change Policy in the United States that Fully Integrates Levels of Government and Economic Sectors", Virginia Environmental Law Journal, 2008, C. 26, S. 1, s. 227-270.

Poroy,Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitpçılık, Ankara, 2021.

Porter, Michael E/ Kramer, Mark R., "The Big Idea: Creating Shared Value" Harvard Business Review, 2011, 89:1-2. (https://hbr.org/2011/01/the-big-idea-creating-shared-value, Erişim Tarihi: 07.03.2025)

Pulaşlı, Hasan, "Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2019, C. 35, S. 2, s. 27-59.

Pulaşlı, Hasan "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2020, C. 36, s. 5-37.

Pulaşlı, Hasan "Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre "İktisadi Amaç" Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi", Batider, 2016, C. 32, S. 2, s.21-72.

Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures (2017). (https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/FINAL-2017-TCFD-Report.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (1992). (https://www.ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

Saban, Metin/ Vargün, Hakan / Gürkan Serhan, "Yatırımcılara Bilgi Sağlama Aracı Olarak Entegre Raporlama", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, 2017, C. 19, S. 4, s.915-936.

Schrader, David E., "The Corporation and Profits", Journal of Business Ethics, 1987, C. 6, S. 8, s. 589-601.

Solana, Javier, "Climate Litigation in Financial Markets: A Typology", Transnational Environmental Law, 2020, C. 9, S. 1, s. 103-135.

Sönmez, Melih, "Kurumsal Sosyal Sorumluluğun Önemi ve Mevzuattaki Düzenlenişi: AB ve Türkiye Kıyaslaması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 19, S. 3-4, s. 89-121.

Sternberg, Elaine, "The Defects of Stakeholder Theory", Corporate Governance: An International Review, 2002, C. 6, S. 3, s. 151-163.

Sustainability Accounting Standards Board, Climate Risk Technical Bulletin, 2016. (https://perma.cc/XZ95-J5Y9, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

Şener, Oruç H., Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim-Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Special Report on Global Warming of 1.5 ºC.

(https://www.ipcc.ch/sr15/, Erişim Tarihi 31.03.2024)

Tore, İrem "Corporations and Human Rights: Addressing Human Rights Impacts in Integrated Report", Prof. Dr. Hasan Pulaşlı'ya Armağan, Cilt 2, Adalet Yayınevi, s. 1509-1543, (Editörler: Korkut, Ömer/ Cengil, Fatih/ Baş, Seda/ Gürbüz, İdil Nur/ ve Doğanay, Zahid).

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı 12. Kalkınma Planı (2024-2028) (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

Türkoğlu Üstün, Kamile, "Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri", Memleket, Siyaset, Yönetim, 2021, C. 16, S. 36, s. 329-366

United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992. (https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf, Erişim Tarihi 31.03.2024).

United Nations Framework Convention to Climate Change, 9 May 1992, 1771 UNTS. (https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf, Erişim Tarihi 31.03.2024).

United Nations Human Rights Council: "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing The United Nations "Protect, Respect And Remedy" Framework'. UN Doc. A/HRC/17/31 (21 March 2011) (https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2025)

Üçüncü, Muhammet Kürşat, "Hukuk ile Kültür İlişkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016, C. 7, S. 28, s. 353-387.

Weber, Rolf H., "Overcoming the Hard Law/Soft Law Dicthonomy in Times of (Financial) Crises", Journal of Governance and Regulation, 2012, C. 1, S. 1, s.8-14.

World Economic Forum, "How to Set Up Effective Climate Governance on Corporate Boards: Guiding Principles and Questions", 2019, (https://www3.weforum.org/docs/WEF_Creating_effective_climate_governance_on_corporate_boards.pdf, Erişim Tarihi 31.03.2024).

Yamak, Sibel, Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kavramının Gelişimi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.

Yaşar, Tuğçe Nimet, Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance),

Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Yavuz, Mustafa, "Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", Vergi Dünyası Dergisi, 2020, C. 1, S. 471, s. 141-156.

Yıldırım, Engin, "Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden: Şirketlerin, "İnsan" Hakları Olabilir mi?", YBHD, 2017, S. 2, s. 63-93.

You, Jeehye, Legal Perspectives on Corporate Social Responsibility Lessons from the United States and Korea, Springer, India 2015.

Yücel Dericiler Ö, Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka Şirketler ve İnsan Hakları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 04/07/2024
Kabul / Accepted: 20/03/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

KİRA SÖZLEŞMELERİNDE UYARLAMA DAVASI

ADAPTATION CASE IN LEASE AGREEMENTS

Seda KARA KILIÇARSLAN*

ÖZET

Günümüz koşullarında kira sözleşmesinin taraflarının yaşadığı uyuşmazlığın konusu sıklıkla, artan kira bedelleri karşısında eski kiracının kira bedelinin enflasyonun altında kalıyor oluşudur. Her iki tarafın da mağduriyet yaşadığı olaylarla karşılaşmak mümkün olsa da sorunun temeli, kira bedelindeki artışın sınırlı yapılıyor oluşu ve başlangıç kira bedelinde böyle bir sınırlamaya gidilmeyip sözleşme serbestisinin o alanda işlerliğinin korunmasıdır. Bu karmaşanın çözümü noktasında, ev sahiplerinin kira bedelinde artış yapabilmesi için tespit davası dışında, Yargıtay'ın ikinci bir fonksiyon yüklediği, uyarlama davası açması da mümkündür. Üstelik uyarlama davasını açma hakkı, kiraya veren ve kiracı bakımından var olduğu için, değişen koşullarda her iki tarafın durumunun uyarlanması mümkün olmaktadır. Uyarlama davasının hukuki dayanağı TBK m. 138'dir. Değişen olağanüstü ve öngörülemeyen olaylar neticesinde işlem temeli çöker ise uyarlama davası ile sözleşme yeni şartlara uygun olarak düzenlenir. Madde başlığının "aşırı ifa güçlüğü" olması nedeniyle uyarlama davasının uygulama alanı ödeme güçlüğü çeken kiracı çerçevesinde geliştirilmiştir. Ancak aşırı ifa kavramının geniş yorumlanması, edim dengesinin bozulduğu halleri de içine alır şekilde kabulü ile gerçekleşen uyuşmazlıklara çözüm bulmak açısından işlevsel olacaktır. Hem kiraya veren hem de kiracının uyarlama talebinde bulunmasıyla her iki taraf yönünde gelişen sorunların ortadan kaldırılması, belirlenen edimlerin yeniden düzenlemesi suretiyle mümkün olacaktır.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ KIRIKKALE, **E-Posta:** sedakara_kilicarslan@outlook.com, **ORCID:** 0000-0002-7814-371X, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1510350.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Kara Kılıçarslan, Seda, "Kira Sözleşmelerinde Uyarlama Davası", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 535-580.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler: *Ahde vefa, İşlem temelinin çökmesi, Uyarlama davası, Kira sözleşmesi, Kira bedeli*

ABSTRACT

In today's conditions, the subject of the dispute experienced by the parties to the lease agreement is often the fact that the rent of the tenant is below the inflation rate in the face of increasing rental prices. Although it is possible to encounter situations where both parties are unjust treatment, the basis of the problem is that the increase in the rental price is applied restrictively, while there is no such limitation in the initial rental price and the freedom of contract is preserved in that area. At the point of solving this confusion, it is possible for landlords to file an adaptation case, which the Court of Cassation has attributed a second function in practice, in addition to the determination case in order to increase the rent. As both parties could take a legal action, adaptation lawsuit will produce a solution to the two-way structure of the dispute. The legal basis of the adaptation lawsuit is Article 138 of the TCO. If the basis of the transaction collapses due to extraordinary and unforeseeable events, the contract is adjusted to the new conditions through an adaptation lawsuit. Due to the title of the article "excessive difficulty of performance", the field of application of the adaptation action has been developed within the framework of the tenant who is unable to pay. The broad interpretation of the concept of excessive performance will be more functional in terms of finding a solution to the disputes.

Keywords*: Pacta sunt servanda, Collapse of the foundation of the transaction, Adaptation case, Lease agreement, Lease fee*

EXTENDED ABSTRACT

In today's conditions, the subject of the dispute experienced by the parties to the lease agreement is often the fact that the rent of the tenant is below the inflation rate in the face of increasing rental prices. Within this framework, although it is possible to encounter incidents where both parties are victimised, the basis of the problem is that the increase in the rental price is limited and the initial rental price is not subject to such a limitation and the freedom of contract is protected in that area. Because the landlords know that they cannot make the desired increase over time, they conclude the contract with prices above the market price in advance. Therefore, the exorbitant increase in the rental price, the landlord's limitation to Article 344 of the TCO regarding rent increases in the renewal period, the ability to file an action for determination only at the end of five years, the tenant's struggle to afford rising prices day by day, and ultimately the housing crisis create problems that are difficult to solve under current conditions. At the point of solving this confusion, it is possible for landlords to file an adaptation case, which the Court of Cassation has attributed a second function in practice, addition to the action for determination to increase the rent. Moreover, since the right to file an adaptation case exists for the lessor and the lessee, it is possible to adapt the situation of both parties under changing conditions.

For this reason, it is a type of lawsuit that will produce a solution to the two-way structure of the dispute. The legal basis of the adaptation lawsuit is Article 138 of the TCO. With the adaptation lawsuit, the basis of the transaction collapses as a result of extraordinary and unforeseen events and is regulated in accordance with the new conditions. In fact, Art. 138 of the TCO regulates the adaptation request only in cases where the debtor has excessive difficulty of performance, both in its title and in its text. If we act in accordance with the wording of the law, even if the balance of performance is excessively impaired, the excessive difficulty of performance will still remain as a condition for adaptation. However, the need for adaptation exists not only in cases of extreme hardship, but also in cases where the balance of performance is disturbed or the expectations of one party from the contract are completely frustrated, as the basis of the transaction will collapse. In all these cases, it is accepted that the contract will be adapted. In the doctrine, it is mentioned that there is an implicit legal gap in the provision of law limited to excessive difficulty of performance for adaptation. Especially in terms of money debts such as rent, adaptation based on the deterioration of the balance of performance or the frustration of the intended purpose is more possible and functional, rather than excessive difficulty of performance. Due to the title of the article "excessive difficulty of performance", the field of application of the adaptation action has been developed within the framework of the tenant who is unable to pay. However, the broad interpretation of the concept of excessive performance will be more functional in terms of finding a solution to the disputes that occur with the acceptance of the concept of excessive performance, including the cases where the balance of performance is disturbed. With the adaptation request of both the landlord and the tenant, it will be possible to eliminate the problems that develop in the direction of each party and to rearrange the determined performances. In the study, firstly, the rental price and the increases to be made regarding the rental price will be discussed, and then the application area, conditions, judgement and result of the adaptation case will be emphasised.

GİRİŞ

Günümüzde kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, sıklıkla hukuki sorunların konusunu oluşturmaktadır. Zaten kira sözleşmeleri toplumun neredeyse her kesimini ilgilendirmekte ve sosyal hayatın içerisinde doğrudan veya dolaylı herkesi etkilemektedir. Toplumun önemli bir kısmının ya kiracı ya da kiraya veren olduğu düşünüldüğünde, bunların yaşayacakları uyuşmazlığın yaygın oluşu da doğaldır.[1] Uyuşmazlığın merkezinde bir taraftan artan kira fiyatları karşısında kira bedelinin sınırlı oranlarda artışının gerçekleşmesi ve güncel bedele oranla uygulanan kira bedelinin değersizleşmesi sebebiyle

[1] Boztepe, s. 577.

kiraya verenlerin memnuniyetsizliği bulunmaktadır. Diğer taraftan ise kiracının ödeme güçlüğü çekmesi veya kira bedelinin rayice göre çok düşük kalışıyla birlikte kiracının tahliye davası ile karşı karşıya kalıyor olması yer almaktadır. Bu durum da hiç şüphesiz toplum önemli bir kısmı bakımından konut krizine neden olmaktadır. Yaşanan sorunu çözmek adına, konutlar bakımından 8 Haziran 2022 tarihli Kanun[2] ile getirilen yüzde 25'lik bir artış oranı belirlenerek artan fiyatları durdurmak hedeflenmiş olsa da enflasyon karşısında sınırlı yapılan artış, kira fiyatlarının başlangıçta çok yüksek bedellerle belirlenmesine sebebiyet vermiştir.

Kira bedeli noktasında yaşanan bu soruna çözüm hiç şüphesiz, borçlar hukukunun hakim prensipleri, borçlar hukuku genel ve özel hükümler ile medeni hukuk çerçevesinde bulunacaktır. Borçlar Hukukunun hakim prensiplerinden sözleşmeye bağlılık (Ahde vefa- Pacta Sund Servanda) ilkesi gereğince, sözleşmenin tarafları sözleşmede kararlaştırılan edimlerle sözleşmenin yapıldığı andaki gibi bağlıdır. Tarafların bu ilişkinin mahiyetine uygun olarak borçlarını ifa etmeleri beklenir. Bu durum kural olarak sözleşmedeki koşulların sonradan değişmesiyle ve ağırlaşmasıyla ya da edimler dengesinin bozulmasıyla da istisnasız aynen uygulanmalıdır. Bunun sonucu olarak da taraflar, kural olarak ne pahasına olursa olsun sözleşme koşullarına uymalıdır.[3]

Ancak bazı hallerde sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflardan birinin edimini yerine getirmesi önceden öngörülmeyen olağanüstü birtakım sebeplerle nedeniyle, artık ondan yerine getirilmesi beklenilmeyecek derecede güçleşebilmektedir. Bu haliyle sözleşmeye aynı şartlarla devam etmek hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu durumda da clasula rebus sic stantibus ilkesi (şartların aynı kalması kaydıyla anlaşma; aksi takdirde işlem temelinin çökmesi) devreye girmelidir. Şartlar sözleşmenin kurulduğu halindeki gibi aynı kalmadığı durumlar bakımından, ahde vefa ilkesine mutlak

[2] 7409 S. Kanun'a eklenen 4. maddeyle, TBK geçici madde 1 hükmü: "(8/6/2022-7409/4 md.) Konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ila 1/7/2023 (bu tarih dahil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde 25'ini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.".

[3] Kılıçoğlu, 2018, s. 22; Eren, Genel, s. 480 vd.

bağlılık doğru kabul edilemez. Bazı özel ve istisnai durumlar bakımından bu ilkeyi ihmal etmek mümkündür. Clasula rebus sic stantibus ile ahde vefa ilkesi yumuşatılmaktadır.[4] Clasula rebus sic stantibus (aynı kalan koşulların tespiti) kurumu esas olarak, işlemin temelinde meydana gelen ve temel hata olarak sınıflandırılamayan aksaklıkları kapsamaktadır. Bu aksaklıklar esasen yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen sonraki gelişmeler sonucunda önemli ölçüde değişen koşullardır.[5] Clasula rebus sic stantibus kurumu ile tarafların sözleşmeyi kurdukları sıradaki koşullar öyle olağanüstü değişir ki aynı koşullarla sözleşmeye devam etmek imkansızdır ve "mutatis mutandis" ilkesi ile değişmesi gereken değişir.[6] İşte bu gibi durumlarda uyarlama veya hâkimin sözleşmeye müdahalesi son çare (ultima ratio) olarak düşünülmelidir. Bu yönüyle kira bedeline ilişkin uyarlama talepleri de özel ve istisnai olarak tercih edilen bir durumdur.[7]

Bu çerçevede başlangıçta kurulan edim dengesinin katlanılmayacak biçimde bozulması, sürekli bir edim türü olan kira sözleşmelerinde oldukça çok karşılaşılmaktadır. Kira sözleşmesinde kiraya veren bir şeyi kullandırmayı veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını borçlanmaktadır. Kiracı da bu kullanım karşılığında kira bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen ve günlük hayatta çok sık karşılaşılan bir sözleşme tipi olması nedeniyle, kira sözleşmelerinde uyuşmazlığın gelişmesi olağandır. Kanun koyucunun iradesi, bilhassa konut ve işyerlerinin insan hayatı için taşıdığı önem ve özellikle barınma ihtiyacının hassasiyeti düşünüldüğünde kira ilişkisine müdahalede bulunarak sözleşmede taraflar arasında dengeyi koruyup uzlaşıyı sağlamayı amaçlamaktadır.[8] Ancak son günlerde yaşanan göç olayları, yabancılara konut satışı, yaşanan ekonomik kriz ve bu nedenle yaşanan girdi maliyetlerinin konut arzını düşürmesi sebebiyle konut talepleri karşılanamaz olmuş konut fiyatları ve kira bedelleri fahiş bir biçimde artmıştır. Ne var ki, yaşanan bu gelişmeler sosyal bir hukuk devleti olmanın gereği olarak, devlet müdahalesinin serbest piyasa kurallarına oranla daha ağırlıklı hissedilmesini gerektirmiştir. Zira kişinin yaşamını sürdürebileceği yeterli ve güvenli bir konutun yokluğu veya böyle bir konuta ulaşamıyor

[4] Gauch/Schluep, s. 292-293; Berger, s. 17; Furrer/Müller-Chen, s. 132; Ingeborg, s. 35. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Teorisiyle, s. 1-7; Yayla, s. 76; Atamulu, s. 397-399.

[5] Berger, s. 399.

[6] Berger, s. 401.

[7] Yavuz/Acar/Özen, s. 624.

[8] Akman/Özyakışır, s. 727.

olması, ulaşmasının ekonomik gerekçelerle imkânsız olması temel insan haklarının, insan onurunun ve kamu düzeninin zedelenmesine sebep olur. Pandemi sürecinde, barınma ve konut hakkına ilişkin sosyal ayrışmalar daha da derinleşmiş, salgının neden olduğu ekonomik kriz ile birlikte eşitsizlikler daha da görünür hale gelmiştir. Dolayısıyla kira bedeline ilişkin müdahale ve sınırlamalar ya da başka bir yaklaşımla devletin taraflar arasında dengeyi koruma mekanizması gerekliliği bu vesileyle bir kere daha görünür olmuştur. Bu bağlamda getirilen sınırlamalar ve kiracının zayıf konumda kabul edilmesi nedeniyle düzenlemeler getirilmesi günümüzdeki sorunları çözmeye yetmemiştir. Zira kira bedellerindeki rayiç bedelin artışına rağmen %25 sınır bandında kalan artışların, kiracıların mağduriyetini gidermediği, artan tahliye davalarına bakıldığında daha da arttığı açıktır.[9] O yüzden burada yapılacak olan taraflar arasında gerçekliğe uygun bir dengenin kurulmasıyla toplumsal barışı tesis etmektir. Aksi takdirde kiraya verenler bakımından, ekonomik gerçeklikten uzak bir bedelle sözleşmeye devam edilmesini beklemek adil değildir.

Son dönemlerde bu açıdan kira bedelinin belirlenmesi ve buna rağmen yenilenen dönemde ihtiyaca cevap vermeyen artışlar nedeniyle uyarlama davaları daha çok gündeme gelmiştir. Hiç şüphesiz Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 138'de karşılığı olan uyarlama davasına başvurunun temel nedeni, günümüzde ev sahipleri bakımından artan kira fiyatları karşısında güncel kiranın düşük kalışıdır. Ancak madde başlığı olan "aşırı ifa güçlüğü'nün uygulama alanı açısından kiraya veren için uygulanabilmesi dar yorumlamayla mümkün değilken; geniş bir yorumla söz konusu olan durumları da kapsayıcı nitelikte anlamak çok daha işlevsel olur. Çalışmada bu sebeple kira bedeli kavramının belirlenmesi, yapılabilecek artışa ilişkin düzenlemeler ve nihayetinde oluşan edim dengesini bozmuş olan ekonomik kriz nedeniyle gelişen rayiç kira bedellerinin artışı sebebiyle uyarlama davaları üzerinde durulmuştur.[10]

I. KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİ

A. Kira Bedeli Kavramı

Kira bedeli, kira sözleşmesinin esaslı unsurunu oluşturmaktadır. Bu durum TBK m. 299 hükmünden açıkça anlaşılmakta olup, kira sözleşmesinin

[9] Konu hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Altaş, s. 97-116; Türker, s. 457-478.

[10] Kira sözleşmesinde de bedel bakımından uyarlama yapılabileceğine ilişkin bkz. Berger, s. 17, N. 1173; Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bkz. Gauch/Schluep, s. 294-295.

varlığından bahsedilebilmesi için tarafların üzerinde uyuşması gereken unsurlardandır.[11] Şayet tarafların kira bedeli konusunda uyuşamadığı durumlarda kira sözleşmesinden bahsedilemez, bu durumda yokluk söz konusu olur.[12] Bu bağlamda kira bedeli, sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları kapsamında serbestçe belirlenmelidir. Şayet bu sınırları aştığı takdirde, belirlenen tüm hükümler, TBK m. 27 maddesi çerçevesinde kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalır. İrade bozukluğu hallerinde, sözleşmenin iptali ya da aşırı yararlanma söz konusu ise iptal veya edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı doğar.[13]

Öte yandan tarafların üzerinde anlaşmış olduğu husus, karşılıksız şeyin kullanılmasının devri ise, bu artık bir kullanım ödüncü sözleşmesidir.[14] Bununla birlikte kira miktarının sözleşmenin esaslı unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi kira bedelinin belirlenmiş veya en azından belirlenebilir olmasını aramış ve miktarın belirlenmediği kira sözleşmelerini kurulmamış saymıştır.[15] Ancak Doktrinde kira bedeli ve kira miktarı ayırımını yaparak, sözleşmenin esaslı unsuru olan kira bedelinden, kira miktarı kavramının birbirinden bağımsız belirterek, kira miktarının sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmadığını belirtmiştir.[16] Taraflar gerçekten de şeyin kullanılmasının bedel karşılığında olduğunu kararlaştırıp bu bedelin miktarını belirlememiş olabilirler. Bu çerçevede sözleşmenin yokluğundan değil, bir sözleşme boşluğundan bahsedilmesi gerektiğini vurgulamışlardır.[17] Zira kira bedeli belirlenmiş veya belirlenmesi objektif kıstaslara bağlanmış ise geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme mevcuttur. Kira bedelinin taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından belirlenmesinin kararlaştırılması mümkündür.[18]

---

[11] Zevkliler/Gökyayla, s. 226; Aral/Ayrancı, s. 320; Kılıçoğlu, 2023, s. 287; Acar, s. 275 vd; Aydoğdu/Tuncer, s. 380 vd; Doğan, Özel, s. 220; Dilbaz, s. 69; Kanık, s. 56; Acar, s. 52.

[12] Özyakışır, s. 175-176; Eren, Genel, s. 331; Gümüş, 2012, s. 35-36; Doğan, 2011, s. 8; Acar, s. 87-88; Altaş, s. 97; farklı görüş için bkz. Aral ve Ayrancı, "İsviçre Federal Mahkemesi, 24.09.1974, tarihli kararında, tarafların bir şeyin kullanılmasının ücret karşılığında devri konusunda, kira miktarını tespit etmeksizin, anlaşmaları halinde, eksik bir sözleşmenin bulunduğu ve anlaşmazlık durumunda hakimin sözleşmeyi tamamlayacağı içtihadında bulunmuştur (BGE 100 II 330).

[13] Doğan, 2011, s. 220; Kılıçoğlu, 2018.

[14] Özyakışır, s. 176; Çınar, s. 47-48.

[15] BGE 119 II 347; BGer 4C. 11/2002, Bkz. Özyakışır, s. 176.

[16] Özyakışır, s. 177.

[17] Özyakışır, s. 177.

[18] Doğan, 2011, s. 220; Dilbaz, s. 73.

1. Kira Bedelinin Para Olarak Kararlaştırılması

Kiralananın kullanılmasının karşılığında belirlenen ivaz, genellikle bir miktar paradır.[19] Özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcu genellikle para borcudur.[20] Zira konusu bir miktar para olan borç, "para borcu" olarak nitelendirilir. Kural olarak para borcu, Ülke parası olan Türk parasının ödenmesi ile sona erer (TBK m. 99/I)[21].

a. Kira bedelinin değer kaydına bağlı olarak kararlaştırılması

Paranın sürekli olarak değer kaybettiği ülkelerde, paranın değer kaybından etkilenmemek için bazı önlemler almak amacıyla, para alacağının değer kaydına bağlanarak kararlaştırılması, kira sözleşmelerinde de gündeme gelebilmektedir. Zira paranın itibari değeri ile gerçek (reel) değeri birbirinden farklıdır. Paranın itibari değeri üzerinde yazılı olan sayısal değerdir. Gerçek (reel) değeri ise piyasadaki satın alma gücüdür. Genelde paranın gerçek (reel) değerinde yaşanan değişiklikler dikkate alınmayıp; yani borcun muaccel olduğu andaki gerçek değerine bakılmaksızın Türk Lirasıyla ödenir. Dolayısıyla bu şekilde yapılan ödemede para alacaklısı ödeme gününe kadar paranın değer kaybetmesi nedeniyle zarara uğrar. Kira bedeli değer kaydına bağlandığında ise, belirli bir miktar altının ya da yabancı paranın ödeme günündeki değeriyle, Türk Lirası cinsinden ödenir.[22]

Kira bedeli değer kaydına bağlı olarak belirlendiğinde, kira bedeline yönelik artışlarda kıyasen TBK m. 344/IV hükmü uygulanmalıdır. TBK m. 344/IV yabancı para olarak kararlaştırılan kira bedellerinde artışı yasaklamıştır. Genellikle yabancı para birimlerinde yükselişler var olduğu için kira bedelinin ayrıca artırılması beş yıl boyunca engellenmiştir. Belirtilen beş yıllık süre, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanmaktadır. Bununla birlikte bedelin belirlenmesi talebi ancak altıncı kira yılı itibariyle söz konusu olsa da TBK m. 138 uyarınca kira bedelinin uyarlanması talep edilebilir.[23] Değer kaydı konulduğunda da her ne kadar yabancı para birimiyle bir ödeme yapılmıyor olsa da değeri yabancı para veya altına endekslendiği için artış beklenmesi

[19] Yazıcı, s. 511-525.

[20] Eren, Genel; Özyakışır, s. 178; Baygın, s. 812.

[21] Eren, Genel, s. 970 vd; Albaş, s. 26; Baygın, s. 8; Özyakışır, s. 180.

[22] Zevkliler/Gökyayla, s. 226-227; Albaş, s. 35; Özyakışır, s. 181-183; Delipınar, s. 487-498; Özen, 2023, s. 499-510.

[23] Özyakışır, s. 219.

olasıdır. Aynı şekilde beş yıl boyunca artış yapılmayacağına ilişkin bu kuralın, değer kaydı konulduğunda da uygulanması uygundur.[24]

b. Yabancı para olarak kararlaştırılan kira bedeli

Kira bedeli Türk Lirası dışında başka bir ülkenin para birimi olarak belirlenmişse, yabancı para birimi olarak belirlenmiş kira bedelinden bahsedilir. Yabancı para olarak belirlenecek kira bedeline TBK m. 344/IV hükmü izin vermiştir. 2018 yılında ise, Cumhurbaşkanı tarafından "12.09.2018 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar"[25] ile Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında imzalamış oldukları konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılması bazı istisnai haller dışında yasaklanmıştır. Dolayısıyla kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlenmesi ancak 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ve buna bağlı yayınlanmış olan Hazine ve Maliye Bakanlığınca Yayımlanan 2018-32/51 ve 2018-32/52 No'lu tebliğler çerçevesinde gerçekleşir. Bu düzenlemeler dışında Türk parasının kıymetini korumak amacıyla yabancı para cinsinden kira bedelinin belirlenmesi yasaklanmıştır.[26] 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'dan (Karar Sayısı: 85) önce kurulmuş yabancı para bedelli kira sözleşmeler ise bu yasağa uyum sağlamak için Türk Lirası cinsinden yeniden düzenlenmelidir. Böylece kira bedeli Türk Lirası üzerinden ifade edilir. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ m. 8/28' göre, sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedeller Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmelidir.[27]

Yabancı para olarak kira bedelinin kararlaştırıldığı durumlar bakımından, kira artışı TBK m. 344/IV hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir. Şöyle ki, yabancı paraya özgü olarak, yaşanabilecek olası değer artışlarında kiracıyı da korumak adına TBK m. 344/IV kapsamında beş yıl boyunca artış yapılması yasaklanmıştır.[28] TBK m. 344/ IV c.1, "Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde

[24] Tekinay/Altop Burcuoğlu, s. 781; Baygın, s. 28; Gökyayla, 2013, s. 27; Özyakışır, s. 184.

[25] RG. 13.09.2018/30534.

[26] Kılıçoğlu, 2023, s. 292-293; Özyakışır, s, 188-189.

[27] Tebliğ No: 2008-32/34.

[28] Reisoğlu, s. 143; Özyakışır, s. 185.

değişiklik yapılamaz." hükmü ile açıkça düzenlenmiştir.[29] Beş yıl boyunca artış yapılamayacağı hükmü tespit davasının açılmasına engel teşkil ederken, uyarlama davaları bakımından böyle bir engelden bahsetmek mümkün değildir.

2. Kira Bedeli Olarak Paradan Başka Bir Şeyin Kararlaştırılması

Kira bedeli olarak genellikle bir miktar para belirlense de bu durum zorunlu değildir. Kira sözleşmesinin niteliğini değiştirmediği sürece her türlü karşı edim kira bedeli olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda karşı edimin herhangi bir eşya olması muhtemeldir. Sıklıkla kira bedeli olarak misli mal olan altının karşı edim olarak kararlaştırıldığı görülmektedir.[30] Ancak doktrinde kira bedeli olarak iş görme ediminin kararlaştırılması halinde kira sözleşmesi değil, çifte tipli karma sözleşmenin var olduğu kabul edilmiştir.[31] Yargıtay ise iş görme ediminin kararlaştırıldığı durumlarda dahi kira sözleşmesinin var olduğu kabul eder.[32] Öte yandan kira bedeli altın olarak da kararlaştırılabilir. Altın ile ödenmesi gereken borç, para borcu olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla sadece altın ile ifa edilir. Altın haricinde başka şeyle ifa teklifi, alacaklı tarafından reddedilebilir. Alacaklı temerrüde düşmüş olmaz. Kira bedelinin altınla ödenmesinin kararlaştırılması "para gibi tedavül edilen eşya" niteliği taşıdığı için karma sözleşme söz konusu olmayacaktır.[33] Fakat doktrinde kira bedeli için "para gibi tedavül edilen eşya" şeklinde bir ayrıma girilmeyip, kullanım karşılığında paradan başka bir şeyle, örneğin malla ya da hizmetle ödemesi halinde karma sözleşmeden bahsedildiği de savunulmaktadır. Bu yazarlar altın olarak kararlaştırılan kira bedelinin de karma sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmişlerdir.[34] Bununla birlikte

---

[29] Yabancı para olarak kira bedelinin belirlenmesi hakkında görüşler için bkz. Reisoğlu, s. 143; Ayrıca bkz. Özyakışır, s. 185.

[30] Dilbaz, s. 73; Özyakışır, s. 189.

[31] Uşan, s. 848-856; Acar, s. 89-90; Gümüş, 2012, s. 34; Özyakışır, s. 189.

[32] Y. 6. HD, T. 10.11.2008, E. 2008/9297, K.2008/12258, *"....01.02.2005 başlangıç tarihli sözleşmede kira bedeli para olarak kararlaştırılmamış, arsa üzerinde yapılacak hafriyat ve tesviye karşılığı hizmet olarak belirlenmiştir. Bu ilkeler çerçevesinde taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin tüm unsurları itibariyle kira sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekir*", karar için bkz. Özyakışır, s. 190.

[33] Özyakışır, s. 190-191.

[34] Eren, Özel, s. 351; Doğan, Kira Tespiti, s. 544; Zevkliler/Gökyayla, s. 226; Aral/Ayrancı, s. 364; Kılıçoğlu, 2023. "kiracının kira bedelinin altın olarak kararlaştırıldığı hallerde, altın bedel olmayıp değerli bir metaldir. Bu durumda altın kararlaştırıldığında kullandırma sözleşmesi söz konusu olup, bu sözleşme kira olmayıp kendisine özgü niteliği olan sözleşme

kira bedelinin altın olarak kararlaştırılması ile altın değer kaydına bağlı olarak kararlaştırılması birbirinden farklı durumları ifade eder. Şöyle ki altın değer kaydı olarak kira bedeli belirlenirse, borç para borcudur ve ödeme zamanında yalnızca altının karşılığı olan Türk Lirası değeriyle kira bedeli ödenir. Bu iki durumu ayırt etmek gerekir.[35]

B. Başlangıçta Kira Bedelinin Taraflarca Sözleşmede Serbestçe Belirlenebilmesi

1. Genel Olarak

1 Temmuz 2012 tarihinden sonra, 6098 sayılı TBK m. 344 maddesiyle, konut ve işyeri kiralarında kira bedellerinin artışı emredici olarak sınırlandırılmıştır. Konut ve çatılı işyeri kiralarında, taraflar sözleşmenin başlangıcında ilk kira bedelini belirlerken düzenleyici bir hukuk kuralının olmaması nedeniyle serbesttirler. Kanun koyucu bu noktada taraflara müdahale etmemeyi tercih etmiştir.[36] Ancak taraflar kira bedelini belirlerken de tamamen sınırsız değildir. Taraflar kira sözleşmesini yaparken, irade sakatlığı ve aşırı yaralanma olabilecek durumlardan kaçınırken, TBK m. 27'ye aykırı olmayacak şekilde serbestçe tayin edebilmektedir.[37]

Kural olarak, kira sözleşmesinde kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz. Zira TBK m. 343 hükmü, tek taraflı, yalnız kiracıyı koruyan emredici bir hükümdür. Kira bedelinin yeniden belirlenebilir olmasının sebebi, mülkiyet hakkının Anayasal olarak garanti altında olmasıdır. Aksi durumda malikin kiraya veren sıfatını taşıdığı kira sözleşmeleri bakımından mülkiyet hakkı hem kurumsal hem de bireysel bir hak olarak ihlal edilmiş olurdu.[38]

2. Kira Bedelini Sınırlandırmaya İlişkin Görüşler

Türk Hukukunda önceki başlıkta da belirtiğimiz üzere, TBK m. 344 hükmünde kira bedeli için sözleşmenin devamında kira bedellerindeki artış oranını sınırlandırma yoluna gitmiştir. Ancak günümüzde gelinen noktada, kira bedellerine başlangıçtan itibaren müdahalenin gerekli olduğu da açıktır.

---

olarak değerlendirilir".

35 Özyakışır, s. 190.

36 Yeniocak, s. 24; Özyakışır, s. 193 vd.

37 Eren, Özel, s. 402.

38 Eren, Özel, s. 402.

Nitekim İsviçre Hukukunda, kira bedelinin sınırı "kötüye kullanma" kriteri ile belirlenmiş ve başlangıçtaki kira bedeli de buna göre sınırlandırılmıştır. Yasa koyucu "Schweizerisches Obligationenrecht" OR Art. 269-270 e hükümleri ile kötüye kullanılan taleplere karşı kiracıyı koruyarak konut ve işyeri kira sözleşmesinde tarafların kira bedelini serbestçe kararlaştırabilmelerinin önüne geçmiştir.[39] Böylece kiracı, kümülatif olarak iki şartın gerçekleşmesi halinde kira bedeline karşı itiraz ve indirim talep edebilir. Bunlardan ilki Art. 269 ve 269a daki kötüye kullanma durumlarının ortaya çıkmış olmasıdır. Art. 269 kötüye kullanımın var olduğu durumları düzenlerken, Art 269a kötüye kullanım oluşturmayan durumları düzenlemiştir.[40] Şöyle ki art 269, hükmüne göre, kiralar, kiralanan mülkten abartılı bir getiri elde etmek için kullanılıyorsa veya açıkça abartılı bir satın alma fiyatına dayanıyorsa kötüye kullanılmıştır. Art. 269 a ise kötüye kullanılmayan halleri düzenlemiştir.[41] Ancak Art. 269'taki aşırı bir gelir elde etme ifadesi de yeterince açıklayıcı ve belirleyici olmadığı için doktrinde eleştirilmiş ve doktrinde başlangıç kira bedelinin emsal kira bedelinin %10 fazlasını aşmamasını gerektiğini kabul etmiş, %10'un fazlasını limit olarak belirlemiştir.[42]

Bu çerçevede Federal Yüksek Mahkemenin içtihadına göre, aynı bölgede veya aynı kentsel mahalde en az beş mülkün kira bedelini içeren somut bir karşılaştırma yapılmalıdır. Burada varsayımlarla karakterize olmuş bir mülk değerlendirmesi gerçekleştirilmelidir. Konut veya iş yerinin kira bedeli varsayımlarla belirlenmiş olur. Nihayetinde ise ayrıntı düzeyi her konut veya iş yeri bakımından yeterli olmasa da örneğin kiraya veren tarafından talep

[39] Weber, s. 1493-1550; İnce Akman/Özyakışır, s. 745 vd.

[40] OR Art 269a" Kural olarak, kiralar özellikle aşağıdaki durumlarda kötüye kullanılmış sayılmaz

[a]. olağan yerel veya mahalle kiraları çerçevesi içinde kalıyorsa,

[b]. maliyet artışları veya ev sahibi tarafından sağlanan ek hizmetlerle gerekçelendirilmiş olması;

[c]. yeni binalar söz konusu olduğunda, maliyeti karşılayan brüt getiri kapsamında kalıyorsa,

[d]. sadece standart piyasa finansman maliyetlerini değiştirerek daha önce verilen bir kira indirimini telafi etmeye hizmet ediyorsa ve kiracıya önceden duyurulan bir ödeme planında belirtilmişse;

[e]. sadece risk taşıyan sermaye üzerindeki enflasyonu dengeliyorsa;

[f]. ev sahibi ve kiracı dernekleri veya benzer çıkarları temsil eden kuruluşlar tarafından çerçeve anlaşmalarında tavsiye edilen kapsamı aşmıyorsa"; Ayrıca bkz. İnce Akman/Özyakışır, s. 747-748.

[41] Weber, s. 1505-1508.

[42] İsviçre Hukuku'ndaki görüşler için bkz. Heinrich, s. 237-238; Guhl/Koller, s. 44, N. 10-108; Bu yönde açıklamalar için bkz. Özyakışır, s. 400; İnce Akman/Özyakışır, s. 747.

edilen kira benzer mülkler için istatistiklerin gösterdiği değerin çok altındaysa, istatistikler kanıtlayıcı kabul edilebilir.[43]

C. Yenilenen Kira Dönemlerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Türk Hukukunda konut ve çatılı işyerleri için taraflara tanınmış olan serbestlik, yenilenen kira dönemleri bakımından sınırlandırılmıştır. TBK 344 gereğince, konut ve çatılı iş yeri kiralarında, taraflarca kira bedelinin yenileme döneminde belirlenmesine bir üst sınır getirilmiştir. Belirlenecek artış oranı, "Türkiye İstatistik Kurumu" (TÜİK'in) yayınladığı tüketici fiyat endeksinde on iki aylık ortalama oranı ile sınırlandırılarak, barınma ve işyeri ihtiyacını karşılayan ve sözleşmenin ekonomik olarak daha zayıf tarafı olan kiracı korunmaya çalışılmıştır.[44] Böylece kiracının üzerinde kira bedeli baskısı hafifletilmeye çalışmıştır. Ancak enflasyonist ortamda, kira bedeli bakımından her iki tarafında uzlaşı içinde kalması güçtür.[45]

2. Kira Bedelinin Belirlenmesi İlişkin Yasal Düzenleme

a. Türk lirası

(1) Taraflar sözleşmede bir artış oranı belirlemişse

Sözleşme serbestisi kapsamında kira bedelinin belirlenmesine ilişkin kanun koyucunun yaklaşımı, artış oranı üst sınırının belirlenmesi suretiyle kısıtlama yönündedir. Bu çerçevede, TBK m. 344/I hükmü ile tarafların yenilenen kira dönemlerine ilişkin kira artış oranı veya doğrudan kira bedeli belirlenmesine izin verilmiştir. Üstelik, bu anlaşmalar yalnızca ilk kira yenileme yılına ilişkin değil, taraflar arasında kira sözleşmesi devam ettiği sürece tüm kira yenileme dönemlerini kapsamaktadır.[46] Böylece bir kira bedeli anlaşmasından söz edilebilirse, kararlaştırılan artış oranı Tüketici Fiyat Endeksi (TÜFE)'nin üzerinde ise, sözleşme serbestisi gereği sözleşme ayakta tutulur fakat kira artışı TÜFE oranında geçerli sayılır. Aşan miktar ise kısmi hükümsüz olur. Sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen kiracı açısından onun pazarlık şansının kısıtlı olması nedeniyle TÜFE'yi aşan oranlarda

[43] BGE 123 III 317 E. 4b/ee; Urteil 4C.275/2004 v. 26.10.2004=mp 2005, 47 ff; Urteil 4C. 124/2006 v. 29.6.2006), karar için bkz. Weber, s. 1506.

[44] Özen, s. 2037; Aydoğdu/Kahveci, s. 336-337; Görmez, s. 76; Çevik, s. 51.

[45] Yeniocak, s. 42 vd.; Gökyayla, 2018, s. 2079.

[46] Kılıçoğlu, 2018, s. 288; Odabaşı, s. 62.

artışları kabul etmesi veya ödemesi halinde de zımni bir anlaşmadan ve bunun geçerli olduğundan söz edilemeyecektir. Zira tarafların açıkça anlaşma yapamadıkları bir konuda zımni anlaşma yapmaları ve bunun geçerli sayılması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu doğrultuda her ne sebeple olursa olsun kiracının fazla ödediği miktarlar için sebepsiz zenginleşme davası açması veya daha sonra ödeyeceği kira bedellerinden mahsup edebileceğini belirtmemiz gerekir.[47] Taraflar arasında yapılan sözleşmedeki artış oranı tüketici fiyat endeksinin üzerinde ise, aşan kısım geçersiz olduğu için, artış oranı tüketici fiyat endeksidir. Bununla birlikte tarafların belirlemiş oldukları artış oranı, TÜFE'nin altında kaldığında, hâkimin müdahalesi söz konusu olmayacak ve geçerli olacaktır.[48]

(2) Taraflar sözleşmede bir artış oranı belirlememişse

Kira sözleşmesinde kira artışına ilişkin bir hükmün olmadığı veya hükmün belirsiz ya da geçersiz olduğu durumlarda ise TBK m. 344/II uygulanacaktır. Buna göre, kira artışı bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek kaydıyla, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir.[49] Hükümden üst sınır olarak tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamanın alındığı, bununla birlikte hâkimin kiralanan konut veya iş yerinin durumuna göre oranın altında artışa hükmedebileceği anlaşılmaktadır.[50] Bu bağlamda hâkimin yapacağı hakkaniyet denetimi enflasyonun yüksek olduğu ülkemizde, her iki sözleşme tarafının arasında adaletli bir dengenin kurulması için yerinde ve amaca uygun kullanılmalıdır.

3. Beş Yıldan Uzun Süreli Sözleşmelerde Bedelin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Kira sözleşmelerinde kira bedelinin zamanla ciddi biçimde değer kaybetmesinin önlenmesinde kanun koyucunun yenilenen dönem için getirmiş olduğu bir diğer imkân kira tespit davasıdır. Kira tespit davası, TBK m. 344/III düzenlenen ve emsal kira bedelinin uygulandığı davadır. Bu dava, konut ve çatılı iş yerlerindeki artışın TÜFE sınırında kalması, kira bedelinin bu sebeple

[47] Odabaşı, s. 62.

[48] Yeniocak, s. 43-44.

[49] Kılıçoğlu, 2023, s. 289-290; Odabaşı, s. 62; TÜFE'yi Aşan oranda kira artışı için Bkz. Yıldız, s. 479-486.

[50] Gümüş, 2012, s. 63; Yeniocak, s. 51; Öncü, s. 325.

emsalleri karşısında çok düşük hale gelmesi nedeniyle tanınmış bir denge sağlayıcıdır. Zira kiraya verenin sözleşmeyle bağlı kalacağını ve sınırlı fesih sebeplerinin bulunmadığı durumlarda dahi bu kira bedellerine razı geleceğini beklemek de hakkaniyete uygun değildir.[51]

b. Yabancı Para Borcu

Kira bedelinin yabancı para birimi üzerinden belirlenmesi halinde kira artışı TBK m.344/4 hükmü çerçevesinde beş yıl boyunca yasaklanmıştır. Dolayısıyla yenilenen kira dönemleri için yabancı paranın kira bedeli olarak kararlaştırılması halinde artış söz konusu olmaz. Beş yılın sonunda tespit davası açılabilirken, beş yıl içinde sadece TBK m. 138 hükmü bağlamında uyarlama davası gündeme gelebilir.[52] TBK m. 138 hükmü açıkça, yabancı para borçları bakımından da *"borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır."* düzenlemesine yer vermiştir.

4. Konut Kiralarında Bedel Artışına Yüzde 25'lik Sınırlama Getiren 8 Haziran 2022 Tarihli Kanun

8 Haziran 2022 tarihinde konut kiraları bakımından 7409 sayılı Kanun'a eklenen 4. maddeyle, Türk Borçlar Kanun'una geçici 1. madde ile yüzde 25 oranında sınırlama getirilmiştir.[53] İş yeri kiraları bakımından TBK m. 344/I 'de yer alan TÜFE oranı azami kira artış oranı olarak uygulanmaya devam edecektir. Ne var ki, esasında kira bedelindeki sert yükselişleri frenlemeyi hedefleyen bu düzenleme ile kira sözleşmenin diğer tarafı olan kiraya veren bakımından yarattığı mağduriyeti göz ardı etmemek gerekir. Zira kiraya verenlerin, %25'lik artışın enflasyon karşısında kaybettireceği değeri göz

[51] Zevkliler/Gökyayla, s. 228-229; Burcuoğlu, s. 15; Öncü, s. 330; İnceoğlu, s. 148; Yeniocak, s. 70; Öktem-Çevik, s. 69; Görmez, s. 99.

[52] Yeniocak, s. 57.

[53] Kılıçoğlu, 2023, s. 289; (8/6/2022-7409/4 md.) *Konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ila 1/7/2023 (bu tarih dahil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.*"

önünde tutmaları nedeniyle emsallerinden daha yüksek bir kira bedeli belirledikleri ve bu durumun kira fiyatlarını daha da arttırdığı gerçeği açıkça ortadadır. Böylece kiracı bu vesileyle bir kere daha mağduriyet yaşamaktadır.[54]

Konut kiraları bakımından getirilen bu sınırlama 1 Temmuz 2024'e kadar uzatılmıştır. Dolayısıyla Kanunun yürürlük tarihi boyunca oturduğu evin kira bedeli yenilenen tüm kiracılar bu kuraldan yararlanır Kanun (8 Haziran 2022'de kabul edilip) 11 Haziran 2022'de yürürlüğe girmesiyle, 1 Temmuz 2024 tarihine kadar kira artışlarında geçerli olmuştur.[55]

II. KİRA BEDELİNİN UYARLANMASI DAVASI

A. Genel Olarak

Borçlar hukukundaki hâkim olan ilkelerinden sözleşme serbestisi gereğince, sözleşmenin tarafı şekli, konusu, tarafları serbestçe belirlenebilmektedir. Bununla birlikte kişilerin barınma ihtiyacını karşılayabilmesinin temel bir hak olması ve bilhassa konut ve çatılı iş yeri kiralarındaki kiracının sözleşmenin zayıf tarafı olması sebebiyle bu serbestlik birtakım sınırlandırmalara gidildiğinden bahsetmiştik. Kira bedeli başlangıçta taraflarca serbestçe kararlaştırılıyor olsa da yenilenen dönemler açısından sınırlamalara gidilmiştir. Bu çerçevede kira bedeli sözleşmenin konusunun sürekli borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle, sözleşmenin kurulduğu haliyle kalmayacak, belirli oranlarda artış yapılacağı kabul edilmektedir.[56] Ancak kira bedelinin kiraya veren tarafından serbestçe arttırılabilmesi kiracı açısından bir olumsuzlukken; uzun süreli kira sözleşmelerinde kira bedelinin aynı kalışı ya da enflasyon oranında artmayışı kiraya veren için olumsuzluk oluşturur. Bu durum ise taraflar arasında uzlaşıyı bertaraf eder ve günümüzde yaşanan hukuki açmazın çözümsüzlüğüne neden olur.[57]

Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kira bedelinin yenilenen dönemler içinde artışına ilişkin TBK m. 334 hükmü kapsamında TÜFE oranında yapılacak artışlar, 5 yılın sonunda tespit davası ile mümkündür. Ancak kira bedelindeki artışa yönelik bu hükümler, günümüz koşullarında artan fiyatlar göz önünde bulundurulduğunda ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Zira konut ve işyerlerinde artış hızı karşısında TÜFE artış oranının yetersiz kalışı kiraya

[54] Yeniocak, s. 53.

[55] Yeniocak, s. 53.

[56] Aral/Ayrancı, s. 320 vd.

[57] Zevkliler/Gökyayla, s. 230-231; Yüksekdağ, s. 160 vd.; Tile, s. 279 vd.; Pak, s. 57 vd.

veren açısından memnuniyetsizliği doğurmaktadır. Sözleşmenin güçsüz tarafı olarak kiracının kabulü ile yapılan düzenlemeler toplumsal barışı ve hukuksal uzlaşıyı sağlamaktan geri kalmıştır. Netice olarak kiraya verenler bu düzenlemeleri de düşünerek kira fiyatlarını başlangıçtan itibaren yüksek bedelle belirlemektedir. Bu durumda kiracıların daha da mağdur olmasına sebebiyet verir.

Mevcut durumda maalesef, kira uyuşmazlıkları bakımından ortaya çıkan bir açmaz olduğu açıktır. Zira kira fiyatlarında yapılacak artış çoğunlukla sözleşmenin hiçbir tarafı bakımından memnun edici değildir. Bu bağlamda kira uyarlama davası başvurulacak bir başka hukuki yoldur. Kira uyuşmazlıklarında kiraya veren bakımından, uyarlama davası talebi noktasında daha çekimser yaklaşılmış olsa da uygulamadaki sorunu çözmek açısından çok daha işlevseldir. Uyarlama hukukunun esasları doğrudan TBK m. 138 "aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında düzenlenmiştir. TBK m. 138 bütün sözleşme ilişkilerine tatbik edilebilir hükümdür.[58] Dolayısıyla kira sözleşmeleri bakımından da uyarlama talepleri bu çerçevede ele alınacaktır. Uyarlamaya ilişkin şartları da TBK m. 138'den hareketle belirlenmektedir.[59] Uyarlama, sözleşmenin yoruma açık olmadığı, yorumla sözleşmeye açıklık getirilemeyecek hallerde uygulanmaktadır. Sözleşmenin uyarlanması, bir sözleşmenin yapılmasına ve varlığına esas teşkil eden koşulların temelden değiştiği durumlarda gündeme gelir. Bu bağlamda sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin sona erdirilmesine kıyasla daha hafif bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. Zira sözleşmenin koşullarının uyarlanmasıyla sözleşmenin ayakta tutulması hedeflenir. Ancak sözleşmenin uyarlanması, borçlar hukukunun hâkim prensibi, "pacta sund servanda" ilkesini sarsmaktadır.[60]

İsviçre Hukukunda uyarlama davaları bakımından bir görüş, sözleşmede yapılacak değişikliğin yalnızca sözleşme taraflarının bu değişen koşulları düzenlemede başarısız olması nedeniyle gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu görüş uyarınca uyarlama davası sözleşmenin tamamlanmasının bir alt türünü oluşturmaktadır (Boşluk Doldurma Teorisi).[61]

---

[58] Yavuz/Acar/Özen, s. 624.

[59] Yavuz/Acar/Özen, s. 624; Eren, Özel, s. 406-409; Kocayusufpaşaoğlu, s. 503-514; Berger, s. 17, 399-401; Gümüş, s. 885 vd; Furrer/Müller-Chen, s. 132-134; Baysal, s. 163 vd; Arat, s. 93 vd; Topuz, s. 248 vd; Gümüş, Özel, s. 345-400; Yüksekdağ, s. 160-161.

[60] Furrer/Müller-Chen, s. 132; Ayrıca bkz. Arat, s. 1 vd.; Aybay, s. 323-349; Ingeborg, s. 271.

[61] Teorilere ilişkin açıklamalar için Bkz. Furrer/Müller-Chen, s. 133.

Diğer bir görüş ise, sözleşme uyarlamasının ancak taraflardan birinin sözleşmenin var olan koşullarla geçerliliği konusunda ısrarının hakkın açıkça kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde haklı görülebileceğini savunmaktadır. Uyarlama talebi bu görüşe göre, MK m. 2/II dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır (hakkın kötüye kullanılması teorisi).[62] İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının ise yeknesak olmadığı görülmektedir. BGE 4C 246/2002 v. 30.10.2002; E. 3.5; 122 III 97 E. 3a, hakkın kötüye kullanılması teorine atıf yapmışken; BGE 107 II 144 E. 3, boşluk doldurma teorisine öncelik vermiştir. Hatta bir kararda da her iki teorinin karara dayanak yapıldığı da görülmüştür. (BGE 127 III 300 E. 5b).[63]

B. Uyarlama Davasının Uygulama Alanı- Kira Tespit Davası ile Uygulama Alanının Sınırı

TBK m. 344/III hükmü ile kira bedelinde artış yapılıyor olmasına rağmen, kiraya verenin uyarlama davası seçeneğine neden ihtiyaç duyacağı üzerinde durmak gerekir. TBK m. 344/III hükmü yalnızca konut ve çatılı iş yeri kiraları bakımından uygulama alanı bulur. Uyarlama davası ise esasında sözleşmelere özgü genel bir düzenleme olması nedeniyle tüm kira sözleşmelerine uygulanır.[64] Zira uyarlama davasının dayanağının TBK m. 138 hükmü olması sebebiyle koşulları oluştuğunda, her türlü sözleşme ilişkisinde uygulanacağı gibi, tüm kira sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur. Bu sebeple genel hükümlere tabi herhangi bir taşınır ya da taşınmaz kirası veya ürün kirası sözleşmeleri de uyarlama davasına konu olabilir.[65]

Tespit davaları yukarıdaki bölümde de değinildiği üzere uzatma dönemleri içinde açılan bir davadır. Uyarlama davaları ise değişen olağanüstü koşullar sonucunda işlem temelinin çökmesi nedeniyle tarafların sözleşme süresinin bitimini beklemeden açabilecekleri bir davadır.[66] Uyarlama davasında hâkim, şartların gerçekleşmesiyle kira bedelini değişen koşullara uyarlar. Kira bedelinin uyarlaması esasında hem kiraya veren hem de kiracı lehine gerçekleşebilir. Zira somut olayın verilerine göre, uyarlama, kira bedelinin arttırılması veya indirilmesi şeklinde gerçekleşir. Şayet kiraya veren talep ederse kira bedeli artarken; kiracının talebi halinde kira bedeli

[62] Teorilere ilişkin açıklamalar için Bkz. Furre /Müller-Chen, s. 133.

[63] Kararlar için bkz. Furrer/Müller-Chen, s. 133.

[64] TBK m. 138'in uygulama alanı için ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, s. 353-368.

[65] Yeniocak, s. 168.

[66] Yüksekdağ, s. 161-164; Özyakışır, s. 234.

indirilir.[67] Uyarlama davaları aslında uygulama alanı olarak kira tespit davası açamayanlar bakımından bir nevi kurtarıcı rolündedir.[68] Zira sözleşmenin uyarlanması, sözleşme kurulduktan sonra öngörülemez olan değişikliklerin sözleşme dengesinin katlanılmayacak biçimde bozması halinde sözleşme şartlarının değiştirilmesi anlamına gelir. Kira sözleşmeleri bakımında ise uyarlama davası, kiraya verenin sınırlı oranlardaki artışa ve tespit davası açabilmek için beş yıllık süre sınırına karşı çözüm sağlar. Bu çerçevede kira bedelinin belirlenmesi ve uyarlanması davalarının zaten uygulama alanı ve kanuni dayanakları açısından birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir[69].

Kira bedeline ilişkin uyarlama davası, kanun hükmünde özel olarak belirtildiği üzere kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılan durumlarda beş yıl içinde başka bir dava açma imkânı olmasa bile açılabilecektir. Bu belirleme beş yıl içinde uyarlama davasının açılabileceği ve kira bedelinin üzerinde değişiklik yapılabileceği yönündedir.[70] Onun dışında bu ifadeden kira

---

[67] Y. 6. HD, T. 19.01.2016, E. 2015/859, K. 2016/96; Y. 6. HD, T. 16.06.2014, E. 2013/16004, K. 2014/7865; YHGK, T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340. Kararlar için bkz. Özyakışır, s. 234.

[68] Aydın, s. 55.

[69] Burcuoğlu, s. 59-60; Aydın, s. 55; Özyakışır, s. 234; Arat, s. 178 vd.

[70] Y. 3. HD, T. 16.11.2021, E. 2021/1139, K. 2021/11528: "*Somut olayda; taraflar arasında düzenlenen 01/02/2014 başlangıç tarihli iş yeri kira sözleşmesinde " kiralama süresi beş+beş yıl olarak 10 yıldır. İlk beş yıl bitiminde yıllık kira bedeli net 120.000 $ karşılığı TL yıllık olarak ödenecektir. " düzenlemesi mevcut olup sözleşmede ilk beş yıl kiralarının ise "TL" cinsinden belirlendiği konusunda anlaşmazlık bulunmamaktadır. Bu düzenleme şekline göre; 10 yıl süreli kiralamada ikinci beş yıllık dönemin başlayacağı 01/02/2019 tarihinden itibaren kira bedeli yabancı paraya endeksli (Dolar) olarak belirlendiği gibi dövize endeksli kira bedelinin dövizle kira yasağının yürürlüğe girdiği 13/09/2018 tarihi sonrasında "TL" cinsiyle sözleşme taraflarınca mutabakatla yeniden belirlenmediği tartışmasızdır. Dava tarihi itibariyle kira sözleşmesinin "TL" cinsinden yıllara göre artışlı kiranın belirlendiği ilk beş yıla ait dönemin ifası yapılmakta ise de sözleşme hükümlerine göre ikinci beş yılın başlayacağı 01.02.2019 tarihi sonrasında ise döviz cinsinden kira ödenmesi sözleşmede öngörülmüştür. 13/09/2018 tarihi öncesinde akdedilmiş olan ve halen ifası devam eden sözleşmelerdeki döviz cinsinden olan kira bedellerinin Türk parası cinsinden yeniden belirlenmesi için 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının yürürlüğe girdiği tarihten (13/09/2018) itibaren 30 günlük süre öngörülmüş olup bu sürede tarafların mutabakatı ile kira bedelinin Türk parası cinsinden yeniden belirlemesi yapılabilecekse de bu yükümlülük yerine getirilmediğine göre bu konudaki uyuşmazlığın Hazine ve Maliye Bakanlığının 2018-32/52 sayılı tebliği ile değişik 8 inci maddesinin (27) ve (28) numaralı fıkralarında gösterilen usulde kanun, karar ve tebliğlere göre işin esasına girilerek Türk Lirası dönüşümünün yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla; taraflar arasında 01/02/2014 tarihinde akdedilen, dava tarihi itibariyle ifası devam etmekte olan kira sözleşmesinin "Özel Şartlar" başlıklı kısmının 1 inci maddesindeki; ilk beş yıl bitiminde kira bedelinin yıllık net 120.000 $ karşılığı TL yıllık olarak ödenecektir. " şeklinde dövize endeksli olarak belirlenen bu kira bedelinin Türk*

uyarlama davalarının yalnızca yabancı para ile kararlaştırılan kira bedelleri bakımından uygulanacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Uygulama bakımından uyarlama davası yabancı para cinsinden kira bedellerinde çok önemli bir yere sahip olsa da yabancı para olarak kararlaştırılmayan kira bedelleri için de açılacağına hiç şüphe yoktur.[71] TBK m. 344/IV özel atfı, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırıldığı durumlara özgü anlaşılmamalıdır. Sadece "beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı" ifadesi oluşan tereddütleri gidermeye yönelik algılanmalıdır.[72]

Tüm bu uygulama alanı ve şartı farklılıklarına rağmen, TBK m. 344/III hükmüne rağmen uyarlama davasına başvurmanın, çalışma konusu bakımından esas önemli olan kısmı uyarlama davalarının tespit davasına oranla taraf menfaatlerini çok daha kolay dengeleme kabiliyetidir. Zira TBK m. 344/III hükmünde tespit davasının açılabilmesi için kira başlangıcından itibaren beş yıllık sürenin geçmesi gereklidir. Uygulamada son zamanlarda artan kira bedelleri nedeniyle kiraya verenlerin memnuniyetsizlikleri açısından yeni bir bedel belirlenebilmesi tespit davası ile ancak beş yıllık sürenin geçmesiyle mümkündür. İşte böyle bir ihtimalde kiraya verenin başvurabileceği yol kira uyarlama davasıdır.[73]

C. Kira Bedelinin Uyarlanmasının Şartları

Kira bedeline ilişkin işlem temelinin çökmesini gerektirecek gelişmelerin varlığı halinde hâkimden sözleşmeye müdahale etmesini ve kira bedelini değişen koşullara uyarlanmasını talep edilebilir. Uyarlama talebi kiracı veya kiraya veren tarafından gerçekleştirilebilir. Kiracının talebi doğrultusunda uyarlama davası kira bedelinin indirilmesini, kiraya verenin talebi ise günümüz koşullarında enflasyon karşısında kira bedelinin değersizleşmesi

Lirasına göre yeniden belirlenmesinde zorunluluk olmakla sözleşme taraflarınca bu konuda mutabakata varılarak yeniden belirleme yapılmadığından ilk derece mahkemesince yukarıda belirtilen ilgili mevzuat hükümleri uyarınca değerlendirme yapılıp gerekirse alanında uzman bilirkişi raporu alınmak suretiyle sözleşmede dövize endeksli olarak belirlenen kira bedelinin 01/02/2019 tarihinden geçerli olmak üzere Türk parası cinsinden yeniden belirlenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle davanın reddine hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.", (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 11.07.2024).

[71] Yüksekdağ, s. 163; Tile, s. 289; İnceoğlu, s. 163; Özyakışır, s. 236.

[72] İnceoğlu, s. 163; Özyakışır, s. 236.

[73] Yeniocak, s. 171.

nedeniyle arttırılmasını içerir.[74]

Kira sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması için açılacak dava sıkı şartlara bağlanmıştır. Uyarlama kurumuna başvurulması Yargıtay tarafından belirtildiği üzere, "istisnai, ikinci derecede (tali), yardımcı nitelikte" olarak kabul edilmiştir. Sıkı şartlara bağlı olarak kabul edilen bu davada uyarlama talebinin kabulü için aşağıda yer alan koşulların hepsinin tamamının bir arada bulunması gereklidir.[75]

1. Öngörülemez ve Olağanüstü Durum Değişikliği

Sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil eden TBK m. 138'in öncelikli şartı, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmayan fakat sonradan ortaya çıkan olağanüstü nitelikte bir durum (gelişme) değişikliğidir.[76] Zira sözleşmenin uyarlanması, Türk Hukukunda yalnızca "sonraki durum değişikliği" halinde mümkündür. Bu sebeple doğal olarak, sözleşme kurulurken var olan bir duruma dayanarak uyarlama talep edilemez.[77] Sözleşme kurulurken var olan şartların herhangi bir durum değişikliğine uğramaması halinde, sözleşme kurulduktan sonra aşırı ifa güçlüğüne sebebiyet vereceği iddiası düşünülemez.[78] Ancak özellikle ekonomik kriz dönemlerinde kurulan kira sözleşmeleri bakımından, krizin sonuçlarının derinleşmesi nedeniyle sonradan oluşabilecek güçlükler olasıdır. Bu gibi durumları aynı koşullarda değerlendirmemek gereklidir.[79]

Sözleşme kurulurken kira bedelinin belirlenmesi noktasında TBK hükümleri açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Başlangıç kira bedelinde

---

[74] Özyakışır, s. 234; ayrıca bkz. Berger, s. 17, N. 1184-1187; Doğan, 2014, s. 9 vd.

[75] Y. 3. HD, T. 11.09. 2018, E. 2017/13096, K. 2018/8263, "Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan "irade özgürlüğü", sözleşme serbestliği" ve "sözleşmeye bağlılık" ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale (uyarlama) müessesesi, istisnai, tali (ikinci derecede) ve yardımcı niteliktedir. "; Y. 3. HD, T. 20.02.2019, E. 2017/5992, K. 2019/1363; Y. 3. HD, T. 24.04.2018, E. 2018/2141, K. 2018/4334 (www.lexpera.com); Özyakışır, s. 237.

[76] Yavuz/Acar/Özen, s. 625; Baysal, s. 160; Özyakışır, s. 237; Pak, s. 70-71; Koller, s. 271.

[77] Yeniocak, s. 156; Özyakışır, s. 237; Pak, s. 71, 85; Resuloğlu, s. 68 vd.

[78] Yeniocak, s. 156; aksi görüş, İnceoğlu, s. 170; Yargıtay da yine meseleyi ekonomik krizin ülkenin ekonomik yapısının biliniyor olması nedeniyle reddetme eğilimindedir. Aynı şekilde uyarlama davalarını ve özellikle sözleşme bedelinin yabancı para birimiyle belirlendiği durumlarda uyarlama taleplerini kabul etmemektedir. Bkz. HGK, T. 14.09.2021, E. 2017/2308, E. K. 2021/994 (www.lexpera.com).

[79] Atamulu, s. 410.

irade özerkliği ilkesi tam işletilir. Bununla birlikte TBK m. 27 maddesine aykırı olarak yapılan kararlaştırmalar kesin olarak hükümsüz olacağı gibi irade bozukluğu (yanılma, aldatılma, korkutma) hallerinde sözleşmenin iptali istenir.[80] Bedelin uyarlanması ise bu kapsamda sonradan gerçekleşen bir değişiklik olmaması nedeniyle mümkün değildir. Ancak yüksek oranda bedel açısından kiracının talebini TBK m. 28 gereğince aşırı yararlanmaya dayandırması mümkündür.[81] Bahsedilen bu durum değişikliğinin, TBK m. 138 hükmünün uygulanmasına imkân vermesi için "olağanüstü" ve "öngörülemez" nitelikte olması gereklidir. Bu çerçevede TBK m. 138 hükmünde olağanüstü değişikliğin aranacak olması açıkça belirtilmiştir. Ekonomik kriz, para değerindeki sert düşüşler, yüksek vergi oranları, sosyal olaylar (savaş, ihtilaller, siyasi kararlar, grev, lokavt) yargı kararları, ithalat ihracat yasakları, doğa olayları (sel, deprem, don, dolu vurması, kuraklık) bu kapsamda değerlendirilmektedir.[82] Değişikliğe yol açan olayın kaynağı ise önem arz etmez.[83] Ancak burada somut olayın ışığında olağanüstü değişiklikleri değerlendirmek ve genel çerçevenin bu yolla belirlenmesi, örneklendirmeye göre daha isabetlidir. Doktrinde "sosyal felaket" olarak nitelendirilebilecek durumlar bakımından uyarlamanın uygulanması gerektiği savunulmaktadır.[84] Genel nitelikte, toplumun büyük kısmını etkileyen durumlar TBK m. 138 çerçevesinde olağanüstü kabul edilir. Fakat burada bu felaketin etki alanının geniş bir kitleyi etkilemesinin gerekip gerekmediği yönünde tartışmalar vardır. Hâkim görüş, birkaç kişiyi veya sadece sözleşmenin taraflarını etkileyen yeni bir durumu, olağanüstü olarak görmez. Neredeyse TBK m.138'deki "olağanüstü durum" ve "sosyal felaket" eş anlamlı olarak görülmektedir.[85] Olağanüstü olan ve geneli ilgilendiren durumlar ayrı şeylerdir. Bu çerçevede doktrinde değişikliğe neden olan olayın, toplumun tamamını etkilemesinin gerekmediği; bir olayın niteliği gereği başlı başına olağanüstü niteliğe sahip olabileceği de kabul edilmiştir.[86] Sonuç olarak bireysel ölçekli olayların da olağanüstü niteliğe sahip olması mümkündür. Zira olağanüstülük olayın niteliğine özgü bir durumdur ve genel olmasından farklı anlamlara gelmektedir.

---

[80] Doğan, Kira Tespiti, s. 541.

[81] Atamulu, s. 410.

[82] Yavuz/Acar/Özen, s. 626; Arat, s. 96 vd; Koller, s. 439; Schwenzer, s. 272.

[83] Yavuz/Acar/Özen, s. 626; Gauch/Schluep, s. 12, N. 1286; Arat, s. 96 vd; Atamulu, s. 411; Resuloğlu, s. 79 vd.

[84] Gürsoy, s. 106 vd.

[85] Burcuoğlu s. 62; Baysal, s. 229; Aksi görüş için açıklamalar bkz. Pak, s. 84-85.

[86] Kocayusufpaşaoğlu, s. 511-512; Baysal, s. 254 vd.

Kiracının işyerinin yanması, kiracının kiralananda tuttuğu hayvanların yanarak telef olması, kiracının boşanması, işletme ruhsatı alamaması bireysel gelişen olağanüstü durumlardır.[87] Bu sebeple doğru yaklaşım felaket olarak nitelendirilebilecek bir olayın şahısları ya da toplumsal etkisinin olup olmadığı yönünde incelemek yerine, edimler arasındaki dengeyi "önemli ölçüde" bozması, kaç kişiyi etkilediğine bakılmaksızın, olağanüstü nitelikte kabul edebilmektir.[88] Böylece olağanüstü ifadesi daha çok taraflardan en az birini beklenmedik şekilde (sürpriz) ve ağır nitelikte etkileyen olaylar olarak anlaşılmalıdır.[89] Olağanüstü değişiklik nedeniyle, edimin ifası imkânsız hale gelmemekte, ancak ifa güçlüğüne düşen taraf bakımından ifa ciddi ve ağır sonuçlar doğurmaya neden olmaktadır.[90]

Öte yandan, sonradan gerçekleşen değişiklik sözleşme dışı unsurlara ilişkin olmalıdır. Dış unsurlar, yabancı para borcunda yaşanan yüksek kur farkı,[91] enflasyon nedeniyle kira bedelindeki olağanüstü artış,[92] doğa olayları nedeniyle hasatın azalması şeklinde örneklerdir.[93] Sözleşmenin içeriğine dair unsurlardaki değişikliklerde, uyarlamaya ilişkin hükümler uygulanmaz. Burada uygulanacak hükümler, ifa imkansızlığı (TBK m. 136) veya borcun ifa edilmemesi (TBK m. 136) ilişkin düzenlemelerdir.[94]

Aşırı ifa güçlüğünün varlığı için değişikliğin öngörülemez ve olağanüstü niteliğinin bir arada gerçekleşmesi gerekir. Öngörülemezlik kriteri, tarafların sözleşmeyi yaptıkları sırada var olan koşullarda göze aldığı risklerin dışındaki değişikliklerle aslında bağlı olmaması fikrine dayanmaktadır. Çünkü tarafların sözleşmeyi kurduğu sıradaki var olan şartların ortadan kalkması bağlılığın da aynı koşulda beklenmesine engel olur.[95] Ne var ki, borç ilişkilerinde tarafların sözleşmeyle bağlı olması esastır (Ahde vefa- Pacta sund servenda). Sözleşme kurulduktan sonra mevcut koşullarda, edimin yerine getirilmesine bağlı

[87] Yavuz/Acar/Özen, s. 625-626; Topuz, s. 268-269.

[88] Özyakışır, s. 239; Atamulu, s. 41

[89] Yavuz/Acar/Özen, s. 626; Serozan, s. 103.

[90] Atamulu, s. 411.

[91] YHGK, T. 12.11.2014, E. 2014/13-1614, K. 2014/900; Y. 13. HD, T. 13.06.2014, E.2013/16898, K. 2014/18895 (www.lexpera.com).

[92] Y. 3. HD, T. 15.02.2017, E. 2017/1407, K. 207/1427 (www.lexpera.com).

[93] Y. 3. HD, T. 11.11.2009, E. 2009/14-456, K. 2009/496; YHGK, T. 27.01.2010, E. 2010/14-14, K. 2010/15 (www.lexpera.com).

[94] Özyakışır, s. 238.

[95] Schwenzer, s. 272; Resuloğlu, s. 32-33.

kalınmalıdır. Ancak sonradan mevcut şartların önemli ölçüde ve başlangıçta öngörülemeyecek şekilde değişmesiyle, edim ve karşı edim dengesi alt üst olmuşken, yine de aynen ifayı beklemek dürüstlük kuralı (TMK m. 2/1) ile bağdaşmaz.[96] TBK m. 138'e göre sözleşme dengesini bozan bu gelişmenin öngörülemez olduğunu iddia ve ispat etmek gereklidir. Bununla birlikte sözleşme yapıldığı anda mevcut olan olağanüstü durum uyarlama imkanını vermez. Hatta bu durumu sözleşme taraflarının bilmiyor oluşu da uyarlama imkanı vermez. Bu durumlarda şartları sağladığı takdirde TBK m. 32 çerçevesinde sözleşmenin iptalini veya TBK m. 331 gereğince kira hukukuna özgü önemli sebeplerle sözleşmenin feshini gerektirebilir.[97] Öngörülemezlik, "olağanüstü durum" ve "olağanüstü durumun sonucu" na ilişkin olmalıdır. Şayet kira sözleşmesinde yeni gelişen olağanüstü durum ve durumun sonucu öngörülememiş ve öngörülmesi de kendilerinden beklenemiyorsa işlem temelinin çökmesine sebebiyet verecektir.[98]

Öngörü bir işin ilerisini kestirme ve ona uygun davranıp önlem alabilme olarak ifade edilebilir. Ancak kanun koyucu TBK m. 138'de taraflarca öngörülmeyen değişiklikler değil, öngörülmesi beklenmeyen

[96] Gümüş, s. 888; Özyakışır, s. 232; Koller, s. 438-439; "BGE 4C 49/2004 v. 30.3.2004, e. 2.2, X A AŞ'nin yönetim kurulu üyesi ve 100000 İsviçre Frangı blok hisseye sahiptir. A AŞ'nin kalan hisselerini elinde bulunduran B AŞ'nin yönetimi ile altmış yaşına ulaşır ulaşmaz hisselerini nominal değerden satın alacağı konusunda anlaşır. X 60. doğum gününü kutladığında ve A AŞ'deki hisselerini B AŞ'ye satmak istediğinde B AŞ. Hisselerin bugün artık hiçbir değeri olmadığını ve B AŞ'nin pratikte değersiz olan hisseleri 100000. İsviçre Frangından alınmasının makul beklenilemeyeceğini ileri sürer. Ancak mahkeme B'nin iddiasını haklı bulmaz. Zira hisse fiyatlarındaki dalgalanmalar prensipte her zaman öngörülebilir ve bir düzeltme maddesi ile riskten korunabilir. Bu nedenle A AŞ'nin hisselerinin değerindeki değişiklik, A AŞ'nin hisselerinin değerindeki değişiklik, A AŞ'nin 100 hissesi için satış sözleşmesinin uyarlanmasını haklı çıkaran bir neden değildir. BGE 127 III 300 kararında Federal Yüksek Mahkeme, bina kiralama mülklerinin daha sonra rezerv bölgeye tahsis edilmesinin öngörülebilir olup olmadığı üzerine hüküm vermiştir. Daha önce büyük bir projenin inşası amacıyla imar hakkı bulunan arsalar için kısmi imar yönetmelikleri çıkarılmıştır. Federal Yüksek Mahkeme, yasal durumdaki değişikliklerin genellikle öngörülebilir olmasına rağmen, yasadaki değişikliğin öngörülebilir olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme görüşünü, inşaat projesi kapsamında alınan planlama tedbirlerinin söz konusu araziyi imara açmayı değil, büyük bir projenin gerçekleştirilmesi ve bir uydu kent inşa edilesi için gerekli koşulları yaratmayı amaçladığı gerçeğine dayandırmıştır. Söz konusu arsalar için daha önceki kısmi imar yönetmelikleri temelinde kararlaştırılan bina kira oranları mahkeme tarafından yeni duruma uyarlanmıştır." Karar için bkz. Furrer/Müller-Chen, s. 132-133; Gauch/Schluep, s. 12, N. 1298-1299; Aydın, s. 55; Resuloğlu, s. 89.

[97] Kocayusufpaşaoğlu, s. 511; Serozan, s. 197; Yavuz Acar/Özen, s. 625; Baysal, s. 181.

[98] Yavuz/Acar/Özen, s. 627; Furrer/Müller-Chen, s. 133; Arat, s. 105; Baysal, s. 161-163; Schwenzer, s. 272.

durum değişikliklerini aramaktadır. Öngörülmesi beklenmeyen fakat taraflarca öngörülen durum değişikleri uyarlama davasına konu olmaz. Zira ileride ortaya çıkması muhtemel riskin öngörülmesi, onun doğuracağı riskin de üstlenildiğini anlamına gelir.[99] Çünkü nihayetinde olağanüstü durum öngörüldüğü için, öngörülmemesi ve öngörülmesinin beklenmeyen nitelikte olması koşullarının toptan aranıyor olması nedeniyle uyarlama talep edilemez.[100] Uyarlama davalarında aranan öngörülebilir olma unsuru iki konuya ilişkindir. Mağduriyet yaratacak gelişmenin oluşabileceğine dair öngörünün yanında, bu gelişmelerin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine etkisi noktasında öngörünün varlığı aranmaktadır.

Öngörülebilirliği tespiti bakımından dürüstlük kuralı hareket noktasıdır. Sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olan şartlarda, makul bir özene sahip kişinin öngörebileceği veya öngörmesi beklenen durumlar uyarma davasına vücut vermez. Ancak her ne kadar makul bir kişiye ait objektif öngörülebilirlik uyarlama davası bakımından uygulama kriteri olarak konulmuş olsa da tarafların özellikleri de tamamen göz ardı edilip dışlanmaz.[101] Uyarlama talep eden tarafın özel durumları sebebiyle daha fazla bilgi sahibi olma imkânı varsa ve öngörebilme hali sübjektif açıdan gerçekleşebiliyorsa öngörebilme yeterli kabul edilir. Objektif öngörülebilirlik, somut durumlarda sübjektif öngörülebilirliği dışlamadan incelenmektedir.[102]

Öngörülebilirlik ölçütü çerçevesinde, ticaret hukukundaki basiretli davranma ilkesi nedeniyle tacirlerin işlem temelini çökerten gelişmeleri öngörememe savunması irdelenmelidir.[103] Kural olarak öngörme kriteri, dürüst ve makul, orta zekâlı varsayımsal bir kişinin (bonus pater familias) dikkate alınması ile belirlenir. Bu sebeple öngörülebilirlik ölçütünde tacirler açısından daha sıkı bir özen değerlendirmesi gerekir. Zira kira bedelinin yabancı para üzerinden kararlaştırılması halinde, Türk Lirasının değer kaybedeceğini basiretli tacirin öngörmesinin gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Çoğunlukla tacirden her şeyi öngörmesi beklenmemektedir. Yargıtay bu noktada, "aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özen"i aramaktadır. Bu ölçüt büyük ölçek ve küçük ölçekteki

[99] Atamulu, s. 414.

[100] Özyakışır, s. 109.

[101] Yavuz/Acar/Özen, s. 627; Resuloğlu, s. 88.

[102] Yavuz/Acar/Özen, s. 627; Gümüş, s. 888; Topuz, s. 107.

[103] Bingöl, s. 527-548; Pak, s. 88.

işletmeleri ayırmadığı için eleştirilmekte ve yetersiz bulunmaktadır. Zira aynı ticaret dalında büyük ölçekte ve küçük ölçekte işler yapan tacirlerin özen yükümlülüğü arasında fark bulunmalıdır.[104] Tacirin beklenen öngörü düzeyi, onun mesleki tecrübesi şüphesiz ki tüketiciden veya esnaftan daha ağır kabul edileceği için, uyarlama taleplerine karşı çok daha katı yaklaşılacaktır.[105] Burada esas alınacak kriter "aynı durumda bulunan makul bir tacirden beklenen özen" olmalıdır.[106]

Öte yandan sözleşmede yer almış olan olumlu veya olumsuz uyarlama kayıtlarının var olması da sonradan ortaya çıkabilecek değişikliklerin öngörüldüğünü göstermektedir. Uygulamada taraflar, sözleşmenin sonradan değişeceğini öngörmeleri nedeniyle bu kayıtları koymaktadırlar. Doktrinde sözleşmede kararlaştırılan altın, döviz, eşyaya ilişkin değer kayıtları ve kira bedeli artış kaydını olumlu uyarlama kaydı olarak kabul etmektedir.[107] Olumsuz uyarlama kaydı ise, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını yasaklayan bir hükmün konulmuş olmasıdır. Yargıtay kararında, olumsuz uyarlama kaydının var olması durumunda, sözleşmenin aynen uyarlanması talebini reddetmektedir.[108] Ancak uyarlama kaydına rağmen, edimler arasında aşırı oransızlık varsa, değişen koşullara göre sözleşmenin uyarlanması gerekir.[109] Burada da aslında bu kaydın uyarlanmasından bahsedilmektedir. Bu durumda beklenmeyen aşırı etkilerin doğduğu durumlarda, sözleşmedeki kayıt uyarlamaya engel değildir. Doktrin ve yargı kararları da bu aşırı etkinin öngörülemezlik kriterini ve uyarlamanın şartlarını oluşturduğunu kabul etmektedir.[110]

TBK m. 138 sözleşme kurulduktan sonra olağanüstü değişikliğin olmasını aramaktadır. Fakat doktrinde olağanüstü değişiklik kriteri eleştiriye neden

[104] YHGK, T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599; YHGK, T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340 (www.lexpera.com).

[Ö]zyakışır, s. 242; Baysal, s. 187.

[105] Yeniocak, s. 157; Gümüş, s. 78; Pak, s. 89.

[106] Aynı yönde Özyakışır, s. 243; Baysal, s. 187-189.

[107] Arat, s. 143; Gümüş, 2012, s. 89.

[108] YHGK, E. 2003/13-332, K. 2003/340, T. 07.05.2003; bkz. Özyakışır, s. 241.

[109] Özyakışır, s. 241.

[110] Özyakışır, s. 241; Burcuoğlu, s. 63-71; Arat, s. 106; Aynı yönde YHGK, T. 07.05.2003, E. 2003/13-332; K. 2003/240; YHGK, T. 15.10.2003, E. 2003/13-599; Y. 3. HD, T. 15.02.2017, E. 2017/1407, K. 2017/1427; Y. 3. HD, T. 20. 12. 2012, E. 2012/22344, K. 2012/26304; Y. 6. HD, T. 19.01.2016, E. 2015/859, K. 2016/96 (www.lexpera.com).

olmuştur. Ancak olağanüstü gelişmenin dar yorumlanmaması, beklenmeyen ve uyarlama talep eden tarafı ciddi ölçüde etkileyen sebeplerin, uyarlamaya imkân vermesinin kabulü amaca daha uygundur.[111]

2. Olağanüstü Durumun Uyarlama İsteyen Taraftan Kaynaklanmamış Olması

Sözleşme kurulduktan sonra gelişebilecek durum değişikliği, uyarlama talep eden taraftan kaynaklanmamalıdır. Bu durumda uyarlama talep edene kusur izafe edilmemeli; uyarlama talep eden olağanüstü duruma sebebiyet verme açısından kusurlu bulunmamalıdır.[112] Hatta uyarlama isteyen taraftan kaynaklanmama şartını, talep eden kimsenin olağanüstü durumdan sorumlu tutulamaması olarak anlamlandırmak isabetli olacaktır. Çünkü bu kapsamda olağanüstü durumun gerçekleşmesinde borçlunun sorumluluğu ve olağanüstü durumun gerçekleşmesinde etkisi olacağı gibi, olağanüstü durum kendiliğinden gerçekleşse de yine sorumlu tutulabilir.[113] İlkinde, uyarlama talep eden kişinin olağanüstü durumun gerçekleşmesinde etkisi vardır, zira duruma doğrudan sebebiyet vermiştir. Örneğin fabrikanın yanmasında kiracının gerekli tedbirleri almaması etkiliyse, artık uyarlama talep edilmesi söz konusu olmaz. Bu çerçevede borçlunun temerrüdü ise, tek başına uyarlama davasına engel teşkil etmez. Ancak borçlu temerrüde düşmüş sonra olağanüstü durum ortaya çıkmışsa uyarlama talep edilemez, sonuçta borçlu zamanında ifa etseydi olağanüstü durumdan etkilenmeyecek olmasından dolayı borçlunun sorumluluğu söz konusu olacaktır.[114] Zira borçlu aşırı ifa güçlüğüne sebebiyet veren olayın ortaya çıkmasını zamanında engelleyecek önlemleri almamışsa, aşırı ifa güçlüğüne dayanamaz. Borçlu gerekli olan tedbirleri almayarak ifa güçlüğünün aşırı dereceye ulaşmasına sebebiyet vermişse, sonradan uyarlama talep edemez. Önlemin alınarak aşırı ifa güçlüğüne neden olacak olayın bertaraf edilip edilemeyeceği noktasında, borçlunun kabiliyetleri ve somut durumun özellikleri dürüstlük kuralı çerçevesinde tahlil edilir. Bu çerçevede borçlunun temerrüde düşmesi ise tek başına uyarlama davası açmak bakımından engel değildir.[115] Uyarlama talep eden taraftan kaynaklanma koşulu doktrinde iki durumda kabul edilmiştir. Yargıtay tarafından da

[111] Serozan, s. 265-266; Yavuz/Acar/Özen, s. 126; Yeniocak, s. 158.

[112] Yavuz/Acar/Özen, s. 628-629; Resuloğlu, s. 90 vd.

[113] Yavuz/Acar/Özen, s. 628-629.

[114] Yavuz/Acar/Özen, s. 137.

[115] Atamulu, s. 422.

benimsenmiş olan görüş gereğince, durum değişikliği uyarlama talep eden tarafın kusuru ile gerçekleşmemelidir.[116] Kusurlu olarak sebebiyet veren taraf, daha sonradan durum değişikliği nedeniyle uyarlama talep edemez. Bu görüş uyarlama davası açılması için kusuru değil, sorumluluğun varlığını aramaktadır. Sonuçta kusurun olmadığı fakat yine de sorumluluğun doğduğu kusursuz sorumluluk halleri düşünüldüğünde, TBK m. 66 adam çalıştıranın sorumluluğu, bina malikinin sorumluluğu vs. Uyarlama talebinin sebebiyet verdiği onun sorumluluk alanında olan bir durumdan kaynaklanıyorsa davayı açamayacağı kabul edilmelidir.[117]

3. İfanın Beklenilmezliği

Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen her durum değişikliği uyarlama davasına sebebiyet vermez. Bu durum değişikliğinin temelde ifa kabiliyetine etki etmesi beklenmektedir. Zira her hukuki işlem belli bir zamanda mevcut olan koşullara bağlı olarak yapılmakta ve sözleşmedeki edim dengesi de buna göre şekillenmektedir. Ancak işlemin temelini oluşturan bazı etmenler değişmişse, değişiklik dolayısıyla artık işlem temeli çökmüştür.[118] İşlem temelini çökerten, değişen durumlara rağmen sözleşmeye aynı şartlarla bağlı kalınmasını beklemek hakkaniyete aykırılık oluşturur. Sözleşme kurulurken kararlaştırılan edimin ifa edilmesini beklemek TMK m. 2'ye aykırılık teşkil etmelidir. Dürüstlük kuralı, her hakkın kullanımında genel bir denetim mekanizması olduğu için TBK m. 138'in uygulamasında önemli bir işlevi vardır ve bu çerçevede artık sözleşmenin ifasının beklenilmez hale gelmesinin araştırılması gerekmektedir.[119]

Uyarlama davası açabilmek için sonradan gelişen esaslı ve önemli değişiklik, işlemin temelinin çökmesine sebebiyet vermelidir. Bu tarz oluşabilecek değişiklikler ise, TBK m. 138 uyarınca yalnızca "aşırı ifa güçlüğü" ile sınırlı değil, edimin dengesinin bozulması ve hedeflenen amacın boşa çıkması gibi durumları da kapsar biçimde geniş anlaşılmalıdır.[120] Borçluyu ifaya zorlamak için koşulların esaslı ve önemli şekilde değişmesi

[116] Arat, s. 135 vd; YHGK, T. 12.11.2014, E. 2014/13-1614, K. 2014/900; YHGH, T. 27.012010, E. 2010/14-14, K. 2010/15; Y. 3. HD, T. 24.10. 1994, E. 1994/6791, K. 1994/9014, kararlar için ayrıca bkz. Özyakışır, s. 243.

[117] Özyakışır, s. 243; Baysal, s. 288 vd.

[118] Fürrer/Müller-Chen, s. 132; Yavuz/Acar/Özen, s. 629.

[119] Atamulu, s. 418; Resuloğlu, s. 94.

[120] Yavuz/Acar/Özen, s. 631.

gerekmektedir. Bu değişiklikler ifanın aşırı derecede güçleşmesine yol açabileceği gibi edimler arasındaki dengenin katlanılmaz oranda bozulması veya sözleşmeden beklenen menfaatin tamamen boşa çıkmasına da yol açabilir.[121]

Edim dengesinin bozulması, sözleşmenin kurulduğu sırada var olan dengenin olağanüstü durum sebebiyle bozulmasını ve ifanın eski haliyle yerine getirilmesinin taraflar bakımından beklenilmez olmasını ifade eder.[122] Zira sözleşme imzalandığında, taraflar az çok bir edim dengesi oluşturmaktadır. Edim dengesinin bozulmasının yükü bazen borçluya bazen ise alacaklıya isabet edebilir. Böylece TBK m. 138 hükmünün yalnızca borçlu bakımından değil, alacaklı bakımından uygulanabilmesi imkânı ortaya çıkar. Mesela kira sözleşmesine konu taşınmazın kentsel dönüşüm nedeniyle değerinin aşırı derecede artması karşısında, kira bedelinin düşük seyretmesi alacaklı aleyhine oluşan edim dengesizliğine örnek teşkil eder.[123] Benzer biçimde günümüz koşullarında artan kira fiyatlarına rağmen düşük kira bedelinin ödeniyor olması karşısında uyarlama davası talebi kiraya veren tarafından gerçekleşebilir.[124]

Hukuki işlem ile hedeflenen amacın boşa çıkması da uyarlamaya sebebiyet verir. Örneğin hastane yakınında tıbbi malzeme satışı yapan bir işletmenin kiraladığı işyerinin, hastanenin daha sonra başka bir binaya taşınması halinde, yakınlık hedefi boşa çıkmış olur.[125]

Aşırı ifa güçlüğü ifadesinden, genel olarak oluşan değişikliğin açık ve ağır olması anlaşılmalıdır.[126] Ama bu durum borçlunun yıkımını gerektirecek kadar da ağır anlaşılmamalıdır. Zira aşırı ifa güçlüğünde ifa imkansızlığı söz konusu değildir.[127] Halen edimin ifası mümkün olmakla birlikte, ifanın gerçekleşmesi için sözleşmenin kurulduğu sıradaki edime oranla çok daha fazlasının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme, somut durumdaki sözleşme taraflarının üzerindeki etkisinin objektif kriterlerle ele

[121] Yavuz/Acar/Özen, s. 631.

[122] Yavuz/Acar/Özen, s. 632; Pak, s. 93 vd.; Schwenzer, s. 272.

[123] Yavuz/Acar/Özen, s. 632; Baysal, s. 237 vd; Pak, s. 93 vd.

[124] Yavuz/Acar/Özen, s. 632.

[125] Yavuz/Acar/Özen, s. 632.

[126] Arat, s. 113; Atamulu, s. 418; ayrıntılı bilgi için bkz. Kurtulan, s. 193-248; Gülekli, s. 43-69.

[127] Topuz, s. 323, Atamulu, s. 418.

alınması ile yapılmalıdır.[128] Para verme borcunda daha fazla para borcu, iş görme borcunda ise daha fazla iş görme olarak anlaşılır. Bu aşırılık ve fazlalığın borçluyu sözleşme ilişkisinin uyarlanmasına veya sonlandırılmasına sevki gerekmektedir. Ancak borcun daha fazla biçimde ödenmesinin borçluyu ekonomik yıkıma uğratması olarak anlamamak gerekir[129]. Talepte bulunan tarafın maddi durumu veya genel olarak iflasa düşüp düşmeyeceği araştırılmaz; somut sözleşme kapsamındaki edim açısından yaşadığı ifa güçlüğü araştırılır. Örneğin durumdan etkilenen tarafın ekonomik gücünün yüksek olması ve dengenin değişmesi nedeniyle çok etkilenmemesi, onun aşırı ifa güçlüğü içinde olmadığı anlamına gelmez. Tam tersi durumda, ekonomik gücü zayıf birinin her değişiklikte aşırı ifa güçlüğüne düştüğü söylenemez.[130] Yeni gelişen durumun taraflardan biri için sözleşmeye aynı koşullarda devam etmeyi çekilmez kılması ağır edim yükümlülüğünün bir işaretidir. Son olarak aşırı ifa güçlüğü ifadesi görüldüğü üzere ifada bulunacak olana işaret ettiği için uyarlamayı talep edecek olan bu kavram kapsamında yalnızca borçludur.[131]

TBK m. 138 hükmü hem aşırı ifa güçlüğü başlığıyla hem de metninde uyarlama talebini sadece borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düştüğü hallerle sınırlı olarak düzenlemiş halidir. Fakat uyarlamaya ilişkin ihtiyaç, sadece aşırı ifa güçlüğü halinde değil, edimler arası dengenin bozulması ya da bir tarafın sözleşmeden beklentisinin tamamen boşa çıkması hallerinde de işlem temeli çökeceği için vardır. Bütün bu durumlarda da sözleşmenin uyarlanacağı kabul edilir.[132] Doktrinde uyarlama için aşırı ifa güçlüğüyle sınırlı Kanun hükmünde, örtülü bir kanun boşluğunun varlığından bahsedilmektedir.[133] Özellikle kira bedeli gibi para borçları bakımından edim dengesinin bozulması veya hedeflenen amacın boşa çıkmasına dayalı uyarlama da mümkün ve işlevseldir. Dolayısıyla TBK m. 138'deki aşırı ifa güçlüğü geniş yorumlanıp, diğer durumları da içine alır şekilde uygulama alanı bulması daha uygun düşer.[134] Yargıtay 13. HD. 'nin vermiş olduğu karara bakıldığında da benzer biçimde, olağanüstü durumlar sebebiyle edim dengesinin aşırı bozulmasını bir

[128] Akıncı, s. 189; Kaplan, s. 141; Atamulu, s. 418.

[129] Yavuz/Acar/Özen, s. 632.

[130] Atamulu, s. 418; Topuz, s. 323; Görmez, s. 165.

[131] Yavuz/Acar/Özen, s. 632; Baysal, s. 240-242.

[132] Yeniocak, s. 153; Ayrıca işlem temelinin çökmesi teorisinin özellikleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, s. 265 vd.

[133] Gümüş, s. 78.

[134] Yavuz/Acar/Özen, s. 633.

ifa güçlüğü olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Böylece yargı kararı vasıtasıyla maddenin uygulama alanı genişletilmiştir.[135] Zira aşırı ifa güçlüğü ifadesi, kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödemekte zorlanması durumunda uygun düşer. Çoğunlukla kira bedelinin döviz üzerinden belirlendiği sözleşmelerde ve dövizin fahiş bir biçimde arttığı dönemlerde aşırı ifa güçlüğü ile karşılaşırız. Benzer biçimde covid-19 döneminde karantina uygulamaları nedeniyle ya da ekonomik kriz dönemlerinde kiracılar ödeme güçlüğü yaşayabilirler.[136]

4. Edimin Henüz İfa Edilmemiş Olması veya İhtirazi Kayıtla İfası

Uyarlama davası kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesinin temelinde aşırı ifa güçlüğü yatmaktadır. Aşırı ifa güçlüğünün neticesi olarak da TBK m. 138'e başvurulabilmesinin bir şartı da borcun ifa edilmemesidir. Sonuçta edim ifa edilmişse, kural olarak ortada bir güçlüğün olmadığına işarettir. Çünkü ifa borcu sona erdirir ve artık borçlu bakımından sona eren bir borcun ifası güçleşmez.[137] Zira geçmişe dönük olarak uyarlama talebinin yapılması mümkün görülmemektedir. Bu durumda TBK m. 138 çerçevesinde edimin ifasıyla ilgili olarak iki ihtimalin gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan biri uyarlama talep eden tarafın, edimini henüz ifa etmemiş olmasıdır. İkincisi ise, ihtirazi kayıt koyarak ifada bulunmasıdır.[138] İhtirazi kayıt, kiracı bakımından kira bedelini öderken, kiraya veren açısından da ödemeyi kabul ederken karşı tarafa beyan ettiği ve uyarlama davasına yönelik talep hakkını saklı tutmuş olduğu irade beyanıdır. Bu beyana ilişkin geçerlilik şekli yoktur, bunun ispat açısından yazılı olarak yapılması faydalı olur. Ayrıca kiracının kira bedeli için yapacağı uyarlama talebi açısından ihtirazi kaydın her kira dönemi için ayrı ayrı olmasına gerek yoktur. Kiracı bu kaydın, ihtirazı kayıttan sonraki ödeyeceği tüm kira bedellerine yönelik yapıldığını belirterek, ödediği tüm kiraları kapsayacak biçimde konulmasını sağlar.[139] Yargıtay ise kiraya veren tarafından uzun süre itiraz edilmediği halde, geçmişe dönük beş yıllık kira farkı alacağını talep edebileceği yönünde karar vermiştir.[140]

TBK m. 138 hükmü uyarınca getirilmiş olan ifa edilmeme şartının kiracı

[135] Y. 13. HD, T. 19.11.1991, E. 7359/10563 (Yavuz/Acar/Özen, s. 632-633.)

[136] Yeniocak, s. 159.

[137] Atamulu, s. 419; Resuloğlu, s. 95.

[138] Özyakışır, s. 247; Burcuoğlu, s. 247.

[139] Yeniocak, s. 162; Gümüş, 2012, s. 334-335.

[140] YHGK, T. 06.04.2021, E. 2017/2836, K. 2021/436; Y. 3. HD, T. 15.10.2019, 1914/7955 (Yeniocak, s. 162).

bakımından doğuracağı sakıncaları göz ardı etmemek gerekir. Çünkü kira bedelinin ifa edilmemesi, kiracının temerrüde düşmesine ve TBK m. 352/II gereğince iki haklı ihtarla kira sözleşmesinin feshedilmesine sebep olur. Bu sebeple Kanunda uyarlama davası şartı olarak ihtirazi kayıtla ödeme yapılmasına yer verilmesi isabetli olmuştur. Çünkü ihtirazi kayıtsız ödeme tüm olumsuz şartlara rağmen uyarlama davasının açılmasına engel oluşturur. Zira bu şartlara rağmen kendi kaynaklarının dışında başka kaynaklardan borçlanmak suretiyle borcu ödeyen borçlunun uyarlama kapsamı dışında kalması da doktrinde eleştirilmiştir.[141] Yargıtay'ın da ihtirazi kaydın konulmamış olmasının uyarlama davasının reddini gerektirmez yönünde kararı da mevcuttur.[142] Karara göre kira borcunun dönemsel olarak ifa edilen bir borç olması nedeniyle, kiracının aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutmadan ifada bulunmuş olması, uyarlama davası açmasına engel olmaz. Buradaki yaklaşım yine kira bedelinin dönemsel olması nedeniyle daha sonraki zaman diliminde aşırı ifa güçlüğü yaşanabileceği ve sonraki aylar için uyarlama davasının şartlarının gerçekleşebileceği yönünde anlaşılmalıdır. Zira peşin ödenen kira bedelleri bakımından, sonradan yaşanan öngörülemeyecek gelişmelere yönelik ihtirazi kayıt şartının konulması beklemek normun amacına uygun düşmez. TBK m. 138 hükmünün ifadesinden doğrudan yorumla ihtirazi kayıt şartını aramak ve kiracıdan ihtirazi kayıt koyarak ödemesini beklemek, TBK m. 138 hükmünün doğasına aykırıdır. Öngörülemeyecek bir durumun gerçekleşmesi şartına bağlı bir hükümle, önceden ihtirazi kaydın konulması tezat oluşturacaktır. Bu sebeple kiracı kira bedelini ileriye dönük peşin ödediğinde ihtirazi kayıt koymadan ödeme yapıp, sonradan uyarlama şartlarının oluşması nedeniyle uyarlama talebinde bulunabilir. Böylece uyarlama davası ile kiracı peşin ödemenin fazla olan kısmının iadesini talep edebilir.[143]

Öte yandan kira bedelinin kısmi olarak ifa edilmesi halinde ise, ancak ödenmemiş kısım için uyarlama davası açılabilir. Onun dışında ödenen kısım için yine uyarlama davası açılması söz konusu değildir. Fakat bu ödeme ihtirazi kayıtla yapılmış ise, bunun davanın açılmasına engel olmayacağı

[141] Yeniocak, s. 161 vd.; Baysal, s. 351; Kırca, s. 90-91.

[142] Y. 3. HD, T. 24.01.2019, E. 2018/7863, K. 2019/534, "*Mahkemece bozma gereği bilirkişi incelemesi yapılmamış, davacı kiracının borcunu aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak ödeme yapmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kira borcu dönemsel olarak ifa edilen borçlardan olup, tek seferde ifa ile borç sona ermemektedir. Davacı kiracının aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutmadan ödeme yapmış olması uyarlama davası açma hakkını engellemez"*, Karar için bkz. Yeniocak, s. 163).

[143] Yeniocak, s. 164; Gümüş, 2012, s. 335-336; Bellican, s. 52.

Kanun hükmünde açıkça ifade edilmiştir.[144]

5. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Değişikliğin Gerçekleşmesi

Öngörülemez değişiklik kira sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleşmelidir. Ancak bu durumda borçlunun temerrüde düştüğü hallerde temerrüt sonrası olağanüstü gelişmelerin yaşanması kural olarak genel kabulde değişikliğe neden olmayacak yani, uyarlama talep edilemeyecektir. Zira TBK m. 119 hükmü kapsamında risk borçluya yüklenmiştir.[145] Örneğin yabancı para birimindeki artış, borçlunun temerrüdünden sonra gerçekleşmesi halinde, borcu ödeseydi bu durumundan etkilenmeyeceği gerekçesiyle, rizikoyu borçlunun üstlenmesi makul bir yaklaşım olacaktır.[146]

Kiracının, uyarlama koşullarının oluşmasından sonra kira borcunu ödeyememesi ve temerrüde düşmesi ise, uyarlama talebinde bulunmasına engel teşkil etmez.[147] Bununla birlikte kiraya verenlerin, kira bedelindeki değer kaybı nedeniyle uyarlama talebi, TBK m. 138 hükmünde "aşırı ifa güçlüğü" ile gerekçelendirilemez. Bu durum bakımından TBK m. 138 hükmü, kira ilişkilerinde edimler arası dengenin katlanılmayacak ölçüde bozulması olarak görülmelidir.[148]

TBK m. 138'in uygulanmasını gerektiren bir diğer durum da sözleşmeden beklenen menfaatin boşa çıkmasıdır. İş yerine yakın olmak niyetiyle kiralamış olduğu konutu, kısa süre içinde iş yerinin taşınması halinde kiracının elde etmek istediği menfaatin boşa çıktığını söyleyebiliriz.[149]

Gelişen bu sebeplerle birlikte, ortaya çıkmış olan durumlar açısından her bir somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Bu somut olaylarda uyarlama talep eden taraf bakımından, bu haliyle sözleşmenin uygulanmasını beklemek dürüstlük kuralına aykırıdır. Zira söz konusu kişi sözleşme kapsamında gereksiz bir yükün altına sokulmaktadır. Hâkim tarafların varsayımsal iradelerini dikkate alacak ve sözleşmenin kurulduğu zamanki dengenin tespiti ile birlikte, gelinen noktada bozulan

[144] Özyakışır, s. 248; Aydın, s. 58; Arat, s. 123.

[145] Yeniocak, s. 158; İnceoğlu, s. 173.

[146] Yeniocak, s. 158.

[147] Yeniocak, s. 158; İnceoğlu, s. 173.

[148] Yeniocak, s. 159.

[149] Yeniocak, s. 159.

dengeyi yeniden kurmak şeklinde hükmü uygulanır.[150]

6. Sözleşmenin "Uzun Süreli" Olması

Kira sözleşmeleri bakımından uyarlama davasının kabul edilmesi noktasında, Yargıtay tespit davasına oranla çok daha kısıtlayıcı yaklaşmıştır. Yüksek Mahkeme bilhassa kira uyarlama davasının açılabilmesi için "uzun süreli" bir kira sözleşmesi görüşünü benimsemektedir. Uzun süre ölçütü kararda, "Uyarlama daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur" ifadesinden anlaşılıyor olsa da uzun süreden ne anlaşılacağı ve ne kadar bir sürenin esas alınacağı da belirsiz kalmıştır. Bununla birlikte YHGK 2002 yılında verdiği bir kararında bir yıllık kira sözleşmesi bakımından dahi uyarlama davası açılabileceğini kabul etmiştir.[151]

Esasında uyarlama davasının kaynağını oluşturan TBK m. 138 hükmünde, süreye ilişkin bir kriter söz konusu değildir. Zaten aranan olağanüstü gelişmenin sözleşme ilişkisi içerisinde herhangi bir zaman diliminde gerçekleşmesi muhtemeldir ve bunun belirli bir süreye yayılmasına ihtiyaç yoktur. Elbette sözleşme süresi uzadığında özellikle ekonomik gerekçelerle başvurulacak uyarlama davalarının gündeme gelmesi çok daha olasıdır. Ama az önce de belirtildiği gibi bunun sözleşmenin kurulmasının üzerinden kısa bir süre geçtikten sonra da gerçekleşmeyeceğini ileri sürmek mümkün değildir. Uzun süreli olma kriterinin aranması, sözleşme ilişkisi içerisinde cereyan edecek beklenmedik gelişmenin dışında bir ek kriter getirmek demek olacaktır ki, bu da doktrinde eleştirilmiştir. Önemli olan her ne sürede olursa olsun ortaya çıkan beklenmedik gelişmedir. Uyarlama davası bakımında uygulama alanını uzun süreli sözleşmelerle sınırlamak kanaatimizce de yerinde değildir. Aksinin kabulü uyarlama davasının uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları kapsamayan

[150] Yeniocak, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, s. 632; Kırca, s. 63-65; İnceoğlu, s. 161; Arat, s. 114-115; Topuz, s. 249; Bellican, s. 38.

[151] YHGK, T. 26.02.2014, E. 2013/3-333, K. 2014/154, Bkz. karar için, Yeniocak, s. 164-165; farklı görüş, Zevkliler/Gökyayla, s. 234, "Yargıtay tarafından benimsenen esaslar dikkate alındığında, taraflarca kararlaştırılan kira parasının, işlem temeline bağlı olarak yeniden günün koşullarına uyarlanabilmesi için, 1. Uzun süreli bir sözleşmenin olması; 2.Hal ve şartlarda olağanüstü ve önceden öngörülmeyen değişiklikler olması; 3.Bu değişikliklerin objektif nitelik taşıması; 4. Oluşan olağanüstü koşullar altında kira ilişkisinin devamının katlanılmaz hale gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle kısa süreli, örneğin bir yıl süreli kira sözleşmelerinde kural olarak uyarlama yoluna gitme olanağı yoktur. Böyle kısa süreli sözleşmelerde, kiraya verenin, aşağıdaki başlık altında ele alacağımız gibi gelecek her yıl için kira parasının artırılmasını isteme hakkı vardır. O halde kısa süreli kira sözleşmelerinde, dönem sonuna dek taraflarca kararlaştırılan kira parası geçerli olacaktır.", Y. 13. HD, T. 21.11.1991, E. 8374/10619, Karar için bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 234, dn. 136.

bir dava olmasına sebebiyet verir.[152]

7. Sözleşme Tarafının Uyarlama Hakkından Feragat Etmemiş Olması

Taraflar sözleşmede işlem temelinin çökmesi ihtimaline dayanarak uyarlamaya ilişkin kayıtlara yer verebilirler. Sözü edilen kayıtlar uyarlama imkanına (olumlu) ilişkin olabileceği gibi, uyarlama hakkından feragati içeren (olumsuz) kayıtlar olabilir.[153] Şayet bu tür bir kayıt ile taraflardan biri ya da her ikisi, işlem temelinin çökmesi durumunda uyarlama hakkından feragat ederler. Böyle bir kaydın varlığı durumuna rağmen taraflardan biri yine de uyarlama talep edecek olursa, hâkimi feragat kaydı bağlar ve sözleşme değişen koşullara rağmen başlangıçtaki gibi ayakta kalmaya devam eder. Olumsuz uyarlama kaydının geçerliliği, sadece TMK m. 2/II ve 23 hükümlerine uygunluğuna bağlıdır.[154] Aksi takdirde bu hükümlerin denetiminden geçemezse, geçerliliklerinden bahsetmek söz konusu değildir.[155]

D. Davanın Tarafları

Maddi hukuk açısından bakıldığında, davanın konusunu teşkil eden hakkın birden fazla kişiye ait olması veya birden fazla kişiye karşı ileri sürülebilmesi ya da hukuki ilişkinin taraflarında birden fazla kişinin yer alması mümkündür. Ancak bir davada sadece iki tarafın var olması, kira uyarlama davası bakımından ise kiracı ve kiraya veren tarafları arasında davanın görülmesi gerekir. Bununla birlikte davanın iki tarafından birinde yahut her ikisinde, birden fazla kişinin yer alması da mümkündür. Davanın taraflarında birden fazla kişinin yer alması durumu "dava arkadaşlığı" olarak ifade edilir.[156] Kanun koyucu dava arkadaşlığının iki türünü düzenlemiştir. Mecburi dava arkadaşlığı Hukuk Muhakemeleri Kanun'u (HMK m. 59-60) ve ihtiyari dava arkadaşlığı (HMK m. 57-58). Mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukukun bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılmasını veya birden fazla kişiye karşı kullanılması zorunlu kıldığı durumlarda bu hak dava konusu yapıldığında olur.[157] Mecburi dava arkadaşlığı iki şekilde ortaya çıkar. Birincisi borç veya

[152] İnceoğlu, s. 172; Yeniocak, s. 164-165; Baysal, s. 275-276; Gümüş, 2012, s. 381.

[153] Yavuz/Acar/Özen, s. 634; Baysal, s. 302-305.

[154] Yavuz/Acar/Özen, s. 634; Baysal, s. 305.

[155] Yavuz/Acar/Özen, s. 634; Baysal, s. 305.

[156] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 233-234; Pekcanıtez, s. 686.

[157] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 235-236; Pekcanıtez, s. 702-703; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/

hak üzerinde kanunun açık hükmü veya taraflar arasındaki sözleşme sebebiyle birlikte hareket etme zorunluluğu vardır. İkincisi ise maddi hukuk açısından hak veya borcun bölünemez olması sebebiyle mecburi dava arkadaşlığı ortaya çıkar.[158] Bu bağlamda kira sözleşmesinde birden fazla kiraya veren veya kiracının varlığında uyarlama davası mecburi dava arkadaşlığı gerektirir.[159] İhtiyari dava arkadaşlığında ise dava konusu hak veya hukuki ilişki açısından birden fazla kişi arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alındığında kanun koyucu dava arkadaşlığını mümkün bulmuştur[160]. Örneğin kira sözleşmesinde kira alacağının tahsili için birden fazla kiraya veren birlikte ihtiyari olarak kiracıya karşı dava açabilirler.[161]

Uyarlamayı talep hakkı, TBK m. 138 hükmünün ifadesinden yalnızca borçluya tanınmış gibi gözükmektedir. Aşırı ifa güçlüğü borçlu olan taraf için gerçekleşecektir. Zira bu yorum "aşırı ifa güçlüğü" ifadesinin kullanımı nedeniyle mantığa uygun görünse de ifadenin geniş ele alınması gerekliliği nedeniyle şayet edim dengesinin bozulmasının uyarlama sebebi olarak kabulü halinde, alacaklının uyarlama talebinde bulunabilmesi yorumu daha yerinde görülmelidir.[162] Bu çerçevede TBK m. 138 "sözleşmenin uyarlanması" diyerek geniş yorumladığı sonucu çıkarılmalıdır. Sadece para borçlarına özgü bir uyarlama yerine geniş kapsamlı olarak uyarlamanın uygulanabilmesi isabetlidir. Oysaki 818 sayılı BK döneminde kira bedelinin uyarlanması talebi bazen kiracı bazen de kiraya veren yararına kabul edilmiştir.[163]

1. Kiraya Veren Bakımından Uyarlama Talebi

Uyarlama davasının kiraya veren tarafından açılması, günümüzde de yaşandığı üzere kira bedellerinin emsalleri karşısında çok değer kaybettiği durumlarda gündeme gelecektir. Zira ekonomik krizin bir sonucu, yüksek enflasyon ve fiyat istikrarsızlığı en belirgin sonucunu kira bedellerinde göstermiştir. Bu sebeple günümüzde kiraya verenler, TBK m. 344/III

Hanağası, s. 569.

[158] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 236-237; Pekcanıtez, s. 702.

[159] Tahliye talebi bakımından bkz. Y. 8. HD, T. 24. 10. 2018, E. 2017/16272, K. 2018/17852 (www.lexpera.com); Y. 6. HD, T. 16.12.2015, E. 2015/1159, K. 2015/11102 (www.lexpera.com).

[160] Atalı/Ermenek/Erdoğan, 241.

[161] 6. HD, T. 11.03.2014, 9572/2815, Karar için bkz. Pekcanıtez, s. 691.

[162] Yavuz/Acar/Özen, s. 634.

[163] Yavuz/Acar/Özen, s. 635.

hükmünce beş yılık süre şartının varlığı nedeniyle uyarlama davası açmayı tercih etmektedir. Burada kiraya verenin sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan, öngörülemez gelişmeler sebebiyle işlem temelinin çöktüğünü iddia ve ispatı karar aranır.[164] Ancak belirtmek gerekir TBK m. 138 hükmü şartları oldukça ağır ve Yargıtay'ın yaklaşımı katıdır. Y. HGK. "*Sözleşmenin uyarlanabilmesi için şu koşulların varlığı aranmaktadır. Öngörülmez bir dış olayın sebep olması gerekir. Söz konusu olay, kişisel olmamalıdır. Diğer taraftan bu olay öngörülemez olmalı ve sözleşmenin dengesini, müdahale talep eden tarafın kusurundan kaynaklanmaksızın bozmuş olmalıdır. Öngörülemez olaylar, taraflar arasındaki dengeyi bozmalıdır. Son olarak ise objektif olarak katlanılması beklenebilecek rizikonun aşılmış olması gerekir. Somut olayda da davacı kendi özgür iradesi ile TL üzerinden ve kredi faizi ödemek suretiyle konut kredisi kullanabilecekken, JPY üzerinden kredi kullanmış, döviz artışlarının başlamasına kadar yaklaşık üç buçuk yıl sözleşmeyi benimseyerek taksitlerini ödemiştir. Davacı döviz üzerinden on yıl vadeyle kredi kullanırken JPY"de değer azalması söz konusu olduğunda TL karşılığı ödemelerinde de azalma olabileceğini değerlendirerek tercih hakkını kullandığı gibi, günümüz ülke koşullarında ilerleyen yıllarda dövizde ödeme güçlüğü doğuracak dalgalanmalarla karşılaşabileceğini de öngörebilir durumdadır".*[165]

2. Kiracının Uyarlama Talebinde Bulunması

Uyarlama davasına yönelik talebin kiracı tarafından yapılması TBK m. 138 hükmünde aramış olduğu aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıktığı durumlar bakımından oldukça yaygındır. Bu çerçevede kira bedelinin yabancı para birimiyle ödendiği sözleşmeler, ekonomik kriz ve deprem ve benzeri afetler ya da covid 19 döneminde yaşandığı gibi karantina uygulamaları nedeniyle yaşanan mağduriyetlerde kiracı bakımından ödeme güçlüğü ortadadır. Özellikle iş yeri kiraları bakımından sayılan bu dönemler bakımından işyerinin faaliyetine devam etmesinin kesintiye uğraması nedeniyle de uyarlama talebinde bulunabilir.[166]

E. Kira Sözleşmesinin Uyarlanmasında Arabuluculuk

Kira sözleşmesinin uyarlanması bakımından başlatılan hukuki süreç arabuluculuk yöntemiyle de çözümlenebilir. İcra İflas Kanunu ile Bazı

[164] Yeniocak, s. 171.

[165] YHGK, T. 14.09.2021, E. 2017/ 2308, K. 2021/994, Kararlar için Bkz. Yeniocak, s. 171.

[166] Yüksekdağ, s. 157 vd.

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 05.04.2023 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanması üzerine 1 Eylül 2023 yürürlük tarihi olmak üzere dava şartı olan uyuşmazlıklara "Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar." Eklenmiştir.[167] Ancak kiralanan taşınmazların İcra ve İflas Kanunu'na göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olmayacaktır. İcra mahkemesine yapılacak itirazın kaldırılması talepleri ile tahliye talepleri dava şartı arabuluculuğa tabi değildir. Fakat söz konusu usulde sulh mahkemesinde dava açılması gerektiğinde dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır. HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenlemenin 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra konusu para olan ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulacak iki ayrı dava şartı süreci söz konusudur. Tacirler bakımından dava şartı arabuluculuğa başvurulması ilk olarak TTK m. 5/A hükmünün geniş yorumlanmasıyla özellikle davanın reddi riski ile karşı karşıya kalmamak için kabul edilmektedir. Diğeri ise HUAK m. 18/B/1a'da düzenlenen dava şartı arabuluculuk sürecidir. TTK m. 5/A kapsamında kira sözleşmesinin dava şartı arabuluculuğa konu olabilmesi için kira sözleşmesinin her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir. HUAK m. 18/B/1/a'daki düzenleme ise ticari dava, tüketici dava vb. ayırımı olmaksızın tüm kira uyuşmazlıklarında uygulanacaktır.[168]

F. Görev ve Yetki

1. Görev

Kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme HMK m. 4/I-c hükmü çerçevesinde belirlenmiştir. Hüküm uyarınca, kira ilişkisinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları konu alan davalarda, sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Dava konusunun değer miktarına bakılmaksızın, davanın konusu bakımından sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Ayrıca göreve ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olduğu için taraflarca da görevli mahkeme belirlenemez.[169]

2. Yetki

6100 Sayılı Kanun'da yetkiye ilişkin genel ve özel yetki kuralları kabul edilmiştir. Kural olarak bütün davalar, genel yetkili mahkemede açılabilir.

[167] 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 05.04.2023/32154.

[168] Çelik/Doğu, s. 846 vd; Yüksekdağ, s. 184-186.

[169] Özyakışır, s. 229.

HMK m. 6/I'e göre, "Genel Yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yeri mahkemesidir". Genel yetki kuralları dışında kira uyarlama davaları bakımından özel yetki kuralları da uygulanabilir. Kanun koyucu HMK m. 10'da "Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde açılabilir" demek suretiyle özel yetki kuralı öngörmüştür.[170]

Ayrıca taraflar yetki anlaşması yaparak da yetkili mahkemeyi belirleyebilirler. Fakat 6100 sayılı Kanun'da sadece tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olduğu yetki sözleşmeleri geçerli kabul edilmiştir. Bu sebeple sözleşmenin "ticari iş" niteliğinde olması ya da tarafların tacir olmayıp "tacir gibi sorumlu olan kişiler" kategorisinde olduğu hallerde yapılan yetki anlaşması geçersiz olacaktır.[171]

G. Uyarlamanın Hüküm ve Sonuçları

Uyarlama hakkının kullanılabilmesi için doktrinde kabul edilen görüş gereğince, aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafın, öncelikle sözleşmenin diğer yanını müzakereye çağırması gerektiğini savunmaktadır. Taraflar ancak ihtilafa düşecek olursa, mahkemeye uyarlama talebiyle başvurulacaktır.[172]

Uyarlama talebiyle mahkemeye başvurulduğunda, mahkeme "dar anlamda" uyarlamaya veya "sözleşmenin sona erdirilmesine karar verecektir. Maddi olayda ortaya çıkan değişiklik sebebiyle sözleşmenin uyarlanması imkânı yoksa son çare olarak sözleşme sona erdirilmelidir. Öte yandan TBK m. 331 hükmü gereğince kira sözleşmesinin kiraya veren veya kiracı tarafından haklı nedenle fesih bildirimi ile sona erdirilmesi de mümkündür. Hakim durum ve koşulları göz önünde tutarak olağanüstü feshin maddi sonuçlarını karara bağlar.[173] Ancak her zaman sözleşmenin ayakta tutulması hedeflendiği için öncelik dar anlamda uyarlamanın yapılmasıdır. Uyarlama talebi ile mahkeme, şartlar uygun ise oluşan yeni koşullara göre yeniden sözleşmede edimler arasındaki dengesizliği giderir.[174] Uyarlama davalarında temel esas, her ne kadar pacta sund servenda'ya ilişkin bir istisna da olsa, sözleşmeye bağlılık ve saygı kuralıdır. Bu kuralın doğal bir sonucu

[170] Özyakışır, s. 229-230; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 171 vd.

[171] Yeniocak, s. 110.

[172] Baysal, s. 363; Yavuz/Acar/Özen, s. 634.

[173] Koller, s. 456; Yüksekdağ, s. 179; Schwenzer, s. 272.

[174] Yüksekdağ, s. 172; Yavuz/Acar/Özen, s. 622; Resuloğlu, s. 142-144.

olarak, karar verilirken sözleşmeye yönelik değerlendirmeler yapılmalıdır. Sözleşmede açık kalan hususlar bakımından da tarafların sözleşme kurulduğu sıradaki niyetlerinin irdelenmesi yol gösterici olmalıdır. Somut sözleşmenin koşulları ve özellikleri ile tarafların çatışan menfaatleri gibi tüm objektif ve sübjektif durumlar değerlendirilmelidir. Sonuç olarak uyarlama tüm bu koşulların doğru bir şekilde süzgeçten geçirilmesi ile hak ve nefaset, doğruluk dürüstlük kuralları ışığında gerçekleştirilmelidir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını uygun gören ya da reddeden her mahkeme kararı da söz edilen bu esasların, toplanan delillerin ret ve kabul edilen yönlerini içeren gerekçeli karar ile birlikte verilmelidir.[175] Bu kapsamda borçlunun ediminin ağırlığının hafifletilmesi, vadenin ve ifa tarzının değiştirilmesi, sözleşmenin süresinin kısaltılması veya uzatılması gibi uyarlamalar yapılabilecektir. Ancak yapılacak bu uyarlamalar mümkün ve amaca elverişli değilse sözleşme sona erdirilebilir.[176] Sözleşmenin sona erdirilmesi bu bakımdan son çaredir.[177] Mahkemeye taşınan uyuşmazlıkta sözleşmenin sona erdirilebilmesi için uyarlama hakkına sahip olan tarafın talepte bulunması gereklidir. Aksi takdirde taleple bağlı olan mahkeme kendiliğinden sözleşmenin sona erdirilmesine karar veremez. Kira sözleşmeleri bakımından sözleşmenin sona erdirilmesi, sürekli edimli olması sebebiyle dönme değil fesih yoluyla gerçekleşir. Sözleşmenin feshi halinde feshedenin diğer tarafa fesih nedeniyle oluşan zararı gidermek amacıyla "hakkaniyet bedeli" ödemesi gereklidir. Bu bedel fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir sorumluluğun bir örneğidir. TBK m. 138 hükmünde konuyla ilgili boşluk olduğu kabul edilmektedir. TBK m. 331 çerçevesinde böylesi bir denkleştirme talebine yer verilmiştir. TBK m. 138'de yer alan boşluğun TBK m. 331/II'in kıyasen uygulanması ile doldurulabileceği düşünülmektedir. Böylece TBK m. 138 çerçevesinde sözleşmeden dönülmesi ya da sözleşmenin feshi halinde denkleştirme bedeli ödenir.[178]

SONUÇ

Kira sözleşmeleri, tarafların son dönemde yaşamış olduğu temel uyuşmazlık konusu artan kira fiyatlarına bağlı sorunlar merkezinde gelişmektedir. Kira fiyatlarında yaşanan artış, kira sözleşmesinin tarafları ile ilgili olarak iki yönlü şekillenmektedir. Kiracı bakımından bu durum

[175] Yavuz/Acar/Özen, s. 622.

[176] Koller, s. 456-460; Yüksekdağ, s. 178 vd; Yavuz/Acar/Özen, s. 622; Resuloğlu, s. 145 vd; Schwenzer, s. 272.

[177] Yavuz/Acar/Özen, s. 624.

[178] Yavuz/Acar/Özen, s. 636; Baysal, s. 418 vd.

ülkemizde yaşanan enflasyonist ortam nedeniyle yıllardır yaşanmış olan ödeme güçlüğü yarattığı durumları kapsamaktadır. Hele ki yabancı para birimi ile kararlaştırılmış olan kira bedelinin ödenmesinde döviz kurunda yaşanan sert artışlar kiracılar bakımından önemli bir sorundur. Diğer taraftan ev sahipleri bakımından durum ele alındığında ise, kira bedeline yapılacak sınırlı artış oranları nedeniyle, kiracının ödemiş olduğu miktarın giderek anlamsız hale gelmesi ciddi bir meseledir. Zira kira bedelinde yapılacak artışlar TBK m. 344 kapsamında yenilenen kira dönemleri bakımından tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaya göre, beş yılın sonunda ise kira tespit davası açmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Ayrıca artan fiyatlar karşısında kiracıyı korumak toplumsal sulhu sağlamak adına getirilmiş %25'lik sınırında işlevsel olmadığı, mevcut sorunları daha artırdığı görülmüştür. Çünkü kiraya verenin istediği oranda zam yapamayışı hem sınırlama getirilmemiş olan başlangıç kira bedelinin sınırlamalar düşünülerek önceden yüksek meblağların istenmesine ve yenilenen kira dönemlerinde uzlaşının sağlanamayışı da tahliye davalarının artışına ve kiracılar bakımından daha büyük bir konut krizine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla günümüz koşullarında mevcut hukuki düzenlemeler, kira sözleşmelerindeki yaşanan uyuşmazlıklara çözüm bulmaktan uzaktır. Bu noktada çalışma konusu uyarlama davalarının kira hukukunda uygulanmasının son derece işlevsel olduğu ifade edilmelidir. Zira kira bedelinin belirlenmesinde uyarlama davasına Yargıtay'ın ikincil fonksiyon yüklenmesine ve çekimser yaklaşılmasına rağmen, dava her iki tarafın menfaatinin korunması bakımından çok daha işlevseldir. Uyarlama davasının temel dayanağı TBK m. 138 hükmüdür. Genel olarak sözleşmenin kurulmasının ardından gelişen olağanüstü ve öngörülemeyen değişikliklerin, hakkaniyet gereğince tarafların aynı şartlarla sözleşmeye devam etmesinin beklenememesi uyarlama davasına imkân verir. "Aşırı ifa güçlüğü" başlığıyla düzenlenmiş olan bu genel hüküm kira sözleşmeleri bakımından da uygulanabilir. Ancak hükmün başlığından da çıkarılabileceği gibi, ilk etapta kabul ediliş amacı, kira sözleşmeleri bakımından kiracının ödeme güçlüğünü ortadan kaldırmaktır. Ne var ki aşırı ifa güçlüğü kavramını geniş algılayarak, sözleşmelerin uyarlamasına gitmek ve her iki tarafın da ihtiyacını karşılamak hükmün amacına uygundur. Bu kapsamda edim dengesini bozan, hukuki işlem ile hedeflenen amacı boşa çıkaran ve ifayı aşırı güçleştiren her esaslı değişiklik, TBK m. 138 hükmünün uygulanmasına dahildir.

Ayrıca kira uyuşmazlıkları bakımından belirli kriterlerde getirilecek başlangıçtaki kira bedeline yönelik sınırlamalar kira fiyatlarının kontrolsüz artışını baskılayacak niteliğe sahiptir. Bu çerçevede İsviçre ve Alman Doktrininde getirilen ölçütler Türk Hukukuna örnek teşkil edebilecektir.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Altaş, Hüseyin, "Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması", AÜHFD, 2000, C. 49, S. 1-4, s. 97-116. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629348, Erişim Tarihi: 15.1.2024).

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023.

Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 2021.

Atamulu, İsmail, "Kira Bedelinin Uyarlanması", Kira Hukuku Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, (Editör: Hayrunnisa Özdemir).

Aybay, Mehmet Erdem, "Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi", Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, C. 22, S. 3, s. 323-349.

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Kitap, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Bellican, Cüneyt, İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Covid 19 Salgınının Kira Bedeli Ödeme Borcuna Etkisi, Aristo Yayınları, İstanbul 2021.

Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 3. Baskı, Staempfli Verlag, Bern 2018.

Bingöl, Muhammet Emin, "Basiretli İş Adamı Gibi Hakaret Etmekle Yükümlü Olan Tacirlerin TBK'nın Kira Hükümleri Çerçevesinde Korunmasına Gerek Var mı?" Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 2023, s. 527-548.

Boztepe, Merve, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Başlangıç Kira Bedeli Konusunda Yasal Düzenleme Getirilmesi Gerekliliği," İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumları Dizisi II, 2023.

Burcuoğlu, Haluk, "Hukukta Uyarlama Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövize Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama", MHAD, 1996, C. 20, s. 59-91.

Çevik Öktem, Seda, "Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi." DEÜHFD, 2022, C. 24, S. 1, s. 39-75, (https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/68932/1089397, Erişim Tarihi, 11.7.2024).

Çınar, Nihan, Ural Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Delipınar, Y. C., "Kira Bedelinin Ciroya Endeksli Olarak Belirlendiği Durumlarda Kira Bedelinin Tespiti Davası," Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 2023, s. 487- 498.

Dilbaz, Mikayil, Kiracının Kira Bedelini Ödememesi ve Tahliyesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

Doğan, Gülmelahat, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", TBBD, 2014, C. 26, S. 111, s. 9 vd. (https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358 Erişim Tarihi: 15.1.2024).

Doğan, Murat, "Kira Tespiti", Kira Hukuk Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Doğan, Murat, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, (Editör: Turgut Öz).

Doğan, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Eren, Fikret/Dönmez, Ü, Borçlar Hukuku Şerhi, C. 4, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Furrer, Andreas/Chen-Müller, *M*arkus, Obligationenrecht, Allgemeinerteil, Schultess Verlag, Zurich 2008.

Gauch, Peter/Schluep, Walter R, Schweizeriches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag, Zurich 2008.

Gökyayla, Emre, "Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi." BÜHFKHHD, 2013, C. 19, S. 103-104, s. 18-51.

Gökyayla, Emre, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu,

Özel Borç İlişkileri, C.2, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Görmez, Mustafa, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Guhl, Theo/Koller, Alfred/Schnyder, Anton/Druey, Jean N, Das Schweizeriche Obligationenrecht, Schultess Verlag, Zurich 2000.

Gülekli, Yeşim, "Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", İÜMHAD, 2011, C. 15, S. 18, s. 43-69.

Gümüş, Mustafa Alper, *Bo*rçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Gümüş, Mustafa Alper, Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Gümüş, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Gürsoy, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clasula Rebus Sic Stantubis (Emprevizyon Teorisi), Güney Yayıncılık, Ankara 1950.

Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zurich 2010.

İnce Akman, Nurten/Özyakışır, Özkan, "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", SDÜHFD, 2021, C. 11, S. 2, s. 725-770, (https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/67384/1006602, Erişim Tarihi, 11.7.2024).

İnceoğlu, Murat M, Kira Hukuku, C. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Kanık, Hikmet, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, Legal Kitabevi, İstanbul 2021.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.

Kırca, Çiğdem, "Uyarlama", Pandeminin (Covid 19'un Sözleşmelerin

İfasına Etkisi),” Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 57-97, (Editör Kırca Karakaş).

Kocabaş, Gediz, “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, MÜHFHAD, 2014, C. 20, S. 2, s. 105-142.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 2000, s. 503-514.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeier Teil, 3. Staempfli Verlag, Baskı, Bern 2009.

Kurtulan, Gökçe, “Türk Hukukunda İmkansızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması”, BATİDER, 2016, C. 32, S. 3, s. 193-248.

Odabaşı, Aybüke, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Tespit Davası”, *KOHFD*, (17-18), 2018, s. 57-80.

Ozanemre, Yayla Tolunay, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Özen, Burak, “Birden Fazla Yıl Devam Eden İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Ciro Üzerinden Belirlenmesinin Yol Açtığı Sorunlar,” Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 2023, s. 499-510.

Özen, Burak, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi.” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFMHAD, 2016, C. 22, S. 3, s. 2037, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372918, Erişim Tarihi: 15.1.2024)

Özyakışır, Özkan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Pekcanıtez, Hakan, Medeni Usul Hukuku, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Reisoğlu, Seza, “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları”, BATİDER, Prof. Dr. Hikmet Belbez’in Hatırasına Armağan, 1986, C. 13, S. 3, s. 143-156.

Resuloğlu, Özenç, Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara

Uyarlanması, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Staempfli Verlag, Bern 2009.

Serozan Rona, Borçlar Hukuku Genel Hüküm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Yayınevi, İstanbul 1993.

Tile, Latif, Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Topuz, Seçkin, Türk -İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Türker, G, "Kira Bedelini Sınırlayıcı Düzenlemelere İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10.11.2022 Tarihli 2317 Sayılı Kararı'na İlişin Değerlendirme," Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 2023, s. 457-478.

Uşan, Muhammed Fatih, "Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Kiracı Borcunun Hizmet İfası (Kapıcılık) ile Yerine Getirilmesi Halinde Hukuki İlişkinin Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme", GSÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, C. 1, S. 1, s. 848-856.

Weber, Rolf, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, Honsell-Vogt-Wiegand (hrsg), Art 1-529 OR, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

Yeniocak, Umut, Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Yüksekdağ, S, Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü Hallerinin Kira Sözleşmelerine Etkileri, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 09/08/2024
Kabul / Accepted: 06/04/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNDE DEVREDEN İŞVERENİN SORUMLULUĞU

THE RESPONSIBILITY OF THE TRANSFEROR EMPLOYER IN THE TRANSFER OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

Emre KÖPRÜCÜ*

ÖZET

İş sözleşmesinin devri, özellikle şirketler topluluğunda veya holdinglerde uygulama alanı bulan bir kurum olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte iş sözleşmesinin devri, İş Kanunu'nda düzenlenmemektedir. İş sözleşmesinin devrinin şartlarının ve sonuçlarının tespitinde sözleşmenin devrine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 205. ve hizmet akdinin devrini düzenleyen 429. maddelerinden yararlanılmaktadır. Ancak söz konusu düzenlemeler, devreden işverenin devirden önce veya devirden sonra doğan borçlardan sorumlu olup olmayacağı sorusuna cevap vermemektedir. Bu sebeple benzer bir müessese olan işyeri devrinde devreden işverenin sorumluluğuna dair düzenlemeler getirilmesinin de etkisiyle iş sözleşmesinin devrinde devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin farklı eğilimler ortaya çıkmıştır. Yargı mercileri de zaman içerisinde devreden işverenin sorumluluğu meselesini farklı şekillerde değerlendirmiş ve çözüme kavuşturmuştur. Bu kapsamda çalışmamızda kısaca iş sözleşmesinin devrinin şartlarından ve sonuçlarından söz edilerek devreden işverenin devir öncesi veya sonrası doğan işçilik alacaklarından sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: *İş sözleşmesinin devri, Kıdem tazminatı, İşyeri devri, Devreden işveren, İşçinin rızası.*

---

* **Arş. Gör.**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, **E-Posta:** emre.koprucu@medeniyet.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-7641-6465, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1531180.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Köprücü, Emre, "İş Sözleşmesinin Devrinde Devreden İşverenin Sorumluluğu", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 581-618.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

The transfer of the employment contract is a concept that finds a field application, especially in group companies or holding companies. However, the transfer of the employment contract is not regulated in the Labour Law. In determining the conditions and consequences of the transfer of the employment contract, the provisions of Article 205 of the TCO, which regulates the transfer of the contract, and Article 429 of the TCO, which regulates the transfer of the service contract, are applied. Yet these provisions do not answer whether the transferor employer will be liable for the debts arising before or after the transfer. Therefore, different assertions regarding the responsibility of the transferor employer have emerged with the effect of the presence of regulations regarding the responsibility of the transferor employer in the transfer of the workplace, which is a similar institution. The judicial authorities have also evaluated and resolved the issue in different ways over time. In this context, in our study, the conditions and consequences of the transfer of the employment contract will be briefly mentioned and the issue of whether the transferor employer can be held responsible for the labour receivables arising before or after the transfer will be evaluated.

Keywords: *Transfer of the employment contract, Severance pay, Transfer of the workplace, Transferor employer, Consent of the employee.*

EXTENDED ABSTRACT

The transfer of the employment contract is a concept that finds a field application, especially in group companies or holding companies. However, the transfer of the employment contract is not regulated in the Labour Law. The provisions of Article 205 of the TCO on the transfer of a contract and Art. 429 of the TCO regulating the transfer of a service contract are used to determine provisions and consequences of the transfer of the employment contract. These provisions do not explicitly regulate how the transfer of the employment contract will affect the liability of the transferor employer. The provisions and consequences of the transfer of the workplace, which has similar characteristics with the transfer of the employment contract, are regulated in Art. 6 of the Labour Law No. 4857, Art. 428 of the TCO and Art. 14 of the Labour Law No. 1475 in terms of severence pay. Accordingly, pursuant to paragraph 3 of Article 6 of the Labour Law and paragraph 3 of Article 428 of the TCO, the transferor employer is jointly and severally liable with the transferee employer for the debts arising before the transfer and due for payment on the date of transfer for two years from the date of transfer. Paragraph 2 of Article 14 of the Labour Law No. 1475 stipulates that in cases of transfer, transfer to another employer or transfer of the workplace to another place; the transferor employer shall be liable for severance pay based on the period of employment and the wage received on the date of transfer. The aim of our study is to find an answer to the question of whether these provisions can be applied in terms of the transfer of the employment contract. However, in order to discuss the responsibility of the transferor employer in the transfer of the

employment contract, it is necessary to first determine the conditions of the transfer of the employment contract. Therefore, the conditions of the transfer of the employment contract and the controversial points in this regard are also addressed.

The 9th Civil Chamber of the Court of Cassation applied the provisions on the transfer of the workplace by analogy and held the transferor employer liable for the debts arising before the date of transfer and severance pay. The 9th Civil Chamber changed its jurisprudence in 2022 and ruled that the transferor employer is not liable for the debts arising before the transfer. The jurisprudence emphasizes that the transfer of the employment contract has been realised with the consent of the employee. This situation has revealed the necessity to re-evaluate the issue of the responsibility of the transferor employer in the transfer of the employment contract within the framework of the discussions in the doctrine.

In our opinion, the transferor employer should not be held jointly and severally liable by applying the provisions regarding the transfer of the workplace by analogy. Joint liability may arise from the contract or the law. The law does not foresee the responsibility of the transferor. Therefore, there is neither a contractual nor a legal provision stipulating that the transferor employer shall be jointly and severally liable. Joint and several liability is an exceptional type of liability and exceptions are interpreted narrowly. Since resorting to analogy means an expansive interpretation, analogy cannot be used in exceptional provisions. In addition, it is conscious that the law does not regulate the responsibility of the transferor and it should not be mentioned that there is a negligence in this regard. For these reasons, the transferor employer is not responsible for the debts arising before the date of transfer.

GİRİŞ

İş sözleşmesinin devri uygulamada özellikle şirketler topluluğu veya holdingler içerisinde ortaya çıkan nitelikli iş gücü ihtiyacının karşılanması amacıyla başvurulan bir yoldur. Bununla birlikte iş sözleşmesinin devri, 4857 sayılı İş Kanunu'nda[1] düzenlenmemiştir. İş sözleşmesinin devrinin koşullarının, hüküm ve sonuçlarının tespiti bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[2] sözleşmenin devrini düzenleyen 205. maddesi ve hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin 429. maddesi göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin devrinin devreden işverenin sorumluluğuna etkisi, TBK m. 429 hükmünde açıkça düzenlenmediğinden devredenin devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğu hususunda

[1] RG, T. 10.06.2003, S. 25134.

[2] RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

tartışmalar ortaya çıkmıştır. Özellikle işyeri devrine ilişkin İş Kanunu'nun 6. maddesi ile TBK'nın 428. maddesinde devredenin devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralanla birlikte sorumlu tutulması, TBK m. 429 hükmünde bu yönde bir düzenlemeye gidilmemesinin bilinçli olup olmadığı hususunda farklı değerlendirmelerin yapılmasına neden olmuştur.

Öte yandan 1475 sayılı mülga İş Kanunu[3]'nun yürürlükte olan 14. maddesinin 2. fıkrasında işyeri devrine ilişkin olarak devredenin kıdem tazminatından sorumluluğunun açıkça öngörülmesi, iş sözleşmesinin devrinde devredenin kıdem tazminatından sorumlu tutulup tutulamayacağına yönelik tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Yargıtay'ın 2022 yılında devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenin sorumluluğunun bulunmadığına hükmederek önceki içtihadında değişikliğe gitmesi; iş sözleşmesinin devrinin devredenin sorumluluğuna etkisi meselesinin Yargıtay'ın sözü edilen içtihat değişikliği ışığında ele alınması zaruretini ortaya çıkarmıştır.

Bu bağlamda çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak iş sözleşmesinin devrine değinilecek, ikinci bölümde iş sözleşmesinin devrinin şartları ve sonuçları üzerinde kısaca durulacak ve üçüncü ve son bölümde ise iş sözleşmesinin devrinde devredenin sorumluluğu meselesi doktrinde yer alan görüşlerden ve Yargıtay kararlarından istifade edilerek değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Sözleşmenin devri; TBK'nın 205. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre sözleşmenin devri; sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir sözleşmeyle devredenin sözleşmeden doğan taraf sıfatını bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabi olacaktır. Öte yandan sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

TBK m. 205, tüm sözleşmelerin devri bakımından geçerli olan kurallar koymakta ve sözleşmenin devrinin nasıl gerçekleşeceğini hüküm altına almaktadır. Bu nedenle iş sözleşmelerinin devri bakımından da TBK m. 205

[3] RG, T. 01.09.1971, S. 13943.

hükmü göz önünde bulundurulacaktır. Ancak iş sözleşmelerinin devrinin işçi bakımından yaratabileceği olumsuz neticeler sebebiyle genel olarak sözleşmenin devrine ilişkin kurallardan ayrılan değerlendirmelerin ve düzenlemelerin yapılması ihtiyacı ortaya çıkar. Bununla birlikte İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Esasen İş Kanunu Tasarısının 7. maddesinde iş sözleşmesinin devri düzenlenmekteydi. Ancak söz konusu madde, İş Kanunu Tasarısının Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında tasarı metninden çıkarılmıştır[4]. Tasarı metninden çıkarılan madde metni şu şekildedir:

"Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile iş sözleşmesinin işveren tarafını kazanır. 6 ıncı maddenin ikinci fıkrası hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır."

İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmasa da 6098 sayılı TBK'nın henüz yürürlüğe girmediği dönemde iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu sözleşme özgürlüğü ilkesinden ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun[5] iş görme borcunun sözleşmeyle aksinin kararlaştırılması veya durumun gereğinden anlaşılması durumunda üçüncü kişilere devredilebileceğini düzenleyen 320. maddesinin 2. fıkrasından hareketle kabul edilmekteydi[6]. Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hizmet sözleşmesinin devri kurumu yasal düzenlemeye kavuşmuştur. TBK m. 429 ile hizmet sözleşmesinin devri düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca hizmet sözleşmesi ancak işçinin yazılı rızasının alınması kaydıyla sürekli olarak bir başka işverene devredilebilir. Devir işlemiyle devralan bütün hak ve borçlarıyla birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı haline gelir. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

---

[4] TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, 12.03.2013, Esas No: 1/534, Karar No: 25.

[5] RG, T. 22.04.1926, S. 359.

[6] Güzel, 1987, s. 469; Engin, 1993, s. 212; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s. 1199 vd.; Akyiğit, 2001, s. 42; Süzek, 2003, s. 8; Alpagut, 2003, s. 131-132; Başbuğ, s. 12; Doğan Yenisey, 2009, s. 36; Şahlanan, s. 3; Günay, s. 48; Danar, s. 69; Alp, 2009, s. 302; Y. 9. HD, T. 14.03.2001, E. 2001/225, K. 2001/3914 (https://legalbank.net); Y. 9. HD, T. 27.02.2006, E. 2005/22419, K. 2006/4661 (https://legalbank.net); Y. 9. HD, T. 12.07.2006, E. 2006/1892, K. 2006/20661 (https://legalbank.net).

Görüldüğü üzere İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir düzenleme yer almasa da TBK, hizmet akdinin devrini düzenlemektedir. Bu halde hizmet akdinin devrine ilişkin TBK m. 429 hükmünün iş sözleşmesinin devri bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelir. Bilindiği üzere TBK, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ve diğer iş kanunlarının kapsamına girmeyen işçilere uygulanır[7]. Ancak TBK'nın tek fonksiyonu, iş kanunlarının kapsamına girmeyen işçilere uygulanması değildir. Aynı zamanda iş kanunlarında hüküm bulunmayan durumlarda niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK hükümleri uygulanır ve tamamlayıcı rol üstlenir[8]. Hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin hükümler de TBK'nın bu fonksiyonunun doğal bir sonucu olarak diğer iş kanunlarının kapsamına giren işçiler bakımından da uygulanır ve iş sözleşmesinin devrinin şartları, hüküm ve sonuçları TBK m. 429 çerçevesinde değerlendirilir.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

A. İş Sözleşmesinin Devrinin Şartları

İş sözleşmesinin devrinin şartlarının belirlenmesinde sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK m. 205 ve TBK m. 429 dikkate alınır. Başka bir ifadeyle iş sözleşmesinin nasıl devredilebileceği TBK m. 205 ve TBK m. 429 ışığında tespit edilir.

Öncelikle iş sözleşmesinin devri ancak işveren tarafının değişmesi bakımından gündeme gelebilecektir. İş sözleşmelerinde işçinin kişiliği önem arz ettiğinden iş sözleşmesinin işçinin değişmesi yoluyla devri mümkün olmaz[9]. Bununla birlikte iş sözleşmesinin işverenin değişmesi bakımından devredilmeye elverişli bir sözleşme olduğundan söz etmek gerekir[10]. İş sözleşmesinin türü ve niteliği, devir bakımından önem arz etmemektedir. Doktrinde işverenin kişiliğinin ön planda tutulması suretiyle kurulan iş sözleşmelerinin devredilmeye elverişli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre işverenin kişiliğinin ön planda tutulması, iş sözleşmesinin devre elverişli olmadığı anlamına gelir[11]. Aksi yönde görüşe göre işverenin kişiliğinin önemsenerek iş sözleşmesinin kurulduğu durumlarda başlangıçta

[7] Soyer, 2013, s. 2; Caniklioğlu, s. 75; Ekmekçi/Yiğit, s. 6.

[8] Caniklioğlu, s. 76 vd. ; Ekmekçi/Yiğit, s. 6.

[9] Ekonomi/Eyrenci, s. 1217-1218; Arslanoğlu, s. 540; Kocagil, s. 52-53.

[10] Arslanoğlu, s. 540; Gülver, s. 70; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 371.

[11] Özkaraca, 2008, s. 120; Kocagil, s. 53.

işverene atfedilen bu özelliğin sonradan değiştirilmesi mümkün olduğundan anlaşmayla değiştirilebilen bir hususun devre engel oluşturmaması gerekir[12]. Kanaatimizce de işverenin kişiliğinin göz önünde bulundurulması suretiyle kurulan iş sözleşmelerinin de devre elverişli olduğu kabul edilmelidir. Zira işverenin kişiliği bu halde de iş sözleşmesinin kurucu unsuru niteliğinde değildir. Devreden işverenin devir sözleşmesinin bir tarafı olduğu ve iradesinin devrin gerçekleşmesi yönünde olduğu hususları dikkate alındığında; söz konusu iş sözleşmesinin devre elverişli olmadığından bahsedilmesi anlamlı olmayacaktır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin her halükârda devre elverişli olduğu sonucuna varılması daha yerinde bir çözüm olarak karşımıza çıkar.

Ayrıca iş sözleşmesinin devrinden bahsedilebilmesi için iş sözleşmesinin geçerli ve sona ermemiş olması gerekir[13]. Söz gelimi iş sözleşmesinin TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olması veya devirden önce fesih yoluyla sona ermiş olması, iş sözleşmesinin devrine engel oluşturur.

İş sözleşmesinin geçerli bir şekilde devri bakımından gerçekleşmesi gereken bir diğer şart; işçi, devreden işveren ve devralan işveren arasında üç taraflı kendine özgü bir sözleşmenin yapılması veya işçinin devreden ve devralan işveren arasında yapılan anlaşmaya rıza göstermesidir[14]. İş sözleşmesinin devrinin söz konusu özelliği, işyeri devrinden farklılaşmasına neden olmaktadır. Zira işyeri devrine ilişkin hukuki işlem, devreden ve devralan işverenler arasında gerçekleşmekte ve işçinin işyeri devrinin gerçekleşip gerçekleşmemesi hususunda herhangi bir etkisi bulunmamaktadır[15].

TBK m. 429, iş sözleşmesinin devrinin ancak işçinin yazılı rızasıyla mümkün olabileceğine işaret etmektedir. Yazılı rıza koşulunun geçerlilik koşulu olup olmadığı hususunda farklı değerlendirmeler mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre işçinin korunması gereğinden hareketle yazılı rızanın geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi gerekir[16]. Aksi yönde görüşe göre ise rızanın yazılı

[12] Cengiz, 2014, s. 91; Gülver, s. 70; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 371.

[13] Arslanoğlu, s. 540; Cengiz, 2014, s. 93 vd.; Gülver, s. 71 vd.

[14] Ekonomi/Eyrenci, s. 1218; Akyiğit, 2001, s. 44; Süzek, 2023, s. 343; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 368; Çankaya/Çil, s. 641; Arslanoğlu, s. 541; Alp, 2009, s. 308; Cengiz, 2014, s. 44 vd.; Özkaraca, 2014, s. 120 vd.; Gülver, s. 103 vd.

[15] İşyeri devrine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Özkaraca, 2008, s. 20 vd. ; Alpagut, 2010, s. 28 vd.

[16] Alpagut, 2011, s. 922; Kocagil, s. 55; Güneş/Mutlay, s. 271; Cengiz, 2014, s. 74; Subaşı/Yiğit, s. 163; Gülver, s. 117.

olması, bir ispat koşuludur[17]. Buna göre işçinin yazılı rızası bulunmamasına karşın işçiyle işveren arasında rızaya ilişkin bir uyuşmazlık bulunmuyorsa işçinin devralanın yanında çalışmaya başlaması, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmelidir[18]. Kanaatimizce kanunda iş sözleşmesinin devrinin ancak yazılı rızayla geçerli olabileceğinden söz edilmesi, yazılı rızanın sözleşmenin devrinin geçerlilik koşullarından biri olduğunu göstermektedir. Bu nedenle yazılı rıza, geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmelidir. Yazılı rızanın geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi halinde; işçinin yazılı rızası bulunmamasına karşın başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlamasının hukuki sonucunun ne olacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde bu hususa ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre örtülü rıza; iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde devrine vücut vermeyeceğinden işçinin başka bir işveren nezdinde çalışmaya başlaması; sözleşmeye katılma olarak değerlendirilmelidir[19]. Diğer bir görüşe göre işçinin başka bir işveren nezdinde çalışmaya başlamasıyla önceki iş sözleşmesinin sona erdiği ve yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir[20]. Başka bir görüşe göre ise, işçinin yeni işverenin yanına giderek çalışmaya başlamasıyla birlikte iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümler uygulanmalıdır[21].

Kanaatimizce işçinin yazılı rızası bulunmamasına rağmen başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması, sözleşmeye katılma veya yeni bir iş sözleşmesinin kurulması olarak değerlendirilmemelidir. TBK m. 206 uyarınca sözleşmeye katılma, bir kişinin mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında ve yanında katıldığı tarafın hak ve borçlarına sahip olmak üzere dahil olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla sözleşmeye katılmadan söz edilebilmesi için sözleşmenin bir tarafı, birden fazla kişiden oluşmalıdır. İşçinin başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması halinde işveren tarafında birden fazla kişi bulunmamaktadır. İşçinin önceki işvereniyle arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle işçinin başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlamasının sözleşmeye katılma kurumuyla açıklanamayacağı düşüncesindeyiz. Söz konusu durumu yeni bir iş sözleşmesinin kurulması

[17] Özkaraca, 2014, s. 124; Arslan Ertürk**,** s. 245-246; Kutbay, s. 85; İşçinin açık veya örtülü muvafakati bulunmadan iş sözleşmesinin devrinin mümkün olmayacağı yönünde bkz. Narmanlıoğlu, s. 268.

[18] Çankaya/Çil, s. 306-307; Özkaraca, 2014, s. 124; Kutbay, s. 85.

[19] Alpagut, 2011, s. 922-923.

[20] Cengiz, 2014, s. 63.

[21] Ekmekçi/Yiğit, s. 269; Gülver, s. 117-118.

olarak değerlendirmek de kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Yeni bir iş sözleşmesinin kurulması, işçinin önceki iş sözleşmesinin sona ermesi anlamına gelmektedir. Önceki işverenin iş sözleşmesini sona erdirmeye yönelik bir iradesi bulunmamaktadır. Öte yandan önceki iş sözleşmesinin sona erdiğinin kabul edilmesi, önceki işverenin yanındaki çalışma dönemine ilişkin hak ve alacaklardan yalnızca önceki işverenin sorumlu olması sonucunu ortaya çıkarır. Zira bu halde iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacak ve yeni işverenin yalnızca kendi çalışma dönemiyle sınırlı olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ortaya çıkan bu sonucun yazılı rızanın getiriliş maksadı olan işçinin korunması amacına aykırı ve işçinin aleyhine olacağı kuşkusuzdur. İşçinin korunması amacına hizmet eden bir koşulun, bu amaca aykırı sonuçlar ortaya çıkaracak şekilde yorumlanmaması ve değerlendirilmemesi gerekir. Bu gerekçelerle işverenin başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlamasını yeni bir iş sözleşmesinin kurulması olarak değerlendiren görüşe katılamamaktayız.

İşçinin başka bir işveren nezdinde çalışmaya başlaması her ne kadar geçerli bir şekilde iş sözleşmesinin devredildiği anlamına gelmeyecekse de bu halde iş sözleşmesinin devri hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Nitekim uygulamada işçinin yazılı rızası alınmadan başka bir işveren yanında çalışmaya başladığı durumlarda genellikle devrin hüküm ve sonuçları hususunda işçinin bilgilendirildiği ve işçinin fiilen diğer işveren yanında çalışmaya başlamasıyla sürecin sonlandırıldığı görülmektedir[22]. İş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasının aranmasının amacı; devirden olumsuz etkilenebilecek işçiyi düşünmeye sevk ederek devrin hüküm ve sonuçlarını değerlendirme ve bu kapsamda devre ilişkin söz sahibi olma fırsatı tanınmasıdır. Uygulamada genellikle takip edilen süreç; iş sözleşmesinin devrinde yazılı rızanın aranmasının amacına uygun bir şekilde seyretmektedir. Dolayısıyla işçinin yalnızca şekle uygun bir rıza vermemiş olmamasının iş sözleşmesinin devri hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemesi gerekir. Buradan hareketle kanunun ifadesinden yazılı rızanın geçerlilik koşulu olduğu anlaşılmaktaysa da işçinin korunması ilkesi ışığında sözü edilen sürecin takip edildiği devirler bakımından iş sözleşmesinin devri hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Öte yandan TBK m. 429; iş sözleşmesinin devrinin işçi, devreden ve devralan işverenler arasında yapılacak üç taraflı bir sözleşmeyle gerçekleşmesi

[22] Gülver, s. 117.

durumunda devir sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olup olmadığı sorusuna cevap vermemektedir. Bu halde TBK m. 205/3 hükmünün dikkate alınabileceği söylenebilir. Bahis konusu hükme göre sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilecek sözleşmenin şekline bağlıdır. Nitekim doktrinde bir görüş devrin üç taraflı sözleşmeyle gerçekleşmesi durumunda devrin şekle bağlı olup olmadığı hususunda TBK m. 205/3 hükmünün uygulanacağını ileri sürmektedir[23]. Sözü edilen görüş çerçevesinde TBK m. 205/3 hükmünün iş sözleşmelerinin devri bakımından ortaya çıkarabileceği neticelerin değerlendirilebilmesi için iş sözleşmesinin şekline ilişkin düzenlemelere değinilmesi gerekir. Zira devir sözleşmesinin şekle bağlı olup olmadığının TBK m. 205/3 ışığında tespit edilmesi, yazılı şekil şartı aranan iş sözleşmeleri bakımından söz konusu şartın hukuki niteliğinin tespit edilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarır. Bu halde şekil şartının geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi durumunda devir sözleşmesinin şekli de devredilen sözleşmenin şekline tabi olacaktır. Şekil şartının ispat koşulu olarak kabul edilmesi durumunda ise şekle uyulup uyulmaması iş sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyeceğinden devir sözleşmesinin de herhangi bir özel şekle bağlı olmadan kurulması mümkün hale gelecektir.

Esasen İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında iş sözleşmesinin özel bir şekle tabi olmadığı düzenlenmektedir. TBK m. 394 de aynı yönde bir düzenlemeyi içermekte olup iş sözleşmesinin kurulmasının aksine bir hüküm bulunmadıkça özel bir şekle bağlı olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin kurulması bakımından genel kural şekil serbestisidir. Bununla birlikte hukukumuzda çeşitli iş sözleşmeleri bakımından yazılı şekil şartı aranmaktadır. Söz gelimi, İş Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası süresi bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinin, belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 11. maddesi ise belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlenmektedir[24]. Benzer şekilde çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışmaya ilişkin iş sözleşmeleri(İK m.14), takım sözleşmeleri(İK m. 16), 854 sayılı Deniz İş Kanunu[25] çerçevesinde gemiadamıyla yapılacak iş sözleşmeleri (m. 5), 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar

[23] Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 368; Çayan, s. 156-157.

[24] İş Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası karşısında bir yıldan daha az süreli belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının gerektiği gerektirmediği hususundaki tartışmalar için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 91 vd.; Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 545 vd.; Süzek, 2023, s. 324-325.

[25] RG, T. 29.04.1967, S. 12586.

Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunu[26] kapsamında gazeteci ile yapılacak iş sözleşmeleri (m. 4) ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu[27] m. 9 uyarınca özel öğretim kurumları yöneticileri, usta öğretici, uzman öğretici ve öğretmenlerle yapılacak iş sözleşmeleri, yazılı şekilde yapılması öngörülen iş sözleşmeleridir.

Doktrinde sözü edilen sözleşmeler bakımından öngörülen yazılı şeklin hukuki niteliğinin ne olduğu hususu tartışmalıdır[28]. Doktrinde bir görüşe göre yazılı şekil bir geçerlilik koşulu olup sözleşmelerin bu şekle uyulmadan yapılmasının yaptırımı geçersizliktir[29]. Bu görüş esasen TBK m.12/2'de yer alan kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğuna ilişkin hükme dayanmaktadır[30]. Bu görüş taraftarları; şekle aykırılığı geçersizlik yaptırımına bağlamanın, iş sözleşmesinin geçersizliği ileriye etkili olarak sonuç doğuracağından(TBK m.394/3) ve işçinin geçmişe ilişkin hakları zarar görmeyeceğinden iş hukukunun koruyucu karakterine aykırı düşmeyeceğini ileri sürmektedirler[31]. Diğer bir görüşe göre yazılı şekil, ispat koşulu niteliğindedir[32]. Bu görüş çerçevesinde yazılı şekil şartına uyulmaması iş sözleşmesini geçersiz hale getirmemektedir. 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ileri sürülen başka bir görüşe göre yazılı şekil şartı, geçerlilik veya şekil koşulu olarak nitelendirilemez[33]. Söz konusu hükümler, işçinin korunması ve durumunun açıklığa kavuşturulması amacıyla işverene bir yükümlülük getirmektedir[34]. İş kanunlarında iş sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğine ilişkin hükümlere(1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğini öngören m.9/1 hükmü, Basın İş Kanunu'nun 4.maddesi ve Deniz İş Kanunu'nun 5.maddesi) aykırı hareket edilmesinin cezai yaptırıma tabi tutulması(1475 sayılı mülga

[26] RG, T. 20.06.1952, S. 8140.

[27] RG, T. 14.02.2007, S. 26434.

[28] Detaylı bilgi için bkz. Arslan Ertürk, s. 109 vd.

[29] Esener, s. 150; Tunçomağ, 1984, s. 147-148; Tuğ, s. 20; Tunçomağ/Centel, s. 90; Narmanlıoğlu, s. 192; Süzek, 2023, s. 325-326; Sümer, s. 60.

[30] Tunçomağ, 1984, s. 148; Tunçomağ/Centel, s. 90; Süzek, 2023, s. 326.

[31] Tunçomağ, 1984, s. 148; Süzek, 2023, s. 326; Narmanlıoğlu, s. 192.

[32] İzveren, s. 103; Kutal, s. 8-9.

[33] Oğuzman, 1986, s. 51-52; Akyiğit, 1990, s. 19; Sevimli, s. 17; 5953 sayılı Kanun çerçevesinde gazeteci ile işveren arasında yapılacak iş sözleşmesi bakımından aynı yönde görüş için bkz. Oğuzman, 1966, s. 867-868.

[34] Oğuzman, 1986, s. 51-52; Akyiğit, 1990, s. 19.

İş Kanunu m. 98/A/1, Basın İş Kanunu m. 50/a, Deniz İş Kanunu m. 26/a), kanun koyucunun iradesinin şekil koşuluna uyulmadan yapılan sözleşmenin geçersiz olmadığı yönünde olduğunu göstermektedir[35]. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1475 sayılı mülga İş Kanunu'ndan farklı olarak yazılı şekle aykırılığı cezai yaptırıma bağlamamasının, bu görüşün en azından İş Kanunu bakımından geçerliliğini yitirmesine neden olduğu söylenebilir.

Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre kanunun yazılı şekli zorunlu gördüğü iş sözleşmeleri bakımından şekil bir geçerlilik koşulu, "zorunludur" veya "gerekir" gibi ifadeleri kullanmadan yazılı şekilden söz ettiği durumlarda şekil bir ispat koşulu olarak kabul edilmelidir[36]. Yazarlar bu görüş kapsamında süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmeleri ve takım sözleşmeleri bakımından getirilen yazılılık şekil şartının geçerlilik koşulu olduğunu ifade etmektedir[37]. Süresi bir yıldan kısa olan belirli süreli iş sözleşmeleri, çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri açısından ise yazılı şekil şartının bir ispat koşulu olduğunu ileri sürmektedirler[38]. Arslan Ertürk'e göre iş kanunlarında sözleşmenin şekline ilişkin olarak getirilen düzenlemeler farklı şekilde sınıflandırılabilecek nitelikte olup her bir şekil kuralının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir[39]. Ancak işçiyi koruma amacını gerçekleştirebildiği durumlarda şekil şartını geçerlilik koşulu olarak kabul etmek gerekir[40]. Bununla birlikte şekil hükümlerinin işçinin korunması amacına hizmet ettiği atipik iş ilişkisi kuran iş sözleşmeleri bakımından dahi geçersizlik yaptırımını uygulanmaması gerekir ve bu halde aksi ispat edilmedikçe tipik nitelikte bir iş sözleşmesinin var olduğu kabul edilmelidir[41]. Ekmekçi/Yiğit ise yazılı şeklin yalnızca iş sözleşmesinin türünü belirlediği, yazılı şekle uyulmamasının iş sözleşmesinin varlığını ortadan kaldırmadığı ve yalnızca belirli bir türde yapılmamış olduğu sonucunu ortaya çıkardığı görüşündedir[42]. Kanaatimizce yazılı şeklin geçerlilik koşulu olup olmadığının her bir iş sözleşmesi bakımından ayrıca değerlendirilmesi ve

[35] Oğuzman,1986, s. 52; Akyiğit, 1990, s. 19.

[36] Mollamahmuoğlu/Astarlı/Baysal, s. 536.

[37] Mollamahmuoğlu/Astarlı/Baysal, s. 537.

[38] Mollamahmuoğlu/Astarlı/Baysal, s. 537-538.

[39] Arslan Ertürk, s. 117.

[40] Arslan Ertürk, s. 117.

[41] Arslan Ertürk, s. 118.

[42] Ekmekçi/Yiğit, s. 51.

kanunun emredici bir ifadeyle yazılı şekle uyulmasını zorunlu gördüğü iş sözleşmeleri bakımından yazılı şeklin geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi gerekir. Söz gelimi çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri bakımından kanun, yalnızca yazılı sözleşme ifadesini kullandığından çağrı üzerine çalışmada öngörülen yazılı şekil şartının ispat koşulu olarak kabul edilmesi gerekir[43].

Bu itibarla devir sözleşmesinin şeklinin tespitinde TBK m.205/3 hükmünden istifade edileceği görüşü kabul edilecek olursa; kanunda hiçbir şekil şartı öngörülmeyen belirsiz ve tam süreli bir iş sözleşmesinin devre konu edilmesi halinde devir sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı olmayacaktır. Ayrıca çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri örneğinde olduğu gibi şekil şartının ispat koşulu niteliğinde olduğu iş sözleşmelerinin devri bakımından da aynı sonuç geçerli olacak ve devir sözleşmesinin geçerliliği bakımından şekil şartı aranmayacaktır.

Doktrinde devir sözleşmesinin şekle bağlı olup olmadığı hususunda ileri sürülen bir diğer görüş, bu hususta TBK m. 205/3 hükmüne başvurulamayacağını belirtmektedir[44]. Söz konusu görüş, işçinin korunması gayesiyle devrin sürekli olup olmadığı vb. konularda belirsizliğin yaşanmamasının ve işçinin güvencesiz bir konuma düşürülmemesinin devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasıyla söz konusu olabileceği ve devir sözleşmesinin her halükârda yazılı şekle bağlı olması gerektiği yönündedir[45]. Kanaatimizce devreden ve devralan arasındaki devir anlaşmasına işçinin rızasının yazılı şekil şartına bağlanması karşısında üç taraflı devir sözleşmesinin de yazılı olarak yapılması gerektiğini aramak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. İş sözleşmesinde işçinin yazılı rızasının aranması, işçinin korunması ilkesinden ileri gelmektedir. Aynı amaç, iş sözleşmesinin üç taraflı devir sözleşmesiyle devri bakımından da söz konusudur. Ayrıca doktrinde de isabetle belirtildiği üzere yazılı şekil şartının aranması işçi aleyhine sonuç doğurabilecek belirsizliklerin önüne

[43] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 538; Çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmelerinde kanunun öngördüğü yazılı şekil şartının ispat koşulu olduğu şeklinde aynı yönde görüş için bkz. Aydın, s. 47; Akyiğit, 2008, s. 577; Baysal, s. 97; Kaynar, s. 108; Kanun koyucunun yazılı ibaresini kullanmasından hareketle yazılı şekil şartının geçerlilik koşulu olduğu yönünde görüş için bkz. Zeytinoğlu, s. 461.

[44] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 299; Süzek, 2023, s.344; Arslanoğlu, s. 542; Alpagut, 2011**,** s. 925; Caniklioğlu, s. 108; Yiğit, s. 193; Subaşı/Yiğit, s. 152; Gülver, s. 108-109.

[45] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 299; Süzek, 2023, s. 344; Arslanoğlu, s. 542; Alpagut, 2011**,** s. 925; Caniklioğlu, s. 108; Yiğit, s. 193; Subaşı/Yiğit, s. 152; Gülver, s. 108-109.

geçilebilmesini de sağlayacaktır[46].

İş sözleşmesinin üç taraflı devir sözleşmesiyle devredilmesinin yanı sıra işçinin devreden ve devralan işveren arasındaki devir anlaşmasına yazılı rıza göstermesinin de iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde devrine vücut vereceğini belirtmiştik. Bununla birlikte rızanın hangi anda alınması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, rızanın önceden verilebilmesine imkân tanıyan TBK m. 205/2 hükmünden hareketle iş sözleşmesinin henüz devir anlaşması yapılmadan dahi rızanın verilebileceği yönündedir[47]. Aksi yönde başka bir görüş, TBK m. 205/2'de yer alan hükmün iş sözleşmelerinin devri bakımından uygulanamayacağını, işçilerin henüz iş sözleşmesinin devrinin kendisi bakımından ortaya çıkaracağı sonuçları değerlendiremediği ve iş sözleşmesinin devredileceğinin bilinmediği bir dönemde verecekleri rızaya geçerlilik tanınamayacağını ileri sürerek rızanın devir anında alınması esasının kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır[48]. Bu görüşün bir diğer dayanağı meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde işçinin holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğu içerisinde geçici olarak devrinde rızanın devir sırasında alınması gerektiğinin öngörülmüş olmasıdır[49]. Buna göre iş sözleşmesinin geçici olarak devredildiği meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde dahi rızanın devir sırasında alınması öngörülmüşken iş sözleşmesinin sürekli devrinde bu sonuç evleviyetle kabul edilmelidir[50]. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararlarında rızanın devir sırasında alınması gerektiğine hükmetmektedir[51]. Doktrinde ileri sürülen başka bir görüş, işçinin rızasının devir sırasında alınması gerektiğini kabul etmekle birlikte şirketler topluluğu veya holding bünyesi içerisinde iş sözleşmesinin hangi şirketlere devredilebileceğinin önceden bilinebileceğinden hareketle şirketler topluluğu

[46] Alpagut, 2011, s. 925.

[47] Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 368; Güneş/Mutlay, s. 271; Cengiz, 2014, s. 72.

[48] Süzek, 2023, s. 344-345; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 299; Ekmekçi/Yiğit, s. 270-271; Arslanoğlu, s. 541; Çankaya/Çil, s. 643; Caniklioğlu, s. 107; Alpagut, 2011, s. 923-924; Özkaraca, 2008, s. 124; Özkaraca, 2014, s. 129-130; Yiğit, s. 196-197; Subaşı/Yiğit, s. 157; Gülver, s. 131; Kutbay, s. 81-82.

[49] Süzek, 2023, s. 344; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 299; Çankaya/Çil, s. 643; Alpagut, 2011, s. 923-924; Caniklioğlu, s. 107; Özkaraca, 2008, s. 124; Özkaraca, 2014, s. 129-130; Yiğit, s. 196-197; Subaşı/Yiğit, s. 157; Gülver, s. 131.

[50] Süzek, 2023, s. 345; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 299; Çankaya/Çil, s. 643;Alpagut, 2011, s. 923-924; Caniklioğlu, s. 107; Özkaraca, 2008, s. 124; Özkaraca, 2014, s. 129-130; Yiğit, s. 196-197; Subaşı/Yiğit, s. 157; Gülver, s. 131.

[51] Y. 9. HD, T. 16.06.2008, E. 2007/41042, K. 2008/15622 (Çankaya/Çil, s. 674); Y. 9. HD, T. 12.03.2007, E. 2006/35805, K. 2007/6303 (Çankaya/ Çil, s. 683).

veya holding bünyesindeki devirler bakımından rızanın daha önceden verilmesinin mümkün ve iş sözleşmesine buna ilişkin koyulan kayıtların geçerli olduğu yönündedir[52].

Kanaatimizce rızanın devir anında alınması gerektiği kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin devri işçi bakımından olumsuz neticeler meydana getirebilir. Söz gelimi işçi, devirden önce iş güvencesinden yararlanmasına karşın devirle birlikte iş güvencesinin kapsamı dışında kalmış olabilir. Bu durum, işçinin devrin sonuçlarını öngöremeden ve değerlendirme imkanına sahip olmadan rızasına geçerlilik tanınmaması gerektiği sonucunu ortaya çıkarır. İşçinin iş sözleşmesine eklenecek nakil kaydıyla veya devirden önce herhangi bir zamanda alınan yazılı rızasıyla iş sözleşmesinin devredilebileceğini kabul etmek, yazılı rızanın getiriliş maksadına da aykırıdır. Zira işçinin yazılı rızasının aranması, işçi bakımından ortaya çıkabilecek önemli sonuçların göz önünde bulundurulması ve değerlendirmenin buna göre yapılması amacına yöneliktir. Kaldı ki doktrinde de isabetle belirtildiği üzere meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde dahi rızanın devir sırasında arandığı göz önünde bulundurulursa, işçinin devirden önce vermiş olduğu rızaya hiçbir surette geçerlilik tanımamak gerekir. Dolayısıyla işçinin yazılı rızasının devir anında alınması gerekir.

Bu bahiste değinmek istediğimiz son husus devreden ve/veya devralan işverenlerin işçiyi devrin hüküm ve sonuçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı meselesidir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin TBK m. 429 hükmünde işçinin yalnızca devre yazılı rıza göstermesi gerektiğinden söz edilmektedir. İşverenlerin işçiyi devrin hüküm ve sonuçları hakkında bilgilendirmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Buradan hareketle hukukumuzda iş sözleşmesinin devrinde devreden ve/veya devralan işverenlerin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığından söz etmek mümkündür. Bununla birlikte devrin işçinin rızasına bağlanmasına ilişkin geçerlilik şartının anlam kazanabilmesi için işçinin devrin etkileri ve olası neticeleri bakımından bilgilendirilmesi yerinde olur. Devrin işçinin rıza göstermesi koşuluyla gerçekleşmesi; devir neticesinde ortaya çıkabilecek çeşitli sonuçların işçi tarafından önceden değerlendirilebilmesi ve kararın bu değerlendirme neticesinde verilmesi amacına yöneliktir. Bu amacın gerçekleşebilmesi, işçinin devrin sonuçları hakkında sağlıklı bir değerlendirme imkanına sahip olmasıyla mümkün olur. İşçinin bu hususta yapacağı değerlendirmenin sağlıklı olabilmesi de

[52] Soyer, 2010, s. 40; Alp, 2007, s. 201; Alp, 2009, s. 316; Karaçöp/Yamakoğlu, 2013, s. 124.

devreden ve/veya devralan işverenlerin işçiyi devrin doğurabileceği sonuçlar bakımından bilgilendirmesi neticesinde söz konusu olabilecektir.

Nitekim her ne kadar iş sözleşmesinin devrine ilişkin olmasa da Avrupa Birliği'nin İşletme, İşyeri veya İşletme yahut İşyeri Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 Sayılı Yönergesi'nin[53] 7. maddesi, benzer bir müessese olan işyeri devrine ilişkin olarak bir bilgilendirme yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu madde uyarınca devirden etkilenen işçilerin temsilcilerinin ve işçi temsilcilerinin bulunmaması halinde işçilerin devir tarihi, devrin nedenleri, devrin ortaya çıkarabileceği yasal, sosyal ve ekonomik sonuçların ve öngörülen önlemlerin neler olduğu hususunda bilgilendirilmesi gerekir. Önemle belirtmek gerekir ki işyeri devrine ilişkin İş Kanunu'nun 6. maddesinde bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemiştir. Bu tercihin işyeri devri bakımından işçiye itiraz hakkı tanınmamasının bir yansıması olduğu değerlendirmesi yapılabilir[54]. Ancak doktrinde itiraz hakkı bulunmasa dahi işçinin kendi geleceğini öngörebilmesi adına bilgilendirme yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[55]. Kanaatimizce iş sözleşmesinin devri bakımından bu yaklaşımın evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Zira iş sözleşmesinin devredilip devredilemeyeceği işçinin rızasına bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle işçinin tercihi, iş sözleşmesinin devri bakımından belirleyicidir. Bu nedenle ancak işçinin devrin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bilgilendirilmesi halinde işçinin rızasının aranması kendisinden beklenen faydayı gösterecektir[56]. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri bakımından işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün öngörülmesi yerinde bir yaklaşım olur.

B. İş Sözleşmesinin Devrinin Sonuçları

İş sözleşmesinin devri; pek çok hukuki sonucu bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan belki de en önemlisi iş sözleşmesinin devrinin devreden işverenin sorumluluğuna etkisidir. Çalışmamızın konusunu iş sözleşmesinin devrinde devreden işverenin sorumluluğu oluşturduğundan bir sonraki başlıkta bu hususa detaylıca değinilecektir. Bununla birlikte

[53] https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/23/oj (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

[54] Astarlı, s. 173.

[55] Astarlı, s. 173; Aynı yönde görüş için bkz. Özkaraca, 2008, s. 256; Birinci Uzun, s. 399.

[56] 6102 sayılı TTK'nın "İş İlişkilerinin Geçmesi" başlıklı 178.maddesinde öngörülen itiraz hakkının amacına ulaşabilmesi bakımından bilgilendirme yükümlülüğünün öngörülmesi gerektiğine ilişkin benzer bir yaklaşım için bkz. Kayık Aydınalp, s. 115.

çalışmamızın konu bakımından esasını oluşturmaması sebebiyle iş sözleşmesinin devrinin diğer sonuçlarına kısaca değinmekle yetineceğiz.

İş sözleşmesinin devredilmesinin doğal sonucu; sözleşmenin işveren tarafının değişmesidir. Nitekim TBK m. 429/1 hükmünde de bu hususa işaret edilerek devir işlemiyle devralan işverenin tüm hak ve borçlarıyla birlikte işveren tarafını oluşturacağından söz edilmiştir. İş sözleşmesinin devredilmesi; iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu ortaya çıkarmamaktadır. Bu sebeple iş sözleşmesinin devredilmesi, sona ermeye bağlı işçilik alacaklarının doğmasına neden olan bir durum değildir. İş sözleşmesinin devredilmesiyle birlikte yalnızca devreden işverenle işçi arasındaki iş ilişkisi sona ermektedir[57]. İş sözleşmesinin devriyle birlikte sözleşmenin işveren tarafında meydana gelen değişiklik, işçinin işyerinde de bir değişikliğe sebebiyet verir[58]. Bu durum işçinin devreden işverene ait işyerinden ayrılarak devralan işverene ait işyerinde çalışmasını gerektirir. İş sözleşmesinin devrinin işverenin yanında işyerinin de değişmesine sebebiyet vermesi, iş sözleşmesinin devrini işyeri devrinden ayıran unsurlardan biri olarak karşımıza çıkar[59]. Zira işyeri devrinde; işçi devirden önce çalıştığı fiziki birimde çalışmaya devam etmektedir[60].

İş sözleşmesinin devrinin ortaya çıkardığı bir diğer sonuç, devralan işverenin işçinin hizmet süresinin önem kazandığı haklar bakımından işçinin devreden işverenin yanında işe başladığı tarihi esas alması zorunluluğudur[61]. Bu husus TBK m. 429/2'de de açıkça kendisine yer bulmuştur. Buna göre kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süresi, ihbar süresi ve iş güvencesinin kapsamına dahil olabilmek için aranan altı aylık kıdem süresi belirlenirken işçinin devreden işverenin yanında işe başladığı tarih dikkate alınacaktır. Esasen bu sonucun kabul edilmesi bakımından yasal bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Devralanın hizmet süresine bağlı haklar yönünden işçinin devreden işverenin yanında çalışmaya başladığı tarihi esas alması,

[57] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 298; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 369; Arslanoğlu, s. 543; Gülver, s. 154.

[58] Süzek, 2023, s. 343; Ekmekçi/Yiğit, s. 268; Alp, 2009, s. 306; Yiğit, s. 79; Gülver, s. 163 vd.

[59] Süzek, 2023, s. 343; Ekmekçi/Yiğit, s. 268; Alp, 2009, s. 306; Cengiz, 2014, s. 166; Gülver, s. 163.

[60] Süzek, 2023, s. 343; Alp, 2009, s. 306; Gülver, s. 164.

[61] Ekonomi/Eyrenci, s. 1223; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 300; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 370; Ekmekçi/Yiğit, s. 254; Alp, 2009, s.321; Özkaraca, 2014, s.131-132; Yiğit, s. 228.

devralanın sözleşmeyi tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralmasından kaynaklanmaktadır[62].

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNDE DEVREDEN İŞVERENİN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

TBK m. 429/2, devralanın devir işlemiyle bütün hak ve borçlarıyla birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olacağını düzenlemektedir. Devralanın bütün hak ve borçlarla birlikte devreden işverenin yerine geçmesi; devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralanın sorumlu olması sonucunu ortaya çıkarır[63]. Devir tarihinden sonra doğacak borçlar bakımından da devralanın sorumluluğunun bulunduğu hususunda bir tereddüt yoktur.

Bu itibarla TBK m. 429/2 düzenlemesinden de hareketle devralan işveren, hem devir öncesinde doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan hem de devirden sonra doğan borçlardan sorumludur. Buna karşılık TBK m. 429, devreden işverenin söz konusu borçlardan sorumlu olup olmayacağı sorusuna cevap vermemektedir. İşyeri devrine ilişkin İK m. 6 ve TBK m. 428 hükümlerinde devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenin devralan işverenle birlikte iki yıl boyunca birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak iş sözleşmesinin devri bakımından benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu husus gerek doktrinde gerek yargı kararlarında farklı değerlendirmelerin yapılmasına neden olmuş ve işyerinin devrinde öngörülen sorumluluğun iş sözleşmesinin devri bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalarına yol açmıştır[64].

Öte yandan devir sonrasında doğan borçlar bakımından devredenin sorumlu olup olmayacağı meselesi kıdem tazminatı ekseninde tartışılmış ve işyerinin devri, intikali veya başka bir işverene geçmesi halinde devreden işverenin işçiyi çalıştırdığı süre ve ücret üzerinden sorumlu olduğunu öngören

---

[62] Ekonomi/Eyrenci, s.1223; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.300; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 370; Özkaraca, 2014, s.132; Gülver, s. 183.

[63] Alp, 2009, s. 323; Alpagut, 2011, s. 926; Caniklioğlu, s. 108; Özkaraca, 2014, s. 133; Cengiz, 2014, s. 125; Cengiz, 2015, s. 55; Gülver, s.192; Urhanoğlu/Kaynar, s. 179.

[64] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 300; Süzek, 2023, s. 345; Ekmekçi/Yiğit; s. 273; Alp, 2007, s. 194; Alp, 2009, s. 325; Alpagut, 2011, s. 927; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 125; Güneş/Mutlay, s. 271; Yiğit, s. 294; Caniklioğlu, s. 108; Özkaraca, 2014, s. 136-137; Cengiz, 2014; s. 165.

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasının iş sözleşmesinin devrinde devredenin sorumluluğu bakımından gündeme gelip gelmeyeceği hususu farklı değerlendirmeleri beraberinde getirmiştir[65].

Bu kapsamda çalışmamızın bu bölümünde öncelikle devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenin devralan işverenle birlikte sorumlu olup olmadığı hususu incelenecek, devamında ise devirden sonra doğan borçlardan ve özellikle kıdem tazminatı bakımından devreden işverenin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu üzerinde değerlendirmeler yapılacaktır.

B. Devirden Önce Doğan ve Devir Tarihinde Ödenmesi Gereken Borçlardan Devreden İşverenin Sorumluluğu

Devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar; işçinin devreden işverenin yanında çalıştığı sürede ortaya çıkan işçilik alacaklarını ifade etmektedir. İşçinin ücret, fazla çalışma ve ikramiye gibi alacakları bu kapsamda değerlendirilir. Bununla birlikte iş sözleşmesinin devredilmesi; geçerli ve devam eden bir iş sözleşmesinin varlığını zorunlu kıldığından ve iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu ortaya çıkarmadığından sona ermeye bağlı alacaklar, bu bahiste gündeme gelmez.

Devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken söz konusu borçların işçi tarafından devralanın yanında devreden işverenden de talep edilip edilemeyeceği meselesi öteden beri tartışılagelmiştir. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce ileri sürülen bir görüş, işverenlerin sorumluluğunun işçileri çalıştırdıkları dönemle sınırlı olduğu yönündedir[66]. Buna göre devreden işveren, devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumlu olacaktır[67]. Ancak tarafların devir anlaşmasında devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan işverenin de sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür[68]. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu ilk kararlarında bu yaklaşımı

[65] Akyiğit, 2001, s. 45; Güzel, 2007, s. 36; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 300; Süzek, 2023, s. 781; Ekmekçi/Yiğit, s. 272; Alp, 2007, s. 194; Alp, 2009, s. 325 vd. ; Alpagut, 2011, s. 927; Caniklioğlu, s. 108; Özkaraca, 2014, s. 137 vd. ; Yiğit, s. 275; Kutbay, s. 124-125; Gülver, s. 214.

[66] Ekonomi/Eyrenci, s. 1222; Uçum, s. 41 ; Arslanoğlu, s. 544-545.

[67] Ekonomi/Eyrenci, s. 1222; Uçum, s. 41; Arslanoğlu, s. 545.

[68] Uçum, s. 44; Arslanoğlu, s. 545.

benimsemiş, işverenlerin işçileri çalıştırdıkları dönemle sınırlı olarak sorumlu olacağını ve devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar nedeniyle yalnızca devredenin sorumluluğuna gidilebileceğini vurgulamıştır[69]. Sözünü ettiğimiz bu görüşün TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte savunulması mümkün gözükmemektedir. TBK m. 429/2, açıkça devralanın tüm hak ve borçlarla birlikte işveren tarafının yerine geçeceğinden söz ettiğinden işverenlerin iş ilişkisinin devam ettiği süreyle sınırlı olarak sorumlu olduğu yaklaşımının benimsenmediği açıktır.

6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devredenin sorumluluğu bakımından iki farklı eğilimin öne çıktığından söz edilebilir. Doktrinde bir görüş, işyeri devrinde devredenin devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğunu öngören İş Kanunu'nun 6.maddesinin 2.fıkrasında ve TBK'nın 428. maddesinin 3.fıkrasında yer alan hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir[70]. İşyerinin devrinde söz konusu olan işçilerin menfaatlerinin korunması ihtiyacı, iş sözleşmesinin devri bakımından da geçerlidir[71]. Ayrıca aksi yorumun kabulü ve yalnızca devralan işverenin sorumlu tutulması, işçilerin zarar görme riskiyle karşılaşmasına sebebiyet verir[72]. Doktrinde diğer bir görüş ise iş sözleşmesinin devri bakımından işyeri devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını ve devredenin sorumluluğuna gidilemeyeceğini ifade etmektedir[73]. Bu görüş taraftarları farklı gerekçelere dayanmaktadır. Bu yönde bir görüşe göre 6098 sayılı TBK'nın kabulüyle birlikte konuya ilişkin tartışmalar sona ermiş olup devralan işveren tüm hak ve borçlarıyla birlikte devreden yerine geçtiğinden

[69] Y. 9. HD, T. 30.12.2003, E. 2003/16893, K. 2003/23624 (Çankaya/Çil, s. 702); YHGK, T. 13.04.2005, E. 2005/9-203, K. 2005/252 (https://legalbank.net).

[70] Güzel, 2007, s. 36; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 300; Süzek, 2023, s. 345; Alp, 2007, s. 194; Danar, s. 70; Alp, 2009, s. 325; Alpagut, 2011, s. 927; Güneş/ Mutlay, s. 271; Yiğit, s. 294; Ertürk, s. 169; Caniklioğlu, s. 108; Özkaraca, 2014, s. 136-137; Albayrak Zincirlioğlu, s. 199; Kutbay, s. 120-121; Güler, s. 217; 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devri hususunda bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun işyeri devrine ilişkin İş Kanunu'nun 6. maddesi dikkate alınarak doldurulması gerektiği yönünde görüş için bkz. Şahlanan, s. 4.

[71] Alp, 2009, s. 325; Alpagut, 2011, s. 927; Özkaraca, 2014, s. 136.

[72] Alp, 2009, s. 325; Alpagut, 2011, s. 927; Özkaraca, 2014, s. 136.

[73] Cengiz, 2014, s. 165; Ekmekçi/Yiğit; s. 273; Cengiz, 2015, s. 63; Kocagil, s. 56; Karaçöp/ Yamakoğlu, s. 125; Çayan, s. 160-161; Gülver, s. 202-203; Yeşilmen, s. 455-456; Urhanoğlu/ Kaynar, s. 186.

devreden işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır[74]. Aynı yönde başka bir görüş, konuyu müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 162 çerçevesinde ele almakta ve müteselsil sorumluluğun sözleşmeden veya kanundan doğabileceğinden hareketle müteselsil sorumluluk öngörülmediğinden devredenin sorumluluğuna gidilemeyeceğini ifade etmektedir[75]. Doktrinde devredenin sorumluluğunun söz konusu olmayacağı yönünde görüş bildiren yazarların bir kısmı; müteselsil sorumluluğun açıkça öngörülmemesi sebebiyle gündeme gelmeyeceğine ilişkin gerekçelere katılmaktadır[76]. Aynı zamanda iş sözleşmesinin devrinde işyeri devrinden farklı olarak işçinin yazılı rızasının arandığından hareketle kanun koyucunun bilinçli olarak devredenin sorumluluğunu düzenlemediğini belirterek devredenin sorumlu olmayacağını vurgulamaktadır[77]. Kanun koyucunun bilinçli olarak sustuğu gerekçesiyle devredenin sorumlu tutulmaması yönünde kanaat bildiren bir görüş ise devredenin sorumlu tutulmamasına gerekçe olarak müteselsil sorumluluğun ancak sözleşmeden veya kanundan doğması gerektiğinin ileri sürülmesine karşı çıkmakta ve işçinin korunması amacına yönelik olarak kıyasen müteselsil sorumluluk ihdas edilebileceğine işaret etmektedir[78].

Yargıtay'ın TBK öncesi konuya ilişkin vermiş olduğu ilk kararlarında yalnızca devredenin sorumluluğuna gidilebileceği sonucuna vardığını ifade etmiştik. Yargıtay daha sonra içtihadını değiştirmiş ve vermiş olduğu kararlarında istikrarlı şekilde devir tarihinden önce doğan ve devir tarihinden önce ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğun belirlenmesinde işyeri devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğine hükmetmiştir[79].

Bununla birlikte Y. 9. HD, T. 08.11.2022, E. 2022/4947 ve K. 2022/14521 sayılı kararında[80] söz konusu içtihadından dönmüş ve iş sözleşmesinin devrinde devreden işverenin devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğunun bulunmadığına işaret etmiştir:

---

[74] Cengiz, 2014, s. 151; Cengiz, 2015, s. 55; Urhanoğlu/Kaynar, s. 186.

[75] Kocagil, s. 56; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 125.

[76] Ekmekçi/ Yiğit, s. 273; Gülver, s. 202-203.

[77] Ekmekçi/Yiğit, s. 273; Gülver, s. 203.

[78] Yeşilmen, s. 455-456.

[79] Y. 22. HD, T. 29.01.2013, E. 2012/11360, K. 2013/1283 (www.lexpera.com); Y. 22. HD, T. 02.06.2015, E. 2014/9148, K. 2015/19247 (www.lexpera.com).

[80] Y. 9. HD, T. 08.11.2022, E. 2022/4947, K. 2022/14521 (www.lexpera.com); Kararın isabetli olmadığı ve Yargıtay'ın önceki içtihadına dönmesi gerektiği yönündeki değerlendirme için bkz. Özkaraca, 2023, s. 6 vd.

"...Belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin devri ile işyerinin tamamen veya kısmen devrine ilişkin koşullar birbirinden farklı olduğu gibi bu hukuki kurumlara bağlanan hukuki sonuçlar da aynı değildir. Hem işyeri devrinde hem de iş sözleşmesinin devrinde, sözleşmenin işveren tarafının değiştiği noktasında bir tereddüt yoktur (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.02.2021 tarihli ve 2016/9(22)-2289 Esas, 2021/90 Karar sayılı kararı). Ancak bu hâllerden birinde iş sözleşmesinin devamı işçinin rızası olmaksızın mümkün değil iken diğerinde işlemin geçerliliği için işçinin iradesine ihtiyaç vardır. Çünkü genel anlamda bir sözleşme ilişkisinin devrinde dahi sözleşme ilişkisinde kalan tarafın sözleşmeye dâhil olan tarafa rıza göstermesi beklenir (İştar Cengiz, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara, 2014, s.167). Oysa işyerinin devrinde kural olarak işçinin devre itiraz hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde işyeri devri, taraflarca iş sözleşmesinin feshi için haklı bir sebep teşkil etmez.

Görüldüğü gibi iki işveren arasında gerçekleşen işyeri devrine işçinin müdahale etmesi, devre itiraz etmesi yahut onay vermesi gibi bir durum söz konusu olmadığından işçinin bu hukuki işlemin sonuçlarından olumsuz yönde etkilenmemesi gerekir..... İşçinin rızası ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde tüm tarafların iradesi sözleşmenin devri yönünde birleşmekte; devreden taraf sözleşmenin tarafı olmaktan çıkmakta, devralan ise sözleşmenin tarafı hâline gelmektedir. Böylece devralan işveren, devraldığı işçinin sadece kıdeme bağlı hakları açısından değil tüm hakları açısından devreden işveren yanında geçen hizmet süresinden sorumlu olmakta iken devreden taraf, gerek devir öncesi dönem gerekse devir sonrası dönem yönünden sorumluluktan kurtulmaktadır (Cengiz, s.118). Bu sebeple işçinin rızası ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde, devreden işverenin devir tarihinden önce veya devir sırasından doğmuş borçlardan dolayı devralan ile birlikte sorumluluğu söz konusu değildir.

6098 sayılı Kanun'un 429 uncu maddesindeki düzenlemeden de tam anlamıyla aynı sonuca ulaşılmaktadır. Kanun koyucu işyeri devrine ilişkin 428 inci maddesinin son fıkrasında "Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır." hükmüne yer vermişken "Sözleşmenin devri" kenar başlıklı 429 uncu maddede bu tür bir süre öngörmemiştir. İşyeri devrine ilişkin 428 inci maddede devreden ve devralanın birlikte sorumluluğuna ilişkin kurallara

yer verdikten sonra takip eden 429 uncu maddede devredenin sorumluluğuna yönelik herhangi bir hükme yer vermemesi tamamen bilinçli bir tercihtir."

Yargıtay 9. HD. söz konusu kararın akabinde vermiş olduğu başka bir kararında da devredenin sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki içtihadını sürdürmüştür[81]. Görüldüğü üzere Yargıtay, işyeri devrinde devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmamasına gerekçe olarak iş sözleşmesinin devrinin ancak işçinin yazılı rızasıyla gerçekleşebileceğini göstermekte ve kanun koyucunun bu farklılığı göz önünde bulundurarak devreden işverenin sorumluluğunu öngörmediği sonucuna ulaşmaktadır.

Kanaatimizce, devreden işverenin devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken ücret vb. alacaklardan sorumluluğu bulunmamaktadır. TBK m. 429'da devreden işverenin müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Doktrinde de isabetle belirtildiği üzere işçinin korunması amacıyla dahi olsa kanun veya sözleşmeden doğmayan bir müteselsil sorumluluğun ihdas edilmesi mümkün değildir. Müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 162, birden çok borçludan her birinin alacaklıya borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirmesi halinde müteselsil borçluluğun doğacağını ifade etmekte ve böyle bir bildirimin bulunmaması halinde müteselsil sorumluluğun ancak kanuna dayanabileceğini vurgulamaktadır. İş sözleşmesinin devri bakımından kanundan veya sözleşmeden doğan bir müteselsil sorumluluk bulunmamaktadır. TBK m.162 hükmünden de anlaşılacağı üzere müteselsil sorumluluk istisnai bir sorumluluk türüdür[82]. İstisnaların dar yorumlanması gerektiği temel hukuk kaidelerinden biridir[83]. Kıyas, genişletici yorum yapılması sonucunu ortaya çıkardığından istisnai hükümlerde kıyasa başvurulamaz[84]. Bu nedenle işyeri devrine ilişkin müteselsil sorumluluk öngören hükümlerin iş sözleşmesinin devrinde kıyasen uygulanamayacağı görüşündeyiz. Aksinin kabulü kıyasen müteselsil sorumluluk ihdas edilmesi anlamına gelir. Müteselsil sorumluluğun istisnai karakteri, kıyasa başvurulmasını engellemektedir. Dolayısıyla devreden işverenin müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı söylenebilir. Kanun koyucu, işçinin iş sözleşmesinin devrine rıza göstermesi şartını göz önünde bulundurarak işyeri devrine ilişkin hükümlerin iş sözleşmesinin devrinde

[81] Y. 9. HD, T. 25.09.2023, E. 2023/9182, K. 2023/12631 (www.lexpera.com).

[82] Kılıçoğlu, s. 951; Hatemi/Gökyayla, s. 356.

[83] Umar, s. 137; Gözler, s. 341; Antalya/ Topuz, s. 340-341.

[84] Gözler, s. 344.

uygulanmaması yönünde iradesini ortaya koymuştur. İşyeri devrine ilişkin TBK m. 428'de devredenin sorumluluğunun öngörülmesine karşın TBK m. 429'de bu yönde bir hükme yer verilmemesi, kanaatimizce kanun koyucunun ihmaliyle açıklanamaz. Bu itibarla devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devredenin sorumluluğunun bulunduğu yönünde görüşlere katılamamaktayız.

Olan hukuk (de lege lata) bakımından devredenin sorumluluğuna gidilemeyeceği düşüncesinde olsak da olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda) iş sözleşmesinin devrinde de devredenin işyeri devrine benzer şekilde devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan bir süreliğine dahi olsa sorumlu tutulmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. İşçi her ne kadar iş sözleşmesinin devrine rıza göstermiş olsa da devre rıza göstermemesinin ne derece mümkün olduğu tartışmaya açıktır. İş ilişkisinin devam ettiği bir sırada işçinin işini kaybetmeme veya alacaklarını elde edememe kaygısıyla iradesini genellikle sağlıklı bir şekilde yansıtamayacağı söylenebilir. Kaldı ki iş hukuku işçiye rağmen işçinin korunması ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenle işçinin bu yönde bir tercihi bulunsa dahi iş sözleşmesinin devrinin sonuçlarından olumsuz etkilenmemesi için işyeri devrine paralel olarak devredenin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirilmesi yerinde olur. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki olması gereken hukuk bakımından bu yönde bir düzenleme getirilmesi gerektiğini düşünsek dahi olan hukuk açısından devredenin sorumluluğunun mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

C. Devirden Sonra Doğan Borçlardan Devreden İşverenin Sorumluluğu

Devirden sonra doğan borçlar, işçinin devralan işveren yanındaki çalışma dönemine ilişkin alacaklarını ve iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı alacaklarını ifade etmektedir. İşçinin devralan işveren yanındaki çalışma dönemine ilişkin alacakları; ücret alacağı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti gibi alacakları içermektedir. İş sözleşmesinin sona ermesine bağlı alacaklar ise kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi alacakları kapsamaktadır. İş sözleşmesinin devrinden sonra doğan işçinin sözünü etmiş olduğumuz alacaklarından yalnızca devralan işverenin sorumlu olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır[85]. İş sözleşmesinin devriyle birlikte devralan, işveren tarafı yerine geçtiğinden devirden sonra doğacak borçların

[85] Alp,2009, s. 323; Özkaraca, 2014, s. 133; Gülver, s. 205.

muhatabı da devralan işveren olacaktır. Durum böyle olmakla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında devreden işverenin yıllık izin ücreti alacağından işçiyi çalıştırdığı süreyle birlikte sorumlu olduğuna karar vermiştir[86]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararına katılamamaktayız. Yıllık izin ücreti alacağı; İş Kanunu'nun 59. maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı bir alacaktır. İş sözleşmesinin devrinde sözleşmenin sona ermesi söz konusu olmadığından yıllık izin ücreti alacağı doğmamaktadır. Dolayısıyla yıllık izin ücreti alacağından yalnızca devralan işveren sorumludur. Nitekim Yargıtay daha sonraki tarihlerde vermiş olduğu kararlarında yıllık izin ücreti alacağından yalnızca devralan işverenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir[87].

Kıdem tazminatı, iş sözleşmenin devriyle birlikte iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam ettiğinden devirden sonra doğan bir alacaktır. Bu nedenle kıdem tazminatından devreden işverenin sorumluluğunun bulunmadığı söylenebilir. Ancak kıdem tazminatı bakımından yapılacak değerlendirmede 1475 sayılı İş Kanunu'nun 2. fıkrasının dikkate alınması gerekir. Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

"İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır."

Görüldüğü üzere düzenleme, esas itibariyle işyeri devrinin kıdem tazminatına ve kıdem tazminatından sorumluluğa etkisine ilişkindir. Dolayısıyla ilk bakışta iş sözleşmesinin devri bakımından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma imkânı bulunmadığı ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde bir görüş, söz konusu düzenlemenin işyeri devri ve nakli halleriyle sınırlı olduğunu ve iş sözleşmesinin devrinde uygulanma

[86] YHGK, T. 13.04.2005, E. 2005/9-203, K. 2005/252 (https://legalbank.net); Kararın değerlendirilmesi için Güzel, 2007, s. 37.

[87] Y. 22. HD, T. 07.05.2015, E. 2014/6404, K. 2015/16806 (www.lexpera.com) ; Y. 22. HD, T. 29.02.2016, E. 2016/3545, K. 2016/5766 (www.lexpera.com).

imkanının bulunmadığını ileri sürmektedir[88]. Bu yönde ileri sürülen başka bir görüş, devir sözleşmesiyle birlikte tüm hak ve borçların devralan işverene geçeceği yönündeki kanuni düzenlemeden hareket ederek devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşmaktadır[89]. Doktrinde aksi yönde görüş ise iş sözleşmesinin devri bakımından da 14. maddenin 2. fıkrasının kıyasen uygulanması suretiyle devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir[90]. Bu görüş taraftarları, 1475 sayılı İş Kanunu'un 14. maddesinin 2. fıkrasının getirilme maksadının iş sözleşmesinin devri bakımından da geçerli olduğu ve söz konusu hükmün işyeri devri dışında kalan ve işveren değişikliğine neden olan tüm durumlarda uygulanma imkanının bulunduğuna işaret etmektedir[91].

Yargıtay'ın kıdem tazminatından devreden işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin kararları istikrarsız bir gelişim göstermiştir. Yargıtay'ın konuyu değerlendirmiş olduğu kararların bir kısmında 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasını iş sözleşmesinin devrinde uygulamadığı ve devredeni sorumlu tutmadığı görülmektedir[92]. Buna karşılık Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasından hareketle kıdem tazminatından devreden işvereni sorumlu tutma eğiliminde olduğu kararları da bulunmaktadır[93]. Ancak Yargıtay'ın söz konusu eğiliminin yer vermiş olduğumuz iş sözleşmesinin devri neticesinde devredenin devirden önce veya sonra doğan borçlardan sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki içtihadıyla değiştiği söylenebilir. Esasen Yargıtay'ın içtihat değişikliği, devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlara ilişkindir. Ancak kararların gerekçesine bakıldığında; işçinin rızasına dayanmış olması nedeniyle işyeri devrinde geçerli olan işçinin devirden olumsuz etkilenmemesi gerektiği

88 Ekmekçi/Yiğit, s. 272; Gülver, s. 214.

89 Cengiz, 2019, s. 828; Urhanoğlu/Kaynar, s. 183.

90 Akyiğit, 2001, s. 45; Güzel, 2007, s. 36; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 300; Süzek, 2023, s. 781; Alp, 2007, s. 194; Alp, 2009, s. 325 vd. ; Alpagut, 2012, s. 36; Alpagut, 2011, s. 927; Caniklioğlu, s. 108; Özkaraca, 2014, s. 137; vd. ; Yiğit, s. 275; Danar, s. 70; Albayrak Zincirlioğlu, s. 206-207; Kutbay, s. 124-125; Güler, s. 211.

91 Alp, 2007, s. 193 vd. ; Alpagut, 2012, s. 36; Alpagut, 2011, s. 927; Özkaraca, 2014, s. 136 vd.

92 Y. 9. HD, T. 29.09.2005, E. 2005/309, K. 2005/31664 (https://legalbank.net); Y. 9. HD, T. 22.01.2007, E. 2006/15347, K. 2007/312 (https://legalbank.net).

93 Y. 9. HD, T. 02.04.2013, E. 2012/9654, K. 2013/10812 (www.lexpera.com); Y. 22. HD, T. 02.06.2015, E. 2014/9148, K. 2015/19247 (www.lexpera.com); Y. 9. HD, T. 07.11.2013, E. 2011/37518, K. 2013/28666 (www.lexpera.com).

yönündeki anlayışın iş sözleşmesinin devri bakımından söz konusu olmadığı ve devirle birlikte alacağın ne zaman doğduğuna bakılmaksızın devredenin sorumluluğunun ortadan kalktığı tespitlerine yer verildiği görülmektedir. Yargıtay'ın iş sözleşmesinin devrini rızaya dayanması sebebiyle işyeri devrinden ayırması, kıdem tazminatı bakımından da devredenin sorumlu bulunmadığı kanaatini benimsediğini göstermektedir. Nitekim Özkaraca da Yargıtay'ın söz konusu içtihat değişikliğine ilişkin değerlendirmesinde; Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasının kıyasen uygulanması yönündeki içtihadına geri dönmesi gerektiğini ifade etmektedir[94].

Kanaatimizce devreden işverenin devirden sonra doğan diğer işçilik alacaklarına paralel şekilde kıdem tazminatından da sorumluluğu bulunmamaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası yalnızca işyeri devriyle sınırlı olarak uygulanma imkânı bulunan bir hükümdür. Sözü edilen hüküm; işyerinin devri suretiyle işverenin değişmesi durumunu düzenlemekte ve bu halde devreden işverenin işçiyi çalıştırdığı süre ve ücret üzerinden sorumlu olacağına işaret etmektedir. İş sözleşmesinin devrinin de işyeri devrine benzer şekilde işverenin değişmesine sebep olması, işyeri devrine özgü olarak getirilen hükmün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanabileceği anlamına gelmemelidir. Sorumluluk ihdas eden bir hüküm, işçinin korunması bakımından daha elverişli bir durum yaratsa da kıyas yoluyla genişletilmemelidir. Devreden işverenin işyeri devrinde olduğu gibi kıdem tazminatından sorumlu tutulabilmesi için açık bir yasal düzenlemenin bulunması gerekir.

Devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu olmayacağı sonucuna müteselsil sorumluluğun ancak kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabileceğini düzenleyen TBK m. 162 hükmü dikkate alınarak da varılabilir. Ancak bu hususa ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinin 2. fıkrasında getirilen hükmün müteselsil sorumluluk ihdas edip etmediğine ilişkin tartışmalara değinmekte yarar görüyoruz. Doktrinde devreden işvereni işçiyi çalıştırdığı süre ve devir sırasında aldığı ücret seviyesiyle sorumlu tutan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasının müteselsil sorumluluk getirmediği ileri sürülmektedir[95]. Bu görüş taraftarları, devreden işverenin kıdem tazminatı alacağının tamamından sorumlu tutulmadığı gerekçesine dayanarak müteselsil sorumluluktan söz

[94] Özkaraca, 2023, s. 9.

[95] Tunçomağ, 1989, s. 314-315; Süzek, 2023, s. 208; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 738; Alpagut, 2003, s. 139; Arslan Durmuş, s. 366.

edilemeyeceği sonucuna varmaktadır[96]. Aksi yönde görüş ise devreden ve devralan işverenin devreden işverenin işçiyi çalıştırdığı süre ve işçinin devir sırasında aldığı ücreti üzerinden belirlenecek kıdem tazminatından müteselsilen sorumlu olduğunu belirtmektedir[97]. Devreden işvereni işçiyi çalıştırdığı süre ve devir sırasında aldığı ücret üzerinden sorumlu tutan hükmü getiren 1927 sayılı Kanun'un[98] değişikliğe ilişkin Hükümet Tasarısı gerekçesi de bu yönde olup devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğunun müteselsil sorumluluk olduğu açıkça ifade edilmiştir[99]. Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları da devreden ve devralan işverenin devredenin işçiyi çalıştırdığı süre ve devir sırasında işçinin aldığı ücret üzerinden belirlenecek kıdem tazminatından müteselsilen sorumlu oldukları yönündedir[100].

Müteselsil sorumluluk, birden fazla borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu ve borçlulardan birinin veya birkaçının ifası ile birlikte borcun ifa edilen oranda diğer borçlular bakımından da sona erdiği borç ilişkileri bakımından söz konusu olmaktadır[101]. Görüldüğü üzere her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu tutulması, müteselsil sorumluluğun belirleyici özelliklerinden birisidir. Ancak borcun tamamından sorumluluk; borçluların her birinin borç miktarlarının eşit olması gerektiği anlamına gelmemektedir[102]. Müteselsil sorumlulukta borçluların borç miktarlarının birbirinden farklı olması mümkün olup bu halde borcu en az olanın borç miktarı kadar müteselsil sorumluluk bulunmaktadır[103]. Bu itibarla kıdem tazminatının tamamından yalnızca devralan işverenin sorumlu tutulması; devreden ve devralan işveren arasında müteselsil sorumluluk bulunmadığı sonucuna götürmemelidir. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrası uyarınca devreden ve devralan işverenin işçinin devreden işveren yanında çalıştığı süre ve devir sırasında aldığı ücret üzerinden belirlenecek kıdem tazminatı bakımından müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır.

---

[96] Tunçomağ, 1989, s. 314; Süzek, 2023, s. 208; Alpagut, 2003, s .139.

[97] Güzel, 1987, s. 441; Engin, s. 180; Ekmekçi, s. 133; Köseoğlu, s. 63; Özkaraca, 2008, s. 375; Uşan/Erdoğan, s. 21; Yeşilmen, s. 478-479.

[98] RG, T. 12.7.1975, S. 15293.

[99] Gerekçe için bkz. https://www.kanunum.com/files/1927-1-4.pdf (Erişim Tarihi: 05.08.2024).

[100] Y. 9. HD, T. 05.05.2014, E. 2013/12162, K. 2014/14392 (https://legalbank.net); Y. 9. HD, T. 05.06.2002, E. 2002/1349, K.2002/9501 (https://legalbank.net).

[101] Oğuzman/Öz, s. 476; Eren, s. 1358-1359; Nomer, s. 522.

[102] Eren, s. 1361; Oğuzman/Öz, s. 479.

[103] Eren, s. 1361; Oğuzman/Öz, s. 479.

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sorumluluk hükmünün müteselsil sorumluluk olarak kabul edilmesiyle birlikte işyeri devriyle sınırlı olarak öngörülen müteselsil sorumluluk hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de kıyasen uygulanması gerektiğinin ileri sürülmesi kıyasen müteselsil sorumluluk ihdas edilmesi anlamına gelir. Müteselsil sorumluluğun istisnai bir sorumluluk türü olduğunu ve istisnai hükümlerde kıyasa başvurulamayacağını ifade etmiştik[104]. Dolayısıyla bu yönüyle de devreden işverenin iş sözleşmesinin devrinde kıdem tazminatından müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı ve Yargıtay'ın içtihadının bu yönde değişmesinin isabetli olduğu görüşündeyiz.

Önemle ifade etmek gerekir ki devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu tutulmaması, işçi bakımından dezavantajlı bir durum yaratarak devralan işverenin ödeme gücünün bulunmaması halinde kıdem tazminatı alacağına erişememesi ihtimalini ortaya çıkarır. Sözünü etmiş ettiğimiz sorun, iş sözleşmesinin devrinde de işyeri devrinde olduğu gibi devreden işverenin işçiyi çalıştırmış olduğu süre ve ücret üzerinden belirlenecek kıdem tazminatından sorumlu tutulmasıyla çözülebilir. Dolayısıyla olması gereken hukuk (de lege feranda) bakımından iş sözleşmesinin devrinde devreden işverenin kıdem tazminatından işçiyi çalıştırdığı süre ve ücret üzerinden sorumlu olacağına yönelik bir düzenleme getirilmelidir. Ancak bu yönde bir değişiklik yapılmadan var olan yasal düzenlemeler ışığında kıdem tazminatından devreden işvereni sorumlu tutmanın mümkün olmadığına tekraren işaret etmek gerekir.

SONUÇ

İş sözleşmesinin devredilmesiyle birlikte devralan tüm hak ve borçlarla birlikte işveren tarafı yerine geçtiğinden devirden önce veya sonra doğan tüm borçlardan sorumludur. Ancak devreden işveren bakımından aynı sonuca varılıp varılamayacağı hususu devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar ile devirden sonra doğan borçlar olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir. Devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Doktrinde her ne kadar işyeri devrine ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak devredenin devralanla birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülse de bu yaklaşımın yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Öncelikle müteselsil sorumluluk sözleşmeden veya kanundan doğabilir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin

[104] Bkz. yuk.: III, B.

TBK m. 429 hükmünde kanun, devredenin sorumluluğunu öngörmemiştir. Dolayısıyla devredenle devralanın müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin ne sözleşme ne de kanun hükmü bulunmaktadır. Müteselsil sorumluluk istisnai bir sorumluluk türü olup istisnalar dar yorumlanır. Kıyasa başvurulması, genişletici yorum yapılması anlamına geldiğinden istisnai hükümlerde kıyasa başvurulamaz. Bu nedenle işyeri devrine ilişkin müteselsil sorumluluk öngören hükümlerin iş sözleşmesinin devrinde kıyasen uygulanmayacağı kanaatini paylaşmaktayız. Ayrıca kanunun devredenin sorumluluğunu düzenlememesi bilinçlidir ve bu hususta bir ihmalinin bulunduğundan söz edilmemelidir. Zira kanun koyucu işyeri devrinden farklı olarak iş sözleşmesinin devrinin işçinin yazılı rızasına dayanması esasından hareket etmiştir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; 2022 yılında içtihat değişikliğine giderek isabetle devredenin sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte olması gereken hukuk bakımından işçinin yazılı rızasının arandığı gerekçesiyle devredenin sorumluluğuna gidilememesi yerinde bir yaklaşım değildir. İşçinin devrin sonuçlarından olumsuz etkilenmemesi için devredenin bir süreliğine dahi olsa müteselsil sorumluluğunun öngörülmesi gerekir.

İşçinin devir tarihinden sonra doğan alacakları bakımından da yalnızca devralan işveren sorumludur. Aynı sonuç kıdem tazminatı alacağı bakımından da geçerlidir. Devreden işverenin devirden sonra doğan diğer işçilik alacaklarına paralel şekilde kıdem tazminatından da sorumluluğu bulunmamaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası yalnızca işyeri devriyle sınırlı olarak uygulanma imkânı bulunan bir hükümdür. İş sözleşmesinin devrinin de işyeri devrine benzer şekilde işverenin değişmesine sebep olması, işyeri devrine özgü olarak getirilen hükmün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanabileceği anlamına gelmemelidir. Sorumluluk ihdas eden bir hükmün kıyas yoluyla genişletilmemesi gerekir. Devreden işverenin işyeri devrinde olduğu gibi kıdem tazminatından sorumlu tutulabilmesi için açık bir yasal düzenlemenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Nitekim müteselsil sorumluluğun ancak kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabileceğini düzenleyen TBK m. 162 hükmü de aynı sonuca ulaşmamıza neden olmaktadır. Zira işyeri devrinde devreden işveren ile devralan işveren arasında işçinin devreden işveren yanında çalıştığı süre ve ücret üzerinden belirlenecek kıdem tazminatıyla sınırlı olarak müteselsil sorumluluk bulunmaktadır. Müteselsil sorumluluğun istisnai karakteri, işyeri devrinde devreden işvereni işçiyi çalıştırdığı süre ve çalıştırdığı dönemdeki son ücreti üzerinden müteselsilen sorumlu tutan hükmün kıyasen uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Bu nedenle işyeri devrine özgü olarak getirilen sorumluluk hükmünün iş sözleşmesinin

devri bakımından uygulanamayacağından ve iş sözleşmesinin devrinde devredenin kıdem tazminatından sorumlu tutulabilmesinin ancak bu hususta bir sorumluluk hükmü getirilerek mümkün hale gelebileceğinden söz etmek gerekir. Öte yandan işçinin kıdem tazminatı alacağına erişememesi riskinin bertaraf edilebilmesi için olması gereken hukuk (de lege feranda) bakımından iş sözleşmesinin devrinde devreden işverenin kıdem tazminatından işçiyi çalıştırdığı süre ve ücret üzerinden sorumlu olacağına yönelik bir düzenleme getirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.

Akyiğit, Ercan, "İş İlişkisinin (Bireysel) Devri (Karar İncelemesi)", Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2001, C. 17, S. 2, s. 40-50.

Akyiğit, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2008.

Albayrak Zincirlioğlu, Candan, İş Sözleşmesinin Devri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

Alp, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 189-209.

Alp, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 301-329.

Alpagut, Gülsevil, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Kamu-İş, Ankara 2003, s. 89-150.

Alpagut, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

Alpagut, Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu-İş, Ankara 2012, s. 1-81.

Alpagut, Gülsevil "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, C. 8, S. 31, s. 913-959.

Antalya, Gökhan/Topuz, Murat, Marmara Hukuk Yorumu- Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri) Cilt I, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Arslan Durmuş, Seda, İş Hukukunda Kıdem Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Arslan Ertürk, Arzu, İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Arslanoğlu, Anıl, "İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi",

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, S. 10, s. 533-545.

Astarlı, Muhittin, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S. 104, s. 149-176.

Aydın, Ufuk, "Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007, S. 8, s. 41-54.

Başbuğ, Aydın, "İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki", Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2003, S. 2-3, s. 3-17.

Baysal, Ulaş, "Türk ve Alman Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma", Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2012, C. 24, S. 1-2, s. 86-102.

Birinci Uzun, Tuba, "İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Karşılaştırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 115, s. 359-402.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Caniklioğlu, Nurşen, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", 10.Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2014, s. 74-120.

Cengiz, İştar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Cengiz, İştar, "İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2015, S. 34, s. 47-70.

Cengiz, İştar, "İş Sözleşmesinin Devrinde Kıdem Tazminatından Sorumluluk", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 811-840.

Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Çayan, Gökhan, Sözleşmenin Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen /Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

Danar, Cüneyt, "Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007, S. 6, s. 62-74.

Doğan Yenisey, Kübra, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**,** Kamu-İş, Ankara 2009, s. 9-99.

Ekmekçi, Ömer, "Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 2001, s. 61-140.

Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Ekonomi, Münir/Eyrenci, Öner, "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 1199-1223.

Engin, Enver Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Banka-Finans ve Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1993.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Ertürk, Şükran, İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Esener, Turhan, İş Hukuku, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara1978.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 21. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2024.

Güler, Şeref, "İş Sözleşmesinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 6, S. 11, s. 201-220.

Gülver, Ender, Özellikle Koşulları ve Hukuki Sonuçları Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Günay, Cevdet İlhan, "Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri" İstanbul Barosu Dergisi, Eylül 2007, İş Hukuku Özel Sayısı, s. 15-68.

Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet

Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011, C. 3, S. 30, s. 231-288.

Güzel, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987.

Güzel, Ali, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Türk-İş, Ankara 2007, s. 9-71.

Güzel, Ali /Özkaraca, Ercüment /Ugan, Deniz, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 475-566.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

İzveren, Adil, İş Hukuku (I, II, III), Doğuş Yayınevi, Ankara 1974.

Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2013, S. 38, s. 83-148.

Kayık Aydınalp, Aslıhan, İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

Kaynar, Damla, Türk İş Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.

Kocagil, İpek, "Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011, S. 22, s. 46-61.

Köseoğlu, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

Kutal, Metin, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, Banka-Finans ve Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1985, s. 5-23.

Kutbay, Nurgül, İş Sözleşmesinin Devri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

Oğuzman, M. Kemal, "Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1966, C. 32, S. 2-4, s. 858-883.

Oğuzman, M. Kemal, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, Banka-Finans ve Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1988.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.

Özkaraca, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Özkaraca, Ercüment, "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 115-141 (Editör: Centel, Tankut).

Özkaraca, Ercüment, "İş Sözleşmesini Devreden İşverenin Sorumluluğu (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, 2023, S. 159, Hukuk Eki, s. 2-17.

Sevimli, Ahmet, "İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı", Çimento İşveren Dergisi, 2003, C. 17, S. 2, s. 11-26.

Soyer, Polat, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Kamu-İş, Ankara 2010, s. 9-85.

Soyer, Polat, "Borçlar Kanununun İş Hukukuna Etkileri", İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara 2013, s. 1-18.

Subaşı, İbrahim/Yiğit, Yusuf, "İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı", İş ve Hayat Dergisi, 2018, C. 4, S. 7, s. 148-175.

Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara 2023.

Süzek, Sarper, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Kamu-İş, Ankara 2003, s. 1-58.

Şahlanan, Fevzi, "İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2007, S. 324, Hukuk Eki, s. 2-8.

Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 1994.

Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.

Tunçomağ, Kenan, "İşyerinin Devri ve Kıdem Tazminatı", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1989, s. 299-318.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

Uçum, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.

Umar, Bilge, Hukuk Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997.

Urhanoğlu, İştar/Kaynar, Damla, "İş Sözleşmesinin Devrinde Devreden İşveren Devirden Önce Doğmuş Bulunan Alacaklardan Sorumlu Tutulabilir Mi? Yargıtay 9. Dairesi'nin 08.11.2022 Tarihli Kararının İncelenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2024, S. 51, s. 168-193.

Uşan, Fatih/Erdoğan, Canan, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından Sorumluluğu", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2022, C. 8, S. 1, s. 1-27.

Yeşilmen, Ebru, İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İşverenlerin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Yiğit, Yusuf, İş Sözleşmesinin Devri, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.

Zeytinoğlu, Emin, "Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2004, C. 62, S. 1-2, s. 449-466.

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 15/10/2024
Kabul / Accepted: 01/04/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

MYANMAR'DA İŞLENEN İNSANLIĞA KARŞI SUÇLARIN YARGILANMASI SORUNU VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

THE PROBLEM OF PROSECUTING CRIMES AGAINST HUMANITY COMMITTED IN MYANMAR AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Sercan REÇBER*

ÖZET

Rohingyalar, hakları en fazla ihlal edilen azınlık olarak sistematik bir şekilde ayrımcılığa ve kimliksizleştirilme politikalarına Myanmar tarafından maruz bırakılmıştır. Bu çalışma açısından odaklanılan ana dönem 2016 ve 2017 yıllarında yaşanan saldırılar ve bu saldırılar sonucunda karşılaşılan insanlığa karşı işlenen suçlardır. Bu saldırılar sonucunda Rohingyalar kitlesel bir şekilde Bangladeş'e sürülmüştür. Myanmar gibi Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olmayan bir devlette Statü kapsamında yer alan insanlığa karşı işlenen suçların unsurlarının Statü'ye taraf bir devlet olan Bangladeş'te gerçekleşmesinin, 3. Ön Yargılama Dairesi tarafından verilen kararda belirtildiği gibi Savcılığın soruşturmasına konu olabilmesi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin işlevi ve amaçları açısından benzer olaylarda önem taşıyabilir. Bununla birlikte, Statü'ye taraf olmayan bir devlette işlenilmeye başlanan bu suçların soruşturulması ve yargılanması noktasında uygulamada ciddi zorluklarla karşılaşılsa da bu suçların Statü'ye taraf bir devlete sirayet etmesi halinde soruşturmaya ve yargılamaya konu olabilmesi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin işlevselliğine katkı yapacaktır.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı/BURSA, **E-Posta:** srecber@uludag.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-7834-7969, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1567701.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Reçber, Sercan, "Myanmar'da İşlenen İnsanlığa Karşı Suçların Yargılanması Sorunu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 619-662.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler: *Myanmar, Bangladeş, Rohingya, İnsanlığa karşı işlenen suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi*

ABSTRACT

As the minority whose rights are most violated, the Rohingya have been subjected to systematic discrimination and policies of de-identification by Myanmar. The main period of focus for this study is the attacks in 2016 and 2017 and the crimes against humanity as a result of these attacks. As a result of these attacks, Rohingyas were displaced en masse to Bangladesh. The fact that the elements of crimes against humanity covered by the Statute occured within the territory of a State not party to the Statute of the International Criminal Court, such as Myanmar, may be the subject of an investigation by the Prosecutor's Office in Bangladesh, a State party to the Statute, as stated in the decision of the 3rd Pre-Trial Chamber, may be of importance in similar cases in terms of the function and objectives of the International Criminal Court. Although serious difficulties are encountered in practice with regard to the investigation and prosecution of these crimes committed in a state that is not a party to the Statute, the fact that these crimes can be subject to investigation and prosecution if they extend to a state party to the Statute will contribute to the functionality of the International Criminal Court.

Keywords*: Myanmar, Bangladesh, Rohingya, Crimes against humanity, International Criminal Court*

EXTENDED ABSTRACT

As stated by the United Nations (UN), the Arakan Muslims (Rohingya), one of the most persecuted peoples in the world, have been deprived of their fundamental rights and freedoms by Myanmar in their own homeland since the military coup in 1962. During this process, legal and structural discrimination reached its peak with the 1982 citizenship law and the Rohingya were condemned to a status of statelessness. Throughout the long period of systematic and structural discrimination, there have been repeated large-scale human rights violations and attacks in which the Myanmar army has played at a leading role. These attacks have resulted in the loss of life and mass forced migration of Rohingya to neighbouring Bangladesh.

The main focus of this study is whether the International Criminal Court (ICC) has the authority to investigate and prosecute crimes under the Rome Statute that were committed in Myanmar—a non-State Party—when the transnational effects of these crimes have occurred in Bangladesh, which is a State Party to the ICC. At this point, the decision of the ICC Pre-Trial Chamber III, which evaluated the request for investigation by the Prosecutor is given significant attention.

In Myanmar, systematic violence against the Rohingya reached its peak between 2016 and 2017. In response, the UN Human Rights Council established an Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar on 24 March 2017 to investigate

and determine the extent of human rights violations in the country. In addition to the deaths of thousands of Rohingya, the Mission's report found that Myanmar security forces had systematically committed gross human rights violations on a mass scale. These grave human rights violations identified included mass rape, burning of villages and forced displacement. In the face of this persecution, international law and the international criminal justice in particular has a crucial role in stopping the atrocities and prosecuting those responsible

Although Myanmar is not a State Party to the ICC Statute, ICC Prosecutor's Office has made efforts to ensure that at least some of the crimes against humanity committed there do not go unpunished. This initiative is significant in terms of punishing the perpetrators of these grave crimes, which shock the conscience of humanity, closely concern the international community as a whole, and constitude violations of jus cogens norms, core principles that lie at the heart of the ICC's mandate. In this context, the most significant impact of the events in Myanmar at the state level has been felt in Bangladesh, which has been confronted with a massive refugee population due to the forced displacement of the Rohingya. Bangladesh has been a State Party to the ICC Statute since 1 June 2010.

In the case of Myanmar/Bangladesh, it has been observed that the crimes such as exile, deportation, and persecution on religious and ethnic grounds, which fall under crimes against humanity as defined by the Statute, were committed in a non State Party. In this context, the decision by Pre-Trial Chamber III upon the request of the Prosecutor's Office is noteworthy. As seen in the Mission's report, the role of the ICC is critical in enabling the prosecution of crimes against humanity committed in Myanmar and ensuring that the perpetrators are held accountable. The fact that the effects and elements of crimes against humanity covered by the Statute in a non-Statute party state, such as Myanmar, may be subject to investigation by the Prosecutor's Office in Bangladesh, a State party to the Statute, as stated in the decision rendered by the Pre-Trial Chamber III, may be important in similar cases in terms of the function and objectives of the ICC.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) tarafından ifade edildiği gibi dünyanın en fazla zulüm gören halklarından biri olan Arakan Müslümanları (Rohingyalar) kendi öz yurtlarında 1962 yılında gerçekleşen askeri darbe sonrasından günümüze kadar gelen süreçte temel hak ve özgürlüklerinden Myanmar tarafından mahrum bırakılmıştır. Bu süreçte hukuksal ve yapısal ayrımcılığın zirveye çıkması 1982 tarihli vatandaşlık yasası ile olmuş ve Rohingyalar hukuken vatansızlık statüsüne mahkûm edilmişlerdir. Uzun bir süreye yayılan sistematik ve yapısal ayrımcılık sürecinde zaman zaman büyük çapta insan

hakları ihlallerinin yaşandığı, Myanmar ordusunun ön planda olduğu saldırılar yaşanmıştır. Bu saldırılar can kayıpları dışında komşu Bangladeş'e kitlesel bir şekilde Rohingyaların zorunlu göçü ile sonuçlanmıştır.

Bu çalışma kapsamında öncelikle Rohingya sorununun tarihsel arka planına değinilmiştir. Rohingyalar, hakları en fazla ihlal edilen azınlık olarak sistematik bir şekilde Myanmar'da ayrımcılık ve kimliksizleştirilme politikaları ile karşılaşmışlardır. Bu çalışma açısından odaklanılan ana dönem 2016 ve 2017 yıllarında yaşanan saldırılar ve bu saldırılar sonucunda karşılaşılan insanlığa karşı işlenen suçlardır. Bu saldırılar sonucunda Rohingyalar kitlesel bir şekilde Bangladeş'e sürülmüştür.

Bu çalışma kapsamında Myanmar tarafından işlenen insanlığa karşı suçların yer aldığı Myanmar'a ilişkin Uluslararası Bağımsız Gerçekleri Araştırma Misyonu tarafından sunulan rapor yer almıştır. Bu rapora yansıyan biçimi ile Myanmar'da insanlığa karşı işlenen suçların Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından yargılamaya konu olabilmesinin öncelikle teorik olasılıkları çalışma kapsamında incelenmiştir. Myanmar UCM'ye taraf olmamakla beraber burada ön plana çıkan ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin (BMGK) yetkisidir. UCM Statüsü uyarınca BMGK'nin, Myanmar'da karşılaşılan insanlığa karşı işlenen suçları UCM'ye havale etme yetkisi olmakla birlikte, hukuken sahip olunan bu yetkinin kullanılmamasının nedenleri çalışmamızda yer almıştır.

Bu çalışmanın ana sorunsalı; Myanmar'ın UCM Statüsü'ne taraf olmamasına rağmen, Myanmar'da Statü kapsamında düzenlenen suçların işlenmesi ve bu suçların sınır aşan etkilerinin UCM'ye taraf bir devlet olan Bangladeş'te görülmesi durumunda, UCM'nin bu kapsamda bir soruşturma ve yargılama yetkisine sahip olup olmadığıdır. Bu noktada UCM Savcılığı tarafından yapılan soruşturma talebinin değerlendirildiği 3. Ön Yargılama Dairesinin kararına geniş bir şekilde yer verilmiştir.

I. SORUNLARIN KÖKENİ

Güney Doğu Asya'da yer alan ve Büyük Britanya sömürgesi olarak eski adı Burma olan Myanmar 1948 yılında bağımsızlığına kavuşmuştur. 135 etnik gruba ev sahipliği yapması ile Myanmar etnik ve dinsel yönden büyük bir çeşitlilik sergilemektedir. Dini aidiyet açısından Budistler %87,9 ile Myanmar'daki en büyük dini gruptur, onları Hıristiyanlar %6,2, Müslümanlar

%4,3 ve Hindular %0,5 ile takip etmektedir[1].

Rohingya halkı, MS. 7. yüzyıldan itibaren Myanmar'ın güneybatı kıyısında Budist nüfusun çoğunlukta olduğu Rakhine (Arakan) eyaletinin Rohingya bölgesinde yaşayan Müslüman bir azınlıktır. Rohingyaların önemli bir kısmı 13. yüzyılda İslamiyet'i kabul etmiş ve bu bölgede 1430 yılında kurulan Arakan Krallığı 1784 yılına kadar egemenliğini sürdürmüştür[2]. 1785 yılında Birmanlar bölgede egemenlik kurmuş, 1824-26 yılları arasında yaşanan İngiliz-Birmanya savaşından sonra bölge İngilizlerin kontrolü altına girmiştir[3]. Bağımsızlığın kazanıldığı 1948 yılından, 1962 yılına kadar Rohingyalar Myanmar tarihinin ilk başbakanı U Nu'nun belirttiği gibi Myanmar'ın yerlisi etnik bir grup olarak tanımlanmış ve Rohingya dili Myanmar radyosundaki programlarda yer almıştır[4].

1962 yılında Myanmar ordusu tarafından yapılan darbe sonrasında günümüze de yansıyacak bir şekilde, Rohingyalar yapısal bir ayrımcılıkla karşılaşmış, süreç içerisinde yoğunlukları farklı da olsa Myanmar devletinin şiddeti ile karşılaşmış ve çok sayıda Rohingyalı ülkesini terk etmek zorunda kalmıştır. Bu darbe Myanmar'ın bağımsızlık sonrası dönemde demokratik bir yapıya kavuşmasını engellemiştir. Darbeye gerekçe olarak çeşitli etnik gruplardan gelen protestolar karşısında ülkenin toprak bütünlüğünün ordu tarafından korunması gösterilmiştir. Bununla birlikte ordu etnik isyanları bastırırken sistematik bir şekilde hak ve özgürlükleri kısıtlamıştır. Bu darbe aynı zamanda Rohingyaların dışında Myanmar'daki diğer azınlıkların da günümüze yansıyan şekli ile yaşadıkları sorunların kaynağı olarak gösterilmiştir[5].

Bu bağlamda 1962 yılında gerçekleşen askeri darbenin sonuçlarını en ağır hisseden grupların başında Rohingyalar gelmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, 1948 ile 1962 yılları arasında Myanmar'ın asli unsuru olarak kabul edilen Rohingyalar bundan sonra Myanmar'ın bir parçası olarak kabul edilmemiştir. Cunta yönetiminin bu tercihinin arkasında, iktidarına meşruiyet sağlamak

[1] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 458.

[2] Uraz, s. 44.

[3] Leider, s. 409.

[4] Uraz, s. 46. Bunun nedeni; farklı toplumsal gruplar arasında yaşanan çatışmaların Rohingya'da yaşanmaması ile birlikte Rohingya'da bir isyan hareketinin olmamasıdır. Durmaz, s. 451.

[5] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 460- 461.

amacıyla sosyo-ekonomik sorunlar sonucunda oluşabilecek tepkileri gidermek ve başka yöne çevirmek adına bu sorunu kullanması yatmaktadır. Cuntanın iktidara geldiği 1962 yılından itibaren Rohingyalar, toplumsal yaşamdan tecrit edilmeleri amacıyla kamudaki işlerinden çıkarılmış, özel girişimlerine el konulmuş, dini ve kültürel kimliklerini yaşayabilmeleri ve sahiplenebilmeleri noktasında yoğun engellemelerle karşılaşmış ve adeta devlet tarafından yok sayılmışlardır[6]. Bu hukuki kısıtlamalar dışında Myanmar devleti tarafından 1978 yılında Nagamin adında bir operasyon düzenlemiş ve bu operasyonun sonucunda 200 binden fazla Rohingyalı Bangladeş'e kaçmış ve bu süreçte 10 bin Rohingyalı hayatını kaybetmiştir[7]. Bu süreçte yaşanılan şiddet hükümet, devlet kontrolündeki medya ve Myanmar halkının büyük bir kesimi arasında, Rohingyaların ulusal güvenliği tehdit eden yasadışı 'Bengalli' göçmenler olduğu yönündeki yaygın inancın sonucudur[8].

Bütün bu süreçte hukuksal ve yapısal ayrımcılığın zirveye çıkması 1982 tarihli vatandaşlık yasası ile olmuştur. 135 etnik grubun tanımlandığı bu yasaya Rohingyalar dahil edilmemiştir. 1982 tarihli vatandaşlık yasasına göre; Myanmar vatandaşı olabilmenin koşulu 1824 yılında tesis edilen İngiliz yönetimden önce Myanmar'da yaşayan ulusal bir grubun mensubu olunmasıdır. Yetkililer tarafından, Rohingyaların 1823 yılından önce Rahkine'de yaşamadıkları ve İngiliz sömürgesi döneminde Myanmar'a getirilen göçmenler olduğu belirtilmiştir. Böylece Rohingyaların vatandaşlık hakları elinden alınmış ve Rohingyalara yönelik özellikle ordu tarafından yapılan sistematik şiddet ve yok sayma sıradan bir hale gelmiştir. Bu kimliksizleştirme sürecinin diğer bir yansıması 1989 yılında Arakan adının Rakhine olarak değiştirilmesidir. Bu isim değişikliğinin nedeni devletin Rakhine ismi ile bu bölgenin Rohingyalar öncesi bile Budist bir karakter taşıdığını göstermek istemesidir. Bu Myanmar devletinin tek bir kimlikle özdeşleştirilmesine yönelik önemli bir adımdır[9].

2017 yılı ağustos ayındaki bir veri Rohingyaların ne oranda Myanmar vatandaşı olduklarını göstermektedir. O tarih itibarı ile 50 milyon nüfusa sahip olan Myanmar'da, Müslüman Rohingyalar 1 milyon kişi olarak tahmin edilmelerine rağmen, bunların arasında 4 binden az kişi Myanmar

[6] Durmaz, s. 451- 452.

[7] İslam, s. 56; Kipgen, s. 48.

[8] Wheeler, s. 610.

[9] Durmaz, s. 452- 453; Lee, s. 72, 80; Kipgen, s. 47- 48.

vatandaşıdır[10]. Bu veri bize açıkça Rohingyaların kendi öz yurtlarında vatandaşlık statüsüne sahip olmadığını, bir hak öznesi olarak yok sayıldıklarını göstermektedir.

Genel olarak bakıldığında 1962 ile 2010 yılları arasındaki askeri cunta döneminde özellikle etnik azınlıkların vatandaşlık haklarını hiçe sayar nitelikte yoğun ve sistematik düzeyde insan hakları ihlalleri yaşanmıştır. Siyasal hakların kullanımının engellenmesinden, insanların toplu bir şekilde öldürülmesi, topraklarına el konulması ve yerinden etme, cinsel şiddet ve zorla çalıştırma sıklıkla karşılaşılan uygulamalardır. 2010 yılında yapılan seçimlerde ülkeyi uzun bir süredir yönetmekte olan Myanmar ordusunun hakimiyetine bir sınırlama getirmemiştir. Bu süreçte ordu ve polisi kapsayan devletin tüm zor aygıtları anayasal düzeyde silahlı kuvvetler komutanına bağlanmıştır[11].

Rohingyaların, Myanmar vatandaşı olarak kabul edilmemeleri onları savunmasız bırakmıştır. 2008 tarihli Myanmar Anayasası'nın[12] birliğin temel ilkeleri başlıklı 1. bölümün 3. maddesinde devlet, çok uluslu ırkların toplu olarak yaşadığı yer olarak tanınmasına rağmen Rohingyalar ulusal bir ırk olarak kabul edilmemiş ve anayasal düzeydeki temel haklarından mahrum kılınmıştır[13].

Bütün bu süreçte ülkedeki diğer etnik azınlıklarda baskı görmüştür. Bununla birlikte Rohingyalar hakları en fazla ihlal edilen grup olarak sistematik bir şekilde ayrımcılığa ve kimliksizleştirilme politikalarına Myanmar tarafından maruz bırakılmıştır.

Rohingyaların yaşadığı sistematik ayrımcılık ve baskı dışında, Rakhine Myanmar'ın en yoksul eyaletlerinden biri olup, ülkedeki en yüksek işsizlik oranına sahiptir. Bu eyalet aynı zamanda temiz su ve kanalizasyon hizmetleri konusunda en düşük erişime sahiptir. Rakhine eyaleti, Bangladeş ile sınır olduğundan dolayı Myanmar'daki pek çok kişi Rohingyaları, yasadışı Bengalli göçmenler olarak görmüştür. Bunun dışında sorunları ağırlaştıran diğer bir faktör, devletin bir ötekileştirme anlatısı yaratması ve Rohingyaları

[10] Akhavan, s. 332.

[11] Zenginkuzucu, s. 53.

[12] Myanmar's Constitution of 2008, Faolex Database, (https://faolex.fao.org/docs/pdf/mya132824.pdf, Erişim Tarihi:11.08.2024).

[13] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 462.

farklı bir dine mensup, yabancılar olarak tasvir etmesidir. Ulusal bir tehdit olarak görülmeleri Rohingyaları, ulusun bünyesinden kazınmaları gereken bir unsur olarak saldırılara açık hale getirmiş ve özellikle 2010'lu yıllardan itibaren Rohingyalar, sivil halkın da katılımının olduğu devletin güvenlik güçlerinin yoğun saldırıları ile karşılaşmışlardır. Bu doğrultuda, çeşitli sivil toplum kurumları Rohingyalara yönelik sürekli artan şiddet riskleri konusunda uyarılarda bulunmuştur[14].

Myanmar'da uzun bir dönem sonrasında yapılan 2010 yılı seçimlerini Birlik, Dayanışma ve Kalkınma Partisinin kazanması ve 2011 yılının şubat ayında bu partinin lideri Thein Sein'in Cumhurbaşkanı olarak seçilmesi Myanmar'daki askeri yönetimin sona ermesi ve demokratikleşme yönünde olumlu bir başlangıç olarak değerlendirilmiş, aynı zamanda Rohingyalara yönelik temel düzeydeki vatandaşlık haklarının tesisi açısından geleceğe umutla bakılmıştır[15].

Bütün bu olumlu havaya rağmen 29 Mayıs 2012 tarihinde Rakhine'de Budist bir kadının üç Rohingyalı genç tarafından tecavüze uğradığı iddiası ve sonrasında 10 Rohingyalının Budistler tarafından linç edilmesi büyük bir şiddet dalgası yaratmıştır. Bu olaylar sonucunda dini yapılarla birlikte eğitim kurumları da zarar görmüştür. Çoğunluğunu Rohingyalı Müslümanların oluşturduğu en az 78 kişinin öldürüldüğü belirtilmiştir. Hükümet tarafından kurulan komisyonlarda şiddet olaylarının nedeni olarak dini farklılar gösterilmiştir[16]. Aynı zamanda bu süreçte 140 bin Rohingyalı evlerini terk etmek zorunda kalmıştır[17].

Sivil bir yönetimin iktidarda olmasına rağmen Myanmar hükümeti askeri yönetimin Rohingyalara yönelik, bu insanların kimliklerini ve temel haklarını yok sayma politikasını sürdürmüştür. Bunun en çarpıcı örnekleri arasında 2014 yılında yapılan nüfus sayımında Rohingyaların hariç tutulması, planlanan anayasa değişikliğinde oy kullanmalarına izin verilmemesi gösterilmektedir. Benzer şekilde 2015 yılında yapılan seçimlerde Rohingyaların oy kullanmasına izin verilmemiştir[18].

[14] Pérez /Acevedo/Pinto, s. 462.

[15] Durmaz, s. 454.

[16] Durmaz, s. 454- 455.

[17] Trihartono, s. 6.

[18] Kipgen, s. 48.

Bütün bu yaşananlar üzerine 2016-2017 yıllarında Myanmar hükümeti ve Annan Vakfı tarafından Rahkine Eyaleti Danışma Komisyonu kurulmuştur. Komisyona göre ayrımcılığın sona erdirilmesi için 1982 tarihli vatandaşlık yasası değiştirilmelidir. Raporda Myanmar hükümetine insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulan faillerin yargılanması, Rohingyalara yönelik sosyal yardımların ve eğitim olanaklarının sağlanması, seyahat özgürlüğünü engelleyen kısıtlamaların kaldırılması şeklinde tavsiyeler sunulmuştur. Dönemin devlet başkanı Suu Kyi raporu olumlu karşılamış ve tavsiyelerin mümkün olan en geniş surette ve en kısa sürede yerine getirileceğini belirtmiştir[19]. Komisyon raporunun yansıttığı olumlu havaya rağmen, bu raporun yayınlanmasından kısa bir süre sonra Rakhine'de şiddet döngüsü tekrar ortaya çıkmıştır.

Bu bölümde aktarıldığı gibi Rohingyalar 1962 yılında gerçekleşen askeri darbe sonrasında, günümüze de yansıyan şekli ile Myanmar'da başta vatandaşlık olmak üzere birçok haktan mahrum bırakılmıştır. Myanmar'ın Rohingyalara yönelik politikası Rohingyaların asimile edilip Myanmar vatandaşı olmaları üzerine kurulmayıp, çeşitli dönemlerde yaşanan saldırılarda görüldüğü gibi Myanmar'ı terk etmeleri üzerine kuruludur.

II. 2016- 2017 YILLARINDA ROHİNGYA'DA YAŞANANLAR

Myanmar'da, Rohingyalara yönelik sistematik düzeydeki şiddet en yoğun şekilde 2016 ile 2017 yılları arasında görülmüştür. Arakan Rohingya Kurtuluş Ordusu'nun (Arakan Rohingya Salvation Army- ARSA) 9 Ekim 2016 tarihinde biri sınır muhafız karakolu olmak üzere üç güvenlik noktasına yaptığı ve 9 Myanmar polisinin hayatını kaybetmesine neden olan saldırılar gerekçe gösterilerek 2016 yılı ile 2017 yılında Myanmar tarafından Rohingyalara yönelik genel olarak iki ayrı dönemi kapsayan "*temizleme operasyonu* (*clearance* operation*)*" adı verilen yoğun saldırılar gerçekleştirilmiştir[20]. Bu sürecin özeti Myanmar güvenlik güçlerinin Rohingyaların başta yaşam hakkı olmak üzere temel insan haklarını ihlal etmesi, insanlığa karşı suçlar işlemesi ve Rohingya halkının korkunç acılarla karşı karşıya kalmasıdır.

9 Ekim 2016 tarihinde ilk dönemi başlayan ve 16 Şubat 2017 tarihinde

[19] Durmaz, s. 456- 457.

[20] Lee, s. 163, Morada, s. 66. International Crisis Group, "Myanmar's Rohingya Crisis Enters a Dangerous New Phase", Asia Report No 292, 7 Aralık 2017. (https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/myanmar/292-myanmars-rohingya-crisis-enters-dangerous-new-phase, Erişim Tarihi: 12.06.2024).

sona eren operasyonlar sonucunda 87 bine yakın Rohingyalı Bangladeş'e kaçmıştır. Bu saldırılar BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne göre etnik temizlik ve insanlığa karşı işlenen suçtur[21].

Bu süreçte BM İnsan Hakları Konseyi tarafından Myanmar'daki insan hakları ihlallerinin araştırılması ve kapsamının belirlenmesi amacı ile 24 Mart 2017 tarihinde alınan A/HRC/RES/34/22 sayılı karar doğrultusunda Myanmar'a ilişkin Uluslararası Bağımsız Gerçekleri Araştırma Misyonu (Independent International Fact- Finding Mission on Myanmar) kurulmuştur[22].

Myanmar ordusu (Tatmadaw) 25 Ağustos 2017 tarihinde operasyonları tekrar başlatmıştır. Misyon raporuna yansıyan şekli ile bu operasyonların gerekçesi 2017 yılının ağustos ayında ARSA tarafından Rakhine'de 20 polis karakolunun ve askeri üssün hedef alınması sonucunda 12 sınır görevlisinin öldürülmesidir. Bu eylemler sonrasında ordu, Rohingyalara yönelik toplu bir cezalandırma politikası uygulamıştır. 2017 yılının ağustos ayında hükümet tarafından bölgeye gönderilen 35 bine yakın asker ile yapılan operasyonlar sonucunda çok sayıda köy haritadan silinmiş, ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin sayısı artmış, yaklaşık yüzde 80'i kadın ve çocuklardan oluşan 745 bin Rohingyalı Bangladeş'e göç etmiştir. Myanmar hükümeti yoğun ekonomik yaptırım tehdidi karşısında zorla yerinden edilenlerin yurtlarına dönmeleri konusunda Bangladeş ile bir anlaşma yapmış olmasına rağmen Rohingyaların geriye dönmeyi reddetmeleri anlaşmayı etkisiz kılmıştır[23]. Çok sayıda yerleşim yerinin haritadan silindiği, Rohingyalar açısından geri dönülecek bir yer kalmadığı gerçeği karşısında böyle bir anlaşmanın sadece görünüşten ibaret olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Bu kapsamda BM tarafından Rohingyalar dünyanın en çok zülüm gören halkları arasında sayılmıştır[24]. Ayrıca BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi'ne göre; 23 Ağustos 2017 tarihinden sonra Myanmar güvenlik güçleri tarafından Rohingyaların Myanmar'a dönmelerini engellemek amacıyla sınır

---

[21] Uraz, s. 51.

[22] BM, Genel Kurulu Res 34/22, 24 Mart 2017, BM Belge A/HRC/RES/34/22.

[23] Durmaz, s. 457- 458.

[24] Trihartono, s.3. BM, Human Rights Office of the High Commisioner, 5 Aralık 2017, Human Rights Council Opens Special Session on the Situation of Human Rights of the Rohingya and other Minorities in Rahkine State in Myanmar. (https://www.ohchr.org/en/press-releases/2017/12/human-rights-council-opens-special-session-situation-human-rights-rohingya?LangID=E&NewsID=22491, Erişim Tarihi:11.07.2024).

boyunca kasıtlı olarak mayın döşenmiştir[25].

Misyon tarafından ana bulgulara ilişkin 20 sayfalık raporun 27 Ağustos 2018 tarihinde İnsan Hakları Konseyi'ne sunulmasının ardından, 15 aylık bir zaman dilimini konu edinen ve kapsamı açısından o güne kadar benzeri görülmemiş olan 440 sayfalık rapor, 17 Eylül 2018 tarihinde açıklanmıştır. Bu raporda binlerce Rohingyalının ölümü dışında, Myanmar güvenlik güçleri tarafından sistematik bir şekilde kitlesel düzeyde ağır insan hakları ihlallerinin işlendiği tespit edilmiştir. Varlığı saptanan ağır insan hakları ihlalleri arasında toplu tecavüz, köylerin yakılması ve zorunlu göçte yer almıştır. Bu raporda ayrıca Myanmar hükümetine ve BM'ye yönelik çözüm önerileri yer almıştır. Yaşanılan bu krizin bölgesel istikrarı da tehdit edebileceği belirtilmiştir. Bu Misyon, Rakhine eyaletinin dışında Kaçin ve Shan eyaletlerinde yaşanan insan hakları ihlallerini de incelemiştir. Misyon yaptığı incelemelerde ayrıca ifade özgürlüğü, toplanma ve barışçıl örgütlenme hakları dahil olmak üzere temel özgürlüklerin ihlalini ve nefret söylemini incelemiştir[26].

Raporun tamamında göze çarpan Myanmar ordusunun ülke genelinde gerçekleştirdiği ihlallerin açık bir şekilde yer almasıdır. Misyon tarafından beş farklı ülkede 875 kişiyle görüşülmesi sonucunda ayrıntılı bir şekilde hazırlanan raporda, ordunun kendi halkına karşı yürüttüğü operasyonlara damgasını vuran şiddet, grafik detaylar kullanılarak gözler önüne serilmiştir. Bu rapor kapsamında insan hakları ihlallerinin incelendiği üç eyalete ilişkin ordunun operasyonlarında kullandığı yöntemlerin benzerliği Misyonu şaşırtmıştır. Bu operasyonlar boyunca kadınlar ve çocuklar dahil olmak üzere siviller sistematik olarak hedef alınmış, cinsel şiddet uygulanmış, azınlıklara yönelik dışlayıcı ve ayrımcı söylemler dile getirilmiş ve teşvik edilmiş, operasyonlarda görev alan askerler için bir cezasızlık ortamı tesis edilmiştir. Misyona göre ordu tarafından işlenen ihlaller korkunçtur[27].

Genel olarak Myanmar'da yaşanan insan hakları ihlallerinin faillerinin

[25] Akhavan, s. 335.

[26] BM, Human Rights Council, A/HRC/ 39/CRP.2, Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact Finding on Myanmar Mission on Myanmar, (https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/09/myanmar-un-fact-finding-mission-releases-its-full-account-massive-violations?LangID=E&NewsID=23575, Erişim Tarihi:10.07.2024).

[27] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States, (https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/09/myanmar-un-fact-finding-mission-releases-its-full-account-massive-violations?LangID=E&NewsID=23575, Erişim Tarihi: 11.07.2024).

başında ordu mensupları gelmektedir. Ordu tarafından yapılan operasyonlarda siviller doğrudan hedef alınmıştır. İnsan hakları hukuku ve insancıl hukuk kapsamında korunan pek çok hak ihlal edilmiştir. Cezasızlığın ulusal bir politika olduğu Myanmar'da Misyon, özellikle bu ihlallerde sorumlulukları bulunan ordunun üst düzey yetkililerinin uluslararası düzeyde bir ceza mahkemesinde yargılanmalarına yönelik somut önerilerde bulunmuştur. Bu süreçte Misyon, Myanmar'ın Başkomutanı Kıdemli General Min Aung Hlaing ve üst düzey askeri liderlerinin soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar ve savaş suçları nedeniyle soruşturulması ve yargılanması çağrısını yinelemiştir[28].

Misyon başkanı Marzuki Darusman'a göre, hukukun üstünde bir yere konumlanan Myanmar ordusu barışın tesis edilmesi ve Myanmar'ın modern demokratik bir ulus olarak gelişmesinin önündeki en büyük engeldir[29].

Raporda aynı zamanda; 25 Ağustos 2017 tarihinden itibaren yapılan *"temizleme operasyonları*" nın ikinci dönemine ilişkin bulgular kapsamlı bir şekilde ortaya konulmuştur. Ordu tarafından onlarca Rohingyalı sivilin öldürülmesi dışında, sivillerin zorla kaybedildiği, toplu tecavüze uğradığı ve yüzlerce köyün yakıldığı raporda tüm ayrıntıları ile belgelenmiştir. Bu operasyonlarda birçok yerleşim yerinde içlerinde kadın ve çocukların da bulunduğu yüzlerce insan öldürülmüştür. Bu kapsamda misyon ordunun toplam 54 yerde gerçekleştirdiği "*temizleme operasyonlarını*" doğrulamış ve 22 yerde daha ek operasyonlar yapıldığına dair ilk elden bilgi almıştır[30].

Misyona göre; raporda işlendiği belirtilen suçlar hem savaş suçu hem de insanlığa karşı işlenen suç niteliğindedir. Aynı zamanda bu suçların işleniş şeklinin, soykırım niyetinin tespit edilmesine olanak sağlayan suçlara nitelik, ağırlık ve kapsam bakımından benzerliğine vurgu yapılmıştır. Bu rapordaki diğer vahim sonuç tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimlerinin şok edici yoğunluğu ve niteliğidir. Raporda, muhtemelen binlerce Rohingyalı kadın ve kız çocuğunun halka açık toplu tecavüzler dahil vahşice tecavüze uğradığı yer almıştır. Raporda tecavüz ve cinsel şiddetin sivil halkı sindirmek ve cezalandırmak amacıyla uygulandığı ve "bir savaş taktiği olarak kullanıldığı"

[28] BM, Human Rights Council, A/HRC/ 39/CRP.2, Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact Finding on Myanmar Mission on Myanmar.

[29] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States.

[30] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States.

sonucuna varılmıştır[31].

Bu raporda ayrıca mağdurlar ve tanıklardan sağlanan bilgilerin, ayrıntılı analizler ortaya koyan uydu görüntüleri tarafından doğrulandığı görülmüştür. Özellikle Rakhine'nın kuzeyinin büyük bir dönüşüm geçirdiği, en az 392 Rakhine köyünün yok edildiği bu görüntüler sayesinde doğrulanmıştır. Köylerin yakılıp yıkılmasından sonra, geniş arazilerin buldozerlerle temizlendiği görülmüştür. Bitki örtüsü ve yapılardan tamamen arındırılan bölgelerde hedeflenen insandan arındırma amacına ulaşılmıştır. Sonrasında ise bu bölgelere yeniden iskanın sağlanması amacı ile güvenliğin tesisine ve altyapı faaliyetlerine girişilmiştir. Rohingyalı olmayan diğer etnik topluluklar için inşa edilen yeni köyler, bir zamanlar Rohingyaların evlerinin bulunduğu yerlere inşa edilmiştir. Bu da geri dönüşe ilişkin anlaşmanın ne kadar da gerçekten uzak olduğunu göstermiştir. Mevcut koşullarda geri dönüşe imkan yoktur[32].

Boyut olarak ciddi farklılıklar gösterse de ARSA ile Kaçin ve Şan eyaletlerinde faaliyet gösteren etnik silahlı örgütlerin eylemleri ve yaptıkları insan hakları ihlalleri raporda yer almıştır. Raporda bu örgütlerin yargısız infazlar gerçekleştirdiği, saldırılar sırasında sivilleri korumak için gerekli tedbirleri almadığı, mülkleri tahrip ettiği ve diğer ihlallerin yanı sıra sivilleri zorla silah altına aldığı yer almıştır[33].

Raporda ordu mensuplarının işlemiş oldukları suçlardan dolayı hiçbir şekilde cezalandırılmadığı ve neden oldukları uluslararası hukuk ihlallerinden dolayı hiçbir zaman sorumlu tutulmadığı belirtilmekle birlikte, BM Güvenlik Konseyi'ne, Myanmar'ı UCM'ye sevk etmesi ya da geçici bir uluslararası ceza mahkemesi kurması çağrısında bulunulmuştur. Raporda ayrıca insan hakları ihlallerinin işlenmesinde en büyük sorumlulukları olanlara yönelik seyahat yasakları ve mal varlıklarının dondurulması dahil olmak üzere hedefe yönelik bireysel yaptırımlar ve Myanmar'a silah ambargosu uygulanması çağrısında bulunulmuştur. Rapora göre, aralarında ordu başkomutanı kıdemli general Min Aung Hlaing'in bulunduğu altı üst düzey komutan yaşananlardan en çok

[31] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States. Ryan, s. 45-46.

[32] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States.

[33] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States.

sorumlu olanlardır. İlave isimleri içeren yayınlanmamış bir liste İnsan Hakları Yüksek Komiserine verilecek, o da kendi takdirine bağlı olarak bu listeyi hesap verebilirlik arayışında olan herhangi bir yetkili ve güvenilir kurumla paylaşabilecektir. Raporda BM'nin tüm yetkili organ ve kurumları göreve çağrılmış ve insan hakları ilkeleri doğrultusunda acilen harekete geçmeye davet edilmiştir. Raporda uluslararası toplumun başarısız olduğu vurgulanmış ve Myanmar halkını bir daha hayal kırıklığına uğratmaması yönünde çağrıya yer verilmiştir[34].

Sonuç olarak bakıldığında Rohingyalar yeryüzünde en fazla zulme uğramış azınlıklardan biridir. Myanmar tarafından 2017 yılından itibaren gerçekleştirilen askeri saldırılar sonucunda 10 binden fazla Rohingyalı hayatını kaybetmiş, çok yaygın bir şekilde cinsel şiddet sergilenmiş, yaklaşık 400 köy yıkılmış, 700 binden fazla insan Bangladeş'e sınır dışı edilmiştir[35].

Sonraki süreçte Rohingyaların, Myanmar'da bir yerleri olmadığına yönelik açıklamalar devletin en üst düzey yetkilileri tarafından sıklıkla dile getirilmiştir. Bu kapsamda; 2021 yılındaki askeri darbe sonrasında ülkenin de facto lideri durumunda bulunan General Min Aung Hlaing'e göre, ülkelerinde Rohingya ırkı bulunmamakta, bunlar Bengalli olup Myanmar'daki etnik gruplar arasında yer almamaktadır[36].

Akademisyenler, BM Myanmar Bağımsız Uluslararası Gerçekleri Araştırma Misyonu ve UCM Savcısı tarafından belirtildiği üzere, Rohingyalara yönelik saldırılara, Müslümanları varoluşsal bir tehdit olarak şeytanlaştıran ve kötüleyen önde gelen Budist keşişler ve diğer kilit aktörlerin dini manifestoları de eşlik etmiştir. Bu durum Myanmar'da Müslüman karşıtı duyguların ve Budist milliyetçi nefret söyleminin varlığını yansıtmıştır[37].

III. MYANMAR/BANGLADEŞ, ROHİNGYA VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Rohingyaların yaşadıkları bu zulüm karşısında, bu zulmün durdurulması ve sorumluların yargılanması noktasında uluslararası hukuka ve onun özelinde uluslararası ceza yargısına önemli bir işlev düşmektedir.

---

[34] Myanmar: UN Fact -Finding Mission Releases its Full Account of Massive Violations by Military in Rakhine, Kackin and Shan States.

[35] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 458.

[36] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 462.

[37] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 469.

Bu kapsamda kısaca belirtmek gerekirse yukarıda ayrıntılı bir şekilde aktarılan Misyon raporundan görüleceği üzere; Rohingyaların başta yaşam hakkı olmak üzere temel insan haklarının sistematik bir şekilde Myanmar güvenlik kuvvetleri tarafından ihlal edildiği, Rohingyaların şiddet ve zulüm gördüğü açık olmasına rağmen bu sorunun çözümüne yönelik politik bir kararlılığın olmadığı açıktır. Bu kapsamda bu zulmün sona erdirilmesi noktasında BM Antlaşması'nın 24. maddesinde belirtildiği gibi uluslararası barış ve güvenlikten ana sorumlu organ olan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin (BMGK), uluslararası barışın tehdit edildiği gerekçesi ile BM Antlaşması'nın VII. bölümü çerçevesinde harekete geçmesi, BMGK'nin bu yönde alacağı kararların BM'ye üye devletleri bağladığı düşünüldüğünde etkili olabilirdi. Ancak bu gerçekliğin yokluğunda Myanmar'da işlenen ve uluslararası suç niteliğinde olan bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılması anlamında uluslararası ceza yargısına önemli bir işlev düşebilir.

Myanmar'da işlenen suçlar uluslararası suç niteliğindedir. Belirli bir davranışın uluslararası suç olarak tanımlanmasında belirleyici unsur; uluslararası hukukta devletlerin bu davranışı suç olarak kabul etmelerinden kaynaklanır. Görüldüğü gibi uluslararası suç tanımında belirleyici olan devletlerin iradesidir[38].

Cassese'ye göre; uluslararası suçlar ilgili bireylerin kişisel cezai sorumluluğuna yol açan uluslararası hukuk kurallarının ihlali ile meydana gelmektedir. Bu suçların yasaklanmasına yönelik kurallar uluslararası toplum tarafından önemli kabul edilen değerleri korumayı amaçlayan ve dolayısıyla tüm devletleri ve bireyleri bağlayan kurallardır. Dünya genelinde cezalandırılmalarında bütün insanlığın ortak menfaati bulunan bu suçların failleri gereken koşulları taşımaları halinde her hangi bir devlet tarafından yargılanabilir ve bu suçlar açısından yargı bağışıklığı ileri sürülemez[39].

Çalışmamızın bu bölümünde Rohingya'da yaşananların UCM boyutunun daha iyi anlaşılması adına UCM'nin yargı yetkisine kısaca değinilecektir.

A. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi

01.07.2002 tarihinde Statüsü yürürlüğe giren UCM daimi nitelikte bir uluslararası mahkeme olup, uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir. Statü'nün giriş bölümünde belirtildiği gibi UCM'nin kuruluş gerekçesi "*uluslararası*

[38] Tezcan/Erdem/Önok, s. 41.

[39] Cassese, s. 23.

toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçların cezasız kalmaması, ulusal düzeyde ve uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi suretiyle, bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınmasıdır".

Mahkemenin hangi suçlardan dolayı yargılama yapabileceği yani maddi bakımdan (ratione materiae) yargı yetkisi uluslararası toplumu derinden etkileyen çok ağır suçlara ilişkindir. Bu suçlar; Statü'nün 5/1. maddesine göre, soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur.

Statü'nün 25/1. maddesi mahkemenin kişiler bakımından yargı yetkisini düzenlemiştir. Buna göre, mahkeme sadece gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisine sahiptir. Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna yönelik istisna Statü'nün 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, bir suçun işlendiği sırada fail 18 yaşını doldurmamış ise yargılanamaz.

Statü'nün 27. maddesi uyarınca; failin statüsü cezai sorumluluğunu etkilemeyecektir. Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına giren suçların işlenmesi durumunda, bu suçu işleyen kişilerin resmi görev ve önem fark etmeksizin yargılanmaları söz konusudur. Bu kapsamda bir dokunulmazlık ileri sürülemez[40].

UCM'nin yargı yetkisinin diğer bir özelliği asli nitelik taşımamasıdır. Bu kapsamda yargı yetkisi tamamlayıcı niteliktedir. Tamamlayıcılık, Statü'nün 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Statü'de öngörülen bir suç yetkili devlette kovuşturma ya da soruşturma konusu yapılmış ise, ilgili devletin bunu devam ettirme istek ve yeteneği olmaması durumları hariç, UCM'nin yargı yetkisi söz konusu olmamaktadır[41]. Tamamlayıcılık yetkisi öncelikle Statü'ye taraf olan devletlerin sorumluluğunu esas almaktadır.

Mahkemenin yargı yetkisinin devletler tarafından kabulü Statü'nün 12. maddesinde düzenlenmiştir[42]. Bu düzenleme uyarınca devletler; a) Statü'ye

[40] Aksar, s. 251; Tezcan/Erdem/Önok, s. 347.

[41] Aksar, s. 248.

[42] Statü'nün, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön koşullar başlıklı 12. maddesi şu şekildedir. *1. Bir devlet, bu statüye taraf olmakla, 5. maddede bahsi geçen suçlarla ilgili olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş olur. 2. Aşağıdaki devletlerden bir veya daha fazlası statüye taraf ise ya da 3. paragrafa uygun olarak yargı yetkisini tanımış ise, Mahkeme 13. maddenin (a) veya (c) bentleri ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanabilir: (a) Toprakları üzerinde sorun teşkil eden olayın meydana geldiği devlet ya da suç, bir uçak*

taraf olarak b) UCM'ye taraf olmadan, Mahkemeye bir bildirim yaparak belirli bir suç için Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiğini açıklayarak Statü'nün taraf olabilir.

Suçun işlendiği ya da suçlunun uyruğunda bulunduğu devlet, yukarıda belirtilen iki yöntemden birisi ile Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmişse, Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamındaki suçlarla ilgili Mahkeme yargı yetkisini kullanabilir[43].

Statü'nün taraf olmayan bir devletin uyruğunda bulunan birinin Statü'nün taraf olan bir devletin ülkesinde Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işlemesi durumunda o kişi UCM tarafından yargılanabilir[44].

UCM Statüsü incelendiğinde, 12. madde uyarınca Statü'nün taraf olmayan bir devlette UCM'nin yargı yetkisi kapsamına giren suç ya da suçların gerçek kişiler tarafından işlenmesi durumunda, bu kişilerin yargılanabilmeleri Statü'nün 13/b. maddesi uyarınca mümkündür. Bu kapsamda; Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların işlendiği bir durum, BMGK tarafından, BM Antlaşması'nın 7. Bölümü çerçevesinde, UCM Savcılık makamına soruşturulması amacı ile havale edilebilir.

UCM'nin önündeki davalara bakıldığında Sudan'ın Darfur bölgesinde işlenilen suçların 31 Mart 2005 tarihli 1593[45] sayılı BMGK kararı uyarınca, soruşturulması amacı ile Mahkemeye sevk edildiği görülmektedir. Yapılan ön inceleme sonrası soruşturma 1 Haziran 2005 tarihinde açılmıştır. Soruşturmanın zaman bakımından kapsamı 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren Darfur'da işlenen suçlara ilişkin olup, soruşturma yirmi ay sonunda tamamlanmış, Savcılık tarafından Mahkemeye sunulan iddianame sonrasında biri bakan diğeri subay olan iki kişi hakkında insanlığa karşı işlenen suçlar ve savaş suçları işledikleri gerekçesi ile Mahkeme tarafından celb çıkarılmıştır. I. Ön Yargılama Dairesi 27 Nisan 2007 tarihinde bu kişilere yönelik yakalama emri çıkarmıştır. Sonrasında, yaşananlardan en düzey sorumlu olanların

veya gemide işlenmiş ise gemi veya uçağın kayıtlı bulunduğu devlet; (b) Suçlanan kişinin vatandaşı olduğu devlet. 3. Bu statüye taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirge ile suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüme uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır.

[43] Tezcan/Erdem/Önok, s. 351.

[44] Aksar, s. 250.

[45] BM, Güvenlik Konseyi Res 1593, 31 Mart 2005, BM Belge S/RES/1593.

başında gelen dönemin devlet başkanı Al-Bashir hakkında yakalama emri çıkarılmıştır[46].

Bir diğer örnek ise, 26 Şubat 2011 tarihinde BMGK'nin oybirliği ile aldığı 1970[47] sayılı karar ile 15 Şubat 2011 tarihinden itibaren Libya'da işlenen suçlarla ilgili sorumluların yargılanması amacı ile konunun UCM'ye sevk edilmesidir[48].

Özetlemek gerekirse; Statü'ye devletlerin taraf olması veya somut bir olayda Mahkemenin yargı yetkisinin devletlerce kabulü, Mahkemenin yargı yetkisi açısından temeldir. Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının Mahkeme tarafından yargılanması şu iki halde mümkündür. Bunlar; a) BMGK'nin "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Fiili Halinde Yapılacak Hareket" başlığını taşıyan BM Antlaşması 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek bir durumu Mahkemeye sevk etmesi, b) Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşlarının, Mahkemenin yargı yetkisini içerecek suçları Statü'ye taraf bir devletin ülkesinde işlemesi veya Statü'ye taraf bir devletin vatandaşlarının Statü'nün taraf olmayan bir devletin ülkesinde Mahkemenin yetkisinde bulunan suçları işlemesi halinde, suçun işlendiği devletler bu kişileri Mahkemeye sevk edebilir[49].

B. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Myanmar Üzerindeki Yargı Yetkisi

Myanmar'da, Rohingyaların karşılaşmış oldukları saldırıların sorumlularının cezasız kalmaması uluslararası ceza yargısının etkinliği açısından önemlidir. Bununla birlikte Myanmar'ın UCM Statüsü'ne taraf olmadığı gerçeği karşısında, Statü'ye taraf olmayan bir devlette Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların işlenmesi halinde, bu suçları işleyenlerin cezasız kalmaması adına Statü uyarınca bazı teorik olasılıkların olduğu görülmektedir.

En ayrıntılı şekilde Myanmar'a ilişkin Uluslararası Bağımsız Gerçekleri Araştırma Misyonu tarafından sunulan rapordan anlaşılacağı üzere Myanmar'da insanlığa karşı suçların işlendiği açıktır. Bu kapsamda ordu ve güvenlik güçleri tarafından işlenen insanlığa karşı suçların konu yönünden Mahkemenin yargı yetkisinin içerisine girdiği kabul edilse de, Myanmar'ın

[46] Shaw, s. 288.

[47] BM, Güvenlik Konseyi Res 1970, 26 Şubat 2011, BM Belge S/RES/1970.

[48] Aksar, s. 250; Denk, s. 282-283.

[49] Aksar, s. 250.

Statü'nün taraf olmaması nedeni ile UCM'nin yargı yetkisini kullanması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte yukarıdaki bölümde aktarıldığı gibi, Myanmar'da yaşanan insanlığa karşı işlenen suçların faillerinin soruşturulabilmeleri ve sonrasında yargılanabilmeleri teorik açıdan Statü uyarınca mümkün görünmektedir. Statü'nün 13/b. maddesi uyarınca BMGK durumu BM Antlaşması 7.bölüm uyarınca UCM Savcılığına havale edebilir. Bu kapsamda Myanmar'da yaşananların uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği söylenebilir. İnsan hakları hukukunun günümüzde geldiği nokta düşünüldüğünde kitlesel düzeyde başta yaşam hakkı olmak üzere insan haklarına yönelik yoğun ihlallerin yaşanması ve Rohingyaların Bangladeş'e kitlesel bir şekilde zorunlu göç etmesinin Bangladeş açısından yaratabileceği güvenlik ve istikrar sorunları birlikte düşünüldüğünde, bu durumun uluslararası barış ve güvenlik açısından tehdit unsuru oluşturabileceği gerekçesi ile BMGK harekete geçebilir.

Burada doğrudan bir dava açma söz konusu olmadığı gibi, UCM'nin dava açılması konusunda yetkili organı olan Ön Yargılama Dairesi havale edilen konuda Statü'nün 53/2. maddesi uyarınca yargılama yapmaya gerek olmadığına karar verebilir. Bununla birlikte, BMGK'nin siyasi ağırlığı ve etkisi düşünüldüğünde böyle bir talebin reddi mümkün görünmemektedir. Buna ilişkin BMGK tarafından daha önceki dönemlerde UCM'ye havale edilen Darfur/Sudan ve Libya'ya ilişkin iddialarının yargılamaya sebep olduğu yukarıdaki bölümde yer almıştı.

BMGK'nin harekete geçebilmesi yönündeki bu teorik yaklaşıma rağmen bugüne kadar bu gerçekleşmemiştir. Bunun nedenlerini tespit edebilmek için BMGK sistemi içerisinde veto yetkisine sahip olan daimi üyelerin Myanmar ile olan ilişkilerine bakılabilir.

Myanmar insan hakları ihlalleri nedeniyle uluslararası toplum tarafından yaptırımlara tabi tutulduğunda Çin, Myanmar rejiminin varlığını sürdürmesini için destek sağlamıştır. Çin, 2006 yılından 2011 yılına kadar Myanmar'da yaşanan insan hakları ihlallerini içeren ve bu ihlalleri kınayan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarına ret oyu vermiştir. Çin ayrıca Myanmar'ın siyasi tutukluları serbest bırakmasına ve etnik azınlıkların temel haklarını ihlal etmesini önlemeye yönelik BMGK kararlarını veto etmiştir. Çin desteğinin arkasında, Çin'in Hint Okyanusu'na erişimi açısından Myanmar'ın stratejik öneme sahip olması yatmaktadır. Bu nedenle Çin tarafından Myanmar'da liman tesisleri inşa edilmiştir. Çin ile Myanmar arasındaki ilişkilerin yakınlığı Çin'in, Myanmar'ın en önemli askeri teçhizat ve eğitim tedarikçisi olmasından

da anlaşılmaktadır [50].

Myanmar ile askeri ve ekonomik anlamda ilişkileri bulunan Rusya'da, Rohingya'da yaşananlara yönelik alınan BM kararlarını veto etmiştir. ABD'nin tutumuna gelince 2018 yılında üst düzey Myanmarlı ordu ve polis yetkililerine yönelik Rohingyalara karşı sistematik düzeyde insan hakları ihlallerinde bulundukları ve etnik temizlik gerçekleştirdikleri suçlaması ile yaptırım uygulamıştır. Bununla birlikte ABD'nin ekonomik yatırımları Myanmar'a devam etmektedir[51].

Bu bilgilerin ışığında BMGK'nin, Rohingya'da insanlığa karşı işlenen suçlara yönelik bağlayıcı nitelikte bir karar alamadığı görülmüştür. BMGK yaşananlar karşısında bağlayıcılığı bulunmayan bir başkanlık açıklamasında bulunmuştur[52]. Rohingyalara yönelik sistematik düzeydeki insan hakları ihlallerinin yer aldığı bu açıklamada, yerleşim yerlerinin yakılmasına ve cinsel şiddetin yoğunluğuna ve sistematikliğine yönelik endişeler dile getirilmiştir. Hükümetin bu süreçte daha fazla güç kullanmaktan çekinmesi, çatışmaların sona erdirilmesi için gereken tedbirlerin alınması gerektiği bildirilmiştir. Bu kapsamda hükümetin halkını koruma sorumluluğu hatırlatılmıştır[53]. Kısaca özetlenen bu bilgiler çerçevesinde BMGK'nin, Statü uyarınca kendisine verilen bu yetkiyi kullanmayacağı açıktır.

BMGK'nin, Rohingyaların içinde bulunduğu zor duruma karşı ortak bir eylemde bulunmaması rağmen, 21 Mart 2022 tarihinde ABD Dışişleri Bakanı Antony J. Blinken tarafından ordu mensuplarının suç işlediğine yönelik resmi bir açıklama yapılmıştır. Bununla birlikte birçok devlet Rohingyalara yönelik insan hakları ihlallerinden sorumlu Myanmarlı yetkililere yönelik yaptırım kararı almıştır[54]. Özellikle ABD, Kanada ve İngiltere tarafından Rohingya'da yaşananlardan sorumluluğu bulunan üst düzey karar verici Myanmarlı yetkililere yönelik bu kişilerin malvarlıkları ve seyahat özgülüklerini kapsayan yaptırım kararları alınmıştır. Bu yaptırımların amacı, yaptırıma tabii tutulan kişilerin bu devletlerde bulunan malvarlıklarını kullanmasının engellenmesi ve malvarlıklarına ilişkin mali veya diğer hizmetlerden yararlanmasının

[50] Almuhana, s. 71-72.

[51] Almuhana, s. 73-74.

[52] BM, Güvenlik Konseyi Prst 2017/22, 6 Kasım 2017, BM Belge S/PRST/2017/22.

[53] Dalar, s. 154-155.

[54] Tekamura, s. 142.

önlenmesidir[55].

Çalışmamız açısından önem taşıyan en önemli unsurlardan biri Myanmar'da işlenen insanlığa karşı suçların UCM önünde yargılamaya konu olabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu kapsamda UCM Savcılığının talepleri olmuştur. Bu bölümde UCM Savcılığının talepleri ve bu kapsamda özellikle 3. Ön Yargılama Dairesinin vermiş olduğu 14 Kasım 2019 tarihindeki soruşturma iznini içeren karara geniş bir şekilde yer verilecektir.

Bu taleplere yönelik Myanmar, Statü'ye taraf olmadığını ve bu nedenle UCM'nin Myanmar'a yönelik yargı yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Myanmar, UCM Savcılığının başlatmış olduğu hukuki süreçlere katılmak istemediğini ve itirazlarını dünya kamuoyuna sunmuştur. Burada dikkat çeken bir hususta Myanmar'ın, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında "Pacta Tertiis" olarak adlandırabileceğimiz bir antlaşmanın o antlaşmaya taraf olmayan devlet üzerinde etki ve yükümlülük doğurmayacağı ilkesini ileri sürmesidir[56].

C. 3. Ön Yargılama Dairesinin 14 Kasım 2019 Tarihli Kararı

Myanmar'ın UCM Statüsü'ne taraf olmamasına rağmen, burada yaşanan insanlığa karşı işlenen suçların en azından bir kısmının cezasız kalmaması adına UCM Savcılığının iddia ve talepleri olmuştur. UCM'nin kendi kuruluş amacı olan insanlığın vicdanını şoke eden, uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, jus cogens nitelikteki kuralların ihlalini kapsayan bu ağır suçları işleyenlerin cezalandırılması adına bu talebi önem taşımaktadır. Bu bağlamda Myanmar'da yaşananların devletler düzeyindeki en önemli etkisi, Rohingyaların kitlesel bir şekilde zorla yerinden edinmeleri neticesinde yoğun bir sığınmacı nüfusu ile karşılaşan Bangladeş'te yaşanmıştır. Bangladeş ise 1 Haziran 2010 tarihi itibarıyla UCM Statüsü'ne taraftır.

Myanmar'da, Rohingyaların uğramış oldukları saldırılar ve bu saldırılar neticesinde oluşan suçların ve bu suçların faillerinin belirlenebilmesi için UCM Savcılığı ilk olarak 9 Nisan 2018 tarihinde, UCM 1. Ön Yargılama Dairesinden Myanmar/ Bangladeş'deki durum ile ilgili Mahkemenin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin karar verilmesi için bir talepte bulunmuştur. Bu talep Statü'nün 19/3. maddesi[57] uyarınca yapılmıştır.

[55] Tekamura, s. 1143.

[56] Kul/ Bülbül, s. 8-9.

[57] UCM Statüsü'nün 19/3. maddesi şu şekildedir. "*Savcı Mahkemeden yargı yetkisi veya kabul*

Savcılık, Myanmar'dan Bangladeş'e sınır dışı edildiği iddia edilen Rohingyalar hakkında Statü'nün 12/2-a. maddesi uyarınca Mahkemenin yargı yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususunda 1. Ön Yargılama Dairesi'nden bir karar talep etmiştir[58].

6 Eylül 2018 tarihinde 1. Ön Yargılama Dairesi tarafından verilen karar uyarınca Statü' tarafı olmayan bir devlette başlayan sınır dışı etme eylemlerinin Statü'ye taraf olan bir devlette tamamlanması halinde, bu eylemler Statü'nün 12/2-a. maddesi uyarınca Mahkemenin yargı yetkisi kapsamındadır. Sonuç olarak, talepte belirtilen koşullar altında Mahkeme, Rohingyaların Myanmar'dan Bangladeş'e sınır dışı edildiği iddialarının gerekli ağırlığa ve eşiğe ulaşması koşuluyla yargı yetkisine sahiptir. Daireye göre bu sonuç yargılamanın daha sonraki bir aşamasında yargı yetkisine ilişkin yapılacak tespitleri etkilemez[59].

Myanmar/Bangladeş'teki durum ile ilgili UCM boyutundaki diğer önemli gelişme, 3. Ön Yargılama Dairesinin 14 Kasım 2019 tarihli soruşturma izni verilmesine ilişkin kararıdır. Bu çalışma kapsamında bu karara geniş bir şekilde yer verilecektir[60]. 4 Temmuz 2019 tarihinde UCM Savcılığı, 9 Ekim 2016 tarihinden bu yana devam eden Myanmar/ Bangladeş'teki duruma ilişkin UCM'nin maddi yargı yetkisi dahilinde bulunan suçların Rohingyalara karşı işlendiği iddiası ile ilgili bir soruşturma başlatılmasına izin verilmesini talep etmiştir[61]. Bu talebe yönelik 3. Ön Yargılama Dairesi, 14 Kasım 2019 tarihinde soruşturma izni vermiştir. Daire mevcut bilgiler çerçevesinde en azından 9 Ekim 2016 tarihinden bu yana ordu mensuplarının diğer güvenlik

---

edilebilirlik konusunda karar vermesini isteyebilir. 13. maddeye göre başvuruda bulunanlar veya mağdurlar yargı yetkisi ya da kabul edilebilirlik konusundaki görüşlerini Mahkemeye sunabilirler".

[58] International Criminal Court, No. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, Request Under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court, Decision on the " Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", Para 1. (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2018_04203.PDF, Erişim Tarihi:10.06.2024).

[59] ICC-RoC46(3)-01/18, Para 73.

[60] International Criminal Court, Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar,

Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, PreTrial Chamber III, ICC-01/19, 14 November 2019. (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_06955.PDF, Erişim Tarihi:10.06.2024).

[61] ICC-01/19, para 5.

güçleriyle birlikte ve bazı yerel sivillerin de katılımıyla Rohingyalara karşı insanlığa karşı işlenen suçlar arasında yer alan ve Statü'nün 7/1-d. maddesinde düzenlenen sürgün suçu ile Statü'nün 7/1-h. maddesinde düzenlenen etnik köken ve/veya din temelinde zulüm suçunun işlenmiş olabileceğine ilişkin makul ve inandırıcı bir temel olduğunu kabul etmiştir[62].

Statü'nün 7/2-d. maddesinde, *1.paragrafının amaçları bakımından d bendinde "Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli", "uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, belli bir yerde, hukuka uygun olarak ikamet eden insanların sürülmesi ya da başka zorlayıcı fiillerle zorla yer değiştirilmeleri anlamına gelir*;"

Statü'nün 7/2-g. maddesinde "*zulüm bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklarından ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir".*

Statü'nün ilgili hükümlerinde Savcılık tarafından soruşturma talebinin ne şekilde isteneceği düzenlenmiştir. Statü'nün 13/c. maddesi uyarınca, "*bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından 15. madde uyarınca soruşturma açılabileceği düzenlenmektedir*". Bu bağlamda UCM Statüsü'nün 15. maddesi Savcılığın kendiliğinden soruşturma açma usulünü düzenlemiştir[63].

İnsanlığa karşı işlenen suçlar Statü'nün 7. maddesinde düzenlenmiştir[64].

---

[62] ICC-01/19, para 110.

[63] UCM Statüsü'nün 15. maddesi şu şekildedir. " 1. *Savcı, Mahkemenin yargı yetkisi alanına giren suçlarla ilgili bilgilere dayanarak kendiliğinden soruşturma açabilir. 2. Savcı, gelen bilginin ciddiliğini araştırır. Bu amaçla devletlerden, Birleşmiş Milletler organlarından, hükümetler arası veya hükümet dışı örgütlerden veya uygun gördüğü diğer güvenilir kaynaklardan ek bilgi isteyebilir ve Mahkemenin mukim olduğu yerde yazılı veya sözlü ifade alabilir. 3. Savcı, bir soruşturmanın derinleştirilmesi için makul temeller olduğuna karar verirse, Ön Yargılama Dairesinden, topladığı destekleyici belgeleri sunarak bir soruşturma yetkisi talebinde bulunur. Mağdurlar Ön Yargılama Dairesine Usul ve Delil Kurallarına uygun olarak açıklama yapabilirler. 4. Talebi ve destekleyici belgeleri inceledikten sonra Ön Yargılama Dairesi soruşturmayı derinleştirmek için makul veriler olduğuna kanaat getirirse ve dava, Mahkemenin yetki alanına giriyor görünüyorsa, davanın kabul edilebilirliği ve yargı yetkisi konularında, Mahkemenin sonraki tespitlerine bakmaksızın, soruşturmayı başlatma yetkisi verir. 5. Soruşturma yetkisi verilmesinin Ön Yargılama Dairesince reddedilmesi, Savcının sonradan aynı durumla ilgili olarak, yeni vaka ve delillere dayalı bir talepte bulunmasına engel teşkil etmez. 6. Eğer Paragraf 1 ve 2'de belirtilen ön incelemenin sonucunda, Savcı, sağlanan bilginin bir soruşturma için makul bir temel oluşturmadığı sonucuna varırsa; bu bilgiyi sunanlar savcı tarafından bilgilendirilir. Bu durum, Savcının aynı durumla ilgili olarak, yeni vaka ve delillerin ışığında, sonradan sunulan bilgileri değerlendirmesine engel değildir".*

[64] Statü'nün 7. maddesi şu şekildedir. *1. Bu tüzüğün amaçları bakımından "insanlığa karşı*

Savcılık; Myanmar'ın Rohingyaları sürgün ettiğini, göçe zorladığını, aynı zamanda her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, her hangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki her hangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm suçlarının işlendiği belirtmiş ve bu suçların Statü'nün 7/1-d ve h. maddelerinde düzenlenen insanlığa karşı işlenen suç kapsamında olduğunu belirtmiştir. Savcılık tarafından soruşturulması talep edilen suçlar ise, 2016 ve 2017 yılları arası döneme ilişkindir[65]. Bu dönemde daha önceki bölümlerde belirtildiği gibi Rohingyalar, Myanmar'da en yoğun saldırılarla karşılaşmışlardır.

Bu karar kapsamında yer almasa da zorunlu göçe dair Statü'nün savaş suçlarını düzenleyen 8. maddesinde bir düzenleme mevcuttur. Statü'nün 8/2/a-vii. maddesi uyarınca hukuka aykırı sürgün, nakletme ya da hapsetme, savaş suçları kapsamında düzenlenmiştir.

Bu kararda belirtilen Rohingyaların sürgün edilmesi, nüfusun zorla yerinden edilmesidir. Sürgün ve zorla nakilleri kapsayan zorla yerinden etme, uluslararası hukukta herhangi bir gerekçe olmaksızın, kişilerin yasal olarak bulundukları topraklardan zorla sınır dışı edilmesi veya diğer zorlayıcı eylemlerle topraklarından atılmasıdır. Zorla yerinden etme insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku uyarınca yasaklanmıştır[66]. Zorla yerinden etme yasağı hem sürgün hem de zorla nakilleri kapsamakla birlikte, bunlar iki farklı suç tipidir. Sürgünde sınır dışı etme boyutu bulunmaktadır. Zorla nakil ise aynı devletin sınırları içinde gerçekleşen zorunlu göçtür[67].

---

suçlar", herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır: (a) öldürme; (b) toplu yok etme; (c) köleleştirme; (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsetme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) işkence; (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan her hangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki her hangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) zoraki kayıplar; (j) ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu; (k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.

[65] Information for Victims, Bangladesh/ Myanmar, (https://www.icc-cpi.int/victims/bangladesh-myanmar, Erişim Tarihi:12.06.2024).

[66] Proukaki, s. 362.

[67] Proukaki, s. 362-363.

Bu bağlamda sürgün devletin ülkesi dışında gerçekleşen zorunlu göç hareketleri olarak nitelendirilirken, nakletme ise aynı coğrafi sınırlar içerisinde farklı bölgelere gerçekleşen göç hareketleridir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) Gotovina[68] kararında sürgün ve nakletme kavramları arasındaki farka değinilmiş ve kişilerin yasal olarak yaşadıkları devletin fiili ya da hukuki sınırlarının dışına gönderilmesi sürgün; sınırlar içinde gerçekleşen zorunlu göç hareketleri ise zorla nakil olarak tanımlanmıştır. Bu farklılık, EYUCM'nin Krstic[69] kararında doğrulanmıştır. Karara göre; sürgün ve zorla nakil arasında önemli bir fark vardır. Sürgün, fiili ve hukuki sınırların dışında; zorla nakil ise sınırlar içinde gerçekleşmektedir[70]. Zorla yerinden edilme, birinin evini terk etmesini, malını kaybetmesini ve baskı altında başka bir yere göç etmesini içeren, yoğun acılarla yüklü bir deneyimdir[71].

Bu kapsamda Myanmar/Bangladeş'teki duruma ilişkin işlendiği iddia edilen hukuka aykırı sürgün ve nakil etme suçu aynı zamanda 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Dördüncüsü olan Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 147. maddesinde düzenlenmiştir[72].

Nuremberg, Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan ceza mahkemelerinin statüsü kapsamında da suç olarak nitelendirilen sürgün, insanların kendi ülkelerinden başka ülkelere zorla göç ettirilmesidir[73]. Hukuka aykırı bir şekilde sivillerin sürgün edilmesi ve nakli sonucunda, sivillerin hayatlarını kaybetmesinden, yaralanmasına, hastalanmasına ve tecavüze uğramasına

[68] International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Case No: IT-06-90-A, 16 November 2012, Prosecutor v. Ante Godovina, Mladen Markac, (https://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf, Erişim Tarihi:12.08.2024)

[69] International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Case No: IT-98-33-A, Prosecutor v. Radislav Krstic Judgment, https://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/, Erişim Tarihi:12.08.2024)

[70] Gülergün, s. 115.

[71] Proukaki, s. 362.

[72] Silahlı çatışmaya katılmayan sivillerin korunmasına ilişkin düzenlemeler içeren bu maddede insancıl hukuk kurallarının ağır ihlalleri sayılmıştır. Bunlar; "*kasten öldürme, biyolojik deneyler dahil işkence ve insanlık dışı muameleler, insan vücuduna veya sağlığına isteyerek acı verme veya ciddi yaralanmaya sebep olma, askeri gereklilik olmadan yasa dışı ve keyfi olarak malların yok edilmesi ve sahiplenilmesi, korunan kişinin düşman devlet silahlı kuvvetlerinde savaşmaya zorlanması, korunan kişinin bilinçli olarak adil ve normal yargılamadan yoksun bırakılması" ve son olarak "korunan kişinin hukuka aykırı sürgünü, nakledilmesi ve hapsedilmesidi*r".

[73] Azarkan, s. 293.

kadar çok sayıda vahim olay yaşanmıştır. Bu sürgünler sonucunda insanlar tüm yaşam alanlarını ve malvarlıklarını kaybetmişlerdir[74].

Bu olay kapsamında Mahkemenin yargı yetkisine yönelik en önemli sınırlama Myanmar'ın Statü'nün tarafı olmamasıdır. Buna rağmen Savcılık, talebinde özellikle Mahkemenin yargı yetkisine giren ve en az bir unsuru Bangladeş topraklarında meydana gelen ve Myanmar'ın Rohingya bölgesinde işlenen suçlar ve bu suçlarla bağlantılı olan diğer suçların soruşturulması için yetki talep etmiştir. Buna göre Daire, uygulanacak hukuk ve talepte yer alan bilgiler ışığında, yerel yargı yetkisi, maddi yargı yetkisi ve zamana ilişkin yargı yetkisi ölçütlerinin karşılanıp karşılanmadığını değerlendirecektir[75].

UCM savcılığı bu izni talep ederken Myanmar'a ilişkin Uluslararası Bağımsız Gerçekleri Araştırma Misyonu, BM İnsan Hakları Komisyonu, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği ve çok sayıda hükümet dışı örgütün raporlarını esas almıştır.

Kararın ön değerlendirmeler başlığında yer alan 13. paragrafında, Rohingyalar kendi dilleri ve kültürleri olan ayrı bir etnik grup olduklarını ve uzun süredir Rakhine eyaletinde bulunduklarını vurgulamışlardır. Birbirini izleyen Myanmar hükümetlerine göre ise Rohingyalar, Bengallidir ve yaygın olarak komşu Bangladeş'ten gelen yasadışı göçmenlerdir[76].

Savcılığa göre; Rohingyalar ağırlıklı olarak İslam dinine mensup etnik bir azınlıktır. Bu kapsamda Savcılık tarafından Rohingya'da yaşananlar değerlendirilirken Statü'nün 7/1-h. maddesi uyarınca etnik ve/veya dini temellere dayalı zulüm suçunun işlendiği konusunda makul bir temelin olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda Savcılık, Rohingya kimliğinin etnik boyutunu hedef alan Myanmar güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen saldırı örneklerine başvurmanın yanında Rohingyalara yönelik dini saldırılara da işaret eden birkaç örneğe atıfta bulunmuştur[77].

Kararda 3. Ön Yargılama Dairesi; Rohingya davasının etnik ve dini yönlerine ilişkin, mağdurlara atıfta bulunmak için 'Rohingya' terimini kullanmış olmasının bu terimin "*herhangi bir tarihsel anlatının veya siyasi iddianın onaylanması veya mevcut kararın dışındaki amaçlar için belirli bir*

[74] Leaning, s. 450.

[75] ICC-01/19, para 41.

[76] ICC-01-19, para 13-14. Pérez/Acevedo/Pinto, s. 464.

[77] Pérez/Acevedo/Pinto, s. 463.

grubun tanınması anlamına gelmediğini" vurgulamıştır[78].

Bu kapsamda gerek Savcılığın gerekse Ön Yargılama Dairesinin tarafların siyasi iddialarını doğrulayacak bir şekilde değerlendirmelerde bulunmadıkları görülmekle birlikte, burada vurgulanan süreç boyunca yaşanan Statü kapsamındaki hak ihlalleri ile birlikte, bu suçların Bangladeş'te gerçekleşen unsurlarıdır.

Karar alınırken mağdurların temsili noktasında, Bangladeş'teki tüm kamplarda etkilen nüfusa yönelik temsil kabiliyetine sahip kişilerin ve kurumların görüşleri alınmıştır[79]. Kararda ordu ve güvenlik güçleri tarafından işlenen yaşam hakkı ihlalleri yer almıştır. Mağdurların açıklamalarında ordu ve Myanmar güvenlik güçlerinin köylere girerek köylülere ayrım gözetmeksizin ateş açtığı, çocukların sıklıkla hedef alındığı ve ölmeleri için küçük çocukların suya veya ateşe atıldığı belirtilmiştir. Ayrıca kimi vakalarda insanlar evlerine kilitlendikten sonra yakılmıştır[80]. Cinsel şiddet vakalarının yoğunluğu mağdurlar tarafından dile getirilmiştir[81]. Kararda mağdurlar tarafından köylerinin, evlerinin yok edildiği ve camilerinin yakıldığı bilgisi verilmiştir[82].

Mağdurlara göre sistematik düzeyde karşılaştıkları bu saldırıların nedeni etnik kökenleri ve dinleridir[83]. Mağdurlar yaşanan bu saldırıların failleri arasında güvenlik güçleri dışında, Budist rahiplerin ve halktan insanların bulunduğu bilgisini vermişlerdir[84].

---

78 ICC-01-19, para 17.

79 ICC-01-19, para 19. Mahkemeye 311'i yazılı 28'i video formatında toplam 339 beyan sunulduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda Bangladeş'te sığınmacıların bulunduğu 34 kampın tamamına gidildiği, 1700 kişi ile 60'tan fazla toplantı gerçekleştirdiği bildirilmiştir. ICC-01-19, para 20. Soruşturmanın kapsamına ilişkin alt başlıkta; Mağdur beyanları uyarınca işlendiği iddia edilen suçlar 2017 yılına aittir. Bununla birlikte bazı mağdurların beyanlarına yansıyan özellikle sınır dışı etmeye yönelik zorlayıcı eylemlerin 2012 gibi erken bir tarihte de işlendiğidir. Çok sayıda mağdur 1 Haziran 2010 tarihinden sonra iddia edilen davranışların da nihai bir soruşturma kapsamına alınmasını talep etmiştir. Mağdurlar her şeylerini kaybettiklerini ve Bangladeş'e kaçmak dışında bir seçenekleri olmadığını belirtmişlerdir. ICC-01-19, para 27,28.

80 ICC-01-19, para 29.

81 ICC-01-19, para 31.

82 ICC-01-19, para 32.

83 ICC-01-19, para 33.

84 ICC-01-19, para 35.

Kararda 3. Ön Yargılama Dairesi Bangladeş/Myanmar'daki durum bağlamında 1. Ön Yargılama Dairesinin şu tespitlerde bulunduğunu hatırlatmıştır, "*Mahkeme, Statünün 12/2-a-i. maddesi uyarınca, Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun en az bir unsurunun veya böyle bir suçun bir kısmının Statüye taraf bir devletin topraklarında işlenmesi halinde yargı yetkisini ileri sürebilir*". Bu bağlamda 3. Ön Yargılama Dairesi, 1. Ön Yargılama Dairesinin Mahkemenin konu bakımından yetkisi kapsamında suç teşkil eden eylemin bir kısmının bir taraf devletin topraklarında gerçekleşmesi halinde, Mahkemenin işlenen bu suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanabileceği yönündeki sonucuna katılmaktadır[85].

Kararda hukuken önem taşıyan unsur sınır aşan nitelikteki bir suçun Statü'ye taraf olan bir devletin ülkesinde kısmen bazı unsurlarının gerçekleşmesi halinde Mahkemenin bu suçlara yönelik yargı yetkisini kullanıp kullanmayacağı sorunudur. Rohingyaların, Statü'ye taraf olan Bangladeş topraklarına sürülmesi ve sınır dışı edilmesi, insanlığa karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda yaklaşık 1 milyona yakın Rohingyalı sığınmacının bulunduğu Bangladeş, Myanmar tarafından Rohingyalara karşı gerçekleştirilen nüfusun sürgün edilmesi ve sınır dışı etme suçunun sonuçları ile karşı karşıyadır[86].

Daire; devletlerin suç teşkil eden bir eylemin tamamı kendi yargı yetkisi kapsamındaki alanlarda gerçekleşmese bile uluslararası teamül hukuku uyarınca suçun kendi topraklarıyla bir bağlantısı olduğu sürece, ülkesel cezai yargı yetkisini kullanabilecekleri sonucuna varmıştır. Aynı zamanda Daire, devletlerin bu tür bir bağlantının niteliğini tanımlama konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir[87].

Bu bağlamda yer bakımından ceza yasalarının uygulanması iç hukukça düzenlenmiş olup, devletler egemenlik yetkilerinin sonucunda, cezalandırma yetkilerinin kapsam ve sınırlarını kendileri belirler ve bu kapsamda devletler cezalandırma yetkilerini belirli ilkeler çerçevesinde kullanırlar[88]. Bunlardan biri olan *Mülkilik (Ülkesellik) İlkesi* uyarınca suçu işleyen veya suçtan zarar gören kişinin vatandaşlık bağının bir önemi yoktur. Bu ilke uyarınca esas olan fiilin vuku bulduğu devletin ceza yasalarının o fiile yönelik uygulanmasıdır.

[85] ICC-01-19, para 43.

[86] Alcici/Pipia, s. 132. ICC-01-19, para 46-53.

[87] ICC-01-19, para 58.

[88] Tezcan/Erdem/Önok, s. 82.

Bu ilkeye uyarınca suçun işlendiği devlet yer bakımından yargı yetkisine sahiptir[89].

Daireye göre; Statü'nün 12/2-a. maddesinde Mahkemenin hangi koşullar çerçevesinde ülkesellik ilkesine dayanarak sınır aşan suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanabileceği yer almamakla birlikte, devletlerin, Mahkemenin ülkesel yargı yetkisini, sadece bir veya daha fazla taraf devletin topraklarında meydana gelen suçlarla sınırlandırmayı amaçladıkları sonucuna ulaşılamaz[90]. Daireye göre; taraf devletler ülkesellik ilkesini devretme yetkilerini açıkça kısıtlamadıkları için, uluslararası hukuka göre sahip oldukları ülkesel yargı yetkisinin aynısını mahkemeye devrettikleri varsayılmalıdır[91].

Daireye göre; Statü'nün 12/2-a. maddesinin lafzından çıkan tek açık sınırlama, davranışın en azından bir kısmının (yani suçun fiili unsurunun) bir taraf devletin topraklarında gerçekleşmesi gerektiğidir. Buna göre, fiilin bir kısmının bir taraf devletin topraklarında gerçekleşmesi koşuluyla, Mahkeme uluslararası teamül hukukunun öngördüğü sınırlar dahilinde yargı yetkisini kullanabilir[92].

Daire sivillerin Myanmar'dan Bangladeş'e sürgün edildiğini, mağdurların Bangladeş'e geçmelerinin bu suçun maddi unsurunu oluşturduğunu belirtmiştir. Kararda Daire, Statü'de yer alan sınır aşan unsurlara sahip olabilecek suçların tamamı için mahkemenin yargı yetkisini kullanması için soyut koşullar formüle etmeyi ise gerekli görmemiştir[93].

Savcılık, Myanmar'da yıllara yayılan bir şekilde Rohingyaların vatandaşlığını reddeden ve onları vatansız bırakan politikalar uygulandığını ve yasalarda ifadesini bulan sistematik ayrımcılık yapıldığını iddia etmiştir. Savcılığa göre; Budist milliyetçilik artmış, Müslümanlara ve özellikle Rohingyalara karşı nefret söylemi kullanılmıştır. Bu gelişmelerin de etkisi ile Rakhine eyaletindeki hükümet mevkilerine saldırılar düzenleyen ARSA ortaya çıkmıştır. Savcılığa göre, hükümetin bu saldırılara yönelik cevabı ordunun 2016 ve 2017 yılları arasında gerçekleştirdiği *"temizleme operasyonları"*dır[94].

---

[89] Tezcan/Erdem/Önok, s. 82,83. Cassese, s. 277.

[90] ICC-01-19, para 59.

[91] ICC-01-19, para 60.

[92] ICC-01-19, para 61.

[93] ICC-01-19, para 62.

[94] ICC-01-19, para 64-65.

Savcılık 2016-1017 yılları arasında Myanmar tarafından sivil nüfusa yönelik yapılan yoğun ve sistematik saldırılar sonucunda Statü'nün 7. maddesi bağlamında insanlığa karşı suçların işlendiğini belirtmiştir. Savcılığa göre; 2017 yılında yapılan operasyonlar sonucunda 10 bin kişinin öldürüldüğü ve 700 binden fazla kişinin sürgün edildiği gerçeği saldırının sistematik boyutlarını ortaya koymuştur. Savcılığa göre 2016 yılındaki saldırılar da yoğun ve sistematiktir [95].

2016 yılında tahminen 87 bin kişinin[96], 2017 yılında tahminen 700 binden fazla kişinin Bangladeş'e kaçtığı belirtilmiştir. Bu süreçte yüzlerce köy yok edilmiş, binlerce insan öldürülmüş, tecavüze uğramış ve yaralanmıştır[97]. 700 binden fazla Rohingyalının Bangladeş'e kaçması modern zamanların en hızlı sığınmacı göçlerinden biridir. Bu dünyadaki en büyük sığınmacı kamplarının kurulmasına neden olmuştur[98].

Daire, en azından 9 Ekim 2016 tarihinden bu yana Rohingya'daki sivil nüfusa karşı öldürme, hapsetme, işkence, tecavüz, cinsel şiddet ve diğer zorlayıcı eylemler dahil olmak üzere yaygın ve sistematik düzeyde şiddet eylemlerinin işlenmiş olabileceğine ve bunların geniş çaplı sürgünle sonuçlandığına inanmak için makul bir temel olduğunu kabul etmiştir[99].

Savcılığa göre, mahkemenin yargı yetkisi kapsamında olan suçlar, insanlığa karşı işlenen suçlar arasında yer alan ve Statü'nün 7/1-d. maddesinde düzenlenen nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli ile, Statü'nün 7/1-h. maddesinde düzenlenen etnik köken ve/veya din temelinde zulüm suçlarıdır. Aynı zamanda soruşturma sırasında başka suçların da tespit edilebileceği vurgulanmıştır[100].

Daireye göre; Rohingyalara yönelik zorlayıcı eylemlerin onları Bangladeş'e kaçmaya zorladığı ve bu kapsamda insanlığa karşı işlenen suçlardan biri olan sürgün suçunun işlendiği söylenebilir[101]. Dolayısıyla, Statü'ye taraf olmayan bir devlette başlayan ve Statü'ye taraf bir devlette

[95] ICC-01-19, para 71.

[96] ICC-01-19, para 73.

[97] ICC-01-19, para 76.

[98] ICC-01-19, para 89.

[99] ICC-01-19, para 92.

[100] ICC-01-19, para 95.

[101] ICC-01-19, para 108.

tamamlanan hukuka aykırı sınır dışı etme eylemleri Statü'nün 12/2-a. maddesi kapsamına girmektedir[102].

Kararın sonuç kısmında mevcut bilgiler çerçevesinde Daire; 9 Ekim 2016 tarihinden bu yana ordu mensuplarının çoğunluğunu oluşturduğu güvenlik güçleriyle birlikte ve bazı yerel sivillerin de katılımıyla Rohingya nüfusuna karşı, Statü'nün 7/1-d. maddesinde düzenlenen nüfusun sürgün edilmesi ile Statü'nün 7/1-h. maddesinde düzenlenen etnik köken ve/veya din temelinde zulüm suçlarını içeren insanlığa karşı suçların işlendiğini inandırıcı bulmuştur[103].

Savcılık tarafından iddia edilen insanlığa karşı işlenen diğer suçlara ilişkin Daire herhangi bir görüş belirtmemiş olmakla birlikte, Savcının geçici hukuki nitelendirmeleri bir yana, yetkisinin yalnızca talebinde belirtilen olayları soruşturmakla sınırlı olmadığını vurgulamıştır[104].

Daire, Statü'nün 126/2. maddesi uyarınca Bangladeş açısından Statü'nün 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girdiğini, Savcılık tarafından iddia edilen suçların 9 Ekim 2016 tarihinden bu yana Bangladeş topraklarında kısmen işlenmesi nedeni ile soruşturmaya konu olabileceğine karar vermiştir[105].

Daire kabul edilebilirlik aşamasında mahkemenin tamamlayıcılık özelliğini değerlendirmeyi gerekli görmemiş ve mevcut bilgiler ışığında, gelecekte açılacak herhangi bir davanın kabul edilemez olacağına dair bir emare bulunmadığını belirtmiştir[106].

Soruşturmanın yer bakımından kapsamına bakıldığında Daire, Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun fiili unsurunun bir kısmının bir taraf devletin topraklarında işlenmesi halinde Mahkemenin yargı yetkisini kullanabileceğini ve bu bağlamda en azından kısmen Bangladeş topraklarında işlenen suçlar için soruşturma başlatılmasına izin verilebileceğini belirtmiştir. Bu ilke uyarınca Savcı, soruşturmasını bu kararda tanımlanan durumla yeterince bağlantılı olduğu ölçüde, en azından kısmen diğer taraf devletlerin veya Statü'nün 12/3. maddesi uyarınca Mahkemenin yargı yetkisini kabul edecek devletlerin topraklarında işlendiği iddia edilen suçları da kapsayacak

[102] Bazzar, s. 48.

[103] ICC, Pre-Trial Chamber III, para 110.

[104] ICC, Pre-Trial Chamber III, para 111.

[105] ICC, Pre-Trial Chamber III, para 113-114.

[106] ICC, Pre-Trial Chamber III, para 11

şekilde genişletebilir[107].

Soruşturmanın konu yönünden kapsamı bağlamında Daire, Mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki herhangi bir suçun en azından kısmen Bangladeş topraklarında veya Statü'nün 12/3. maddesi uyarınca beyanda bulunan başka bir taraf devletin topraklarında işlenmesiyle ilgili olarak soruşturma başlatılmasına izin vermiştir. Daire, Savcılığın soruşturmaya konu olan olaylar bakımından yetkisinin sadece talepte tanımlanan olaylar ve mevcut kararda işlendiği iddia edilen suçlarla sınırlı olmadığını, soruşturma sırasında toplanan delillere dayanarak, soruşturmanın insanlığa karşı işlenen diğer suçlar veya Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına giren diğer suçları da içerebileceğini belirtmiştir. Daire benzer şekilde, soruşturmanın konusu olabilecek kişiler açısından Savcılığın talebinde belirttiği kişi veya kişi gruplarıyla sınırlı olmadığı belirtmiştir. Daire, böyle bir sınırlamanın Statü'nün 15. maddesinin amaç ve hedefine aykırı olacağı kanaatindedir[108].

Zaman bakımından soruşturmanın kapsamına bakıldığında, Savcılık 9 Ekim 2016 tarihinden bu yana işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili soruşturma başlatmak için yetki talep etmiştir. Daire, mevcut bilgilere dayanarak, bazı suçların 9 Ekim 2016 tarihinden önce işlendiğinin iddia edildiğini belirtmektedir. Bu nedenle Daire, Bangladeş için Statü'nün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Haziran 2010 tarihinde veya sonrasında işlendiği iddia edilen suçlar için soruşturmanın başlatılmasına izin vermiştir. Ayrıca Savcılık, Statü'nün yürürlüğe girdiği tarihten sonra diğer taraf devletlerin topraklarında en azından kısmen işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmayı, iddia edilen suçların bu kararda tanımlanan durumla yeterince bağlantılı olması halinde genişletebilir[109].

Süreklilik arz eden suç iddialarıyla ilgili olarak söz konusu suçların 1 Haziran 2010 tarihinden önce başlamış olması halinde dahi, suçların bu tarihten sonra da devam etmesi halinde Savcılık soruşturmasını genişletebilir[110].

Son olarak Daire, bu kararın verilmesinden sonra işlenen suçların, söz konusu suçlar mevcut kararda tespit edilen durumla yeterince bağlantılı olduğu sürece, yetkili soruşturmanın zaman bakımından kapsamı içinde

[107] ICC-01-19, para 124.

[108] ICC-01-19, para 126.

[109] ICC-01-19, para 131.

[110] ICC-01-19, para 132.

kalacağı tespitini yapmıştır[111].

Alınan bu karar uyarınca Savcılık, Statü'nün 15. maddesi uyarınca soruşturmayı kendiliğinden başlatabilir[112]. Bununla birlikte bu soruşturmanın içeriğinin sınırları da açıktır. Bu olay kapsamında Savcılık, Myanmar'da başlayan ve tamamlanan suçları soruşturma kapsamına alamayacaktır[113]. UCM'nin yargı yetkisi Myanmar'daki insanlığa karşı işlenen suçların tamamı açısından olmayıp bir bölümü yani Bangladeş'e sirayet eden suçlarla ilgilidir. Dolayısı ile bu suçların failleri Mahkemeye teslim edilmedikçe bu yargılama başlayamayacaktır. Söz konusu suçların tümünün UCM'nin yargı yetkisine girmesi daha önceki bölümlerde belirtildiği gibi BMGK'nin durumu UCM'ye havale etmesi ve bu doğrultuda bir soruşturma açılması ile olanaklı görünmektedir.

UCM'nin yargı yetkisinin Statü'ye taraf olmayan bir devletin topraklarında meydana gelen olaylarla genişletilmesine Myanmar, bu tür yargılamaların devlet egemenliğini ciddi şekilde ihlal edeceği iddiasıyla itiraz etmiştir. Myanmar ayrıca UCM'nin yargı yetkisinin genişletilmesinin, Statü'ye taraf olmaması nedeni ile Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ihlaline yol açtığını belirtmiştir[114]. Burada Myanmar Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesindeki; "*bir antlaşma, bir üçüncü devlet için istemi olmadan ne hak yaratır ne de yükümlülük yaratır*" şeklindeki düzenlemeye dayanmıştır[115].

Bu karar kapsamında yargı yetkisine yönelik 3. Ön Yargılama Dairesi açıkça "etki doktrinini" ileri sürmese de, Daire tarafından rekabet hukukuna ilişkin ABD Federal Temyiz Mahkemesinin bu doktrini ilk kez dile getirdiği United States v. ALCOA davasına atıfta bulunulmuştur[116]. Myanmar'da işlenen insanlığa karşı suçlardan Bangladeş'in yoğun bir şekilde etkilendiği gerçeği karşısında bu doktrine kısaca yer vermekte fayda vardır. Etki doktrini uyarınca, bazı devletlerin ülkesi dışında gerçekleşmekle beraber, ülkesi üzerinde etki doğuran eylemler nedeni ile devletler yargı yetkisini ortaya koyan düzenlemeler yapabilecektir. Bu doktrinin kaynağı olarak ABD'nin

[111] ICC-01-19, para 133.

[112] Alcici/Pipia, s. 128.

[113] Alcici/Pipia, s. 134.

[114] Alcici/ Pipia, s. 131.

[115] Reçber K, s. 63.

[116] ICC-01-19, para 56.

rekabet hukuku düzenlemeleri(örneğin, çok uluslu şirketlerin rekabete aykırı faaliyetleri) gösterilmektedir. Ticaret ve rekabet hukukunun esas alındığı bu doktrin uyarınca; sınır aşan nitelikteki bazı faaliyetlerin etkileri, bu etkiler dikkate alınarak yerel sınırlamalardan uzak bir şekilde düzenlenmelidir. Bu doktrinin uygulanabilirliği noktasında, kast ve etkilerin önemli ve esaslı olması gerektiğine yönelik bir takım unsurlar çerçevesinde sınırlamalar getirilmek istense de, devletlerin çoğunluğu tarafından doktrin belirsiz olması nedeni ile savunulmamaktadır[117]. Karar özelinde Dairenin bu doktrine açık bir atıf yapmaması doktrinin bu özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu açıklamalar ışığında bakıldığında etki doktrinin uluslararası hukukta devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmediği görülmektedir. Bu doktrinin devletlerin çoğunluğu tarafından kabul görmesi için sınırlarının ve içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Myanmar/Bangladeş örneğinde mahkemenin yargı yetkisine sahip olabilmesi ve Savcılığın soruşturma yürütebilmesi için taraf devlet toprakları üzerinde doğrudan, önemli ve öngörülebilir etkiler olduğunun kanıtlaması gerekecektir[118]. 2016 ve 2017 yıllarında yaşanan saldırılar sonucunda 2018 yılına gelindiğinde 1 milyondan fazla Rohingyalı, Bangladeş'e sığınmıştır. Daire Rohingyaların sınır dışı edilmeleri ve sürülmelerinin etkilerinin bir taraf devlet olan Bangladeş'te ortaya çıktığını belirtmiştir. Bu husus Dairenin, Mahkemenin söz konusu duruma ilişkin yargı yetkisine sahip olduğu sonucuna varmasını sağlamıştır.

Bununla birlikte etki doktrinine yönelik şu eleştiri yapılmıştır. Sınır dışı etmenin Bangladeş için gerçekten bir etki yaratıp yaratmadığının tespit edilmesinde sınır dışı etmenin ciddiyetinin ve ölçeğinin belirleyici faktörler olup olmadığıdır. Ön Yargılama Dairesi, Savcının soruşturmayı, en azından kısmen taraf devletlerin topraklarında işlendiği iddia edilen suçları kapsayacak şekilde yapılabileceğini kabul etmiş olsa da, sınır dışı etme işleminin ağırlığı ve ölçeğinin, mültecileri/sığınmacıları barındıran devlet açısından bir "etki" yaratmak için gerekli bir şart olup olmadığı konusunda sessiz kalmıştır[119].

Bütün bunlara rağmen bu sorunun Bangladeş'i etkilediği son derece açıktır. Bangladeş dünyanın en büyük sığınmacı akımlarından biri ile karşı karşıya kalmıştır. Bu kapsamda Bangladeş'in 1951 tarihli Mültecilerin ve

[117] Karagözoğlu, s. 21-22.

[118] Vagias, s. 207.

[119] Alcici/Pipia, s. 133.

Sığınmacıların Hukuki Statüsüne Dair Sözleşmeye taraf olmadığını belirtmek gerekir[120]. Dünyanın en yoğun nüfuslu ülkelerinden biri olan Bangladeş aynı zamanda yoksulluğun yoğun olduğu bir yerdir. Bütün bu faktörlerin dışında bu sığınmacı akımının Myanmar ile olan ilişkilerinin dışında Çin'in dahil olduğu diğer komşu devletler ile olan ilişkisine de Bangladeş'in etki ettiği söylenebilir[121].

Mahkeme davalara fiilen devam etmese bile, etki doktrini çerçevesindeki hareket tarzı Güvenlik Konseyi'ni veya diğer Devletleri bu tür durumları daha ciddi bir şekilde incelemeye teşvik edebilir ve gelecekte suç işlenmesinin önlenmesi konusunda caydırıcı olabilir[122]. Bununla birlikte etki doktrinine yönelik yargısal aktivizm eleştirisi de yapılmıştır[123].

UCM'nin, Statü'ye taraf olmayan bir devletin topraklarında işlenen, kendi yargı yetkisini kapsayan suçların Statü'ye taraf başka bir devletin topraklarına sirayet etmesi durumunda, Statü'ye taraf olmayan devletlerde soruşturma ve kovuşturma yapamaması etkinliğini ve verimliliğini olumsuz etkilemekle birlikte, Myanmar özelinde UCM'nin Myanmar'da bir rejim değişikliği olmadığı sürece, etkin bir soruşturma yürütmesi olası değildir[124].

Ön Yargılama Dairesinin Myanmar/Bangladeş'teki duruma ilişkin bir soruşturmaya izin vermesi gelecekte UCM önüne getirilecek vakalar açısından ciddi sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu karar özellikle şunu göstermektedir: ilk olarak, iddia edilen suçun en az bir unsuru taraf devletin topraklarında meydana gelmişse veya suçun işlenmesine yol açan davranış taraf devletin topraklarında sonuç doğurmuşsa, UCM yargı yetkisini kullanabilir. İkinci olarak, esasen sınır aşan nitelikte olan suçlar, ilgili devletlerden birinin Statü'ye taraf olması halinde UCM'nin yargı yetkisi kapsamına girebilir. Üçüncü olarak, sınır aşan suçlar söz konusu olduğunda, UCM'nin soruşturması ve yargılaması, taraf devletin topraklarında meydana gelen ya da bu devlet için önemli etkiler yarattığı iddia edilen suçlarla

[120] Mülteci ve Sığınmacı kavramları arasındaki ayrım şu şekildedir. "*Mülteci, mültecilik statüsü hukuken kabul edilmiş bir yabancıya, Sığınmacı ise; mültecilik statüsü incelenen ve bu sebeple kendisine geçici koruma sağlanan kişiye karşılık gelmektedir*". Reçber S, s. 251.

[121] Arif, s. 857.

[122] Vagias, s. 205.

[123] Vagias, s. 208.

[124] Tekamura, s. 131.

sınırlıdır[125]. Bugün itibarı ile Mahkemeye ait güncel kaynaklara bakıldığında soruşturmanın devam ettiği görülmektedir.

Rohingyaların durumunun zorla yerinden edilmeye ve bunun mağdurları üzerinde yarattığı ağır sonuçlara daha geniş bir şekilde yeniden odaklanmak için uzun zamandır gecikmiş bir fırsat sunduğu da vurgulanmıştır. Bu gelişmelerin insanlığa karşı işlenen bir suç olarak sürgün ve zorla yerinden edilmenin çok ihmal edilen bir boyutunu, yani yerinden edilenlerin sürüldükleri topraklara geri dönmelerinin engellenmesini incelemek için fırsatlar sunduğu yorumu yapılmıştır. Geri dönüşlerin engellenmesinin veya imkansızlaştırılmasının devam eden bir suç olduğu belirtilmiştir[126]. Bununla birlikte Rohingyalar örneğinde geri dönüşler mümkün görünmemektedir.

D. Evrensel Yargı Yetkisi: Yerel Mahkemelerde Yargılanma Olasılığı

Evrensel yetki (Adalet) ilkesi uyarıca esas olan ortak değerlere yönelik işlenen suçların cezasız kalmasının önlenmesidir. Yukarıda sayılan ilkeler uyarınca yargılama yetkisine sahip olmayan bir devlet adaletin sağlanması ve ortak değerlerin korunması amacı ile suçun işlendiği yer ya da sanık veya mağdurun uyrukluğunun bir önemi olmaksızın yargılama yapabilir[127]. Evrensel yetki ilkesinin konusunu oluşturabilecek suçlar arasında soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları, deniz haydutluğu gibi uluslararası adaleti ve düzeni ihlal eden suçlar yer almaktadır. Böylece bu suçları işleyen faillerin cezasız kalmaması adına evrensel yetki ilkesi her devlete bu suçların faillerini yargılama imkanı vermiştir[128].

Rohingyalara yönelik insanlığa karşı işlenen suçların faillerinin cezalandırılması amacı ile Myanmarlı siyasi ve askeri liderlerin yargılanmalarına yönelik evrensel yargı yetkisi kapsamında soruşturmanın açıldığı ilk devlet Arjantin'dir[129].

13 Kasım 2019 tarihinde Rohingyalı aktivist Maung Tun Khin öncülüğünde Burma Rohingya Örgütü UK, Arjantin adli makamlarına Rohingya

[125] Alcici/Pipia, s. 133.

[126] Proukaki, s. 387.

[127] Tezcan/Erdem/Önök s. 134; Cassese, s. 284.

[128] Şimşek, s. 2070

[129] Independent Investigative Mechanism for Myanmar, United Nations: Universal Jurisdiction, The Case in Argentina, (https://iimm.un.org/universal-jurisdiction/, Erişim Tarihi:17.09.2024).

mağdurları adına Myanmar'ın askeri ve sivil liderlerinin Rohingyalara yönelik soykırımdaki ve insanlığa karşı işlenen suçlardaki rolüne ilişkin soruşturma açılmasını talep eden bir dilekçe sunmuştur. Arjantin'deki yerel mahkeme, bu olaya ilişkin UCM'nin soruşturma açtığını belirterek 12 Temmuz 2021 tarihli kararı ile bu davayı düşürmüştür. Bu kararın üst mahkemeye taşınması sonucunda Arjantin Federal Ceza Mahkemesi 26 Kasım 2021 tarihinde alt mahkeme kararını bozmuştur. 2022 yılında soruşturma yetkileri federal savcılığa devredilmiştir. Soruşturma süreci halen devam etmektedir[130].

Federal Ceza Mahkemesi'nin Myanmarlı asker ve sivil liderlere karşı Rohingyalara yönelik işlenen suçlardaki rolleri nedeniyle dava açılmaması yönündeki önceki kararı bozması Dünya çapındaki sivil hak savunucuları tarafından büyük bir memnuniyetle karşılanmıştır. Evrensel yargı yetkisi iddiasına dayanan bu dava, uluslararası toplumun ağır insan hakları ihlallerinin cezasız kalmamasını sağlamaya yönelik ortak çıkarlarını destekleyen en önemli girişimlerden biri olarak değerlendirilmiştir. Hak savunucularına göre; Rohingya'ya ilişkin olarak UCM'nin yargı yetkisinin sınır ötesinde işlenen suçlarla sınırlı olduğu, oysa evrensel yargı yetkisi ilkesi kapsamında yürütülecek bir soruşturmanın Myanmar içinde Rohingyalara karşı işlenen suçları da kapsayabileceğidir. Bu dava özellikle UCM'nin sınırlı kaynakları ve iddia edilen faillerin sayısı göz önüne alındığında, devletlerin UCM'yi tamamlayıcı rolü açısından dikkat çekmektedir[131].

20 Ocak 2023 tarihinde, Tayland merkezli insan hakları grubu olan Fortify Rights ve Myanmar'dan on altı kişi evrensel yargı yetkisi kapsamında, Almanya'da Myanmar askeri görevlileri ve diğerlerine karşı soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar nedeniyle suç duyurusunda bulunmuştur. Almanya'da açılan davada, Alman Federal Savcılığından 2016-2017 yılları arasında Rohingya halkına ve Şubat 2021 tarihine Myanmar'daki askeri darbeden bu yana diğer sivillere karşı işlenen suçların soruşturulması talep edilmiştir. Bu dava Alman hukuk düzeninde yer alan Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu'nda yer alan evrensel yargı yetkisi kapsamında açılmıştır. Federal Savcı bu başvuruyu 2023 yılının eylül ayında reddetmiştir[132].

[130] Independent Investigative Mechanism for Myanmar, United Nations: Universal Jurisdiction, The Case in Argentina.

[131] Tekamura, s. 131;Alcici/Pipia, s. 138.

[132] Tekamura, s. 133. Independent Investigative Mechanism for Myanmar, United Nations: Universal Jurisdiction, The Case in Argentina.

Uluslararası düzleme bakıldığında BM Genel Kurulu tarafından alınan karar uyarınca; Myanmar'daki sistematik düzeye varan kitlesel nitelikteki insan hakları ihlallerinin soruşturulması için yerel, bölgesel ve uluslararası yargı mekanizmalarının kullanılarak mağdurlara adaletin sağlanması ve ilke olarak evrensel yargı yetkisinin teşvik edilmesi ve hatta tercih edilmesi gerekmektedir[133]. Bu karar da görüldüğü gibi evrensel yargı yetkisi uluslararası toplumun jus cogens niteliğindeki kurallarının ihlali halinde, bu ihlalleri gerçekleştiren faillerin yargılanması anlamında önem taşımaktadır.

Evrensel yargı yetkisi ilkesinin kullanımı bağlamında, yerel yargı organlarının, evrensel yargılama organlarına göre çeşitli avantajları bulunmaktadır. Myanmar/ Bangladeş'e ilişkin UCM Savcılığın soruşturma yetkisi daha sınırlı iken, evrensel yargı yetkisi kapsamında devletler uluslararası suçları ve diğer suçları toplu olarak soruşturabilir. Diğer bir faktör uluslararası soruşturmaların üst düzey faillere odaklanmasına rağmen, yerel düzeydeki yargılamalarda alt ve orta düzeydeki faillerin soruşturma yapan devletin topraklarında bulunma olasılığının daha yüksek olması nedeni ile orta ve düşük düzeyli faillere odaklanılmasının yerel mahkemeleri daha verimli kıldığıdır. Bunun dışında bu faillerin soruşturulmasının daha düşük siyasi maliyeti vardır[134].

Bununla birlikte yerel soruşturmaların eleştirilen yönleri bulunmaktadır. Bu eleştirilerin başında bu soruşturmaların siyaseten yönlendirilmeye açık olması gelmektedir. Burada tarafsızlıktan ziyade seçiciliğin ön plana geçebileceği eleştirilmektedir. UCM soruşturmalarında ise, devletlerin onayı veya Güvenlik Konseyi'nin yönlendirmesiyle meşrulaştırılan daha tarafsız soruşturmaların olabileceğidir[135]. Burada bu eleştiri getirilmekle birlikte UCM pratiğinin daha çok Afrika'da yaşanan olayların Mahkemede yargılamaya konu olması anlamında oldukça seçici olduğu söylemek gerekir.

Myanmar'a ilişkin özel bir ceza mahkemesinin kurulması talebi düşünülmekle birlikte, mahkemenin yeri, şu aşamada delillerin toplanabilmesi, uygulanabilirliği, maliyetin kim tarafından karşılanabileceği ve politik isteğin sağlanması gibi sorunların çözülmesi gerekmektedir[136].

---

[133] BM, Genel Kurul Res 77/227, 9 Ocak 2023, BM Belge A/RES/77/227, para 2.

[134] Pelliconi/ Gregorio, s. 1.

[135] Pelliconi, Gregorio.

[136] Special Advisory Council For Myanmar, Briefing Paper: Establishing an International Criminal Tribunal For Myanmar, 8 December 2023, s. 21. (https://specialadvisorycouncil.

SONUÇ

UCM'nin kurulması uluslararası ceza yargısının sürekli ve bağımsız nitelikte bir mahkemeye kavuşması açısından son derece önemli olmakla birlikte, gerek Statü'ye taraf olmayan devletlerin bulunması gerekse UCM'nin yargılamalarında özellikle Afrika örneğinde görüldüğü gibi yargılamaların belirli bölgelerde yoğunlaşması seçicilik eleştirilerini beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda Statü'ye taraf olmayan devletlerde, Statü kapsamında düzenlenen suçların işlenmesi halinde, bu suçların yargılamaya konu olabilmesi, uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçların cezasız kalmaması adına son derece önemlidir. Statü kapsamında bu amacın gerçekleşmesi noktasında BMGK'nin yetkisinin bulunmasına rağmen, BMGK'nin daimi üyelerinin siyasi-ekonomik-stratejik çıkarlarının ön planda olması bu işlevin yerine getirilmesini bu olay örneğinde olduğu gibi engelleyecektir.

Myanmar/Bangladeş örneğinde Statü'ye taraf olmayan bir devlette Statü'nün düzenlemiş olduğu suçlardan insanlığa karşı işlenen suçlar arasında yer alan sürgün, sınır dışı etme ile dinsel ve etnik nedenlerle zulüm suçunun işlendiği görülmüştür. Bu kapsamda Savcılığın talebi üzerine 3. Ön Yargılama Dairesinin vermiş olduğu karar dikkat çekicidir. Misyon raporunda görüldüğü gibi Myanmar'da karşılaşılan insanlığa karşı işlenen suçların yargılamaya konu olabilmesi ve bu suçların faillerinin yargılanıp, cezalandırılmaları açısından UCM'nin rolü önemlidir. Myanmar gibi Statü'ye taraf olmayan bir devlette Statü kapsamında yer alan insanlığa karşı işlenen suçların etkilerinin ve unsurlarının Statü'ye taraf bir devlet olan Bangladeş'te gerçekleşmesinin, 3. Ön Yargılama Dairesi tarafından verilen kararda belirtildiği gibi Savcılığın soruşturmasına konu olabilmesi UCM'nin işlevi ve amaçları açısından benzer olaylarda önem taşıyabilir.

Kararda hukuken önem taşıyan unsur sınır aşan nitelikteki bir suçun Statü'ye taraf olan bir devletin ülkesinde kısmen bazı unsurlarının gerçekleşmesi halinde Mahkemenin bu suçlara yönelik yargı yetkisini kullanıp kullanmayacağı sorunudur. Kararda Rohingyaların, Statü'ye taraf olan Bangladeş topraklarına sürülmesi ve sınır dışı edilmesi, insanlığa karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmiştir.

Her ne kadar Statü'ye taraf olmayan bir devlette başlayan bu suçların

org/wp-content/uploads/2023/12/SAC-M-Tribunal-for-Myanmar-ENGLISH.pdf, Erişim Tarihi: 10.09.2024).

soruşturulması ve yargılanması noktasında uygulamada ciddi zorluklarla karşılaşılsa da bu suçların Statü'ye taraf bir devlete sirayet etmesi halinde soruşturmaya ve yargılamaya konu olabilmesi UCM'nin işlevselliğine katkı yapacaktır. Bu kapsamda sürgün, sınır dışı etme suçunun Myanmar'da başlamasına rağmen, Statü'ye taraf olan Bangladeş'te tamamlandığı görülmektedir.

Bununla birlikte kararda Daire, Statü'de yer alan sınır aşan unsurlara sahip olabilecek suçların tamamı için mahkemenin yargı yetkisini kullanması için soyut koşullar formüle etmeyi ise gerekli görmemiştir.

KAYNAKÇA

Aksar, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Akhavan, Payam, "The Radically Routine Rohingya Case: Territorial Jurisdiction and the Crime of Deportation Under the ICC Statute", Journal of International Criminal Justice, 2019, C. 17, S. 2, s. 325-346.

Alcici, Lucas/ Pipia, Saba, "Displacement of the Rohingya Before the ICJ and the ICC: Same Conduct, Different Crimes in International Law?", Asia Pasific Journal of International Humanitarian Law, 2021, S. 2, s. 116-142.

Almuhana, Sharefah A, "The International Criminal Court (ICC) and the Rohingya Crisis", Kilaw Journal, 2019, C. 7, S. 4, s. 45-87.

Arif, Kamrul Hasan, "The Rohingya Refugees in Bangladesh: Non-refoulement and Legal Obligation under National and International Law", International Journal on Minority and Group Rights, 2020, C. 27, s. 855-875.

Azarkan, Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (3), 2003, s. 275-297, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628950, Erişim Tarihi: 09.05.2024).

Bazzar, Vahid, "Identification of Elements of the Crime against Humanity of Deportation into the Situation in Bangladesh/Myanmar", Journal of International Criminal Law, 2022, C. 3, s. 48-53.

Cassese, Antonio, International Criminal Law, First Published, Oxford University Press, Oxford 2003.

Denk, Erdem, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi,1. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara 2015.

Dalar, Mehmet, "İnsanlık Suçlarının Yargılanması Sorunu", Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 131-159, (Editörler: Taşdemir, Fatma/ Albayrak, Gökhan).

Durmaz, Ferhat, "Myanmar'ın Rohingya Sorunu: Kimlik ve Güvenlik Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Şiddetin Kökenleri, İşgaller, Sürgünler, Katliamlar ve Soykırımlar, Orion Kitabevi, İstanbul 2022, s. 447-475, (Editörler: Kaya, Emine Erden/ Özcan, Merve Suna).

Gülergün, Cansu, Uluslararası Ceza Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Sürgün ve Nakletme Savaş Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

İslam, Tariguil, "Examing the Present Situation of Rohingya People", Journal of Enderun, 2024, C. 8, S. 1, s. 55-74. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3722078, Erişim Tarihi: 17.04.2024).

Karagözoğlu, Ceren, İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.

Kul, Muhammed Celal/ Bülbül, Hasan Basri, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi: Bangladeş/Myanmar Sonrası Hukuki Manzara", Public and Private International Law Bulletin, 2024, C. 44, S. 2, s. 1-29, (https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/87EDEFC0CE8B49649DBE5019FF63F60D, Erişim Tarihi: 11.03.2025)

Kipgen, Nehginpao, "Myanmar's Perspective on the Rohingya Crisis", International Journal on World Peace, 2020, C. 7, S. 1, s. 43-70.

Lee, Ronan, Myanmar's Rohingya Genocide, İdentity, History and Hate Speech, First Edition, I.B. Tauris, Great Britain 2021.

Leaning, Jennifer, "Enforced Displacement of Civilian Populations in War: A Potential New Element in Crimes Against Humanity", International Criminal Law Review, 2011, C. 11, S. 3, s. 445-462.

Leider, Jacgues P., "Forging Buddist Credentials as aTool of Legitimacy and Ethnic Identity: A Study of Arakan's Subjection in Nineteenth - Century Burma", Journal of the Economic and Social History of the Orient, 2008, C. 51, s. 409-459.

Morada, Noel M., "Continuing Violence and Atrocities in Rakhine since 2017: Beyond the Outrage, Failures of the International Community", Global Responsibility to Protect, 2020, C 12, s. 64-85.

Pérez, Juan Pablo Leon Acevodo/ Pinto, Thiago Alvez, "Disentangling Law and Religion in the Rohingya Case at the International Criminal Court", Nordic Journal of Human Rights, 2021, C. 39, S. 4, s. 458-480.

Proukaki, Elena Katselli, "Forced Displacement, Prevention from Returning and the Jurisdiction of the International Criminal Court", Nordic Journal of International Law, 2022, C. 91, s. 355–389.

Pelliconi, Andrea Maria/ Gregorio de Sironi, Francesca, "New Universal

Jurisdiction case filed in Germany for crimes committed in Myanmar before and after the coup : on complemantarity, effectiviness and new hopes for old crimes", (https://www.ejiltalk.org/new-universal-jurisdiction-case-filed-in-germany-for-crimes-committed-in-myanmar-before-and-after-the-coup-on-complementarity-effectiveness-and-new-hopes-for-old-crimes/, Erişim Tarihi:17.08.2024).

Reçber, Kamuran, Uluslararası Hukuk, 4. Basım, Dora Yayınevi, Bursa 2020.

Reçber, Sercan, "Hayatın Yok Yerindekiler: Mülteciler ve Sığınmacılar", VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu 2014, s. 247-268.

Ryan, Sophie, "When Women Become the War Zone: the Use of Sexuel Violence in Myanmar's Military Operations", Global Responsibility to Protect, 2020, C 12, s. 37-63.

Shaw, Malcolm Nathan, Uluslararası Hukuk, 8. Baskı, Tüba: Türkiye Bilimler Akademisi 2018, (Çevirmen: Acer, Yücel/ Kaya, İbrahim/ Demirtepe, Turgay/ Şimşek, Galip Engin).

Şimşek, Galip Engin," Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 2020, C. 78, S. 4, s. 2049-2078. (https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1573697, Erişim Tarihi: 16.05.2024).

Tekamura, Hitomi, The Rohingya Crisis and the International Criminal Court, Springer, Singapore 2023.

Trihartono, Agus, "Myanmar's Worsening Rohingya Crisis: A Call For Resaponsibility to Protect and Asean's Response", Sustainable Future For Human Security: Society, Cities and Governance, Springer, Singopore 2018 s.3-15, (Editör: Mclellan, Benjamin).

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Rıfat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Uraz, Onur, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya- Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme", Uluslararası Suçlar ve Tarih/ International Crimes and History, 2021, C. 22, s. 29-73, (https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2082973, Erişim Tarihi: 21.03.2024).

Vagias, Michail, The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court, First Published, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

Wheeler, Caleb H, "Human Rights Enforcement at the Borders: International Criminal Court Jurisdiction over the Rohingya Situation", Journal of International Criminal Justice, 2019, C. 17, s. 609-631.

Zenginkuzucu, Dikran M, "Myanmar, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Toplum: Kendisine Karşı İşlenen Ağır Suçlarda Uluslararası Toplumun Cevabı", Uluslararası İlişkiler Dergisi, 2021, C. 18, S. 69, s. 49-70. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1693720, Erişim Tarihi: 16.04.2024).

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 18/10/2024
Kabul / Accepted: 07/04/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

TAŞINMAZ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASINDA DÜZENLEYİCİ İDARİ İŞLEMLER YOLUYLA KORUMA KULLANMA DENGESİNİN TESİSİ

ESTABLISHING THE BALANCE BETWEEN CONSERVATION AND UTILIZATION THROUGH REGULATORY ADMINISTRATIVE ACTS IN THE PROTECTION OF IMMOVABLE CULTURAL AND NATURAL ASSETS

Zeynep Nihal AYDINOĞLU YALÇIN*

ÖZET

Koruma kullanma dengesi kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimi kapsamındaki temel kavramlardan biridir. Söz konusu kavram çerçevesinde bu varlıkların hayatın içerisinde var olarak korunması ve bu türden bir koruma anlayışının korumaya da kullanmaya da zarar vermemesi gerekmektedir. Gözetilmesi gereken bu iki değer, kamu yararının farklı boyutlarını temsil etmektedir. Bu boyutların dengeli bir biçimde ele alınmasında kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında görevli idareler tarafından tesis edilen düzenleyici işlemler önemli rol oynamaktadır. Ancak gerek bu idareler gerek bu işlemlerin hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirecek yargı mercileri açısından koruma kullanma dengesi kavramının somutlaştırılması ihtiyacı bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan ölçülülük ilkesi, kavramın somutlaştırılması açısından kullanılmaya elverişli bir araçtır. Öte yandan koruma kullanma dengesinin korunması ilkesine fonksiyonel bir anlam kazandırılabilmesi; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/KIRIKKALE, **E-Posta:** z.n.aydinoglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-7939-8458, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1569614.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Aydınoğlu Yalçın, Zeynep Nihal, "Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunmasında Düzenleyici İdari İşlemler Yoluyla Koruma Kullanma Dengesinin Tesisi" HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 663-702.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

idarenin düzenleyici işlemleri açısından takdir yetkisinin sınırı ve belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasında ve sınırlandırılmasında bir araç olarak kullanılmasını gerektirmektedir. Çalışmanın amacı, yargı kararları ışığında taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması alanındaki başlıca düzenleyici işlemler esas alınarak; ölçülülük ilkesi, idarenin takdir yetkisi ve bu takdir yetkisi çerçevesinde belirsiz hukuki kavramların yorumlanması ve sınırlandırılmasında koruma kullanma dengesinin korunması ilkesinin değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: *Kültür ve tabiat varlıkları, Koruma kullanma dengesi, Ölçülülük ilkesi, İdarenin takdir yetkisi, Belirsiz hukuki kavramlar*

ABSTRACT

The balance between conservation and utilization is one of the fundamental concepts within the regime for the conservation of cultural and natural assets. Within the framework of this concept, these assets must be conserved by existing within daily life, and such an approach to conservation should not harm either conservation or utilization. These two values, which must be taken into consideration, represent different dimensions of the public interest. In addressing these dimensions in a balanced manner, regulatory acts issued by the administrative authorities responsible for the conservation of cultural and natural assets play a significant role. However, both these authorities and the judicial bodies responsible for reviewing the legality of such acts require a concretization of the concept of the conservation–utilization balance. The principle of proportionality, which constitutes one of the fundamental elements of the rule of law, serves as an appropriate tool for the concretization of this concept. On the other hand, attributing a functional meaning to the principle of maintaining the conservation–utilization balance necessitates its use as a tool for defining the limits of administrative discretion, as well as for interpreting and limiting vague legal concepts, particularly in the context of regulatory acts concerning the conservation of immovable cultural and natural assets. The aim of this study is to evaluate the principle of maintaining the conservation–utilization balance in light of judicial decisions, based on the main regulatory acts in the field of the conservation of immovable cultural and natural assets, by focusing on the principle of proportionality, the scope of administrative discretion, and the interpretation and limitation of vague legal concepts within the exercise of such discretion.

Keywords: *Cultural and natural assets, Conservation utilization balance, Principle of proportionality, Administrative discretion, Vague legal concepts*

EXTENDED ABSTRACT

The protection of cultural and natural assets imposes a historical responsibility on states. In Turkish law, the state has a constitutional responsibility for the protection of these assets. The state must fulfill this responsibility by observing the balance between conservation and utilization. Indeed, the conservation and utilization balance is one

of the fundamental principles in the legal regime governing the protection of cultural and natural assets. There is a need to clarify and functionalize the conservation and utilization balance to ensure its practical application in daily life. The administration plays a significant role in meeting this need, primarily through its regulatory actions that establish general and abstract rules. In Turkish law, various administrative bodies are tasked with achieving the conservation and utilization balance. Accordingly, separate administrations are responsible for the protection of cultural assets and natural assets. The independence and autonomy of these administrations in performing their duties, as well as making reasoned decisions based on scientific principles, are of great importance in implementing the conservation and utilization balance.

Although the concept of the conservation and utilization balance is frequently encountered in normative regulations concerning the protection of cultural and natural assets in Turkish law, there is ambiguity regarding its implemention. Indeed, the concepts of conservation and utilization each represent different dimensions of public interest. If the legislator has not determined which activities serving the public interest should take precednce, the administration must make a rational choice in its decision-making process. To uphold the conservation and utilization during the decision-making, the administration can utilize the elements of the principle of proportionality. Assesingg whether the intervention in these assets is appropriate, necessary, and proportional to achieve the intended aim serves as an effective tool in ensuring conservation and utilization balance.

In this context, whether a conservation and utilization balance is maintained in the protection of immovable cultural and natural assets can be determined by assessing whether the intervention in these assets is suitable, necessary, and proportional to achieving the intended aim. On the other hand, adherence to the principle of proportionality also enables effective judicial review during the judicial control phase. The Constitutional Court and the Council of State have issued decisions in which they conduct similar assessments based on the concept of a fair balance, even if they do not always explicitly refer to the principle of proportionality.

The concept of the conservation and utilization balance can be functionalized by considering it as a limit to the discretionary power of the administration. Discretionary power, which refers to the administration's freedom to decide whether or not to take action when certain conditions and situations arise, to choose among legal solutions, or to determine the timing of the administrative action resulting from this choice, constitutes the boundary of judicial review of the administration. In the protection of cultural and natural assets, the principles and rules set forth in fundamental regulations establish the limits of the discretionary power exercised in other regulatory actions based on them. In this respect, conservation and utilization balance serves as boundary of the discretionary power of the administrations responsible in this field.

One way to functionalize the conservation and utilization balance is to use the

concept as a tool for interpreting vague legal terms, particularly in limiting the ambigious language found in regulatory administrative actions. Many vague legal concepts appear in secondary regulations concerning the protection of cultural and natural assets. These vague concepts are generally found in provisions that introduce exceptions to the protection regime. If these concepts are interpreted too broadly, the exception would become the rule, leading to the prioritization of use ove protection. Moreover, this would violate the general legal principle that exceptions should be interpreted narrowl. Therefore, such concepts must be defined in more concrete and clearer forms in line with the conservation and utilization balance. In this way, the limits of the decisions made by protection commissions will also be delineated.

It is evident that in cases leading to the complete destruction, submergence, or relocation of immovable cultural and natural assets, there is no balance between conservation and utilization. Such interventions should be limited to exceptional cases —specifically, where there would be serious public harm if these areas remain unused, or where the public interest to be obtained from the use cannot be realized elsewhere. In other cases, the concept of conservation and utilization balance serves both as a guiding framework for the administration in its regulatory actions and as a useful tool for judicial review of such actions.

GİRİŞ

Farklı iklim ve bitki örtüsüne sahip bölgeleri ve endemik bitki çeşitliliğiyle Anadolu coğrafyası korunması gereken pek çok tabiat varlığına sahiptir. Ayrıca bu coğrafyanın birçok medeniyete ev sahipliği yapmış olması, onu kültür varlıkları konusunda oldukça zengin bir bölge haline getirmiştir[1]. Tarihsel açıdan bu varlıkların korunmasına, Osmanlı Döneminde kendine özgü biçimlerde, özellikle vakıf müessesesi yoluyla, başlandığı görülmektedir. 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra Asar- ı Atika Nizamnameleri kabul edilmiş ve 1973 yılında 1710 sayılı Eski Eserler Kanununun yürürlüğe girmesine kadar en son Nizamnamenin uygulanmasına devam olunmuştur[2]. 1983 yılında ise halen yürürlükte olan 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Kanunu kabul edilmiştir[3]. Söz konusu Kanun uyarınca kültür varlıkları, "*tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında*

[1] Mumcu, s. 45.

[2] Ersöz, s. 48 – 55.

[3] İlhan, s. 2.

veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar" olarak tanımlanmıştır. Tabiat varlıkları ise, *"jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değer"*dir (m. 3/2).

Kültür ve tabiat varlıklarının korunması, devletlere tarihsel bir sorumluluk yüklemektedir[4]. Gerçekten bu değerleri gelecek kuşaklara aktarılabilmek için korumak; bir insanlık görevi[5] ve uygarlık göstergesi[6] olarak nitelendirilmektedir. UNESCO kararlarında da kültür sadece elitlerin sahip olduğu bir ayrıcalık değil; herkese gereken bir ihtiyaç olarak nitelendirilmektedir[7]. Öte yandan özellikle kültürel mirasın korunmasının yaratacağı insanlık ortak paydasının bir parçası olunduğu bilincinin, uluslararası barışa katkı sunması da mümkündür. Ne var ki bu varlıkların korunmasının, kamu yararına olan diğer faaliyetlerle çatışması halinde yapılacak tercihin belirlenmesinde, kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda oldukça geniş yetkilerle donatılmış olan idarelerin özellikle turizm, madencilik, baraj yapımı, elektrik üretimi gibi faaliyetler sebebiyle sıklıkla korumak veya söz konusu faaliyetler için kullanmak arasında ikilemde kaldıkları gözlenmekte; bu noktada kültür ve tabiat varlıkları genellikle daha kolay feda edilmektedir[8]. Bu çalışmada koruma kullanma dengesi kavramı aracılığıyla, bu iki odak noktası arasında uzlaşma sağlanabilmesinin yolları araştırılmıştır. Nitekim çevresel değerlerin korunmasında *sihirli* bir kavram olarak ifade edilen koruma kullanma dengesi[9], taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması hukuki rejiminde de temel ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir[10]. 2863 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde, kullanarak korumanın asıl olduğu belirtilmiştir[11]. Esasen koruma kullanma dengesinin, korunması gereken hukuki menfaatler arasındaki kadim denge arayışının çevresel ve tarihsel değerlerin korunmasına

4 Atılgan, s. 258.

5 Mumcu, s. 50 – 51; Atılgan, s. 250.

6 Atılgan, s. 253.

7 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Duygun/Şahin, s. 119 – 124.

8 Bu konuda güncel örneklerden biri için bkz. Ortaca-Sarıgerme-Dalaman Doğal Sit Alanları Koruma Statüsü Değişti, (https://www.bodrumguncelhaber.com/ortaca-sarigerme-dalaman-dogal-sit-alanlari-koruma-statusu-degisti/, Erişim Tarihi: 16.09.2024).

9 Sümer, 230.

10 Bkz. Sancakdar /Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 562 – 564; Gök, s. 34 – 36.

11 MGK 620 No'lu Komisyon Raporu, Danışma Meclisi 348 No'lu Komisyon Raporu için bkz. İlhan, s. 7.

ilişkin boyutu olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır[12].

Ancak birbiriyle rekabet halinde olan bu kavramların uzlaşabilmesinin, düşünsel bir ideal olmanın ötesine geçerek hayatın içerisinde, pratik bir karşılık bulabilmesi için somutlaştırılmaya ve fonksiyonel bir anlam kazandırılmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Hiç şüphesiz *"soyut yasaları somutlaştıran"*[13] idarenin bu süreçte büyük rolü bulunmaktadır. İdare bu rolü büyük ölçüde, genel ve soyut nitelikte kurallar koyduğu düzenleyici işlemler yoluyla yerine getirir.

Bu çalışmada koruma kullanma dengesinin korunması ilkesinin somutlaştırılması ve fonksiyonel bir anlam kazanmasının yöntemleri üzerinde durularak; düzenleyici idari işlemler yoluyla koruma kullanma dengesinin nasıl tesis edildiği ve edilebileceği analiz edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda öncelikle Türk hukukunda kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının genel hukuki çerçevesi, bu alanda görev ve yetkili olan başlıca idari merciler ve düzenleyici idari işlemlerin taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasındaki rolü incelenmiştir. Ardından koruma kullanma dengesinin kavramsal ve normatif yönü ele alınmış; kavramın somutlaştırılması ihtiyacının ölçülülük ilkesi unsurları üzerinden karşılanabilmesinin yolları açıklanmıştır. Son olarak koruma kullanma dengesinin korunması ilkesine fonksiyonel bir anlam kazandırılması bağlamında kavramın, idarenin takdir yetkisinin ve belirsiz hukuki kavramların sınırlandırılmasında bir kriter olarak ele alınma koşulları Danıştay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDA KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASININ GENEL HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Türk hukukunda kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin temel düzenleme, Anayasanın 63. maddesidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin bir düzenlemeye Anayasada yer verilmiş olması, bu varlıklara anayasal düzeyde korunan değerler olma özelliği kazandırmaktadır[14]. İlgili maddede, "*Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve*

[12] Bu anlamda ceza hukuku açısından özgürlük güvenlik ikileminin tipik bir örnek oluşturduğu söylenebilir.

[13] İdare hukukunun anayasa hukukunun somutlaşmış hali olduğu tezi bu bağlamda da değerlendirilebilir. Bu konuda bkz. Atay, s. 52 – 55.

[14] Ahmet Güneş, s. 141. Yazar, çevrenin korunmasına dair düzenlemelere anayasalarda yer verilmesi konusunda bu tespiti yapmışsa da aynı sonuca kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından da ulaşılması mümkündür.

teşvik edici tedbirleri alır" düzenlemesinin yanı sıra bu varlık ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara kanunla sınırlama getirilebileceği[15], ayrıca hak sahipleri için yardım ve muafiyetlerin de söz konusu olabileceği ifade edilmiştir[16].

Anayasa'daki bu düzenlemeden, kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda temel yetkinin devlete ait olduğu ve kamusal bir koruma rejiminin benimsendiği anlaşılmaktadır[17]. Öte yandan söz konusu düzenleme; kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinin yanı sıra düzenleme ve destekleme faaliyetleri ile kamu gücü araçlarının bir bütün olarak devreye girdiği, somut bir anayasal yükümlülüğü ifade etmektedir[18]. Anayasa Mahkemesi, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almanın devletin temel ödevlerinden olduğunu belirttikten sonra, *"(...) Bu amaçla Devlet, çevrenin ve kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için etkili bir maddi hukuk düzeni oluşturmak ve öngörülen maddi hukuku sağlamak üzere teşkilat kurmak zorundadır"*[19] biçiminde devletin bu konudaki kural tesis etme ve bu kuralları uygulayacak örgütsel yapıyı kurma yükümlülüğünü vurgulamıştır.

Devletin kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusundaki kural koyma yükümlülüğünün yasa düzeyindeki güncel karşılığı, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Kanunudur[20]. Öte yandan kültür ve tabiat varlıklarının korunması alanında uluslararası sözleşmelerin de önemli rolü bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, Somut Olmayan Kültürel

[15] Bu kapsamda 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Kanununda, *"birinci grup olarak tescil ve ilan edilen taşınmazlar ile birinci ve ikinci derece arkeolojik sit alanlarının zilyetlik yoluyla iktisap edilemeyeceği"* belirtilmiştir (m. 11).

[16] Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemede tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının devlete ödev yüklendiğini ve bu amaçla kanunla özel mülkiyete sınırlama getirilebileceğinin ifade edildiğini; ancak maddenin bireysel bir hakkı kapsamadığını ifade etmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde de bu türden bir hakkın düzenlenmediğini belirterek, kültürel mirasın korunmasının bireysel başvuruya konu edilemeyeceğini yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. Karar için bkz. AYM, T. 17.09.2013 B.No: 2013/1205, Hayretten Aktaş Başvurusu, (www. anayasa.gov.tr).

[17] Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 84.

[18] Erkut, s. 285.

[19] AYM, T. 29/11/2012, E.2011/106, K.2012/192 (www. anayasa.gov.tr).

[20] 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu da özellikle tabiat varlıklarının korunması bakımından önemlidir. Ancak bu çalışmada ağırlıkla 2863 sayılı Kanun eksen alınmıştır.

Mirasın Korunması Sözleşmesi; Avrupa Konseyi çatısı altında Avrupa Mimari Mirasın Korunması Sözleşmesi, Arkeolojik Mirasın Korumasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Yaban Hayatı ve Doğal Yaşam Ortamlarının Korunması Sözleşmesi[21] bu konudaki önemli örnekler arasında yer almaktadır[22].

2863 sayılı Kanunun 1. maddesinde bu Kanun'un amacının *"... korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımları belirlemek, yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek, bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmek"* olduğu ifade edilmiş; ilgili maddenin gerekçesinde, taşınmaz eserlerde "*kullanarak korumanın"* asıl olduğu ve bu korumanın müzecilik anlayışına yakın olduğu belirtilmiştir[23]. Ayrıca kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının *"taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür varlıklarında ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işleri"*ni ifade ettiği belirtilmiştir. (m. 3/a,4) Bu faaliyetlerin her birinde ilgili idari merci tarafından doğrudan veya dolaylı olarak koruma kullanma dengesini etkileyecek kararlar alınabilmektedir. Bu bakımdan söz konusu mercilerin hukuki yapıları ve çalışma prensipleri incelenmelidir. Nitekim bu idarelerin görevlerini yerine getirirken bağımsız ve özerk olmaları; ayrıca bilimsel esaslar doğrultusunda gerekçeli karar almaları koruma kullanma dengesinin hayata geçirilmesinde büyük önem taşımaktadır.

II. TAŞINMAZ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ BAŞLICA İDARELER

Kültür ve tabiat varlıklarının korunması bakımından merkezi idare içerisinde temel yetkili idareler, Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığıdır. Bu bakanlıkların görev alanı, korunması gereken varlığın tabiat varlığı veya kültür varlığı olması noktasında ayrılmaktadır. Bu bağlamda 2863 sayılı Kanunda *mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırmak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere*

[21] Sözleşme metinlerine ulaşmak için bkz. https://teftis.ktb.gov.tr/TR-267640/uluslararasi-sozlesmeler.html, Erişim Tarihi: 10.09.2024.

[22] Kültürel mirasın korunmasına ilişkin sözleşmelerin temel hak ve özgürlükler çerçevesinde incelenmesi için bkz. Çeliktaş Türkbay, s. 1443-1481.

[23] İlhan, s. 7.

yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığına ait" iken*; "Taşınır tabiat varlıkları hariç tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin koruma alanları ile ilgili olarak bu Kanunda öngörülen iş, işlem ve kararlar bakımından görevli ve yetkili bakanlık, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı"* olarak belirtilmiştir. (m. 10, Ek m. 4) Bu bakanlıklar içerisinde de, Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu, Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu, Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu[24] olarak belirtilen spesifik kurul ve komisyonlar faaliyet göstermektedirler.

Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, *bilimsel esaslar doğrultusunda* 2863 sayılı Kanun kapsamına giren taşınmaz kültür varlıklarının korunması konusunda temel prensip ve kuralları belirleyen, Bakanlığa bağlı kurulu ifade etmektedir (m. 51/1). Kurul, koruma bölge kurulları arasında koordinasyonu sağlamakta, doğrudan bakanlıklar tarafından veya mahalli idareler ile kamu kurum ve kuruluşlarının bağlı, ilgili, ilişkili oldukları bakanlıklar aracılığıyla kurul tarafından görüşülmesi istenilen konular hakkında karar vermektedir. Kurul aynı zamanda koruma bölge kurulu kararlarına yapılan itirazları da değerlendirerek karar vermektedir (2763 s. Kanun m. 51/1, d).

Kültür Varlıklarının Koruma Bölge Kurulları, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarına uygun olmak koşuluyla Bakanlıkça tespit edilen[25] veya ettirilen korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tescilini yapmak, koruma amaçlı imar planları ile bunların her türlü değişikliklerini inceleyip karar almak, *korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarından özelliklerini kaybetmiş olanların tescil kaydını kaldırmak* şeklindeki önemli görev ve yetkilerle donatılmış idari mercilerdir[26]. Koruma bölge kurullarının taşınmaz kültür varlıkları üzerindeki rolünün önemimin temel göstergesi, ilgili mevzuatta koruma bölge kurulu kararlarına uyma zorunluluğunun düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten tüm kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ayrıca gerçek ve tüzel kişiler bu kurulların kararlarına uymak zorundadır[27]. Ayrıca 2863 sayılı

[24] Çevre, Şehircilik, İklim Değişikliği Bakanlığı ile Bakanlık bünyesinde bulunan Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu, 2011 yılında 648 sayılı KHK m. 51 ile bu alanda yetkili kılınmıştır.

[25] 2863 sayılı Kanun m. 7 uyarınca bu alanların tespiti Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ve bu tespitten etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılmaktadır.

[26] Görevlerinin tamamı için bkz. Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği m. 11. RG, T. 19.04.2012, S. 28269.

[27] Gerek Koruma Yüksek Kurulu gerekse Koruma Bölge Kurulu kararlarının bağımsız olması kültür varlıklarının korunması rejimi açısından büyük bir anlam ifade etmektedir. Kurulların mali açıdan ve üyelerinin üyelik güvencelerinin bulunmamasından kaynaklı olarak özerk

Kanun uyarınca bu kurulların kararları gerekçeli olmak zorundadır (m. 57/4).

2011 yılında yürürlüğe giren mülga 644 ve 648 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) ile tabiat varlıklarının korunması Kültür ve Turizm Bakanlığından ayrılmış; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı[28] bünyesinde Tabiat Varlıklarının Koruma Genel Müdürlüğü kurulmuştur[29]. Kültür varlıklarının korunmasına benzer şekilde tabiat varlıklarının korunması alanında da Bakan Yardımcısına bağlı Merkez Komisyon ve Bölge Komisyonları bulunmaktadır. Merkez Komisyon, tabiat varlıklarının korunmasına dair genel esasları belirleyen ilke kararlarını alırken[30]; bölge komisyonlarının başlıca görevleri arasında, *"Bakanlıkça tespit edilmesi öngörülen tabiat varlıkları veya doğal sit alanlarının esas değerlendirmesini yaparak görüş vermek, geçiş dönemi koruma kullanma esaslarını belirlemek, koruma amaçlı imar planları ile bunların her türlü değişikliklerini inceleyip karar vermek"* bulunmaktadır. Kültür varlıklarının koruma hukuki rejimine paralel şekilde bölge komisyonları bilimsel esaslar doğrultusunda gerekçeli karar almak zorunda olup diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerçek ve tüzel kişiler onaylanan kararlara uymak zorundadır[31].

Kültür ve tabiat varlıklarının korunması bağlamında görevli idareler salt 2863 sayılı Kanun ve 648 sayılı KHK'da belirtilenlerden ibaret olmayıp; korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı bulunan illerdeki eserlerin niteliği kapsamında spesifik/istisnai düzenlemeler ve bu düzenlemeleri yürütecek idareler de mevcut bulunmaktadır[32]. Bu türden özel bir örgütlenmeye ihtiyaç duyulmasının sebebi olarak ise, özellikle kültür ve tabiat varlıklarının iç içe geçtiği hallerde bütünsel bir anlayışla koruma rejimi geliştirilmesi, bu kapsamda alana özgü mevzuat ve alana özgü özel bütçeli idareler kurulması

olarak nitelendirilemeyecekleri; ancak kararlar üzerinde Bakanlığın hiyerarşik yetkilerinin bulunmaması yönünden özerk sayılabilecekleri belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Özkaya Özlüer, s. 141.

[28] Şimdiki adıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı.

[29] Genel Müdürlük 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle de korunmuştur (m. 109).

[30] Merkez komisyonun görevleri ilke kararı almaktan ibaret değildir. Komisyonun diğer görevleri için bkz. Tabiat Varlıklarını Koruma Komisyonları Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik m. 7. Resmî Gazete Tarihi: 18.10.2011 Resmî Gazete Sayısı: 28088.

[31] Tabiat Varlıklarını Koruma Komisyonları Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, m. 15.

[32] Altıparmak, s. 346.

gösterilmektedir[33]. 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun, 7432 sayılı Uludağ Alanı Hakkındaki Kanun, 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun bu özellikteki düzenlemelere örnek gösterilebilir[34].

Son olarak belirtmek gerekir ki, Anayasa m. 127/1 gereğince "*mahalli müşterek ihtiyaçları"* karşılamak üzere faaliyet gösteren yerel yönetim birimleri, organik ve fonksiyonel açıdan kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Nitekim yerinden yönetim ilkesinin sonucu olan kamu hizmetlerinin hizmetten yararlananlara en yakın yerde ve hizmetten yararlananlarca seçilen organlar eliyle sunulması[35], sorunların yerinde çözülmesi[36] anlayışı kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından da geçerlidir[37]. 2863 sayılı Kanun'da, Bakanlığın taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması için doğrudan kendisinin gerekli tedbirleri alıp denetimleri yerine getireceği belirtilmekte; ayrıca diğer kamu kurum ve kuruluşları ile valilik ve belediyelere de bu faaliyetleri yaptırabileceği ifade edilmektedir (m. 10/1). İlgili madde yerel yönetimlerin kültür ve tabiat varlıklarının korunmasındaki etkisini arttırmakla birlikte Bakanlık ve belediyeler arasında idari vesayet ilişkisi bulunması ve Anayasanın 127. maddesi uyarınca vesayet yetkisinin kanunla ve sınırlı olarak düzenlenebilmesi sebebiyle Bakanlığın yaptırabileceği faaliyetlerin ilgili hükümde daha açık bir biçimde düzenlenmesi gerektiği savunulabilir.

---

[33] Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 666.

[34] Kültür ve tabiat varlıklarının korunması alanındaki idari yapıya yeni idari mercilerin eklenmesi bağlamında yasa koyucu tarafından ileri sürülen temel argüman, kararların tek elden alınması ve karar alım sürecinin hızlanmasıdır. Bkz. 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun'un gerekçesi, (https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/Kanun Detay?YasamaKanunId=f72877c1-1671-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7174#step-2,Erişim Tarihi: 11.09.2024). Ancak 2011 öncesinde kültür ve tabiat varlıkları koruma kurulları birbirinden ayrılmış değildi. O dönemde ortaya çıkan bu kurulları ayırma ihtiyacının aradan on yıldan az bir süre geçtikten sonra bu sefer sakıncalı bulunarak birleştirilmesine yönelik gerekliliğin ne olduğunu söylemek güçtür. Öte yandan özerk bir yapı eliyle koruma rejimi isteniyorsa, Alan Başkanlığı olmayan bölgeler için bu imkânının neden sağlananmış olduğunun da cevaplanması gerekmektedir.

[35] Ulusoy, s. 234.

[36] Toprak, s. 105.

[37] 2863 sayılı Kanun uyarınca, büyükşehir belediyeleri, valilikler ve Bakanlık tarafından izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıklarıyla ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere koruma, uygulama ve denetim büroları (KUDEB) kurulabilmektedir (m. 10/9). Büroların en önemli görevlerinden biri "*koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar planı, proje ve malzeme değişiklikleri inşaat denetimi de dahil olmak üzere"* uygulamanın denetlenmesidir (m. 10/9).

Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında görevli ve yetkili bu idareler alana ilişkin düzenleyici işlemlerin başlıcaları olan yönetmelik, ilke kararı, imar planları yoluyla koruma – kullanma dengesini etkileyecek kararlar alabilmektedirler. Bu bakımdan söz konusu işlemlerin taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları alanındaki yeri ve işlevine değinilmesi gerekmektedir.

III. TAŞINMAZ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASINDA DÜZENLEYİCİ İDARİ İŞLEMLERİN ROLÜ

Türk hukukunda ağırlıklı olarak, yürütme fonksiyonunun, Anayasadan kaynaklı olarak düzenleme yapma yetkisini içerdiği kabul edilmektedir[38]. İdarenin bu düzenleme yetkisi bağlamında kural koyucu işlemler yapması, devlet hayatının pratik gerekliliklerinin yanında idarenin takdir yetkisinden de doğmaktadır[39]. Ayrıca hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olan belirlilik de idarenin düzenleme yetkisinin kaynaklarından birini oluşturmaktadır[40]. Öğretide GÜNEŞ, "*düzenleyici işlem idarenin takdir yetkisinin tezahüründen başka bir şey değildir"* şeklinde iki kurum arasındaki ayrılmaz ilişkiye dikkat çekmiştir. Bu yönüyle düzenleyici idari işlemler, üst hukuk kaynaklarından alınan yetkiyle işlemi tesis eden merciin "*ihtiyaca uygun bularak takdir ettikleri kurallar"* olarak ifade edilebilir[41]. İdare düzenleyici işlem yaparak, takdir yetkisini benzer olaylara eşit şekilde uygulamak için iradesini baştan ortaya koymaktadır[42]. Bu bağlamda düzenleme yetkisi, anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin hayata geçiren bir araç olmakta ve idarenin kendi kendini sınırlaması olarak nitelendirilmektedir[43]. Biz bu çalışmada düzenleyici işlemlerin eşitlik ilkesiyle birlikte, birbiriyle çatışan menfaatleri dengeleyen bir işlevi olduğunu savunuyoruz[44]. İdare düzenleyici idari işlemler yoluyla kişisel ve kamusal menfaatler arasında olduğu gibi; kamu yararına olan faaliyetler arasında da

[38] Turan Güneş, s. 81 vd.; Özbudun, s. 249; Öztürk, 2009, s. 95 – 96.

[39] Özbudun, s. 249 – 250.

[40] Günday, s. 226.

[41] Balta, s. 134.

[42] Turan Güneş, s. 88.

[43] Turan Güneş, s. 90. Takdir yetkisinin düzenleyici işlemlerle somutlaştırılarak idarenin kendini bağlamasının Anglo Amerikan ve Kıta Avrupası'na özgü farklı yaklaşımlar için bkz. Ulusoy, s. 343.

[44] Gerçekten eşitlik ilkesi, *"kanun koyucunun kişileri, şeyleri ve durumları sınıflandırırken birbiriyle çatışan menfaatler arasında söz konusu sınıflandırmalarla bozulduğu ileri sürülen eşitliğin yerini alacak akla uygun bir denge kurmaya veya yaratmaya çalışmasını gerektiren bir buyruk"* olarak da yorumlanmaktadır. Bkz. Öden, s. 362.

bir denge gözetmelidir. Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması alanında söz konusu dengenin, koruma ve kullanma arasında tesis edilmesi gerekmektedir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun koruma konusunda görevli ve yetkili idarelere dikkate değer bir alan açtığı[45] ve pek çok maddesinde yönetmelik ve ilke kararı niteliğindeki düzenleyici işlemlere atıfta bulunulduğu görülmektedir[46]. Ancak düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi işlevine bağlanması ve kanunda açıkça yetkilendirme olmasa bile idarenin düzenleyici işlem yapabileceği argümanı[47] doğrultusunda, kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusundaki düzenleyici işlemlerin sadece 2863 sayılı Kanunda atıfta bulunulanlarla sınırlı olmadığı belirtilebilir. Öte yandan aşağıda incelenen yargı kararlarında görüleceği üzere, uygulamada ağırlıkla Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları ile korunması gereken taşınmaz varlığın bulunduğu alanı düzenleyen imar planları[48] uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Özellikle Koruma Yüksek Kurulu ve Merkez Kurulun ilke kararları, bölge kurullarının kararlarını da doğrudan etkileyerek[49] koruma ve kullanma alanlarının tespitinde ciddi bir önemi haizdir.

İlke kararlarının idari işlem teorisi bakımından *"adsız düzenleyici işlem"* olarak nitelendirilmesi[50], taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında önemli yeri olan yönetmeliklerle olan ilişkisi açısından değerlendirilmesini

---

[45] 2863 sayılı Kanunda koruma alanıyla ilgili karar alma yetkisine ilişkin düzenleme bu anlamda dikkate değerdir. İlgili düzenlemede yer alan "*Korunma alanlarının tespitinde, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının korunması, görünümlerinin ve çevreleri ile uyumlarının muhafazası için yeteri kadar korunma alanına sahip olmaları dikkate alınır. Bu hususlarla ilgili esaslar. Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikte belirtilir"* hükmü yukarıda belirtilen savı destekleyen örneklerden biridir.

[46] Bkz. 2863 sayılı Kanun m. 7, m. 8, m. 9, m.17 vd. Başlıca yönetmelikler, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik RG, T. 19.07.2012, S. 28358; Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik RG, T. 13.03.2012, S: 28232; Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının Yapı Esasları ve Denetimine Dair Yönetmelik RG, T. 11.06.2005 S: 25842.

[47] Öztürk, 2009, s. 95 – 96.

[48] İmar planları, Danıştay içtihatlarında ve öğretide ağırlıkla düzenleyici idari işlem olarak kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Yılmaz, s. 368 vd. Yazar ayrıca imar planlarının şekil ve esas yönünden diğer idari işlemlerden ayrılan yönlerinden dolayı *atipik idari işlem* sayılması gerektiğini savunmaktadır. Bu çalışmada imar planlarının düzenleyici idari işlem olduğu görüşü benimsenmiş ve koruma kullanma dengesi açısından analiz edilmiştir.

[49] 2863 sayılı Kanun m. 57/1.

[50] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 82.

gerektirir. Öğretide aksi yönde görüşler olmakla birlikte[51] adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında yer aldıklarına ilişkin görüşe katılıyoruz[52]. Bu bakımdan ilke kararları yoluyla koruma kullanma dengesi tesis edilirken taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin yönetmeliklere aykırı hükümler getirilmemelidir. Benzer sonuca diğer bir adsız düzenleyici işlem olan imar planları[53] açısından da ulaşmak mümkündür. Ayrıca *plan hiyerarşisi ilkesi* gereği imar planları arasındaki ast üst ilişkisi de dikkate alınmalıdır[54].

İmar planları içerisinde koruma amaçlı imar planlarına ayrı bir parantez açılmasında fayda vardır. Gerçekten bu planlarla diğer imar planlarından farklı olarak koruma öncelenmekte ve koruma alanlarındaki kullanım koşulları belirlenmektedir[55]. Bu yönüyle koruma amaçlı imar planları, sosyal ve kültürel entegrasyonu sağlamaktadır[56]. Söz konusu imar planlarının koruma kullanma dengesindeki bu merkezi rolü sebebiyle, bilimsel gerekçeler ortaya konulmadan bu planlar üzerinde koruma rejimini zayıflatan adımların engellenmesi; özellikle yargısal denetim aşamasında bu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir[57].

Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere düzenleyici idari işlemler koruma kullanma dengesinin hayata geçirilmesine doğrudan etki etmektedir. Ancak bu işlemleri tesis eden idarelerin bu dengeyi kuracakları objektif bir zemin bulmaları gerekmektedir. Bu açıdan koruma kullanma dengesi kavramının tanımlanması, normatif dayanaklarının ortaya konulması ve somutlaştırılması konusunda bir araç bulunması gerekmektedir. Aşağıda bu ihtiyaç karşılanmaya çalışılmıştır.

[51] Gözler/Kaplan, s. 416 – 417.

[52] Sevgili Gençay, s. 408- 415. Yazar bizim de katıldığımız şekilde, adsız düzenleyici işlemlerle yönetmelikler aynı düzeyde kabul edilirse; Anayasa uyarınca yönetmelik çıkarmaya yetkili olmayan makamlara da yönetmeliklerin hukuki gücüne sahip işlem yapma yetkisinin tanınması sonucunun ortaya çıkacağını savunmaktadır.

[53] Yılmaz, s. 369.

[54] Yılmaz, s. 548.

[55] Gök, s. 44.

[56] Çelik, s. 88.

[57] Gök, s. 159 – 160.

IV. KORUMA KULLANMA DENGESİNİN SAĞLANMASI İLKESİ

A. Kavramsal Açıklama ve Normatif Dayanaklar

Korumak kavram itibariyle "dış etkilerden, tehlikeden, zor bir durumdan uzak tutmak, bir şeyin eskimesini, yıpranmasını önlemek için gereken dikkat ve özeni göstermek; muhafaza etmek"; kullanmak, "bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak, işletmek, değerlendirmek" anlamlarına sahiptir. Denge ise, iki durumun ölçülü bir biçimde bağdaştırılmasından doğan uyum şeklinde tanımlanmaktadır[58]. Kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından koruma kullanma dengesi anlayışının temelinde, bu değerlerin korunurken günlük hayatın da bir parçası olması düşüncesi yer almaktadır[59]. Diğer bir ifadeyle kültür veya tabiat varlığı biçiminde bir tescilin doğrudan ve zorunlu sonucu, taşınmazın kullanıma kapatılması olmamaktadır[60]. Öte yandan taşınmazın bulunduğu alanın kamu yararına olan başka faaliyetler için kullanımında da koruma kullanma dengesi bir kriter olarak ele alınmalıdır. Bu çalışmada koruma kullanma dengesinin özellikle bu ikinci duruma ilişkin boyutu çözümlenmeye çalışılmıştır.

Koruma kullanma dengesi anlayışı çevresel ve kültürel değerlerin korunmasına ilişkin pek çok hukuki düzenlemede kendisine yer bulmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere 2863 sayılı Kanunda doğrudan koruma kullanma dengesi ifadesi yer almasa da Kanunun gerekçesinde kavram kullanılmakta; ayrıca Kanunda kullanıma dair sınırlayıcı her düzenleme de bu dengenin kurulmasına hizmet etmektedir[61]. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda ise nazım ve uygulama imar planlarına esas teşkil etmek üzere hazırlanan çevre düzeni planlarında doğrudan koruma kullanma dengesinin gözetileceği belirtilmiştir (m. 9/b). İkincil düzenlemelerde de kullanılan kavram, özellikle imar planları açısından oldukça merkezi bir role sahiptir. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinde[62], yönetmeliğin amacının "*fiziki, doğal, tarihi ve kültürel değerleri korumak ve geliştirmek, koruma ve kullanma dengesini sağlamak",* olduğu ifade edildikten sonra bütünleşik kıyı alanı planları ve çevre düzeni planları tanımlanırken bu düzenleyici işlemlerin yapımında koruma kullanma

[58] Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (https://sozluk.gov.tr. Erişim Tarihi: 31.08.2024).

[59] Ersöz, s. 35.

[60] Gök, s. 35.

[61] *"İzinsiz müdahale ve kullanım yasağı"nın* düzenlendiği 9. madde bu kapsamda ele alınabilir.

[62] RG, T. 14.06.2014, S. 29030.

dengesinin esas alınacağı açıkça belirtilmiştir (m. 4/b, c). Öte yandan Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik'in[63] *"Plan hazırlama esasları"* başlıklı 4. maddesinde yer alan "*Tabiat varlıkları, doğal, tarihi, arkeolojik ve kentsel sitler ile koruma statüsü bulunan diğer alanların çakıştığı yerlerde ilgili bakanlıkların koruma ve kullanma esaslarına ilişkin görüşü alınır"* hükmü, koruma kullanma dengesi açısından dikkate değerdir. Bu anlamda çakışan alanlar hakkında ilgili bakanlığın görüşünün koruma ve kullanmada dengenin tesisine hizmet etmesi beklenmelidir. Danıştay da imar planlarının yargısal denetiminde, "koruma kullanma dengesini" planın hukuka uygunluğu açısından bir kriter olarak değerlendirmekte; doğal, tarihi ve kültürel değerleri içeren imar planları açısından koruma kullanma dengesine uygunluk vurgusu yapmaktadır[64].

Koruma kullanma dengesi ekseriyetle imar planlarına ilişkin düzenlemelerde yer alsa da yukarıda belirtildiği üzere esasen kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin temel bir prensip olarak nitelendirilmektedir. Kültür Varlıklarının Koruma Yüksek Kurulu'nun, başlı başına bu prensibe ilişkin ilke kararları bulunmaktadır. Bu konuda güncel bir örnek olan 1700 sayılı Tarihi Sitler Koruma ve Kullanma Koşulları hakkında İlke Kararı'nda[65], korunması gereken bu alanların kullanımının şart ve sınırları saptanmıştır.

Günümüzde artan nüfus ve şehirleşmenin gelişmesi, koruma kullanma dengesinin kurulmasını güçleştirmektedir[66]. Bu noktada öncelikle dikkat edilmesi gereken, kural olarak korunması gereken bir varlığın kullanımının da kamu yararına olması gerekliliğidir[67]. Anayasa Mahkemesi, Boğaziçi öngörünüm bölgesinde yapılaşma izni verilmesini, *"...yasa koyucunun amacının, Boğaziçi öngörünüm bölgesini kamu yararını gözönünde tutarak korumak değil, buna yeşil alanları da dahil etmek suretiyle özel yapılanmaya*

[63] RG, T. 23.03.2012, S. 28242.

[64] D. 6. D., 19.12.2023, E. 2020/104, K. 2023/9655 (Yayımlanmamış).

[65] RG, T. 30.03.2021, S. 31439.

[66] Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 563.

[67] Koruma kullanma dengesinin, özel mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran tasarruflarda da geçerli bir ilke olduğu savunulabilir. Ancak bu çalışmada inceleme konusu yapılan husus, halihazırda kamu mülkiyetinde bulunan kültür ve tabiat varlıkları üzerinde yapılan tasarruflara ilişkindir. Bu nedenle kullanmadaki kamu yararı vurgusu özel olarak yapılmıştır. Aynı sonuca idarenin tüm eylem ve işlemlerin kamu yararına olma zorunluluğuyla da ulaşılabilirse de kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına yönelik tasarruflar çok çeşitlilik gösterdiği ve kimi hallerde dolaylı olarak da olsa özel kullanımların amaçlanması söz konusu olduğu için, kamu yararına olma şartının özel olarak vurgulanmasında fayda vardır.

açmak olduğunu göstermektedir" şeklinde kullanımdaki yararı araştırmış ve özel yarara yönelik olduğu anlaşılan ilgili maddenin iptaline karar vermiştir[68]. Ancak bu iki kamu yararına durumu eşit oranda gözetmek her zaman mümkün olamamaktadır. Bu nedenle koruma kullanma dengesi arayışında ağırlıkla; *kullanmadaki ekonomik ve kimi hallerde sosyal kamu yararı ile korumadaki kültürel/çevresel/ekolojik[69] kamu yararı* arasındaki ilişkinin esas alınması gerekmektedir.

Niteliği gereği belli bir tanım getirilmesi hayli güç olan ve her olayda somut şartlara göre belirlenen kamu yararının[70] çağdaş anlayışı, kavrama tartışılabilir ve veri haline dönüşen bir kimlik kazandırmıştır[71]. Somut olaya bağımlılık ve içeriğin sürekli değişkenliği, kavramın karakteristik unsurları olarak ifade edilmektedir[72]. Bu nedenle bu çalışmada gerek ekonomik ve sosyal kamu yararı gerekse çevresel/kültürel kamu yararı kavramlarına yönelik içeriksel betimlemelere girişilmeyecektir. Ancak yine de ekonomik kamu yararının idarenin mali yararı ile aynı anlama gelmediği vurgulanmalıdır[73]. Kavramın içerisinde yer alan "kamu" ögesiyle, toplumsallık ifade edilmekte olup[74] toplum da sadece yaşayanlar üzerinden değil; geçmişi ve geleceğiyle bir bütün olarak kavranmaktadır[75]. O halde ekonomik kamu yararının bir gereği olarak, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında koruma kullanma dengesi kurulurken toplumun hem geçmişi hem de geleceği dikkate alınmalıdır. Gelecek kuşakların bu değerlerden mahrum kalmamaları ve kullanabilmeleri

---

[68] AYM, 11.12.1986, E. 1985/11, K. 1986/29, (www.anayasa.gov.tr). Anayasa Mahkemesi, aynı bölge için verdiği benzer bir kararda, *"kamuya açık olmayan özel yapılanmaları yasaklayan Anayasa'nın, sahil şeridinde mevzuata aykırı eylemi durumlara af yasalarıyla olur verilmesi olanaksızdır. Anayasa'nın çizdiği sınırlar yasalarla aşılamaz ve yasakladığı oluşumlar gerçekleştirilemez"* şeklinde fiili bir durum yaratılarak özel kullanımın koruma karşısında öncelenemeyeceğini belirtmiştir. AYM, 28.06.1989 E. 1988/11, K. 1989/28, (www.anayasa.gov.tr).

[69] Ekolojik fayda kavramı için bkz. Sümer, s. 226.

[70] Akıllıoğlu, s. 11.

[71] Akıllıoğlu, s. 22.

[72] Uyanık, s. 33 – 34.

[73] Uyanık, s. 20.

[74] Kamu yararındaki kamunun salt devleti, salt toplumu veya hem devleti hem toplumu ifade ettiği yolundaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Çakmak, s. 24 – 27. Yazar öğretideki görüşlerden yola çıkarak kamunun hem devleti hem toplumu ifade ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu çalışmada ise kamu kavramı toplumu dışlayarak salt devlet üzerinden anlaşılmamakta; bu nedenle ekonomik kamu yararı, toplumdan bağımsız olarak anlaşılmamaktadır.

[75] Uyanık, s. 19.

bu anlamda önemli bir veri oluşturmaktadır. Bu nedenle koruma kullanma dengesinin, "*bugünün temel gereksinimlerinin gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanağını tehlikeye atmaksızın karşılanması"* olarak tanımlanan[76] sürdürülebilir kalkınma kavramıyla yakın bir ilişki içerisinde olduğu belirtilmektedir[77].

Koruma kullanma dengesinin kamu yararının farklı boyutları arasında yarattığı çatışmanın çözümünde kamu yararına biçimsel yaklaşımın[78] bir sonucu olarak ilk araştırılması gereken, anayasa koyucu ve yasa koyucunun iradeleridir. Biçimsel yaklaşıma göre anayasal bir sınırlama bulunmuyorsa, gözetilmesi gereken yararlar arasında niteliksel bir hiyerarşi kurma konusundaki asli yetki, yasama organına aittir[79]. Ancak kültür ve tabiat varlıklarının korunması alanında olduğu gibi bazı hallerde yasa koyucunun açıkça bir tercihinden bahsetmek mümkün olamamakta veya uygulamada somutlaştırmak bakımından sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda içtihadi yorum yapılması gerekmekte[80] veya idarenin düzenleyici işlemleriyle konunun somutlaştırılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Her iki durumda da koruma kullanma dengesinde olduğu gibi, yararların somut/sayısal olarak belirlenmesindeki güçlük büyük bir açmaz yaratmaktadır. Diğer bir ifadeyle "ne kadar kullanım korumaya zarar vermez" veya "hangi tercihte daha büyük bir kamu yararı bulunur" sorularına objektif bir cevap bulmak her zaman mümkün değildir. Nitekim orman alanları üzerindeki tasarruflar bakımından Sayıştay, "*Ekonomik yararı sayısal kriterlerle ifade etmek mümkün iken; kamu yararı kavramı genellikle, yasalarla tanınmış hak ve çıkarlar gibi zor ölçülebilir ya da ölçülemez normatif kriterler cinsinden ifade edilmektedir. Bu nedenle ekonominin yanı sıra, topluma ve çevreye etkileri açısından analizler yapılmalıdır"* biçiminde bu güçlüğü ifade etmiştir[81].

Sayıştay'ın belirttiği bu analizi somutlaştırmaya yönelik bir görüş, her ne kadar orman alanlarının kullanımı bağlamında geliştirilmiş olsa da kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına da uyarlanabilir. Söz konusu görüş, bu

[76] Kavramın anlamı ve tanımı için bkz. Yılmaz Turgut, s. 95.

[77] Gök, s. 35 – 36.

[78] Kamu yararına biçimsel yaklaşım konusunda bkz. Akıllıoğulları, s. 11.

[79] Uyanık, s. 198.

[80] Uyanık, s. 200.

[81] Orman Genel Müdürlüğü 2019 Yılı Sayıştay Düzenlilik ve Denetim Raporu, s. 31. Rapor için bkz. https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/0k2oeepone-orman-genel-mudurlugu, Erişim Tarihi: 31.07.2024.

türden durumlarda bir tür fayda maliyet analizinin yapılmasını önermektedir[82]. Orman alanlarında olduğu gibi bu alanların korunmasında kamu yararı olduğuna göre, buranın başka bir faaliyet için kullanılmasında bundan daha büyük bir kamu yararının olması gerekir. Bu *büyüklük* ise gerçekleşecek kamu yararının yaygınlığından, bu faaliyetin doğuracağı maliyetin çıkarılması suretiyle bulunmaktadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken söz konusu maliyetin salt ekonomik açıdan değil, çevresel ve sosyal maliyeti de kapsayacak şekilde değerlendirilmesidir. Böylelikle *net bir kamu yararı düzeyi* elde edilmektedir[83]. İktisadi bir perspektifi olan bu görüşün hukuki düzlemdeki karşılığının, Fransa'da ölçülülük denetimi yerine kullanılan *yarar zarar bilançosu* kavramı olduğu ileri sürülebilir[84]. Türk hukukunda yarar zarar bilançosu yerine ağırlıkla ölçülülük ilkesi kavramı kullanılmaktadır. Koruma kullanma dengesinin de bu kavram çerçevesinde ele alınmasının aydınlatıcı olacağı düşünülmektedir.

B. Koruma Kullanma Dengesinin Ölçülülük İlkesiyle Olan İlişkisi

En yalın şekilde amaç – araç ilişkisi biçiminde açıklanabilecek ölçülülük ilkesi[85], esasen temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup sınırlamanın sınırını teşkil eder[86]. Ölçülülük ilkesine uygunluk, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarının, bu sıralamayla değerlendirilmesi sonucunda tespit edilmektedir. Elverişlilik unsurunda, aracın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı araştırılmaktadır[87]. Buna göre bir müdahalenin elverişlilik ilkesine aykırı olabilmesi için, ulaşılmak istenen amacı hiçbir biçimde desteklemiyor olması gerekmektedir. Buna karşılık bu inceleme, amaca ulaşmak için daha iyi ve verimli bir aracın olup olmadığı biçiminde gerçekleştirilememektedir[88]. Bir sonraki aşamada incelenen *gereklilik*

[82] Tolunay/Korkmaz, s. 51.

[83] Tolunay/Korkmaz, s. 51 – 52.

[84] Fransa'da ölçülülük denetiminin karşılığının, yarar – zarar bilançosu olduğu yolunda bkz. Gözler/Kaplan, s. 336. Erdem, s. 978.

[85] Maurer/Waldhoff, s. 278. Alman hukukunda aşırılık yasağı (Übermasssverbot) şeklinde de ifade edilmektedir.

[86] Metin, 2002, s. 20 – 21.

[87] Metin, 2002, s. 26.

[88] Detterbeck, s. 61. Her ne kadar bu yaklaşım Alman hukukunda kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde ortaya konulmuşsa da yazarın görüşü, Türk hukuku açısından idari yargı yerleri tarafından yerindelik denetimi yapılamayacağına ilişkin kuralla da ilişkilendirilebilir. Ölçülülük ilkesine yönelik denetimin yerindelik denetimine dönüşmemesi için seçilen aracın daha iyi, daha verimli olabileceği şeklinde bir değerlendirme yapılmamalıdır. Ölçülülük ilkesinin

unsuruyla, ulaşılmak istenen amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılıp ulaşılamayacağı değerlendirilmektedir[89]. Bu bağlamda, *aynı ölçüde etkili* fakat daha hafif bir önlemin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır[90]. Son olarak orantılılık unsuru bağlamında ulaşılmak istenen amaca orantısız yoğunlukta bir müdahale yapılıp yapılmadığı değerlendirilmektedir. Müdahalenin yoğunluğu ile ulaşılmak istenen amacın önemli karşılaştırılmaktadır[91].

Ölçülülük ilkesinin bugün kazandığı anlam itibariyle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ötesine geçerek, hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir unsuru haline geldiği ileri sürülmektedir[92]. Öğretide SAĞLAM, *"ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin somutlaşmış bir ifadesidir[93]"* şeklinde ölçülülük ilkesine hukuk devleti ilkesini hayata geçiren bir anlam katmıştır. Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanun olmasa bile, kanunun Anayasaya uygunluğunu ölçülülük ilkesini esas alarak değerlendirebilmektedir. Yüksek Mahkeme, ölçülülük ilkesinin kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlandıran bir ölçü olduğunu vurgulamaktadır[94]. Benzer bir yaklaşım düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminin hukuka uygunluğu bağlamında da geliştirilebilir. Nitekim ölçülülük ilkesinin temel amaçlarından biri "*kamu gücünün sınırlandırılmasıdır"*[95]. Bu bağlamda bireysel bir temel hak ve özgürlüğe müdahale söz konusu olmasa bile korunması gereken hukuki menfaatler arasında ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapılması mümkündür. Gerçekten Danıştay uzun yıllardır, her zaman doğrudan ölçülülük ilkesi kavramını kullanmasa bile ilkeyi *"hukuka uygunluk bloku"* içerisinde değerlendirmektedir[96]. Söz konusu olan kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin düzenleyici işlemler olduğunda, koruma kullanma dengesinin sağlanıp sağlanmadığı ölçülülük ilkesinin araçları kullanılarak tespit edilebilir.

---

yerindelik denetimine yol açabilecek bir kritere dönüşebileceği hakkında bkz. Gözler/Kaplan, s. 336.

89 Maurer/Waldhoff, s. 278.

90 Detterbeck, s. 62.

91 Schmidt, s. 85.

92 Metin 2023, s. 334.

93 Sağlam, s. 112.

94 Bu kararlar için bkz. Metin, 2023, s. 334 – 349.

95 Metin, 2002, s. 339.

96 Danıştay'ın ölçülülük ilkesine yaklaşımı ve hukuka uygunluk blokunun bir parçası olarak değerlendirdiği konusunda bkz. Erkut, s. 130 – 133.

Bu çerçevede taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından koruma kullanma dengesinin bulunup bulunmadığına, bu varlıklara yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen amacı sağlamaya elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilerek ulaşılabilir. Söz gelimi, koruma amacıyla bağdaşır şekilde ve daha az bir müdahale ile aynı sonucun elde edilip edilemeyeceğinin *(gereklilik unsuru)* denetlenmesi, koruma kullanma ilişki açısından anlamlı bir veridir. Bu yönüyle gereklilik unsuru olgusal; hatta belki de matematiksel anlamda ideal bir tespite olanak sağlamaktadır[97].

Anayasa Mahkemesi yakın sayılabilecek bir tarihte verdiği kararda, imar barışı kapsamında Boğaziçi Alanında imara aykırı olarak yapılan yapıların yıkılmasının önlenmesi ve verilen idari para cezalarının iptal edilmesine ilişkin düzenlemeyi değerlendirirken, kültür ve tabiat varlıklarına verilecek zararın gözetilmesinin zorunlu olduğunu ve "*kurallarla öngörülen kamu yararı ile kuralların neden olacağı zararın tartımının yapılarak"* Anayasa'nın 63. maddesi[98] bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerine aykırılık olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[99]. Yüksek mahkeme Boğaziçi Bölgesinin korunmasının hayatta olan bireylerin yanı sıra gelecek kuşaklar açısından da önemine değindikten sonra, *"şehirlerin yeniden inşası ve imarı açısından başka yöntemlerle kaynak temininin mümkün olduğunu"* korumayla bağdaşmayacak düzenlemeler getirilmesinin menfaatler arasında makul bir denge kurulmasını engellediğini, kültür ve tabiat varlıkları yönünden neden olunan zarar ile sağlanacak kamu yararı karşılaştırıldığında adil bir dengenin bulunmadığını belirterek, ilgili düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Esasen Anayasa Mahkemesi, kültür ve tabiat varlıklarına müdahale etmeden de aynı sonucun mümkün olabileceğini ifade ederek açıkça belirtmese de bir *gereklilik* değerlendirmesi yapmıştır. Söz konusu yaklaşım ile, bu alanlar herhangi bir kullanıma konu olmadan ya da kaçak kullanım affedilmeden de imar barışından beklenen etkinin var olabileceğini, korumanın buna feda edilmesinin de dengeli olmadığının belirtilmesi bir anlamda koruma kullanma dengesinin değerlendirildiği şeklinde anlaşılabilir.

Bir başka kararda ise, İstanbul 4 Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıkları

---

[97] Kunig, s. 161 – 162.

[98] Anayasa m. 63/1, "*Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır".*

[99] AYM, 24.09.2020, E. 2019/21, K. 2020/51, (www.anayasa.gov.tr).

Koruma Bölge Kurulunun "Tarihi Yarımada Geçiş Dönemi Koruma Esasları ve Kullanma Şartları" kararı ile bu kararın dayanağı olan 761 sayılı İlke Kararlarının yürütmelerinin durdurulmasına itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, geçiş döneminde sınırlı bir şekilde yapılaşmaya izin verilmesi halinde, bu sınırın *makul ölçüde tutulacağı* kesin olmadığından sit alanına uygun olmayan yapılaşmaların önünün açılacağı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına itiraz istemini reddetmiştir[100]. Burada yüksek mahkemenin kullanmanın makul ölçünün aşılması riskine ilişkin değerlendirmesinin, koruma kullanma dengesi ve ölçülülük çerçevesinde anlaşılması mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, her ne kadar bu çalışmada koruma kullanma dengesindeki kullanma kavramı, kamusal kullanımları içerecek şekilde ele alındıysa da kavramın ölçülülük ilkesiyle ilişkilendirilerek somutlaştırılması, bu varlıkların korunması amacıyla temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiği durumlarda da pratik sonuçlar doğurmaktadır[101]. Özellikle kültür ve tabiat varlıklarının korunması için mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere "*kamu yararının sağlanmasının bütün külfeti malik üzerinde bırakılmamalıdır"*[102]. 2863 sayılı Kanunda yer alan *"Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaî ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılamaz veya kullanımları değiştirilemez"* hükmü gereği mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran bu müdahalelerin, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan kullanma hakkının ölçüsüz olarak sınırlandırılmaması için koruma kullanma dengesi gözetilmelidir.

Gerek yasa koyucu gerek idare açısından dikkate alınması gereken ve bu çalışma bağlamında ölçülülük ilkesi üzerinden somutlaştırılabildiği düşünülen koruma kullanma dengesinin korunması ilkesinin kendisinden beklenen yararı gerçekleştirebilmesi için, kavrama kullanım alanları yaratılması gerekmektedir. Bu gerekliliğe ilişkin yöntemlere değinilmesinde fayda vardır.

[100] D. İDDK, 19.04.2012, YD İtiraz No: 2011/463, (Ulusoy, s. 590).

[101] Bu bağlamda taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kalkan veya sınırlandırılan kişiye ödenecek tazminat ölçülülüğün sağlanmasında önemli rolü olduğu hakkında bkz. Bayazıt, s. 192.

[102] AYM, T. 11.04.2012, E. 2011/18, K. 2012/53, (www.anayasa.gov.tr). Anayasa Mahkemesi, bu kararda ayrıca söz konusu düzenlemenin malikin mülkiyet hakkını sınırlandırdığını kabul etmekle birlikte; Kanunun diğer maddelerinde özel mülkiyet altındaki taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları açısından nakdi ve teknik yardım ve kolaylıklara yer verilmesi suretiyle birey hakları ve kamu yararı arasında denge kurulduğunu belirtmiştir.

V. KORUMA KULLANMA DENGESİNİN SAĞLANMASI İLKESİNİN FONKSİYONEL KILINMASINA İLİŞKİN TEMEL YÖNTEMLER

A. İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırı Olarak Koruma Kullanma Dengesi

İdarenin belli koşul ve durumlar ortaya çıktığında bir işlemi yapıp yapmamak veya yasal çözümlerden herhangi birini tercih etmek veya bu tercihin sonucu olarak yapılan idari işlemin zamanını tayin etmek konularındaki serbesti olan takdir yetkisi[103], idarenin yargısal denetiminin sınırını oluşturmaktadır[104]. İdarenin kendi görev alanı içerisinde kalan yaşam ilişkilerini serbest olarak biçimlendirme ihtiyacı olduğu açıktır[105]. Buna karşılık bu yetkinin mutlak ve keyfi bir biçimde kullanılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağından Danıştay çoğunlukla takdir yetkisinin sınırı olarak "*kamu yararı ve hizmet gerekleri" ni* göstermektedir[106]. Bu bağlamda takdir yetkisinin kendisi de hukukla sınırlandırılmıştır[107]. Öte yandan öğretide, anayasal ilkeler olan sosyal devlet, eşitlik ve nihayet ölçülülük ilkesinin takdir yetkisinin sınırını oluşturduğu yolunda görüşler mevcuttur[108]. Hatta ölçülülük ilkesinin hukuk devleti açısından öneminin, takdir yetkisini sınırlayan rolünden kaynaklandığı ifade edilmektedir[109]. Takdir yetkisinin sınırı yönünden gerek kamu yararı gerek ölçülülük ilkeleri, koruma kullanma dengesini içerecek şekilde uygulanabilir[110].

Öncelikle belirtmek gerekir ki, düzenleyici idari işlemlerde geniş bir takdir yetkisi olmakla birlikte[111], bu yetkinin sınırı genel anlamda üst hukuk

[103] Günday, s. 66.

[104] Azrak, s. 17; Günday, 2022, s. 72.

[105] Azrak, s. 17.

[106] D. 6. D, T. 05.05.1994, E. 1994/743, K. 1994/1854. D.12. D, T. 19.06.1995 E. 1995/773, K. 1995/1523. D. 10. D, T. 16.03.1998, E. 1995/5447, K. 1998/1162. D. 8. D, T. 21.10.2004, E. 2005/1680, K. 2005/4185, (Candan, s. 250). Yakın tarihli bir karar için bkz. D. 2. D, T. 02.03.2022, E. 2021/15231, K. 2022/951 (Yayımlanmamış).

[107] Maurer/Waldhoff, s. 152.

[108] Günday, 2022, s. 78 – 84; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 153; Ölçülülük ilkesinin takdir yetkisinin objektif sınırı olduğu yolunda bkz. Maurer/Waldhoff, s. 154; Erbguth, s. 223.

[109] Erdem, s. 990.

[110] Kamu yararının bir ölçü norm ve karşı güç olarak *"katı bir bağlı yetkinin yumuşatılması ve çok geniş bir takdir yetkisinin sınırlandırılması"* işlevine ilişkin olarak bkz. Truchet, s. 360.

[111] Balta, s. 134.

normları ve düzenleyici işlemi yapan makamın hukuken tanımlı görev alanının kapsamıdır[112]. Anayasa Mahkemesi de *"idarenin takdir yetkisinin sınırları kanunla çizilmelidir"* biçiminde, bu zorunlu ilişkiye yakın tarihli kararlarında da dikkat çekmektedir[113]. Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında temel düzenlemelerde belirtilen ilke ve kurallar, bunlara dayanılarak tesis edilen diğer düzenleyici işlemlerde kullanılan takdir yetkisinin sınırını oluştururlar. Her şeyden önce, 2863 sayılı Kanun hükümleri, bu kanuna dayanılarak yapılan tüm düzenleyici işlemler açısından bir çerçeve çizer. Bu anlamda herhangi bir düzenleyici işlem, 2863 sayılı Kanunun öngördüğü koruma rejimini daraltamayacaktır. Bu anlamda taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında önemli yeri olan koruma amaçlı imar planları, 2863 sayılı Kanuna ve 3194 sayılı İmar Kanunu'na uygun olarak hazırlanmalıdır[114]. Aynı şekilde Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğine[115] göre, *koruma kullanma dengesi* yönetmeliğin temel amaçları arasında bulunmaktadır (m. 1). Ayrıca Yönetmelikte bu Yönetmeliğe göre hazırlanacak her türlü mekânsal planda, uyulması gereken temel ilke ve esaslar arasında, "*Doğal, tarihi ve kültürel değerlerinin koruma ve kullanma dengesinin sağlanması"* belirtilmiş olup bu çerçevede yapılan tüm planlarda, takdir yetkisinin yönetmeliğe uygun; dolayısıyla koruma kullanma dengesi gözetilerek kullanılması gerekmektedir.

Ancak, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma ve kullanılmasında bir dengenin mevcut olup olmadığının yargısal denetiminin, *"yerindelik"* denetimine dönüşme riski taşıdığı ileri sürülebilir. Yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmayan kısmını ifade etmektedir[116]. Bu anlamda ölçülülük denetiminin başlı başına yerindelik denetimine yol açacağı[117]; buna karşılık ölçülülük ilkesinin araştırılmasında olduğu gibi kimi hallerde hukuka uygunluk denetimi yapılabilmesinin yolunun, yerindeliğin incelenmesini gerektirdiği de ifade edilmektedir[118].

[112] Balta, s. 176 – 177. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle birlikte, bakanlıklar başta olmak üzere Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yoluyla da görev alanının kapsamının belirlenmesi mümkün hale gelmiştir. (Anayasa m. 106 vd.)

[113] Bkz. AYM, T. 01.06.2023, E. 2020/56, K. 2023/108, (www.anayasa.gov.tr).

[114] Sancakdar /Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 817.

[115] RG, T. 14.06.2014, S. 29030.

[116] Oytan, s. 45. Azrak'a göre ise takdir yetkisi işlemin esas konusu açısından bir kez kullanılmakla tükenirken; yerindelik idarenin seçimin sonuçları olup az çok süreklilik arz eder. Takdir yetkisinin kısmen veya tamamen yerindelik alanına girdiği yolunda bkz. Yayla, s. 207.

[117] Gözler/Kaplan, s. 336.

[118] Azrak, s. 27 – 28. Yerindelik ile idarenin tutum ve davranışlarının yargısal denetimi içinde

Yukarıda belirtildiği üzere bugün yüksek yargı organları ölçülülük denetimini hukuka uygunluk denetiminin bir parçası olarak gerçekleştirmektedirler. Koruma kullanma dengesi de kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında idarenin takdir yetkisinin hukuki sınırlarından biri olarak kabul edilerek, yerindelik *riski* aşılabilir. Bu yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı konusunda ise takdir yetkisinin *gerekçeli kullanımı*[119] bir çözüm sunmaktadır. Bu açıdan koruma bölge kurulu kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu, olumlu bir düzenlemedir. Ayrıca koruma kullanma dengesinin mevcudiyeti, olgusal bir değerlendirme yapılmasını gerektirebilir. Bu noktada yargı yerleri idarenin bilimsel verilere başvurup vurmadığını, bu dengeyi tesis edebilecek tüm bilimsel olanakları kullanıp kullanmadığını ve ulaştığı bilimsel sonucun, anayasal bir görev olan kültür ve tabiat varlıklarının korunmasıyla birlikte ele alıp almadığını denetleyebilmelidir[120]. Ayrıca yargı yerleri tarafından koruma kullanma dengesinin sıklıkla vurgulanması ve yorumlanması idarenin de bu konudaki hareket alanını daraltacaktır[121]. Böylece bahsi geçen takdir yetkisinin gerekçesi de bu yoruma göre şekillenme imkanına kavuşur.

Danıştay'ın, açıkça ve doğrudan takdir yetkisinin sınırı olarak koruma kullanma dengesi kavramını kullandığı kararlara rastlanmamıştır[122]. Ancak koruma alanlarına ilişkin düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminde, açıkça ifade edilmese de kamu yararı ve hizmet gerekleri kavramı üzerinden koruma kullanma dengesinin gözetildiği sonucuna varılması mümkündür[123]. Yakın tarihli bir kararda Danıştay 4. Dairesi, Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği iptal etmiş ve bu iptalin gerekçesini ise kararda mevcut onaylı kıyı kenar çizgisine yönelik yeni bir itiraz yolu getirilmesini *"... objektif kriterler çerçevesinde, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak Yönetmeliğe eklendiği hususunun idarece ortaya konulamadığı, aksine kuralın Kıyı Kanunu hükümlerine aykırı uygulamaları teşvik edebileceği, kıyıların korunmasına aykırı uygulamalara*

kalan kısmının çoğunlukla birbirine karıştığı yolunda bkz. Zabunoğlu, s. 310.

[119] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 153.

[120] Hukukilik denetiminin bu unsurlar üzerinden yapılabileceği yolunda bkz. Karahanoğulları, 2022, s. 175

[121] Yargısal denetimin idarenin yorumunu daraltan etkisi için bkz. Karahanoğulları, 2019, s. 170.

[122] Yüksek mahkeme ölçülülük ilkesini de genellikle "adil denge" gibi başka kavramlarla ifade ederek kullanmaktadır. Bu konuda bkz. Erdem, s. 997 – 998.

[123] Danıştay çevrenin korunması ilkesini takdir yetkisinin bir sınırı olarak kullanırken de kamu yararı kavramını kullanmaktadır. Kararlar için bkz. Kaya, s. 156.

yol açabileceği, kıyıların daraltılması sonucunu doğurabileceği, bu durumun ise kıyılardan yararlanmada önceliği kamuya veren Anayasa ve kanun hükümleriyle bağdaşmayacağı" şeklinde belirtmiştir[124]. İptal edilen Yönetmelikte, itiraz edilecek alanlar arasında turizm işletme belgesi almış yapıların olduğu kıyı alanlarının bulunması nedeniyle, bu itiraz yolunun korumaya değil kullanmaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. 4. Daire ise kamu yararı ve hizmet gerekleri kavramı üzerinden korumayı öncelemiştir.

Danıştay başka bir kararda, Allianoi Ören Yeri'nin de içinde bulunduğu Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgesine ilişkin 1/25000 ölçekli Çevre Düzeni Planı'nda Allianoi sit alanının dava konusu plan dışında bırakılmasını, ilgili planın iptalini gerektiren sebeplerden biri olarak kabul etmiştir[125]. Allianoi Antik Termal Yerleşimine İlişkin I. (Birinci) Derece Arkeolojik Sit Alanı ile etki alanındaki baraj gölü, İzmir – Bergama – Allianoi – Manisa – Soma Menteşe Termal Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgesi içinde kalmasına karşın, davaya konu olan çevre düzeni planına dahil edilmemiştir. Somut davada mahkeme, planlanan bölge adını Roma dönemi sağlık kompleksi olan Allianoi'den almasına rağmen; 1/25.000 ölçekli, oldukça geniş bir alanı içeren planda bu arkeolojik alana ve baraj gölüne dair kullanım koşullarının düzenlenmemesinin, bölgenin korunması açısından belirsizlik taşıdığı; Yortanlı Barajının su toplamasıyla Allianoi'nin sular altında kalacak olması sebebiyle, planda bu kültürel mirasa yer verilmemesinin planlama teknik ve ilkeleri ile kamu yararıyla bağdaşmadığı sonucuna ulaşmıştır[126]. Nitekim çevre düzeni planları, düzenlediği alanın koruma kullanma dengesini kuran, alt ölçekli planlara temel teşkil ederek kullanıma ve yapılaşmaya dönük ana

[124] D. 4. D, T. 06.03.2024, E. 2023/11476, K. 2024/1524, (Yayımlanmamış).

[125] D. 6. D, T. 20.02.2014, E. 2009/15530, K. 2014/1215, (Yayımlanmamış). Söz konusu karara esas teşkil eden bilirkişi raporunda, planın öngördüğü yapılaşma düzeninin, turizmi değil; ikinci konut yerleşimlerinin özendirilmesi sonucunu doğuracağına ilişkin görüş dikkate değerdir. Gerçekten de koruma kullanma dengesi açısından kullanmada da kamu yararına uygunluk bir kriter olarak aranmalıdır. İkinci konutta yaygınlaşmanın ise bu koşulu sağladığından söz edilemez. Karar, İDDK'nın E. 2014/2447, K. 2016/3269 sayılı kararı ile kesinleşmiştir.

[126] Buna rağmen baraj yapılarak Allianoi sular altında kalmıştır. Allianoi ören yerinin Yortanlı Barajı suları altında kalmasının önlenmesi amacıyla baraj projesinde değişiklik yapılması ya da barajın aks yerinin değiştirilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali için açılan davada İzmir 2. İdare Mahkemesi, Yortanlı Barajının faaliyete geçmesinin kültür varlıkları açısından bir sakınca yaratmadığı ve kararın Koruma Bölge Kurulu tarafından alındığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; bu karar da Danıştay 14. Dairesi'nin E. 2013/3878, K. 2015/3552 sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir.

kararları belirleyen planlardır[127]. Bu kararda da Danıştay'ın, özellikle çevre düzeni planı yapan idarelerin takdir yetkilerini, koruma alanlarını dikkate alacak şekilde kullanmaları yönünde bir yaklaşım benimsediği belirtilebilir.

Ancak Danıştay'ın her zaman bu çizgide karar verdiğini söylemek mümkün değildir. Danıştay İdari Dava Dairesi Kurulu, 6. Daire tarafından verilen ve bir çevre düzeni planını iptal eden kararı bozmuş ve bilirkişi raporlarının aksine özel çevre koruma bölgesinde yapılaşmaya izin veren düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir[128]. Kurul bu sonuca; plana göre ilgili alanda yapılaşmaya başlanması mümkün olmakla birlikte bu kullanımın kalıcı bir nüfus öngörmediği, bu nedenle sosyal ve teknik alt yapı dengesini bozduğundan söz edilemeyeceği, park, otopark, yol ve günübirlik tesis alanı kullanımlarının kamusal niteliği olduğu, bu türden yapılaşmaların ise alanın özelliğini tehdit edecek nitelikte ve tahribata yol açacak yoğunlukta olmadığı, bölgesel bütünlük ve sürdürülebilir kalkınma amaçlarıyla da uyumlu olduğu gerekçeleriyle ulaşmıştır. Kurulun bu gerekçelerinde dikkat çeken ilk husus özel koruma bölgesindeki *kullanmanın* kamusallığı vurgusudur. Bu yaklaşım koruma kullanma dengesinde, kullanmayı kamu yararıyla ilişkilendirmektedir. Öte yandan Kurul, tahribat boyutuna ulaşmayan yapılaşmayı da makul kabul etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu makuliyet değerlendirmesinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde ele alınması hukuki bakımdan daha sağlam bir gerekçe oluşturabilirdi. Nitekim ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından orantılılık kavramının makuliyet olarak kullanımına da rastlanmaktadır[129]. Kararda makuliyetin nerede bitip tahribatın nerede başlayacağı anlaşılamamaktadır. Ayrıca bilirkişi raporlarında planda ucu açık ifadeler bulunmasına dikkat çekilmiştir. Bu türden ifadelerle yapılaşma imkanının tanınması, başlı başına tahribata kapı aralamaktadır. Yapılaşmanın ciddi bir yoğunluğa ulaşması riski mevcuttur. Kurul ise bu olasılığı değerlendirmemiştir.

Söz konusu raporda geçen ucu açık kavramlar kullanılmasındaki risk, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin hukuki düzenlemelerde yer alan belirsiz hukuki kavramların ele alınmasını gerektirmektedir. Bu açıdan koruma kullanma dengesi ve belirsiz hukuki kavramlar arasındaki ilişki incelenecektir.

[127] Yılmaz, s. 169.

[128] D. İDDK, T. 29.12.2023, E. 2023/2605, K. 2023/3374, (Yayımlanmamış).

[129] Kunig, s. 161.

B. Belirsiz Hukuki Kavramların "Sınırlandırılmasının" Bir Aracı Olarak Koruma Kullanma Dengesi

Koruma kullanma dengesinin işlevselleştirilmesinin bir yolu da kavramın belirsiz hukuki kavramların yorumlanması; özellikle düzenleyici idari işlemlerde kullanılan belirsiz hukuki kavramların sınırlandırılmasında bir araç olarak kullanılmasıdır. Belirsiz hukuki kavramların "sınırlandırılması" idare hukuku öğretisinde pek tanıdık bir ifade olmasa da burada kastedilmek istenen idare tarafından, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerde yer alan belirsiz hukuki kavramların koruma kullanma dengesine uygun olarak daha "belirli" veya "belirlenebilir" bir formda düzenlenmesidir.

Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin ikincil düzenlemelerde çok sayıda belirsiz hukuki kavrama rastlanmaktadır. Niteliği gereği koruma kullanma dengesinin kurulmasının zorunlu olduğu ve ülkemizde de sıklıkla tartışılan düzenleyici işlemlerden Koruma Yüksek Kurulu'nun 36 Numaralı Baraj Alanlarından Etkilenen Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin İlke Kararı[130] bu konudaki tipik örneklerden birini oluşturmaktadır. Kararın ilk maddesinde, "*Baraj yapılması planlanan alanlarda, Bakanlık uzmanlarından ve Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde üniversitelerden oluşacak bir heyet tarafından mevcut ve olası taşınmaz kültür varlıklarının çağdaş ve güncel bilimsel yöntemler aracılığıyla envanter ve belgeleme çalışmalarının yapılmasına, söz konusu alanda taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının bulunması halinde ilgili kuruluşlar tarafından planlanan alanın dışında baraj alanı olarak başka yerlerin planlamasının yapılmasına"* karar verileceği belirtilmiştir.

36 sayılı İlke Kararının birinci maddesindeki, *"Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde"* ifadesiyle 2. ve 3. maddelerinin tamamının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, davanın reddine karar vermiştir[131]. Davacıların 1. maddede yer alan *"Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde"* ifadesinin alınacak kararlara siyasi bir kimlik kazandıracağı gerekçesine karşılık Yüksek Mahkeme, Bakanlık bünyesinde de uzman personel bulunduğu, eğer somut çalışma gerektiriyorsa Bakanlığın üniversitelerden uzmanlarla müşterek çalışma yapılabileceğini belirterek hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. İptali talep edilen diğer iki madde için de Bilim Komisyonu raporunun ancak bölge

[130] RG, T. 03.05.2012, S. 28281.

[131] D. 14. D, T. 04.06.2024, E. 2012/5914, K. 2014/6471, (Yayımlanmamış).

koruma kurulunun uygun bulması halinde uygulamaya geçilebileceğini belirtmiş ve bu maddeler açısından da bir hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

Esasen 1. maddede yer alan *"Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde"* ifadesinin kararı siyasi kılmasından öte, ifade içerik olarak belirsizlik taşımaktadır. Öte yandan bu ifade, kültür varlıklarının taşınması ya da sular altında kalması gibi toplumun tamamını etkileyen kararların katılımcı yöntemlerle alınmasının gerekliliği yönünden de değerlendirilmelidir. Gerçekten katılım mekanizmalarını zorunlu kılan usuli güvenceler ve bunları uygulayacak idari teşkilattaki dönüşüm, kültür varlıklarının kolektif bir yaklaşımla koruma kullanma dengesine uygun olarak korunmasına hizmet edecektir[132]. Bu türden idari usul mekanizmaları, korumanın da kullanmanın da karar alımından önce *temsiline* olanak sağlayacak[133]; böylece bir denge kurulması da daha mümkün hale gelecektir. Bu bakımdan söz konusu kararlar alınırken salt üniversitelerin değil, ilgili kamu kurumları ve özel sektör temsilcilerinin katılımın sağlanacağı bir mevzuat dönüşümüne ihtiyaç olduğu düşünülmektedir.

Ayrıca söz konusu İlke Kararında *"*barajın başka yerde yapımının *zorunlu nedenlerle* mümkün olmaması" halinde ana kuraldan ayrılınmış ve bir bilim komisyonu kurularak bu komisyonun eylem planı dahilinde hareket edileceği belirtilmiştir. Bu süreç çerçevesinde eserlerin taşınması veya sular altında bırakılması mümkün hale gelmektedir. *Zorunlu nedenler* ifadesi de bu anlamda son derece belirsizdir. Maddede en azından zorunlu hal saymanın koşullarına yer verilmesi, bir çerçeve çizilmesi gerektiği ifade edilebilir.

Tabiat varlıkları açısından bu konuda bir başka örnek, Korunan Alanların Tespit Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'te[134] yer alan, kesin korunacak hassas alanlarla ilgili olarak "*Bu alanlarda, kesin yapı yasağı olmakla birlikte faaliyetlerin niteliğine, içeriğine ve zorunluluk haline ilişkin Bölge Komisyonları tarafından yapılacak değerlendirmeye göre; a) Kamu menfaati gereği zorunluluk arz eden hallerde mevcut yol güzergâhı kullanılması koşuluyla atıksu, içme suyu, doğal gaz ve elektrik hatları, (...)*

[132] Benzer yönde, Şahin, s. 13 – 14.

[133] Bu türden bir temsilin, müzakereci demokrasi anlayışına da uyumlu olduğu savunulabilir. Kamu yararı kavramı üzerinden müzakereci demokrasinin ele alınışı için bkz. Çakmak, s. 245 – 247.

[134] RG, T. 19.07.2012, S. 28358.

yapılabilir" hükmüdür. Burada geçen kamu menfaati için zorunluluk arz eden hallerin neler olduğu belirsizlik arz etmektedir (m. 7/3, a). Aynı Yönetmeliğin bir başka maddesinde de nitelikli doğal koruma alanlarında, "*faaliyetlerinin özelliği ve alanın coğrafi yapısı gereği başka güzergâhtan geçirilmesi kamu menfaatiyle bağdaşmayan enerji iletim hatlarının, ulusal güvenlik için zaruret arz eden tesislerin",* yapılabileceği belirtilmiştir (m. 8/2, f, g). Örnekler çoğaltılabilir; ancak belirtilmelidir ki bu gibi düzenlemelerde yer alan ve söz konusu alanlardaki yapılaşmanın sebep unsurunu oluşturan bu kavramların nasıl anlaşıldığı, bu alanların koruma rejimini doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda çok genel ifadeler koruma kullanma dengesine zarar vermektedir[135].

Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiat koruma alanlarının kullanılması söz konusu olduğunda da belirsiz hukuki kavramlara başvurulduğu görülmektedir. 2873 sayılı Milli Parklar Kanununda*, "Onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığınca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne suretle olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskan yapılamaz"[136]* hükmündeki kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin zorunluluk halinin düzenleyici işlemlerle koruma kullanma dengesine uygun olarak somutlaştırılması gerekmektedir.

Danıştay; 1700 sayılı Tarihi Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları Hakkında İlke Kararından[137] önce aynı konuda tesis edilen 241 sayılı İlke Kararında yer alan, *"kamu hizmet binalarının"* şeklinde bir ifadeyle koruma rejimine istisna getirilmesini, 2863 sayılı Kanundaki koruma esaslarına ve yukarıda belirtilen 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 14. maddesine aykırı olarak değerlendirmiştir[138].

Bu iptal kararından sonra tesis edilen, 1700 sayılı Tarihi Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları Hakkında İlke Kararındaki[139], *"Milli park bulunan*

[135] Danıştay İDDK'nın, E. 2023/2605, K. 2023/3374 sayılı kararında yer verilen bilirkişi raporunda çevre düzeni planlarında yer alan genel ve belirsiz ifadelerin koruma kullanma dengesine aykırılık oluşturacağı vurgulanmıştır.

[136] İlgili hüküm 2873 sayılı Kanun'un *"Yasaklanan Faaliyetler"* başlıklı 14. maddesinde yer almaktadır.

[137] RG, T. 30.03.2021, S. 31439.

[138] D. 6. D, T. 21.10.2020, E. 2020/8233, K. 2020/9849, (Yayımlanmamış).

[139] RG, T. 30.03.2021, S. 31439.

yerlerde, (...) zorunlu alt yapı uygulamaları ve bu uygulamalar kapsamında yapılacak olan resmi kurum yapıları dışında (...) hiçbir inşai ve fiziki uygulamada bulunulamayacağına", "Bu alanlar içinde yer alan zorunlu alt yapı uygulamaları ve bu uygulamalar kapsamında yapılacak resmi kurum yapıları (...) için projeleriyle birlikte koruma bölge kurulundan izin alınmasına" ifadelerinin iptali için açılan davada ise, bu ifadelerde bir hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir[140]. Birbiri ardına verilen bu iki kararın değerlendirilmesinden, yüksek mahkeme tarafından kamu hizmet binaları şeklindeki genel bir ifadenin değil; 1700 sayılı İlke Kararındaki gibi sınırları belirlenmiş ifadelerle koruma rejimine istisna getirilebileceğinin kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir.

İdare hukuku teorisi çerçevesinde belirsiz hukuki kavramların değerlendirilmesi bu çalışmanın boyutlarını aşmaktadır. Ancak şunu vurgulamakta fayda var ki, bu örneklerde de görüldüğü üzere belirsiz kavramlar genellikle koruma rejimine istisna getiren hükümlerde yer almaktadır. Eğer bu kavramlar çok geniş yorumlanırsa, istisna ana kural haline gelecek ve *koruma* büyük ölçüde *kullanmaya* feda edilecektir. Öte yandan bu durum aynı sebepten istisnaların dar yorumlanacağına dair hukukun genel ilkesine de aykırılık oluşturacaktır[141]. Buna karşılık idarenin kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin düzenleyici işlem yaparken belirsiz hukuki kavramlardan tamamen vazgeçmesi düşünülemez. Yukarıdaki örneklerden yola çıkarak "zorunluluk hallerinin" neler olduğunun baştan idare tarafından tek tek öngörülüp düzenlemede yer verebilmesine olanak yoktur. Yine de bu türden kavramların daha somut ve çerçevesi belirli formlarda düzenlenmeleri mümkündür. Bu şekilde koruma komisyonlarının aldıkları kararların da sınırları çizilmiş olacaktır. Danıştay'ın da kural koyucu bir idari işlemdeki belirsiz hukuki kavramın, idareye çok geniş ve belirsiz bir takdir yetkisi tanıması halinde, kavramın yargı yerlerince saptanmasının ve denetlenmesinin mümkün olmaması sebebiyle işlemin iptaline karar verdiği görülmektedir[142]. Bu durumda belirsiz hukuki kavram çok geniş bir çapa ve sınırsız bir hacme ulaşmamalıdır. Danıştay esasen bu durumda denetim yapılamaz diyerek bu kavramların denetlenebileceğini kabul etmiş; ayrıca

[140] D. 4. D, T. 28.03.2024, E. 2023/11483, K. 2024/2215. Aynı yönde D. 4. D, T. 28.03.2025, E. 2023/11484, K. 2024/2216.

[141] İstisnaların dar yorumlanmasının hukukun genel ilkesi olduğuna dair bkz. Gözler, s. 302 vd.

[142] Kararda yer alan "*Dekanlıkça gerekli görülen durumlarda"* biçimindeki ifadeyle idareye çok geniş ve belirsiz bir takdir yetkisi tanımasında, hukuka uyarlık bulunmadığı belirtilmiştir. D. 8. D, T. 21.12.1993, E. 1992/3429, K. 1993/4312, (Kaya, s. 51).

belirsiz bir hukuki kavramın da deyim yerindeyse *asgari bir belirliliğe* sahip olmasını aramıştır. O halde belirsiz hukuki kavramın hukuka uygunluğunun, kavramın anlamının uçsuz bucaksız olmayıp, saptanmaya ve denetlenmeye elverişli olmasında yattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından somut durum ele alındığında, korunacak alan ile kullanılacak alanların, ölçülülük ilkesi çerçevesinde daha net parametrelerle ortaya konulması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Korunan Alanların Tespit Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'teki bir başka hüküm de bu kapsamda değerlendirilebilir. Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarında, "*kesin korunacak hassas alanlarda ve nitelikli doğal koruma alanlarında izin verilen faaliyetlere ek olarak doğal ve kültürel bakımdan uyumlu düşük yoğunlukta faaliyetlere (...)"* izin verileceği belirtilmiştir. Hükümde geçen "düşük yoğunluk" kavramının sınırları son derece belirsizdir. Bunun yerine her ne kadar zeytinlik alanları için düzenlense de kıyas yapılması açısından değerlendirmeye değer olan; 3573 sayılı Kanundaki[143], "*Zeytincilik sahaları daraltılamaz. Ancak, belediye sınırları içinde bulunan zeytinlik sahalarının imar hudutları kapsamı içine alınması hâlinde altyapı ve sosyal tesisler dahil toplam yapılaşma, zeytinlik alanının %10'unu geçemez"* düzenlemesi gibi oransal belirleme yapılması düşünülebilir. Bu şekilde yapılaşma sınırları da daha net bir şekilde çizilebilecektir.

Kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından olumlu sayılabilecek bir düzenlemeye Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Yüksek Kurulunun 658 Numaralı Arkeolojik Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları hakkındaki İlke Kararında[144] rastlanmaktadır. İlke Kararında, *"Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da doğal afet yaşanan yerlerde, yapılmasında zorunluluk bulunan geçici uygulamalara"* izin verilebileceği belirtilerek kamu düzeni veya güvenliği kavramlarına atıfla yetinilmemiş ve bir derece belirtilerek, olağan yaşamı durdurma ve kesintiye uğratma kriteri getirilmiştir. Düzenlemenin korumayı önceleyen ve düzenleyici işlemi uygulayacak olan idareler açısından belirsiz hukuki kavramı belli ölçüde somutlaştıran yaklaşımının genel bir uygulamaya dönüşmesi gerekmektedir.

[143] 3573 sayılı Zeytinciliği Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun, RG, T. 07.02.1939, S. 4126.

[144] Karar Tarihi: 05.11.1999. Karar için bkz. (658 nolu İlke Kararı) Arkeolojik Sitler, Koruma ve Kullanma Koşulları, (https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263742/658-nolu-ilke-karari-arkeolojik-sitler-koruma-ve-kullanma-kosullari.html, Erişim Tarihi: 07.09.2024).

Son olarak Anayasa Mahkemesinin geçmişte, orman alanlarının korunmasıyla ilgili olarak belirsiz hukuki kavramlara yaklaşımının, kültür ve tabiat varlıklarının korunması bağlamında tesis edilen kural koyucu işlemler konusunda da açıklayıcı olacağı belirtilmelidir. Devlet ormanlarının özel kişiler tarafından kullanımı, önce sadece kamu yararıyla sınırlandırılarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda 6831 sayılı Kanunun[145] 17. maddesinin üçüncü fıkrasına, "*Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzelkişilere, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir"* cümlesi eklenmiş; ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme *"...orman arazilerinin bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığı yeterli görülmekte; ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmemesi ve çerçevesinin çizilmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmaktadır[146]"* gerekçesiyle ilgili hükmü Anayasa'nın 169. maddesine[147] aykırı olarak değerlendirmiştir.

Anayasa'da orman alanlarının koruma rejimi ile kültür ve tabiat varlıklarının koruma rejimi farklı düzenlenmiş; doğal olarak Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da bu farka göre şekillenmiştir. Ancak korunması gereken değerler konusunda belirsiz hukuki kavramlar yoluyla idarelere çok geniş takdir yetkisi verilmemesi şeklindeki görüş, kültür ve tabiat varlıkları konusunda da uygulanmaya elverişlidir. Benzer şekilde yüksek mahkeme, üstteki kararına atıfla *"ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte Yasada yer verilmemiş"* olmasını da Anayasa'nın 169. maddesine aykırı bulmuştur[148]. Anayasa Mahkemesi zorunluluk halini, *"(...),kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerin talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkânı bulunup bulunmadığı hususu gözetilmek suretiyle belirlenmesi gerekir[149]"* şeklinde yapılacak inşai faaliyetteki kamu yararının

[145] Orman Kanunu. RG, T. 08.09.1956, S. 9402.

[146] AYM, T. 17.12.2002, E.2000/75, K.2002/200, (www.anayasa.gov.tr).

[147] Anayasa m. 169/1,2: "*Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz".*

[148] AYM, T. 07.05.2007, E.2006/169, K.2007/55, (www.anayasa.gov.tr).

[149] AYM, T.13.12.2017, E.2017/134, K.2017/169, (www.anayasa.gov.tr).

ancak bu faaliyet orman üzerinde olursa gerçekleşeceğinin kesin olmasına ve başka bir alternatifin de bulunmamasına bağlamaktadır. Kültür ve tabiat varlıklarının korunması bağlamında zorunluluk halleri de ancak başka bir alternatifin bulunmaması ve elde edilmek istenen kamu yararına, faaliyet ancak bu alan üzerinde gerçekleştirilirse ulaşılacağının ortaya konulmasına bağlanması gerektiği savunulabilir. Ayrıca idarenin alana müdahale sonucunu doğuran işlemlerinin koruma kullanma dengesine uygun olabilmesi için belirsiz hukuki kavramla ifade edilen sebebin gerçekleşmiş olduğunun ve alternatif üretilemediğinin gerekçeli olarak açıklanmasının yanında; müdahale ile ortaya çıkan sonucun ölçülü olması da gerekmektedir[150].

SONUÇ

Koruma kullanma dengesinin korunması ilkesi, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının muhafaza edilerek gelecek kuşaklara aktarılması açısından önemli bir prensiptir. Ancak bu prensibin uygulanabilir olabilmesi için, içeriğinin somutlaştırılması ve fonksiyonel bir anlam kazandırılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu çalışmada, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin düzenleyici idari işlemlerin, bu ihtiyacı karşılayacak şekilde hazırlanabilecekleri savunulmaktadır. Gerçekten düzenleyici idari işlemler, eşitlik ilkesiyle birlikte menfaatler dengesini sağlama özelliğine de sahiptir. Koruma ve kullanma kavramları ise, kamu yararının farklı biçimlerini ifade etmektedirler. Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin düzenleyici idari işlemlerin, koruma ve kullanmadaki kamu yararları arasındaki dengeyi gözeterek tesis edilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada koruma kullanma dengesi kavramının somutlaştırılması açısından ölçülülük ilkesinin uygun bir araç olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Tesis edilen düzenleyici işlemlerde, koruma faaliyetini etkisiz hale getirecek

[150] Bu çalışmada her ne kadar düzenleyici işlemler üzerinden bir değerlendirme yapılmışsa da bu düzenlemelerde yer alan belirsiz kavramların kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında görevli ve yetkili idarelerin birel işlemlerin tesisinde nasıl kullandığı da koruma kullanma dengesi açısından önem arz etmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, somut durumdaki maddi vakıa belirsiz hukuki kavrama *"altlanabilir"* olmalıdır. Bu yönde bkz. Öztürk, 2020, s. 1034. Vurgu tarafımca yapılmıştır. Ayrıca yazar tarafından belirsiz hukuki kavramın objektif anlamı ile kavramın yer aldığı normun nesnel amacı arasında bir bağlantı da kurulabileceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle idari işlemin dayanağını oluşturan normda yer alan belirsiz hukuki kavramın anlamlandırılmasında normun objektif amacının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşten yol çıkarak, kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu alanların *kullanılması* imkanını yaratan belirsiz hukuki kavramların anlamlandırılmasında, normun nesnel amacının koruma kullanma dengesini sağlamak olduğu anlayışıyla hareket edilmelidir.

ölçüde kullanımlara yer verilmemelidir. Özellikle ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuru vasıtasıyla, taşınmaz kültür ve tabiat varlığı daha az tahrip edilerek de kullanımdan beklenen sonuca ulaşılıp ulaşılamayacağı ele alınmalıdır.

Koruma kullanma dengesinin fonksiyonel bir anlam kazanması ise, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına yönelik düzenleyici işlemlerde takdir yetkisinin sınırı olarak ve belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasında ve sınırlandırılmasında bir kriter haline gelmesiyle mümkündür. Bu çerçevede takdir yetkisinin denetiminde idarenin, taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları üzerindeki kullanıma olanak sağlayan düzenlemeler tesis ederken, koruma kullanma dengesini ne ölçüde gözettiği, bu konudaki tüm bilimsel olanakları kullanıp kullanmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca belirsiz kavramların çoğunlukla korumaya istisna getiren hükümlerde yer alması sebebiyle, yorumlanmaya ve sınırlandırılmaya elverişli olmayan belirsiz hukuki kavramların kullanılmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu kavramlara başvurulacaksa da bunun, sınırları belirlenebilir şekillerde düzenlenmesi olanağı bulunmaktadır. Gerçekten "*başka güzergahtan geçirilmesi kamu menfaatiyle bağdaşmayan", Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde", "zorunlu nedenlerle"* biçimindeki ifadeler, taşınmaz kültür varlığının bulunduğu alanın kolaylıkla kullanılabilir hale gelmesine zemin hazırlamaktadır. Bu türden ifadeler yerine, çalışmada örnekleri gösterilen kullanıma yönelik oransal belirlemelerin, koruma kullanma dengesinin tesisine daha büyük katkı sağlayacağı açıkça görülebilmektedir. Zeytinlik alanlarında toplam yapılaşmanın %10'u geçemeyeceğine ilişkin düzenleme, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına yönelik düzenleyici idari işlemler için örnek teşkil edebilir. Böylece bu düzenleyici işlemleri uygulayacak olan idareler de sınırlandırılmış olacaktır.

Danıştay kararlarında taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında koruma kullanma dengesinin, kamu yararı kavramı içerisinde *eritilmiş* bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda hem korumanın hem kullanmanın kamu yararıyla ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Bu husus, özellikle kullanmada kamu yararından bağımsız bir özel yararın bulunduğu durumlarda önem arz etmektedir. Nitekim ikinci/yazlık konut yapımı, turizm alanının ölçüsüz genişletilmesi, kullanmadaki kamu yararını aşındırmaktadır. Bu anlamda kamu yararı, korunması gereken alanda kullanmanın meşru sınırını oluşturmaktadır. Ancak yüksek mahkeme her zaman bu bağlamda net bir çizgi ortaya koymamaktadır. Danıştay bazı kararlarında korunması gereken alandaki yapılaşmayı makul bularak ilgili düzenlemeyi iptal etmemektedir.

Ancak bu noktada makul bulunan yapılaşmalara ilişkin daha somut gerekçelere dayanılması gerektiği düşünülmektedir. Makuliyet değerlendirmesi ise ölçülülük ilkesi unsurları kullanılarak yapılabilir.

Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bütünüyle tahribatına, sular altında kalmasına veya taşınmasına yol açan kullanımlarda koruma kullanma dengesinin bulunmadığı aşikardır. Bu sonuçlara sebep olabilecek müdahalelerin, ancak bu alanlar kullanılmazsa ortaya çıkacak ciddi bir kamusal zararın olması veya kullanımdan elde edilecek kamu yararının, başka hiçbir yerde gerçekleşemeyeceği hallerine özgü olması gerektiği düşünülmektedir. Bu haller dışında taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında önemli yeri olan düzenleyici idari işlemlerin, ölçülülük ilkesi yardımıyla koruma kullanma dengesine uygun olarak tesis edilmesi, bu işlemlerde yer alan belirsiz hukuki kavramların ucu çok açık olmayan, sınırları belirlenebilir bir biçimde kullanılması, bu işlemlerin yargısal denetiminde de idarelerin koruma kullanma dengesini gözetip gözetmediklerinin takdir yetkisinin sınırı olarak değerlendirilmesiyle taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları açısından koruma kullanma dengesinin sağlanması, soyut bir ilke olmaktan çıkarak somut bir anlam kazanacaktır.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, C. 9, S. 1 -3, s. 11 – 22.

Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Altıparmak, Cüneyd, "Kültür Varlıklarına İlişkin İstisnai Düzenlemeler", Kültürel Miras Hukuku, İkinci Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 339 – 347, (Editörler Yeşilbaş Evindar /Altıparmak Cüneyd).

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.

Atılgan, Cansu, "Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türkiye'de Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunması Üzerine Bir Değerlendirme", Art – Sanat, 2016, C. 6, s. 249 – 261.

Azrak, Ali Ülkü, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1985, C. 6, S.1-3, s.17-29.

Balta, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konuları Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1970 (72).

Bayazıt, Bahar, "Mülkiyet Hakkında Müdahalelerde Ölçülülük Kavramı ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda Kaynaklanan Hukuki El Atma Açısından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 173 – 194.

Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Çakmak Münci, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Çelik, Bahattin, Koruma Amaçlı İmar Planlaması ve İlgili İdari Yargı Kararları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Detterbeck, Steffan, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2015.

Duygun, Ahmet Mert / Şahin, Battal, "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Bağlamında Kültürel Yaşama Katılma Hakkı (İHEB Madde 27)", Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, C. 6, S.1, s. 91 – 149.

Erbguth, Wilfried, Allgemeines Verwaltungsrecht, Nomos, Baden Baden 2014.

Erdem, Jülide Gül, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisi Kullanımındaki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, S. 4, s. 971 – 1005.

Erkut, Celal, "Kültürel Mirasın Korunması Hukuku", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 285 – 291.

Erkut, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları, Ankara 2016.

Ersöz, Kürşat, Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Gök, Hasan, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa 2023.

Günday, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.

Günday, Metin, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.

Güneş, Ahmet, Çevre Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.

Karahanoğulları, Onur, İdari Yargı, 1. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2019.

Karahanoğulları, Onur, İdare Hukuku, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

Kunig, Philip, "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi", Çev. Burak Çelik, Gökcen Doğan, Ahmet Çağrı Yıldız, Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 1, s. 159 – 178.

Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Tıpkı Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

Maurer, Hartmut / Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, C.H.Beck, München 2017.

Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

Metin, Yüksel, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", Anayasa Yargısı, 2023, C. 40, S.1, s. 333 – 370.

Mumcu, Ahmet, "Eski Eserler Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1969, C. 28, S. 1, s. 42 – 76.

Oytan, Muammer, "Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları", Türk İdare Dergisi, 1985, S. 366, s. 17 – 56.

Öden, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Özkaya Özlüer, Ilgın, Sit Alanlarının Planlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2018.

Öztürk, K. Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Öztürk, K. Burak, "İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara 2020, s. 1033 – 1050.

Sağlam, Fazıl, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

Sancakdar, Oğuz / Yağcı, Pınar/ Taşyıldız, Şükür /Çırak, Ezgi, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2021.

Schmidt, Rolf, Grundrechte, 27. Auflage, Dr. Rolf Schmidt GmbH, Bremen 2017.

Sevgili Gençay, Fatma Didem, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 2, s. 397 – 417.

Şahin, Cenk, "Türkiye'de Kültür Varlıklarının Korunmasına Yönelik İdari Yapılanma", Farklı Hukuk Disiplinleri Gözüyle Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2024, s. 1 – 18 (Editörler Ekşi Nuray, Dardeniz Gonca, Ülgen Mert).

Tolunay, Ahmet/ Korkmaz Mehmet, "Ormancılıkta Kamu Yararı ve Üstün Kamu Yararı Üzerine Analizler", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 2004, C. 8, S. 1, s. 47 – 58.

Toprak, Zerrin "Çevre Hakkı ve Yerel Yönetimler", Amme İdaresi Dergisi, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, 1989, C. 10-11, s. 91 – 105.

Truchet, Didier, "Fransız Danıştay'ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş", Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitapevi,

Ankara 2005, s. 357 – 375 (Çevirmen: Atay Ender Ethem).

Ulusoy, Ali, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Uyanık, Halit, Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Yayla, Yıldızhan, "İdarenin Takdir Yetkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1964, C. 30, S. 1- 2, s. 201 – 211.

Yılmaz, Serdar, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

Yılmaz, Turgut Nükhet, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2. Bası, 2012.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 05/08/2024
Kabul / Accepted: 08/01/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

EUROPEAN UNION ADOPTS RAPE SHIELD LAWS: ENHANCING VICTIM PRIVACY AT THE EXPENSE OF DEFENDANTS' RIGHTS?

AVRUPA BİRLİĞİ TECAVÜZ KALKANI YASALARINI KABUL EDİYOR: MAĞDURUN ÖZEL HAYATININ GİZLİLİĞİNE YÖNELİK KORUMA SANIKLARIN HAKLARI PAHASINA MI ARTIRILIYOR?

Efe Can KARABULAT*

ABSTRACT

As the European Union adopted a landmark directive aimed at combating violence against women, the implementation of "rape shield laws" is poised to become more prevalent across the continent. These legal provisions, designed to protect the privacy and dignity of sexual assault victims during criminal proceedings, have long been implemented in common law jurisdictions. However, their introduction represents a significant shift for many European countries, potentially including Turkey as an EU candidate. This article seeks to provide a comprehensive analysis of rape shield laws, exploring their rationale, various implementation models, and the challenges they present. The first chapter delves into the historical origins and primary objectives of rape shield laws, highlighting their expanding global application. The second chapter offers a comparative examination of different rape shield frameworks, assessing the strengths and weaknesses of each approach. The final chapter critically addresses the controversies and potential pitfalls of these laws, particularly concerning the defendant's right to a fair trial and the principle of equality of arms. By drawing on the experiences of countries with established rape shield laws, this article aims to contribute to the broader discourse on victim protection, providing insights for policymakers and legal practitioners as the EU moves towards this significant legal reform.

* **Dr. Arş. Gör.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** efe.karabulat@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2181-1692, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1528661.

• **Atıf Şekli / Cite As:** Karabulat, Efe Can, "EU is Adopting Rape Shield Laws: Enhancing Victim Privacy at the Expense of Defendants' Rights?", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 703-724.
• İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Keywords: *Rape shield laws, Victim privacy, Sexual crimes, European Union, Right to have a fair trial.*

ÖZET

Avrupa Birliği, kadınlara yönelik şiddetle mücadeleye odaklanan önemli bir direktifi kabul ederken, "tecavüz kalkanı" kıta genelinde daha yaygın hale gelmeye hazırlanmaktadır. Ceza yargılamaları sırasında cinsel saldırı mağdurlarının mahremiyetini ve saygınlığını korumayı amaçlayan bu kanuni düzenlemeler, uzun süredir ortak hukuk [common law] sistemlerinde uygulanmaktadır. Ancak bu kanunların ihdası, birçok Avrupa ülkesi için önemli bir değişimi anlamına gelmekte olup, aday ülke olarak Türkiye'yi de etkileme potansiyeline sahiptir. Bu makale, "tecavüz kalkanı" hükümlerini kapsamlı bir şekilde analiz etmeyi, bu hükümlerin gerekçesini, farklı uygulama modellerini ve beraberinde getirdiği zorlukları incelemeyi amaçlamaktadır. İlk bölüm, bu hükümlerin tarihsel kökenlerine ve temel amaçlarına odaklanarak, küresel çapta artan uygulamalarını öne çıkarmaktadır. İkinci bölüm, farklı "tecavüz kalkanı" modellerinin karşılaştırmalı bir incelemesini sunarak, her bir yaklaşımın güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirmektedir. Son bölüm ise, özellikle sanığın adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi bağlamında bu hükümlerin tartışmalı yönlerini ve olası sakıncalarını eleştirel bir şekilde ele almaktadır. Bu makale, "tecavüz kalkanı" hükümlerinin yerleşik olduğu ülkelerin deneyimlerinden faydalanarak, mağdurların korunması konusunda daha geniş bir tartışmaya katkı sunmayı; AB'nin bu önemli reforma doğru ilerlediği süreçte, politika oluşturucular ve hukuk uygulayıcıları için görüşler sağlamayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: *Tecavüz kalkanı, Mağdurun özel hayatının gizliliği, Cinsel suçlar, Avrupa Birliği, Adil yargılanma hakkı.*

INTRODUCTION

As the European Union (EU) adopted the historic directive on combating violence against women, the concept of "rape shield laws" is set to gain broader application across the continent. These legal provisions, which aim to protect the privacy and dignity of sexual assault victims during criminal proceedings, have been widely embraced in common law jurisdictions for decades. However, their introduction will be a new development for many European countries, potentially including Turkey as an EU candidate.

Given the significance of this impending change, it is crucial to develop a comprehensive understanding of rape shield laws — their rationale, various implementation models, and the potential challenges they pose. This paper seeks to provide such an analysis, drawing insights from the experience of

countries that have already grappled with this complex issue.

In the first chapter, the paper will explore the concept of rape shield laws, examining their historical origins, the key purposes they serve, and their expanding scope of application globally. Chapter two will then undertake a comparative examination of the different types of rape shield law frameworks employed in various jurisdictions, highlighting the strengths and weaknesses of each approach.

The third and final chapter will turn a critical eye towards the problems and controversies surrounding rape shield laws, particularly in relation to the defendant's right to a fair trial and the principles of equality of arms. This section will aim to identify potential pitfalls and propose ways to strike a balance between the competing interests of victim protection and fairness to the accused.

It is important to note that, given the significant diversity in legal systems and approaches to rape shield laws across the world, this paper cannot possibly address every nuance and variation. However, it will strive to provide a comprehensive overview, with ample citations for readers seeking more in-depth exploration of specific jurisdictional approaches.

I. THE CONCEPT OF "RAPE SHIELD LAW"

Criminal procedure is not only a burden for the defendant; it is also wearying for victims and witnesses. Especially for people who are sexually assaulted, criminal proceedings are often distressing and anxiety-inducing. Rape is a traumatic event, and criminal proceedings require the victim to relive and talk about it[1]. Reminiscence of a traumatic event can be thought as ripping apart a healing mental wound; it is undoubtedly hurtful in itself.

Because of its negative effects on victim's psyche, criminal proceedings have been referred to as "secondary victimisation" or "revictimisation" by some authors[2]. Hospitalization, police investigation, and testifying in court are all quite traumatic experiences for rape victims, especially when legal and medical professionals are insensitive and not well-trained enough.

Starting in the 1970's, the women's movement endeavoured to compel legal authorities to reassess women's position in legal proceedings and

[1] Hines, p. 879; Bacaksız/Bayzit, p. 387.

[2] Latts/Geiselman, p. 10. Taner, p. 404.

suggested several measures to improve their situation[3]. Because of the sudden rise of rape cases in the US from the late 1960s to the early 1970s, a joint effort to reform rape laws emerged, led by the feminist movement[4]. Among the measures they envisioned, one of them was particularly aimed at protecting victims' privacy in court[5].

Because of its embarrassing nature, it is often difficult to discuss sexual history in court, especially in detail[6]. It becomes much worse if it includes sexual assault[7]. In such cases, victims are usually already devastated and extremely vulnerable to any kind of pressure. They are also unsure how much details they should share to be believed[8], which can lead to panicky and incoherent behavior[9]. Defense attorneys have quickly discovered and used this difficulty against victims by repeatedly bringing up their life choices and sexual histories to undermine their credibility and infer their consent[10], even though these details are irrelevant to the case. In some infamous examples, defense lawyers have shown what the victim was wearing and claimed that they were "*advertising for sex"* or "*asking for getting raped"*[11]. They would question the victim's sexual history with the intent of portraying them as "unchaste"[12]. In the past, this portrayal of "unchaste character" helped defendants receive lesser sentences[13].

These efforts aim to convince the court and/or jury that the victim's sexual autonomy was worthless to begin with. If the defense could prove that the victim regularly engages in and enjoys sex, then it was unlikely that the encounter with the defendant was non-consensual[14]. As a result of these prevalent zealous advocacy attempts to systematically supress sexually assault

3 Rudstein, p. 1-2. Kello, p. 317-346.

4 Torres, p. 135; Zahuar/Trent, p. 306.

5 Ayres, p. 825-826; Koslow, p. 841 et seq.

6 For more info, see Bohmer/Blumberg, p. 393.

7 Taner, p. 461.

8 Taner, p. 475.

9 Şahin/Göktürk, p. 154.

10 McDonough, p. 11-12.

11 Hazelton, p. 35.

12 Hazelton, p. 37.

13 Hire, p. 594. See also Bacaksız/Bayzit, p. 409.

14 Kello, p. 328.

victims from speaking out, the inability of individuals who have been subjected to sexual assault to report the incident -particularly for female victims- due to the potential discussion of their sexual lives and histories in court has emerged as a significant issue[15]. Rape remains a highly underreported crime for various reasons[16], including victim-blaming defense tactics[17].

Needless to say, an individual's life choices or sexual history have no bearing on whether they consented to a certain sexual act or the extent to which they deserve protection under criminal law. Although the idea of sexual "unchastity" is a thing of the past and now rejected[18] for the most part[19], the need to prohibit unnecessary probing into victim's privacy persists. Consequently, provisions known as *rape shield laws*, which prohibit the discussion of an individual's **sexual history** and/or **sexual reputation** in court, have been enacted to protect victims' privacy[20]. Initially, these provisions applied only to criminal court cases, but later on in some jurisdictions, they were expanded to include civil cases as well[21].

These provisions are universally referred to as a "rape shield" because they create a privacy shield around the victim during rape cases to protect them from harrassment[22]. Although it is widely accepted, the term is an example of inferior nomenclature, as it sounds like it is a measure to prevent rape rather than protect victim's privacy[23].

The term "sexual history" of the victim refers to all sexual behaviors of the victim outside of the case at hand. For example, asking the victim if they are living with someone else, how often do they have sex, or how much sexual

[15] McNabb/Baker, p. 43.

[16] For multiple explanations, see Usluadam, p. 375-376.

[17] Torres, p. 137; Bacaksız/Bayzit, p. 388; Huimin, p. 89.

[18] Cassidy, p. 148.

[19] *Huimin* points out in some cultures like China, even though women's situation has improved, old ideas about chastity are still lingering. Huimin, p. 92, It can be argued that it is true for Turkey as well, though it does not have a direct bearing on rape cases. See also Usluadam, p. 400; Bacaksız/Bayzit, p. 408 et seq. for more info.

[20] Duff, p. 216 et seq.; Cavallaro, p. 302.

[21] For more info, see Ayres, p. 826 et seq., Kello, p. 322 et seq.; Hines, p. 880 et seq.

[22] Tuerkheimer, p. 1247.

[23] Tuerkheimer, p. 1247.

experience they have are all means of questioning their sexual history[24].

In some cases, the sexual history of the victim may also include past consensual sexual relations with the perpetrator[25]. Whether these fall under the scope of rape shield laws is a matter of debate[26]. According to the proponents of the strong rape shield idea, the entire sexual history, including relationships with the perpetrator, falls under the scope of the rape shield[27]. This is because "*voluntariness, agreement to sex acts cannot be evidenced from past or future sexual activity*"[28]. Others, however argue that it is illogical to assume consent to present sexual behavior is completely irrelevant to past sexual consent[29]. After all, past experiences can show victim's general inclination towards consenting to sexual acts with the perpetrator[30], even though they do not guarantee it.

Some legal systems explicitly regulate this issue. For example, the old version of Canadian Criminal Code Section 276 explicitly stated that *"no evidence shall be adduced… concerning the sexual activity… with any person* ***other than the accused****"*. However it was amended to *"****whether with the accused*** *or with any other person"* to include sexual activities with the accused.

Asking the victims whether they drink alcohol, go out alone at night, dress in a certain manner, or are widowed[31] are not only tactics aimed at creating the impression that the victim is unreliable and "easily consenting to sexual relations" in a manner unrelated to the case at hand, but are also degrading for the victims. A recent example occured in Türkiye, where a defense lawyer asked a sexual assault victim "*whether she was warned because of [how short] her skirt,"*[32] causing a public outrage.

---

[24] Hazelton, p. 40.

[25] For some examples, see Bacaksız/Bayzit, p. 395 et seq.

[26] See Duff, p. 223 onwards for relevant discussions.

[27] Hire, p. 600-601.

[28] Caringella, p. 182.

[29] Duff, p. 224.

[30] Rudstein, p. 34.

[31] Duff, p. 223.

[32] (https://www.zha.com.tr/tecavuz-davasinda-skandal-etek-boyu-sorusu-tepkilerin-odagindaki-avukattan-aciklama-var/, Date Accessed: 02.08.2024.)

The rationale behind these provisions is the evidential value of the victim's character or their past sexual history is outweighed by possible dangers of discussing them in court. Unrelated questions about the victim's character or sexual history distract the court from important evidence, waste time, and more importantly psychologically distress victims and witnesses[33]. In a sense, this kind of questions reverse the roles in court, making it seem as if the victim is being tried for the life they choose to pursue[34].

Rape shield laws serve multiple purposes simultaneously in terms of protecting victims. First, they protect the privacy of victims' private lives by preventing them from having to share details that could be degrading or embarrassing for them in court[35]. Also, they prevent discussions about the victims' character, unrelated to the case at hand, from being used as a tactic to undermine their credibility[36].

Thirdly, by relieving the victims of the psychological burden of having to make such disclosures, these provisions enable them to report sexual crimes to the authorities more easily[37]. It is argued that this facilitates crime prevention as well, as potential perpetrators would know that there is a greater chance for victim to report the crime to the authorities[38],[39].

Emerging for the first time in Michigan in 1974 under the leadership of the feminist movement, rape shield provisions rapidly gained traction across American states. Within two years, nearly half of the states had enacted similar provisions. Currently, all states have rape shield laws in place, with Arizona being the last to enact one[40]. Today, provisions of this kind can also

[33] Rudstein, p. 5.

[34] Bohmer/Blumberg, p. 392-393.

[35] Omar, p. 5.

[36] Duff, p. 219.

[37] Meadows, p. 282-283; McDonough, p. 11-12.

[38] Rudstein, p. 25; Koslow, p. 839.

[39] It is argued that after implementing rape shield laws, rape rates were decreased in the U.S. and reporting rates were increased. Huimin, p. 96. This is a classic example of *ad hoc ergo propter hoc*, since there is no proven causal connection between these statistics. It is impossible to think crime rates in a vacuum and determine a certain provision's effect, because there are countless factors to be accounted for. Besides, rape reporting rates significantly reduced after 2004 in the US when rape shield laws were already in place in almost all states.

[40] McDonough, p. 11.

be found in numerous countries, such as Canada[41], Scotland[42] and South Africa[43],. Evidently, rape shield laws have been widely embraced and viewed positively. Recently, it has been suggested to expand their scope to domestic violence victims as well[44].

The rape shield laws, which have been predominantly implemented in common law countries to date, will soon gain much broader application. The European Union's Directive 2024/1385 *"On Combating Violence Against Women and Domestic Violence"* entered into force in May 2024[45]. The European Parliament and the Comission of the European Council reached an agreement on the Comission's proposal and the directive was hailed as a "historic deal", being the first EU-wide directive to combat violence against women[46]. The Directive also imposes an obligation on member states to enact rape shield provisions to be implemented across all European Union countries. The inclusion of these provisions in the Directive is important not only because it will greatly expand the scope of application of these provisions but also because it closely concerns Türkiye as a candidate country.

Article 20 of the Directive, which imposes the obligation to enact rape shield laws, states: *"Member States shall ensure that, in criminal proceedings, evidence concerning the past sexual conduct of the victim or other aspects of the victim's private life related thereto is permitted only where it is relevant and necessary."*

It must be noted that, before being amended by the Parliament, this provision (formerly article 22) was formulated as follows: *"Without prejudice to the rights of defence, Member States shall ensure that, in criminal investigations and court proceedings, questions, enquiries and evidence concerning past sexual conduct of the victim or other aspects of the victim's private life related thereto are not permitted."*

---

41 Wagner, p. 640 et seq.; McNabb/Baker, p. 24 et seq.

42 See Duff, p. 218 et seq. for more info.

43 Omar, p. 2.

44 Ayres, p. 835.

45 For the full text (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401385, Date Accessed: 02.08.2024.)

46 Commission Welcomes Political Agreement on New Rules to Combat Violence Against Women and Domestic Violence, (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_649, Date Accessed: 08.04.2024.)

As will be explained below, there is little practical difference between the two provisions because the protection of the rights of defence would require the same exception where said evidence is relevant and necessary. Nevertheless, this subtle change shows Parliament's cautious attitude towards not violating the defendants' right to a fair trial.

The rationale for this provision is provided in paragraph 48 of the introductory section: *"Presenting evidence of past sexual behaviour, the sexual preferences of the victim and the attire or outfit of the victim to challenge the credibility and lack of consent of victims in sexual violence cases, especially rape cases, can reinforce the perpetuation of damaging stereotypes of victims and lead to repeat or secondary victimisation. Therefore, Member States should ensure that evidence concerning the past sexual conduct of the victim, or other aspects of the victim's private life connected thereto, is only permitted where it is necessary to assess a specific issue in the case at hand or for the exercise of the rights of defence."*

II. DIFFERENT TYPES OF RAPE SHIELD LAWS

To balance the victim's privacy and defendant's right to discover evidence, different types of rape shield provisions have been introduced[47]. Although every jurisdiction has unique rape shield provisions, in general, there are four archetypes: legislative exception, constitutional catch-all, judicial discretion, and evidentiary purpose. All four have different scopes and balancing mechanisms.

In *legislative exception*, also known as the "Michigan Model", presenting evidence regarding the victim's sexual history and character is categorically prohibited, with some exceptions to this prohibition[48]. This method is the most restrictive of the defense's rights and, in this sense, is the most criticized in the context of the right to a fair trial[49].

The exceptions permit the introduction of evidence regarding the victim's sexual history to show specific instances of a victim's sexual behavior if offered to prove that someone other than the defendant was the source of semen, injury, or other physical evidence or evidence of specific instances of a victim's sexual behavior with respect to the person accused of the sexual

[47] Hines, p. 884.

[48] Torres, p. 136.

[49] Wagner, p. 642.

misconduct, if offered by the defendant to prove consent or if offered by the prosecutor.

In some cases, exceptions might include a pattern of prior sexual conduct, bias or bad motive that could lead to fabrication of the sexual assault, the alleged perpetrator's belief in the complainant's consent, and instances of prior false accusations of sexual assault by the complainant[50]. This method can be found in the laws of some states in the U.S. and in the former regulation of the Canadian Criminal Code. Because the exception is prescribed by law, it does not leave much room for judges to use margin of appreciation[51].

The constitutional catch-all approach is quite similar to legislative exception, except it includes another exception. In that model, evidence whose exclusion would violate the defendant's constitutional rights is also permissible[52]. It is argued that, in practice, the problem with the constitutional catch-all approach lies in the lack of a comprehensive rule of exclusion and its superfluous nature[53]. In other words, courts usually employ a narrow window for determining violations of defendant's constitutional rights, and these are already covered by other exceptions in relevant provisions.

Judicial discretion refers to the existence of a general prohibition in the law regarding the presentation of evidence or questioning about the victim's sexual history or character, but it grants the judge the discretion to allow the presentation of evidence, enquiries or questions after a pre-trial hearing[54]. For example, in the Canadian Criminal Code, presenting this evidence is generally prohibited, but the judge may permit it if it is not being adduced to support an inference, is relevant to an issue at trial, is of specific instances of sexual activity and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. This method is also applied in many U.S. states[55].

The criteria which judges use to determine whether the evidence is admissible differ between jurisdictions. Relevance, the probative value of the

[50] Torres, p. 136.

[51] Tuerkheimer, p. 1248.

[52] Torres, p. 136.

[53] Cavallaro, p. 299-301.

[54] Steinbuch/Seitz, p. 287.

[55] Rudstein, p. 10. For a very detailed review see also Steinbuch/Seitz, p. 288 et seq.

evidence, or the danger of prejudice may all be used in making a decision[56]. It is argued that, in practice, courts consistently and overwhelmingly outweigh victim's interest[57], effectively rendering judicial discretion insignificant.

In some jurisdictions where the jury system is applied, a different form of this method is observed. Evidence regarding the victim's sexual history or character is evaluated by the court either *in camera* or in the absence of the jury. If the court finds the presentation of the evidence admissible, then it may be presented[58]. In some cases, a written application is also possible. For example, in Scotland, if the defense wishes to present evidence or ask questions related to the victim's sexual history, they must submit a written application to the court in advance, explaining the nature of the evidence and its relevance to the case. The judge then evaluates the application and decides whether to allow the presentation of the evidence or the questions[59].

Evidentiary purpose, also known as "California approach"[60] is a criterion applied in some states of the U.S. As the name suggests, this criterion takes the purpose for which the evidence is presented into account. The victim's sexual history can be used as evidence, sometimes to prove the existence of consent and sometimes to challenge the victim's credibility. Interestingly, in some states, the victim's sexual history can only be used to prove the existence of consent, while in others, it can only be used to challenge the victim's credibility[61].

The "evidentiary purpose" criterion has also faced criticism from multiple perspectives. Firstly, as mentioned above, there are inconsistent practices across different jurisdictions. Furthermore, it is very difficult in practice to distinguish when the sexual history is relevant to proving consent and when it is relevant to challenging the victim's credibility. Consequently, in trials, defense attorneys can base the discussion of the victim's sexual history on whichever purpose is permissible in that jurisdiction[62].

[56] Rudstein, p. 12.

[57] Zahuar/Jonas, p. 307.

[58] Rudstein, p. 10-11.

[59] Duff, p. 221.

[60] Hire, p. 597.

[61] Tuerkheimer, p. 1250; McDonough, p. 13.

[62] McDonough, p. 13; Tuerkheimer, p. 1258.

This flexibility can undermine the very purpose of rape shield laws, which aim to protect victims from invasive and irrelevant inquiries into their sexual history. A more consistent approach, as advocated by the EU Directive, could help address these criticisms and provide stronger protection for victims.

It should be noted that it is difficult to claim the superiority of one of these practices over the others. There is no consensus on this matter among scholars or practitioners either. Each approach has its own advantages and disadvantages compared to the others. Furthermore, it is argued that transitioning to a uniform practice is more important for the sake of consistency[63].

It is debatable which type of rape shield provision the EU Directive envisions. Initial draft, on the surface of it, was seemingly a type of *legislative exception*, as it prohibits all questions, enquiries and evidence without any consideration. Nevertheless, I would argue that it did not necessarily impose *legislative exception* or any other particular type. Since the article began with *"without prejudice to the rights of defence…",* member states retain the right to interpret necessary balancing measures according to their legal system and implement any of the above-mentioned criteria. For example, it should be possible for a member state to employ an evidentiary purpose limitation, as it serves as a counterbalance to protect defendants' rights.

With the amended provision, the EU Directive envisions a clearer path towards judicial *discretion*, as the evidence is "*permitted only where it is relevant and necessary".* This clearly places the decision under the judge's discretion. That being said, while it is primarily the judge's role to determine whether a piece of evidence is relevant and necessary, there may also be provisions, guidelines, or other legislative rules in place to decide if certain evidence is admissible. Therefore, I would argue that, even though the Directive seemingly envisions judicial discretion, member states can still -at least partially- employ other approaches.

III. PROBLEMS WITH RAPE SHIELD LAWS

While rape shield statutes have been serving well in protecting victim privacy, they also bear some risk of jeopardizing criminal investigations and court cases. The main concern regarding rape shield statutes has always been the defendant's right to a fair trial[64]. It is clear that the inability to present

[63] McDonough, p. 12.

[64] Wagner, p. 637.

certain evidence or ask certain questions to the victim in court poses a threat to the defense's right to a fair trial and is problematic in terms of the principle of equality of arms and the right to discover evidence[65]. Therefore, rape shield statutes have always been a subject of criticism, and various measures have been proposed to safeguard the defense[66].

In a criminal trial, the defense has the right to present evidence and to cross-examine witnesses[67]. As rape shield laws prohibit the defense from presenting certain evidence and asking certain questions to victims and witnesses, they significantly limit the defense's options[68]. It is hard to argue that this is compatible with the right to have a fair opportunity to defend against the State's accusations without reasonable counterbalances[69].

In certain cases, the victim's sexual history becomes important in determining whether the allegation is sincere or the claims are credible. While victim's chastity is generally irrelevant and therefore should not be a matter of discussion in court, their honesty and sincerity certainly are[70]. For example, if a person has previously filed complaints of being sexually assaulted by other individuals, the seriousness of the current allegation should be questioned. However, rape shield laws may prevent the defense from being able to bring up and discuss this matter[71]. As a matter of fact, in the U.S., federal courts have ruled that prior false accusations of rape fall under the scope of rape shield provisions[72].

It should not be forgotten that individuals can lie about being sexually

[65] Meadows, p. 282.

[66] Zahuar/Jonas, p. 306.

[67] Taner, p. 458 et seq.; Karakehya, p. 717.

[68] Zahuar/Jonas, p. 309.

[69] Rudstein, p. 14.

[70] Defense attorneys used to make a false syllogism that "unchaste" women are also more prone to lying and therefore their testimonies are most likely contained lies. For more information see Hazelton p. 38; Cassidy, p. 151. While this is not true, these kinds of tactics should not be suppressed with provisions which prevent courts from scrutinizing victim's credibility.

[71] City of Sacramento v. Fowler, 88 U.S. 119 (1874) and State v. Summitt, 301 N.C. 591, 273 S.E.2d 425 (1981).

[72] Cassidy, p. 153.

assaulted, especially with the intention of taking revenge[73],[74]. Moreover, this is not a rare occurrence. A nine year-long study shows that **nearly half of sexual assault allegations** are either retracted or unfounded[75]. Although some other studies show lower rates of false allegations[76], false rape allegation rates are still **4 to 5 times** higher than for any other crime[77]. In addition, a study published in 2015 found that **73.3%** of men who were help-seekers due to intimate partner violence reported that their partners threatened to make false allegations about them being sexually or physically assaulted, and **40.3%** reported that their partners threatened to make false allegations about them sexually abusing their children[78]. Therefore, questioning the credibility of the victim becomes very important in trials where sexual assault is alleged. Rape shield laws, on the other hand, impose a significant limitation on questioning the credibility of the victim.

Undoubtedly, testifying in court can be highly detrimental to the psychological well-being of individuals who have been sexually assaulted. However, it should not be overlooked that being falsely accused of sexual assault can lead to even greater devastation for the defendant[79]. A 1996 U.S. Department of Justice report states *"Every year since 1989, in about **25 percent** of the sexual assault cases referred to the FBI where results could be obtained (primarily by State and local law enforcement), **the primary suspect has been excluded** by forensics DNA testing*[80]." With such an extremely high rate in mind, it is unfathomable how much suffering false allegations have inflicted upon innocent individuals.

---

[73] According *to De Zutter, Horselenberg* and *van Koppen*, there are eight motives for false rape accusation: Material gain, alibi, revenge, sympathy, attention, a disturbed mental state, relabeling, or regret. De Zutter/Horselenberg/van Koppen, p. 457–464. Some authors add "desire/fantasy to be raped" to the list. See Koslow, p. 844 for more detail.

[74] Bacaksız and Bayzit argues that *"[Because the trial is devastating to the complainant for various reasons] it is not exactly logical to assume that the complainant is doing that solely for revenge or extortion."* Bacaksız/Bayzit, p. 389-390. While this line of thinking is certainly well-intentioned and commendable, as I will demonstrate in this paper, it does not fully account for the complexities of the issue.

[75] See Meadows, p. 284-285 for different examples.

[76] See Flowe/Ebbeson/Putcha-Bhagavatula, p. 161 for more information.

[77] De Zutter/Horselenberg/van Koppen, p. 458.

[78] Douglas/Berger, p. 295-309.

[79] Meadows, p. 286.

[80] Connors/Lundregan/Miller/McEwen, p. xxviii.

Some widely known examples, such as "Duke Rape Case", show how vindictive prosecutors and the general populace can be and how inattentive they are to defendants' pleas when it comes to rape allegations[81]. The danger of false rape accusations is very real, and their consequences on a defendant's life are quite overwhelming. In a sense, rape shield laws also carry the risk of facilitating these false accusations.

It should be pointed out that the idea of "victim being tried in court" because of their life choices is problematic to begin with. There is no doubt that discussing sexual history in court -whether it contains sexual assault or not- is a painful experience, but the alleged rape victim's credibility should be under court's scrutiny, like everyone else. This does not mean that the victim is being tried, it merely means the probative value of their testimony is being assessed. It is a burden all victims must bear. Although rape shield laws are not problematic *per se* in that respect, there is a line-drawing problem between necessary protection and overprotection of the victim.

It is also questionable to what extent a victim's desire to protect their privacy in court influences their decision to report the crime. As argued, several factors could have an effect, such as not wanting to go through a criminal trial, fear of being accused by people with "provoking the offender", trying to hide the rape from their parents or partners, fearing retaliation from offender, and so on[82]. None of these factors are directly related to rape shield laws, and it is quite possible that the positive implications of these provisions are exaggerated.

Another objection is about the competing interests of victims and defendants. It is argued that the risk of retraumatizing victims is far outweighed by the risk of putting an innocent defendant in jail, because rape shield laws would prevent them from presenting evidence[83]. From this point of view, it can be deduced that rape shield laws are putting victims' interests ahead of defendants' for no logical reason. However, it must be said this line of thinking is intrinsically flawed, as it assumes an absolute violation of interests by comparing them in such a way. It should, however, be possible to strike a balance between them without causing a major violation of either side's interests. In other words, this should be read as an objection to a legislative

[81] See Koslow, p. 845 for details about the case.

[82] Rudstein, p. 26; Kello, p. 327.

[83] Rudstein, p. 21.

exception type of absolute rape shield laws, rather than to more balanced ones.

CONCLUSION

Decades of experience in many jurisdictions have shown that rape shield laws indeed serve an important function in protecting the privacy and dignity of sexual assault victims. However, as this paper has examined, the implementation of these provisions must be carefully balanced against the fundamental rights of defendants to a fair trial.

The key argument made in this paper is that rape shield provisions should be employed under strict conditions to comply with the defendants' right to a fair trial. Relevant evidence cannot simply be discarded on the grounds that it may be painful for the victim to discuss. The purpose of rape shield is to underscore the irrelevance of victim's sexual history or life choices, not to exclude relevant evidence from the case[84].

At the very least, a system of judicial discretion to determine the relevancy of evidence and questions is essential. Instead of a blanket ban for certain types of evidence or questions, it would be more prudent to employ pre-trial hearings to assess the admissibility of such evidence. Unfortunately, due to public outcry about rape cases and overwhelming public pressure, judicial discretion may sometimes be swayed in favor of the victim, as has been observed in certain jurisdictions[85]. Therefore it is crucial to provide judges with clear instructions on how to make these determinations . Additionally, politicans and public figures play an important role in such cases. They must demonstrate the political will to uphold rule of law and adhere its necessities -rather than yielding to populist demands- to protect judges from public pressure[86].

Ultimately, the right to present evidence does not grant the defense unlimited freedom to introduce any information they wish. Evidence must still be directly relevant to the case at hand[87]. If judges are empowered to carefully review and rule on the relevancy of proposed evidence, rape shield provisions can be compatible with the right to discover and present evidence. As long as the evidence is relevant, judges should not discard it due to rape shield provisions unless there is a compelling reason (i.e. the evidence having very

[84] Tuerkheimer, p. 1250.

[85] Zahuar/Jonas, p. 307.

[86] For a discussion about this interplay in length, see Karabulat, p. 35 et seq.

[87] Karakehya, p. 727; Şahin/Göktürk, p. 510.

little probative value, mutual agreement between the parties, the existence of other available evidence that already proves or disproves the allegations).

Same principles can be applied to inquiries and cross-examinations. Even though it is not possible to prevent cross-examination, judges should have the authority to determine how the victim should be cross-examined[88]. Judges should decide whether a question is relevant to the case by allowing the defense to prove its relevance. It is also possible to conduct *in camera* court sessions to further protect victim's privacy[89]. As a principle, measures that limit the defendant's rights the least should be preffered.

This paper argues against blanket evidentiary purpose limitations. Victim's consent (or lack thereof) and their credibility can and should be challenged in court. I find the classification of prior false rape allegations as falling under rape shield provisions especially alarming. There is a clear distinction between judging victim's *sexual chastity* and their *credibility*. False allegations made to legal authorities fall under the latter[90]. The credibility of alleged victims of sexual assault should be subject to the same level of scrutiny as that applied to victims of other crimes. There is no justification for granting alleged rape victims a higher presumption of credibility compared to other complainants. As such, evidence pertaining to prior false allegations made by the victim should be admissible, as this information is directly relevant to assessing the reliability of their account. Indeed, given the concerning prevalence of false rape allegations, as evidenced by statistical and empirical research, it may be argued that such claims warrant *even closer examination* by the court than other types of criminal allegations.

The relevance of information to a case is ultimately determined by the specific facts of that case. Therefore, it is hard to make a categorical distinction as it may lead to incorrect conclusions in some cases. Nevertheless, I would like to present a variety of evidence that should, in principle, be permissible in criminal court cases.

There are two rough categories of evidence that are a matter of debate regarding rape shield laws. The first concerns the accuser's **sexual history,**

[88] Omar, p. 11.

[89] *Taner* suggests that, in certain sexual crime cases, especially those involving child complainants, statements should be taken in a special setting, and questions should be asked only through experts [in pedagogy or psychiatry] to mitigate secondary victimization. Taner, p. 476; in the same vein, Aydın, p. 177. These are sensible suggestions, so long as the defense has a chance to challenge the claims and be able to ask all the relevant questions.

[90] Cassidy, p. 175.

and the second concerns their **credibility**. Needless to say, their **chastity** should not be a part of criminal procedure.

Regarding the accuser's sexual history, as argued above, past consensual sexual encounters between the accuser and the defendant are indeed relevant and should be admissible, as they have a direct bearingon proving or disproving consent. Similarly, if evidence serves the purpose of proving that the source of semen, other bodily fluid, or the cause of an injury was someone other than the defendant, it should be admissible[91].

Regarding the accuser's credibility, a few additional exceptions should be considered. First, as argued above, evidence proving that the accuser has madet false rape allegations in the past is crucial in determining their credibility. Also, evidence that demonstrates bias, motive, or a mental health condition (such as compulsive lying, schizophrenia etc.) that could lead to the fabrication of evidence should also be admissible.

Evidence showing that the defendant had a mistaken belief inconsent does not fit into these categories, but this paper argues that it should be permissible as well, due to its significance in establishing a mental connection between crime and the perpetrator.

There is an ongoing debate about extending rape shield laws to civil court cases as well. While this extension has benefits, it also poses an even greater risk of violating defendants' rights[92]. It must be pointed out that the EU has adopted a cautious approach by limiting rape shield statute obligations with criminal investigations and court cases. I would argue that this is the right decision, as it leaves more margin to states and allow gradual transition. As discussed above, rape shield laws carry significant risks, and each state will have challenges in adapting them without violating their respective constitutional provisions. Initially employing these provisions solely for criminal investigations will help in that regard.

As the European Union and its member states move towards implementing the new directive on combating violence against women, they would be well-advised to draw lessons from the experiences of other jurisdictions with rape shield laws. By striking the right balance between victim protection and fairness to the accused, these provisions can fulfill their vital purpose without unduly infringing on the defendant's fundamental rights.

[91] Torres, p. 149.

[92] For more info see Hines, p. 881 et seq.

BIBLIOGRAPHY

Aydın, Murat, Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması, Unpublished PhD Dissertation, Ankara 2022.

Ayres, Sarah G., "Expanding Rape Shield Laws: Breaking through Prejudice for Better Protection of Battered Women", Cardozo Journal of Law & Gender, 2013, Vol. 19, No. 3, pp. 821-836.

Bacaksız, Pınar/Bayzit, Tuğba, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, Vol. 21 No. Special Issue, pp. 379-414.

Bohmer, Carol/Blumberg, Audrey, "Twice Traumatized: The Rape Victim and the Court", Judicature, 1975, Vol. 58, No. 8, pp. 391-399.

Cassidy, R. Michael, "Character, Credibility, and Rape Shield Rules", Georgetown Journal of Law & Public Policy, 2021, Vol. 19, No. 1, pp. 145-176.

Caringella, Susan, Addressing Rape Reform in Law and Practice, Columbia University Press, New York 2009.

Cavallaro, Rosanna, "Rape Shield Evidence and the Hierarchy of Impeachment", American Criminal Law Review, 2019, Vol. 56, No. 2, pp. 295-314.

Connors, Edward/Lundregan, Thomas/Miller, Neal/McEwen, Tom, Convicted by Juries, Exonerated by Science, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Research Report, 1996.

De Zutter, André/Horselenberg, Robert W. E. A./van Koppen, Peter J, "Motives for Filing a False Allegation of Rape", Archives of Sexual Behavior, 2018, Vol. 47, No 2, pp. 457–464.

Douglas, Emily M./Berger, Joshua L., "A Self-report Measure of Legal and Administrative Aggression within Intimate Relationships", Aggressive Behavior, 2015, Vol. 41, No. 4, pp. 295-309.

Duff, Peter, "The Scottish Rape Shield: As Good as It Gets?", Edinburgh Law Review, 2011, Vol. 15, No. 2, pp. 218-242.

Flowe, Heather D./Ebbeson, Ebbe B./Putcha-Bhagavatula, Anila, "Rape Shield Laws and Sexual Behavior Evidence: Effects of Consent Level and Women's Sexual History on Rape Allegations", Law and Human Behavior, 2007, Vol. 31, No. 2, pp. 159-176.

Hazelton, Peter, "Rape Shield Laws: Limits on Zealous Advocacy", American Journal of Criminal Law, 1991, Vol. 19, No. 1, pp. 35-56.

Hines, Patrick J., "Bracing the Armor: Extending Rape Shield Protections to Civil Proceedings", Notre Dame Law Review, 2011, Vol. 86, No. 2, pp. 879-904.

Hire, Garth E., "Holding Husbands and Lovers Accountable for Rape: Eliminating the Defendant Exception of Rape Shield Laws", Southern California Review of Law and Women's Studies, 1996, Vol. 5, N. 2, 591-610.

Huimin, Wu, "Is a Rape Shield Law Desirable for China", Tsinghua China Law Review, 2017, Vol. 10, No. 1, pp. 85-106.

Karabulat, Efe Can, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Karakehya, Hakan, "Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, Vol. 19, No. 2, pp. 715-733.

Kello, Catherine L., "Rape Shield Laws - Is It Time for Reinforcement", University of Michigan Journal of Law Reform, 1987, Vol. 21, No. 2, pp. 317-346.

Koslow, Seth I., "Rape Shield Laws and the Social Media Revolution: Discoverability of Social Media - It's Social Not Private", Touro Law Review, 2013, Vol. 29 No. 3, pp. 839-866.

Latts, Mara G./Geiselman, R. Edward, "Interviewing Survivors of Rape", Journal of Police and Criminal Psychology, 1991, Vol. 7, No. 1, pp. 8-17.

McDonough, John, "Consent v. Credibility: The Complications of Evidentiary Purpose Rape Shield Statutes", Law and Society Journal at the University of California, Santa Barbara, 2005-2006, Vol. 5, pp. 11-20.

McNabb, Danielle/Baker, Dennis, "Ignoring Implementation: Defects in Canada's "Rape Shield" Policy Cycle", Canadian Journal of Law & Society, 2021, Vol. 36, No.1, 2021, pp. 23-46.

Meadows, Robert J., "Rape Shield Laws: A Need for an Ethical and Legal Reexamination?", Critical Journal of Crime, Law and Society, 2004, Vol. 17, No. 3, pp. 281-290.

Omar, Jameelah, "South Africa's Rape Shield: Does Section 27 of the Criminal

Procedure Act Affect an Accused's Fair Trial Rights", South African Journal of Criminal Justice, 2016, Vol. 29, No.1, pp. 1-23.

Rudstein, David S., "Rape Shield Laws: Some Constitutional Problems", William and Mary Law Review, 1976, Vol. 18, No. 1, pp. 1-46.

Steinbuch, Robert/Seitz, Esther, "Unscrambling the Confusion: Applying the Correct Standard of Review of Rape-Shield Evidentiary Rulings", American Journal of Trial Advocacy, 2010, Vol. 34, No. 2, pp. 281-300.

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

Taner, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Torres, Josh, "Rape Shield Laws and Game Theory: The Psychological Effects on Complainants Who File False Rape Allegations", Law & Psychology Review, 2008, No. 32, pp. 135-152.

Tuerkheimer, Frank A., "Reassessment and Redefinition of Rape Shield Laws", Ohio State Law Journal, 1989, Vol. 50, No. 5, pp. 1245-1274.

Usluadam, Asena Kamer, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların İspatında Yararlanılan Kriterlerin Hukuki Niteliği Hakkında Değerlendirmeler", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, Vol. 13, No. 2, pp. 371-413.

Wagner, Mary A., "Canadian Rape Shield Statutes", Hastings International and Comparative Law Review, 1993, Vol. 16, No. 4, pp. 637-662.

Zahuar, Christina/Trent, Jonas, "Minnesota's Rape Shield Law: A Sword for Prosecutors; a Blow to Defendants' Constitutional Rights", Mitchell Hamline Law Review, 2020, Vol. 46 No. 2, pp. 305-324.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 30/01/2025
Kabul / Accepted: 07/04/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

YARGISAL DENETİM YÖNÜYLE REZERV YAPI ALANI KARARI UYGULAMALARI VE SONUÇLARI

JUDICIAL REVIEW OF RESERVED CONSTRUCTION AREA DECISIONS: PRACTICES AND LEGAL CONSEQUENCES

Ilgın ÖZKAYA ÖZLÜER*

ÖZET

6 Şubat 2023 depreminin etkisiyle Hatay ve çevresinde yaşanan yıkımın kentlerde ve diğer tüm yerleşim yerlerinde yarattığı etkileri gidermek gerekçesiyle depremin hemen ardından hızlı bir yasal değişim başlatıldı. Bu yasal değişimin önemli amacı olarak, kentlerin yeniden kurulması ve deprem benzeri doğa olaylarına dirençli kentlerin ülke genelinde oluşturulması için gerekli hukuki yapının oluşturulması gösterildi. Bu amaç doğrultusunda ilk hedef deprem sonrası yıkılan bölgenin en önemli sorunu olan barınma ihtiyacının karşılanması olarak görüldüğünden, bölgede ilan edilen olağanüstü hal şartlarına uygun hızlı ve etkili çözümler yaratma iddiasındaki cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürürlüğe girdi. Ardından ise olağan dönemin hukuki prosedürüne uygun temel mevzuat değişiklikleri yapılmaya başlandı. Bu değişikliklerde dikkat çeken en önemli özelliğin, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanlar Hakkındaki Kanun ve onunla ilişkilendirilebilecek diğer düzenlemelerin uygulama işlemlerinin düzensizliği ve yaşanan sorunlara kentleşme ve koruma ilkeleri çerçevesinde çözüm bulmak konusundaki yetersizlikleri ve çelişkileri olduğu tespitinde bulunmak mümkündür. Bu nedenle çalışmamızda, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği "hukuki belirsizlik" "hukuki güvenlik" ve başta mülkiyet hakkı olmak üzere olası "hak ihlalleri" teması üzerine kurulu yeni imar hukuku düzeni "rezerv yapı alanı kararı" bakımından incelenmektedir.

* **Dr. Arş. Gör.**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** ilginozkaya@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-4242-6208, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1629536.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Özkaya Özlüer, Ilgın, "Yargısal Denetim Yönüyle Rezerv Yapı Alanı Kararı Uygulamaları ve Sonuçları", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 725-752.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler: *Rezerv yapı alanı, Kent planlaması, Kamu yararı, Afet yönetimi, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun*

ABSTRACT

February 6, 2023 Immediately after the earthquake, a rapid legal change was initiated in order to eliminate the effects of the earthquake's devastation in Hatay and its surroundings on cities and all other settlements. The main objective of this legal shift was to create the necessary legal structure for the reconstruction of cities and the creation of cities resilient to natural disasters such as earthquakes throughout the country. In line with this objective, the first target was to meet the need for shelter, which was seen as the most important concern in the region devastated by the earthquake, and presidential decrees, claiming to create fast and effective solutions in accordance with the state of emergency conditions declared in the region, came into force. This was followed by fundamental legislative amendments in line with the legal procedure in periods of normalcy. It is possible to conclude that the most striking feature of these amendments is the irregularity of the implementation procedures of Law No. 6306 on Areas Under Disaster Risk and other regulations that can be associated with it, and their inadequacy and contradictions in finding solutions to the problems experienced within the framework of urbanization and protection principles. Therefore, in this study, the Regulation for Implementation of Law No. 6306 is analyzed in terms of the new zoning law regime based on the themes of "legal uncertainty," "legal security," and potential "violations of rights" — especially the right to property — in the context of the "reserve building area decision."

Keywords: *Reserve building area, Urban planning, Public interest, Disaster management, Law No. 6306 on Transformation of Areas Under Disaster Risk*

EXTENDED ABSTRACT

In the aftermath of the earthquakes in Turkey, the necessity of making cities resilient against disasters and strengthening buildings against earthquakes emerged as an important agenda. In line with this imperative, amendments to zoning legislation — focusing on both the zoning of cities and the resilience of buildings — led to a new zoning movement, first in the cities destroyed by earthquakes, and then across the country.

These amendments to zoning legislation have made judicial review of administrative actions in zoning law more significant, especially in a presidential system dominated by an empowered executive. The most important reason for this is that the amendments to the zoning legislation introduced radical changes that directly impact constitutional rights, particularly urban rights.

Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk, commonly known as the Urban Transformation Law, and its implementing regulation have undergone many revisions since their enactment. These amendments have granted extensive

powers to the administrative authorities, enabling them to carry out administrative actions that would affect many rights, especially the right to property. These amendments have made it difficult and then impossible for the administration to exercise broad powers both at the building scale and in the large areas where urban transformation is planned to take place, while at the same time making it difficult and then impossible for the relevant individuals to participate before these decisions are taken.

It can be said that the amendments in the zoning legislation initially aimed to create resilient cities and strengthen structures both in large areas outside existing settlements and within existing settlements in order to create new, safe settlements for public benefit. However, over time, these amendments have deviated from this purpose. Especially in Law No. 6306 and its implementing regulation, the administrations' implementations in many places where the buildings are not at risk or where the scientific conditions required to designate reserve construction areas cannot be objectively demonstrated have led to frequent decisions on risky areas and reserve construction areas, and these decisions have been annulled through judicial processes. In order to prevent these challenges and enable administrations to take swift decisions, amendments to the relevant legislation have been introduced more frequently.

This article discusses the amendments to the relevant legislation regarding the "reserve building area" decision, one of the two significant tools of Law No. 6306 and its implementing regulation. These amendments place the discretionary power of the administrations to decide on reserve building areas in a completely ambiguous framework, making judicial review difficult. The amendment, which removes the requirement that reserve building area decisions may be taken both for urban and non-urban areas and that the administrations must have a specific purpose such as establishing new settlements, has deprived the right holders in the areas where reserve building area decisions have been taken of their rights.

While under Law No. 6306 and the related regulation, the decision on risky areas and the decision on reserve construction areas are two important implementation tools with different purposes, the removal of the purpose of establishing new settlements from the definition of the reserve construction area decisions has resulted in no distinction in purpose between the two decisions regarding the creation of earthquake-resistant building areas. On the other hand, since the reserve building area decisions can be taken more easily and quickly under administrative procedural law, administrations have increasingly tended to take this approach. In contrast, both the administrative procedure and the conditions for publishing risky area decisions require a longer procedure and detailed groundwork compared to reserve area decisions. For this reason, the number of annulment decisions issued by administrative jurisdictions for risky area decisions has increased, as judicial reviews examine whether these procedures have been followed and whether steps have been taken in accordance with the procedure regarding the purpose of the decision. For this reason, administrations

attempt to avoid the aforementioned outcome by making reserve building area decisions.

In our study, by analyzing the judicial decisions, the relationship between the rules of administrative procedural law and the purpose and reason elements of these decisions is revealed, and both decisions are analyzed from different aspects.

GİRİŞ

Van depremi ardından 2012 yılında yürürlüğe giren 6306 sayılı Kanun, gelecek yıllardaki muhtemel depremlerin risklerini azaltmak ve olası zararlarını kontrol altına almak üzere yayımlanmıştı[1]. Bu yasanın yürürlükte olduğu dönemde, 2023 yılında, on bir ili etkileyen iki büyük deprem yaşandı[2]. Bu depremler, afet önleme amacıyla ortaya çıkan mevzuatta köklü dönüşümlere yol açtı.

Afet riskini azaltmak amacıyla yürürlüğe konulan mevzuat, yaşanan depremler ardından afet sonrasına yönelik bir "uygulama kanunu" olarak işlerlik kazandı. Bu kapsamda çalışmamızda özellikle, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği esas alınarak afet riskine karşı yürürlüğe konulan mevzuatın afet sonrasını yeniden imar etme süreçlerinin bir parçası kılınıp kılınmadığı sorusuna yanıt aranacak ve afet süreçlerinin döngüselliği de gözetilerek, 6306 sayılı Kanun'un lafzı ve amacı ile uygulama yönetmeliğiyle biçimlenen kavramlarının haklar temelinde irdelemesi yapılarak hukuki mahiyeti kent hukuku bağlamında ortaya konulacaktır. Bu nedenle de çalışmada özellikle 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde 6 Şubat 2023 sonrası yapılan değişikliklere odaklanılmaktadır.

21.05.2024 tarih ve 32552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "6306 Sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair

[1] RG, T. 31.05.2012, S. 28309. Kanun'un 'Amaç' başlıklı 1. maddesinde Kanun'un amacı, "afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek" olarak düzenlenmiştir.

[2] 6 Şubat 2023 tarihinde, art arda merkez üsleri Pazarcık (Kahramanmaraş) ve Elbistan (Kahramanmaraş) olan 7,7 ve 7,6 büyüklüğünde iki büyük deprem yaşanmıştır. 20 Şubat'ta 6,4 büyüklüğünde bir diğer depremden ise Hatay ilinin Yayladağı ilçesi etkilenmiştir. Depremler Hatay, Kahramanmaraş, Adıyaman, Gaziantep, Malatya, Osmaniye, Adana, Diyarbakır, Şanlıurfa, Kilis ve Elazığ olmak üzere toplam nüfusu 14 milyonu aşan 11 ili etkilemiştir.

Yönetmelik", 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna ve kapsamındaki uygulamalara ilişkin yeni usul ve esasları belirlerken aynı zamanda yeniden yapılaşma uygulamalarının amacını ve alanını da temelden etkilemiştir. 6306 sayılı Kanun'un tanımlarında yapılan değişikliklerle, yeni bir anlam kümesine genişletilen söz konusu değişikliklerin tamamı bu incelemenin konusunu oluşturmamakla birlikte, tanımlar başlığında yer alan ve uygulama aracı olan kavramlardaki değişikliklerin müstakil bir kentsel dönüşüm mevzuatı olarak anlaşılıp anlaşılamayacağı çalışmanın temel ekseni kabul edilmiştir.

Afet sonrasında yeniden yapılaşma, olgusal ve hukuki ölçekte hukuki belirsizlik üzerine kurulu olmasa da sosyolojik, ekonomik ve sosyal gerçeklik belirsizliklerle doludur. Kent hukuku[3], bu belirsizlikleri belli öngörülebilirlik kriterlerine dayandırarak, yaşanılan somut gerçeği orta ve uzun vadede yeni bir afete yol açmayacak biçimde kurabilir. Kent hukuku temelinde, özellikle yasal düzeye sirayet etmiş söz konusu tanım değişikliklerinin haklar üzerindeki etkileri ve sonuçlarını gözeterek[4], afet sonrası yapılaşmanın nasıl bir hukuki zemine oturması gerektiği belirginleştirilebilir.

Afet öncesi ve sonrasını planlamaya yönelik mevzuat, sosyal ve ekonomik koşulların basıncı altında bir kentsel dönüşüm mevzuatı görünümüne kavuşabilir. Türkiye'nin son 50 yıllık kentleşme pratikleri ise, kentsel sistemleri yeniden üretme niyetiyle ortaya çıkan ve fakat ekonomik koşulların zorladığı biçimlerde, parçacıl bir iktisadi araç olarak kullanılmak istenmiştir[5]. Özellikle 1999 depremi ardından, kentleşme düzenimizi kuşatacak hukuki araçlara duyulan acil ihtiyaç, kentleri salt iktisadi bir ilişkiler bütünü olarak görmenin acı sonuçlarıyla toplumu baş başa bırakmıştır. Bu kapsamda, kentsel alan üretimine bağlı ortaya çıkan afetlere ön alınması için ortaya çıkan en temel hukuki araç olan 2012 tarihli 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, "Riskli Yapı" ve "Rezerv Alan" olmak üzere iki kavram üzerine kuruludur. Ancak, hukukun etki alanı ile sosyolojik ve iktisadi dönüşümler arasındaki mesafenin açıldığı koşullarda bu iki

[3] Keleş/Mengi, 2021.

[4] Tekeli'nin hakların toplum tarafından üretildiği ve üretilen hakların sürekli olarak artmasının toplumun uygarlık düzeyini yükselttiği görüşünden hareketle kentsel yaşamın toplumun haklar üretmek ve geliştirmek konusunda en uygun zemini yarattığı ve bu nedenle de söz konusu yasal değişikliklerin kentsel haklar üzerindeki etkisine dair dikkatin aynı zamanda toplumsal uygarlık seviyesine dair bir kesit vereceği açıktır. Tekeli, 2011, s.84

[5] İnan, 2024.

kavramın tanımı geçtiğimiz yıllarda birkaç kez değişmiş veya farklı biçimler kazanmıştır.

Kentsel alanların iyileştirilmesi ve yeni kentsel arsa stokları oluşturmak için geliştirilen rezerv alan kavramı, kendisinden önceki 11 değişikliğe ek olarak 9 Kasım 2023'te yapılan değişiklikle "üzerinde yapı olmaması ve meskun mahal dışında yer alması" şartları aranmaksızın idarelerin kent içinde ve/veya dışında kalan yerleri rezerv alan ilan edilebilmesini sağlayacak şekilde, "*Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda (...)*[1] *kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen Bakanlıkça belirlenen alanlar*" olarak tanımlanarak kent içinde olan özel mülkiyete ait yerleri, parkları ya da askeri bölgeleri de rezerv alan ilan edilebilecek yer statüsüne geçirmiştir[6]. Bu değişikliğin rezerv yapı alanı ilanı bakımından en önemli sonucu, yeni kentsel alan oluşturmak dışındaki amaçlarla da, yani kent içinde ve dışındaki alanlarda da binaların riskli olup olmadığının incelenmesine, mülk sahiplerini taraf alan hak iddialarını tatmin edici biçimde karşılayacak usul ve esas araçlarının işletilmesine gerek kalmadan, idarenin bir yeri Kanun'un uygulama işlemlerine konu edebilmesi olmuştur. Söz konusu değişiklikle Kanun'un uygulama alanı ve biçimi genişletilmiş ve fakat kanunun afet riskini azaltma stratejisi ile iktisadi bir olanak olarak kentsel dönüşüm pratiği geliştirme gerekliliği arasında hukuki gerilim alanları artmıştır. Bu durum, Kanun'un uygulanmasında afet risklerine karşı yeni kentsel alan yaratılmasından uzaklaşılarak, idarelerin sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceğini varsaydığı, adil yargılanma hakkı, bilgi edinme hakkı, mülkiyet hakkı başta olmak üzere, konut ve çevre hakkı gibi hakların sınırlandırılması sebeplerini ihlal eden bir kamu yararı anlayışının etki alanına genişlemiştir. Bu (yeni) kamu yararı anlayışı[7] ise, yeni/yeniden yapılaşma amacı için belirginleşen kentsel dönüşümün kendisi olmuştur[8].

---

[6] Özlüer, 2012, s.20.

[7] Mülkiyet hakkına ilişkin Anayasanın 35. maddesinde kamu yararı kavramı dışında toplum yararı kavramı da kullanılmıştır. Akıllıoğlu bu iki kavramla ilgili olarak bireysel çıkarların üstünde ya da ondan farklı ortak bir çıkar açıklaması yaparak mülkiyet hakkının bireysel çıkarlardan farklı bir yarar amacıyla sınırlanabileceğini vurgulamıştır. Akıllıoğlu, s. 7. Genel yarar olarak da anlaşılabilecek olan toplum yararı, kamu yararı amacı ile mülkiyet hakkına getirilecek kısıtlamalar için idarenin kullanacağı yetkilerin amacını gösteren bir ölçü norm olarak da görülebilir. Kaya, s. 11.

[8] Kamu yararının ne olduğunu belirlemek konusunda pozitif hukukta aranacak temel kaynağın anayasa ve kanun olacağı ve bu yönüyle kamu yararını belirleme yetkisinin yasama organında olduğuna dair pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Buna göre kamu yararını somutlaştıran "kanun" anayasanın koyduğu ilke ve sınırlarla bağlı ve ondan kaynaklanan

Her ne kadar hukuk, iktisada indirgenerek bir norm yorumlama pratiği ihdası gibi görünse de toplumsal bir ihtiyaç olan hukuk, özellikle yargısal pratiklerle, kentsel alanın dinamik sorunlarına yanıt üretmeye devam etmektedir. Özellikle Danıştay içtihatlarından yola çıkarak, bu "iktisadın" sınırlarına çekilen hukuka, toplumsal bir gerçeklik olarak yaklaşmak mümkündür. Kentsel pratiklere bağlı olarak yaşanan afetler sonrasında daralan ekonomik koşulların yeniden onarılması, sadece ekonomik araçlarla mümkün olmaz. Ekonomik koşulların iyileştirilmesi süreci, sosyal- hukuki çıkarları birbirleriyle çatışma ve çelişki halinde olan toplumun, kamu yararı yaklaşımında da farklılaşmalara yol açar.

I. ÜSTÜN KAMU YARARI YAKLAŞIMI VE ÖLÇÜ NORM OLARAK "PLANLAMA VE ŞEHİRCİLİK İLKELERİ"

Hukuki araçların anlamının ve lafzının birden fazla kamu yararı sonucuna neden olduğu[9] ileri sürülebilecek kentleşme, planlama, sağlık ve enerji gibi faaliyet alanlarında başvurulan bir yargısal denetim aracı olan "üstün kamu yararı" yaklaşımının afet sonrası yapılaşma süreçlerinde de önem kazandığı söylenebilir. Özellikle rezerv yapı alanı ilanı için bir üstün kamu yararı ilkesinin işletilip işletilmeyeceği kadar, bu ilkenin rezerv yapı alanı ilanı yönünde mi yoksa rezerv yapı ilan edilmemesi yönünde mi geçerli olacağı da tartışılmalıdır. Bu açıdan üstün kamu yararı kavramının Kanunun uygulama araçları yönünden irdelenmesi, rezerv yapı alanı ilanı kararlarının 6306 sayılı Kanunun amaç maddesine uyumlu olup olmadığına göre belirlenebilir[10].

Danıştay içtihatlarıyla hukuk sistemine giren[11], "üstün/baskın/önemli kamu yararı" yaklaşımının, afet sonrasında yapı stoğunu iyileştirme amacıyla tesis edilen rezerv alan ilanı kararlarının mülkiyet hakkını sınırlandırmasında nasıl bir ölçüt olarak kullanılacağı sorunu[12] da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlayıcı düzenleme olan rezerv yapı alanı ilanının, sebep ve amaç öğelerinin 6306 sayılı Kanunun amacına uygunluğu yönünden yapılacak değerlendirmede, yasa koyucunun belirlediği kamu yararından üstün/farklı/yarışan bir yarar olarak kentsel dönüşümün mümkün

yetkiyle kullanılabilir. Yurtcanlı, s. 319.

9 Şahin, 2022.

10 Ovalıoğlu, s. 133.

11 Gül, s. 540.

12 Tuğrul, 2004.

olup olmadığının da ortaya konulması mümkün olabilir[13]. Bu açıdan rezerv yapı alanı ilanı ile yapılan kentsel dönüşüm uygulamalarının yarattığı kamu külfetinin ne olduğu ortaya konulmalı, bu külfetin "karşılıksız" olarak başka hak sahiplerinin ve daha sonra da tüm kamunun üstlenmesini gerektirir bir hal alıp almadığı bu verilere göre belirlenmelidir. Bu noktada vurgulanması gereken, rezerv alanı ilanı uygulamalarının parçacıl niteliği ve parsel odaklı uygulanma süreçlerinin, "planlama ve şehircilik ilkeleri"[14] gibi yerleşik Danıştay içtihadı kavramlarıyla uzlaşıp uzlaşmadığının en önemli ölçü norm olduğudur.

Kentsel dönüşüm uygulaması olarak rezerv yapı alanı uygulamasında üstün kamu yararı yaklaşımı, bu uygulamanın bir imar planı düzeni içinde belirlilik, öngörülebilirlik, hukuka uygunluk kriterlerine göre ele alınıp alınmadığıyla tespit edilebilir. Aksi durum, 6306 sayılı Kanun'un kentsel dönüşüm amaçlı diğer Kanun düzenlemeleriyle arasındaki amaç ve sebep ögesi yönünden farkı belirsizleştirerek yetki sorunlarına yol açacaktır. Özellikle bu noktada 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi ve 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'da kentsel dönüşümle ilgili diğer düzenlemelerin hatırlanması gerekir. 6306 sayılı Kanun, iktisadi koşulların olağan kentsel birikim rejimine değil, afet sonrasında konut stoğunun iyileştirilmesi gerçeğine sıkı sıkıya bağlı olmak zorundadır. Aksi takdirde, olağanüstü kentsel koşulların, hukukla kuşatılması ve afet sorunlarının aşılması için idareye verilen güçlü yetkiler, olağan dönemin kentsel dönüşüm uygulamaları biçiminde kullanılır hale gelir[15].

Kentsel pratiklere bağlı olarak ortaya çıkan afetlerin ve süren risklerin karşısında yapıların iyileştirilmesi, yenilenmesi ve güçlendirilmesi veya kentsel yapı stoğunun iyileştirilmesi ve dirençli kentlerin oluşturulması için afet yönetim planlarına veya şehir planlarına uygun afet sistemlerinin

[13] "Anayasaya uygun bir sınırlandırmadan bahsedilebilmesi için tespit edilmesi gereken ilk husus uygulama alanlarının belirlenmesinde göz önünde tutulacak kriterlerin ve bu alanlarda uygulanacak sınırlandırıcı düzenlemelerin yasanın ifade ettiği kamu yararı amacıyla uygunluğunu ortaya koymaktır." Yurtcanlı, s.324.

[14] Cengiz, s. 113.

[15] Olağanüstü hal hukukunun olağan dönem hukuk uygulamalarına dönüşmesi ile ilgili olarak bkz. Fevzi Özlüer, Antakya Tarihi Kent Merkezi'nin Riskli Alan İlan Edilmesi Kararının Kent Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, (https://www.fevziozluer.av.tr/author/mfevzi1092/, Erişim Tarihi: 18.12.2024)

oluşturulması gereklidir. Kentsel alanın şehircilik ilkeleri[16] ve koruma-kullanma dengesine[17] bağlı olarak afetlere dayanıklı kılınması, tarihsel, sosyolojik ve kültürel dokusu temelinde sadece kentsel stoğun değil, afete yol açan kentsel pratiklerin de yenilenmesini gerektirir. Bunun yerine, yalnızca parsel odaklı kentsel dönüşüm uygulamalarının yapılması kanunun amacına uygun olmayacak ve rezerv yapı alanı ilanı kararlarında kamu yararı olup olmadığı tartışmasını hukukun dışına taşıyarak zeminsiz kılacaktır.

Kentleri parsellerden ibaret bir yapı stoğu haline dönüştürecek bir iktisadi modelin kamu külfetlerini de arttıracağı açıktır. Bu kapsamda da Kanunun amacının afet riskini planlı bir şekilde yönetmek olduğu gözetildiğinde, idari kararların dirençli kentleşmeye uyumlu bir kentsel dönüşüm uygulaması niteliği taşıması gerekir. Aksi durumda, afet risklerini de gözetecek bir yapılaşma hedefinin değil, kamu külfetlerini rezerv alan parselleri dışına öteleyen bir ekonomik sürecin ortaya çıkmasına yol açılır. Bu durum, bitmeyen bir inşaat ve yapılaşma döngüsü anlamına gelir. Oysaki afet yönetimi için, iktisadi krizlere yol açan afet risklerinin denetlenebilir ve kontrol edilebilir olması gerekir. İdarelerin rezerv yapı alanı ilanı için, planlama ve şehircilik hedefleriyle, afet yönetim stratejilerine dayalı geliştirmek zorunda olduğu yapı stoğu yenileme yönelimi, idarelerin riskli yapı bulunmaması durumunda da uyması gereken hukuki ilkelerdir.

Mevcut yapı stoğunun yıkılarak yeniden inşası yolunun tercih edilmesinin hukuki sebebi, ancak bu şartların yerine getirilip getirilmediğinin ortaya konulmasıyla anlaşılabilir. Aksi durumda, kent içi ve dışındaki kentsel arsa stoğunun, inşaat uygulamalarına konu edilmesi kamu külfetlerinin yönetilemez hale gelmesine yol açar. 6306 sayılı Kanunun geçirdiği değişikliklerle, idarelere bu yönde sınırsız bir takdir yetkisi tanıdığı düşünülse de kamu külfetlerinin yönetimi, planlı kentleşme ve afet yönetimi gibi afet sonrası kentsel dönüşüm uygulamalarında da bu belirlilikten vazgeçildiğini ileri sürmek olası değildir.

[16] "…kentlerin, kentsel bir yerleşim yerinde yaşayanların toplumsal, ekonomik, kültürel gereksinimlerini karşılayacak, güzel duyusal beklentilerine yanıt verecek, kentin sahip bulunduğu doğal, tarihsel ve kültürel değerlerin bugünkü ve gelecek kuşaklar için korunmasını güvence altına alabilecek, bir başka deyişle koruma-kullanma dengesinin (sürdürülebilirliğin) bozulmasını önleyebilecek bir biçimde planlanması ve yönetilmesidir." Keleş/ Mengi**,** s.16.

[17] Günay, s.156

II. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAPSAMINDA REZERV YAPI ALANI KARARI

Yönetmelikte 21/5/2024 tarihinde yapılan değişiklikle rezerv yapı alanı, "*Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda kullanılmak üzere, Toplu Konut İdaresi Başkanlığının veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen Bakanlıkça belirlenen alanları ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Rezerv yapı alanlarına ilişkin özel bir maddenin Kanun'da yer almadığının, rezerv yapı alanı teriminin Kanun'un kimi maddelerinde geçirildiğinin ve bu tanımı ayrıntılandıran, rezerv yapı alanı kararının usul ve esasları ile ilkelerini içeren müstakil bir düzenlemeye Kanunda yer verilmediğinin de vurgulanması gereklidir. Bu değişiklik, rezerv yapı alanı ilanı için idarelerin 6306 sayılı Kanun uygulamalarını hayata geçirme amacını yeterli görerek rezerv yapı alanlarının belirlenmesinde "*yeni yerleşim alanı oluşturma*" amacını madde metninden çıkarmıştır. Fakat bu değişiklik, idarelerin rezerv yapı alanı ilanı için tek bir bilimsel kriteri dahi gerekçe olarak belirtmesine gerek kalmadan, idari bir kararla geniş alanlarda kentsel uygulamalar yapabilmelerinin ve yeni yerleşim oluşturma amacına gerek duymadan kentsel dönüşümle mülkiyet hakkını sınırlayabilmelerinin mümkün hale geldiği geniş bir takdir yetkisine kavuştukları biçiminde yorumlanmamalıdır. İdareler, bu değişiklikten sınırsız bir takdir yetkisi sahibi oldukları yorumunu çıkartacak uygulamalara yönelebilirler; fakat, dava konusu edilen rezerv yapı alanı kararlarında görülmüştür ki ilk derece mahkemeleri, rezerv yapı alanı ilanına dayanak bilimsel ve teknik gerekçeleri, rapor ve incelemeleri idarelerden isteyerek kararın hukuka uygunluğunu denetlemektedirler.

Rezerv yapı alanı kararlarının uygulama alanlarının yalnızca kamu mülkiyetindeki alanları değil özel mülkiyete tabi alanları da kapsadığı gözetildiğinde, söz konusu kararın mülkiyet hakkı başta olmak üzere kentsel yaşama dair haklar ile konut, çevre, kültür, çalışma hakkı gibi pek çok hakla ve aynı zamanda işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi sürecinde adil yargılanma hakkı ile de ilişkili olduğu sonucuna varılabilir.

III. KANUNUN AMACI VE REZERV YAPI ALANI KARARI

Yapılan açıklamalar ışığında rezerv yapı alanı kararının, kentsel alan içinde ya da dışında bir bölgeyle ilgili uzama ilişkin bir karar olması nedeniyle etki ve sonuçlarını mülk sahipleri ve kiracılar dışındakiler için de doğuran bir

etki alanı olduğu söylenebilir[18]. Diğer yandan da Kanun'un amacı, 6306 sayılı Kanunda "*afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek"* olarak düzenlendiğinden, idarenin rezerv yapı alanı belirleme iradesinin, planlama ve şehircilik ilkeleri ile afet yönetim stratejileriyle bağlı bir amaca hizmet etmesi ve Kanunun amacı sınırları içinde kullanılması gereklidir.

Türkiye aktif fay hatlarında bulunan ve afet risklerine karşı dirençliliği önceleyen bütünlüklü kentleşme ve yapılaşma süreçlerine ihtiyaç duyan bir ülkedir. Bunun için imar ve kentleşme politikalarının parçalı kentsel dönüşüm uygulamaları yerine plan hiyerarşisine uygun imar planlamasına gereksinimi bulunmaktadır. Gerek yapı ölçeğinde gerek alan ölçeğinde mülkiyet haklarını ve yaşama hakkı çerçevesinde ilişkili hakları önceleyen sosyo-ekonomik planlamayla birlikte katılımcı imar planlamasının[19] günümüz ihtiyaçlarına ve evrensel idare anlayışına ulaşması gereklidir. Bu amaçla konut hakkı, çevre hakkı, bilgi edinme ve adil yargılanma hakkı gibi hassasiyetle değerlendirilmesi gerekli hakların bütünlüklü olarak ele alınması sosyal hukuk devletinin de gereğidir.

6306 sayılı Kanun'un yukarıda anılan amaç maddesine göre, Kanunda iki temel uygulama alanı düzenlenmiştir: 1- afet riski altındaki alanlar 2- afet riski altındaki alanlar dışındaki alanlarda riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler. Aynı maddeye göre Kanun, bu iki alanda yapılabilecek uygulamalardan iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları düzenlemektedir. Kanun hem uygulama alanlarını belirlemek hem de hangi uygulamanın icra edileceğini göstermek üzere usul ve esaslar düzenlerken uygulama yönetmeliği ile de bu usul ve esasları ayrıntılandırmıştır.

Bununla birlikte rezerv yapı alanı kavramında yapılan değişiklikle, artık idarenin halihazırda kent alanı olarak kabul edilen ve mevcut afetlerden etkilenerek yıkılan bir kentte fen, sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini tesis etmesi için "*yeni yerleşim yeri kurmak amacı taşımasına gerek olmadan*" alabileceği iki tür karar olduğu görülmektedir. Bu kararlar "riskli alan" kararı ve "rezerv yapı alanı" kararıdır. Bu iki kararı birbirinden ayırt eden, farklı yönetim amacına, planına, uygulama sonuçlarına

[18] Uzam ve mekan kavramlarının farklılıkları ve kapsamları ile ilgili olarak bkz. Kılıç, s. 48-60.

[19] Konuyla ilgili olarak bkz. Tekeli, 1990, s. 8-13.

Kanunda yer verilmesi ve üzerinde yapı bulunmayan yerlerde afet risklerine karşı yeni yerleşim alanı oluşturarak güvenli yeni yerleşim yerleri kurulmasına ilişkin özel bir düzenlemeden neden vazgeçildiğinin anlaşılabilir hale gelmesi gereklidir. Bu gereklilik hem hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri hem de işlemlerin sebep öğeleri yönünden denetimi için zorunludur. Buna karşın Kanunda ve Yönetmelikte böylesi bir açıklama ve gerekçe yoktur. Her ne kadar, riskli alan ilanı kararlarının afet ortaya çıkmadan, rezerv alan ilanı kararlarının da afet ortaya çıktıktan sonra afet yönetimine yönelik kullanılabileceği, hukuk tekniğine yatkın bir izahat olarak görülse de uygulamada, riskli alan ve rezerv alan uygulamaları birbiri yerine kullanılabilmektedir. Örneğin, Antakya Tarihi Kent Merkezi'nin bir kısmı depremden sonra riskli alan ilan edilmişken, diğer bir kısmı da yine depremden sonra rezerv alan ilan edilmiştir. Fakat, rezerv alan ilanı ile ilgili değişikliğin yapıldığı tarihten sonraki uygulamaların münhasıran rezerv alan uygulamalarına dönüştüğü görülmektedir.

Kanunda riskli alan, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan olarak tanımlanmıştır. Kanunda ve Yönetmelikte riskli alan ve rezerv yapı alanı kavramları farklı tanımlara[20] sahip olmakla birlikte her iki tanım, araçları ve sonuçları yönünden incelendiğinde aralarında hiçbir fark olmadığı anlaşılacaktır. Usulleri yönünden bakıldığında ise yetkili idare ve kararların ilan şartları dışında bir fark görülmemektedir. Buna karşın usul araçları, amaç öğesine ulaşmak için atılacak adımları gösterdiğinden amaçları aynı iki karardan idarenin hangi usul araçlarını tercih edeceğine dair takdir yetkisinin bir "sebebinin" olması gereklidir. Bu sebep ise yukarıda da ifade edildiği üzere Kanunda ve Yönetmelikte somut bir maddi ve hukuki gerekçeye bağlanmamıştır.

Rezerv kelimesi "saklanmış, biriktirilmiş, yedek" anlamına gelmektedir. "Yeni yerleşim yeri" oluşturma amacının rezerv yapı alanı kavramı tanımından çıkarılmasıyla, rezerv yapı alanı belirleme konusunda herhangi bir ayırt edici farklılık kalmadığından halihazırda kent içinde bulunan ve riskli yapı kategorisinde de bulunmayan yapıların bulunduğu alanların saklanmış, yedeklenmiş, biriktirilmiş bir kentsel dönüşüm alanı olduğu sonucu doğmaktadır ve bu mümkün değildir. Bununla birlikte, riskli olmayan

[20] Riskli alan, "*zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alanı"* ve Rezerv alan ise*, "Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya re'sen Bakanlıkça belirlenen alanlar"* olarak tanımlanmaktadır.

alanların ve yapıların da rezerv yapı alanı kapsamında kalması mümkün olduğundan mülkiyet hakkı ihlalini gündeme getireceğinde şüphe yoktur[21].

Diğer yandan, mevcut yerleşim yeri bulunan alanlarda alınacak rezerv yapı alanı kararı ile riskli alan kararı arasında yalnızca yetkili idare açısından bir farklılık kalmıştır. Buna göre riskli alan kararının alınmasında Kanun'un öngördüğü usul Cumhurbaşkanı kararını gerekli kılarken rezerv yapı alanı kararının alınması süreci Kentsel Dönüşüm Başkanlığının onayı ile tamamlanmaktadır. Afet riski olmayan bölgeleri dönüşüm kapsamına alma yetkisi Başkanlığa verilmişken riskli alan kararının Cumhurbaşkanı Kararı ile alınması nedeniyle riskli alan kararı alınması süreci daha uzun, meşakkatlidir. Bu nedenle kentsel dönüşüm uygulamasında son dönemde idarenin rezerv alan kararı almak konusunda bir eğilimi görülmektedir[22] . Çünkü söz konusu dönüşüm iradesi idarede bir kez oluştuktan sonra Kentsel Dönüşüm Başkanlığı kararıyla aynı uygulama işlemlerine ve sonuçlarına ulaşması mümkün olan idarenin bunu Cumhurbaşkanı Kararına sunmasına gerek kalmamaktadır. Bununla birlikte kararın yayın, ilan ve duyuru ile alenileştirilerek idari ve yargısal itirazların büyük çoğunluğundan azade, hızlı uygulamaya geçirilmesi ihtimali doğmaktadır.

IV. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ VE KANUN İLİŞKİSİ

Düzenleyici işlemler idarenin düzenleme yapma yetkisinin bir sonucudur. Bu yetki, kanundan kaynaklanmayan hiçbir yetkinin kullanılamayacağını ifade eden idarenin kanuniliği ilkesine uygun kullanılmalıdır[23]. Düzenleyici işlemler kanundan aldıkları yetkiyi kanunun gösterdiği sınırlar içinde kanunda gösterilen konularda süre, coğrafi alan, makam ve kişi yönünden ifade edilen

[21] "Ömrünü tamamlayan yapıların tespit edilip yenilenmesi ve afet riski bulunan inşai faaliyete uygun olmayan alanların düzenlenmesi amacını taşıyan kentsel dönüşümde, "rezerv yapı alanı" daha önce yerinde dönüşüm yapmanın mümkün olmadığı alanları zorunlu olarak belirlenen rezerv yapı alanlarına taşımak için kullanılıyordu. Yani rezerv yapı alanları yeni yerleşim yerleri olarak düzenleniyordu. Fakat "yeni yerleşim yeri" kriteri kalktığında, artık afet riskli alan kavramı ile rezerv yapı alanı kavramlarının iç içe gireceğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu durumda mevcut yerleşim alanları rezerv yapı alanı olarak belirlendikten sonra farklı bir amaca ayrılırsa yeni sorunlar çıkabileceği açıktır." Bilgin, Gökhan, Kentsel Dönüşüm, https://bilginhukuk.av.tr/kentsel-donusum/ (Erişim Tarihi 7 Aralık 2024)

[22] İmar planlama faaliyetlerinde kanun koyucu tarafından belirlenen usul kurallarına göre hareket edilmesinin mülkiyet hakkı ve ilgili diğer hakların korunması açısından bir gereklilik olduğuna dair örnek Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, T. 3,5.1.2006, E.2005/98, K. 2006 (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Do syalar/Kararlar/KararPDF/2006-3-nrm.pdf)

[23] Akbulut, s. 428

çerçevede kullanarak düzenlemeler yapabilir. Anayasanın 124. maddesinde de Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri belirtilerek yönetmeliklerin amacı ifade edilmektedir. Bu noktada yönetmeliklerin kanunun uygulanmasını sağlayacak ayrıntıları, usul ve araçları düzenlemek suretiyle kanunu açıklığa kavuşturan, kanunun soyut kavram ve düzenlemelerini açıklayarak somutlaştırmaya yarayan düzenleyici işlemler olduğunda şüphe yoktur. İdareye hakim kanunilik ilkesi, yasama yetkisinin asliliğine paralel biçimde ikincil niteliktedir[24]. Bu nedenle kanunla düzenlenmeyen, onun kapsam, sınır ve amacını aşan ya da ona aykırı bir düzenlemeye yönetmelikte yer vermek ilkeye aykırıdır.

İdari işlemin sebebi, idareyi işlemi yapmaya sevk eden maddi ve/veya hukuki gerekçedir. Buna göre işlemin yapılmasına neden olan gerekçenin maddi olarak ya da hukuken ortaya konulabilir olması idari işlemin hukuka uygun olmasının koşuludur[25]. Rezerv alan kararı alınması gerekçesi "Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalar" olduğundan, söz konusu yönetmelikte "Rezerv yapı alanının tespiti" başlıklı 4. madde ile Kanundaki "kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulama işlemleri"nin neler olduğunun ve sonuçlarının incelenmesi gereklidir. Rezerv alan kararı, Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulama işlemlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla alındığından, uygulama işlemlerinden beklenen hukuki sonuç, rezerv alan kararının da sebebini oluşturacaktır. Buna göre, "Kanun kapsamındaki uygulamaları" hayata geçirme amacı, idarenin alan ölçekli kararının uygulama işleminden farklı ve somut bir sebep taşımadığını ortaya koymaktadır.

Rezerv yapı alanı tanımındaki "yeni yerleşim yerleri belirleme" ifadesinin de yönetmelikten kaldırılmasıyla, "kanundaki soyut düzenlemenin açıklamasını ve uygulamasını sağlayacak sebep öğesi mevzuat uyarınca nasıl anlaşılmalı ve yargılama faaliyetleri sırasında hukukilik denetimi nasıl yapılmalıdır?" sorusu gündeme gelir. Bu yönüyle Kanundaki tanımın yönetmelikte tekrar edilmesi "idarenin rezerv yapı alanı kararının yeri/alanı/sınırlarını belirleme konusundaki takdir yetkisinin sınırları ne olacaktır ve bu sınırın denetimi nasıl mümkün olacaktır?" sorularını da peşi sıra sordurmaktadır. Kanunda gösterilmeyen bir sebebin yalnızca yönetmelikle

[24] Öztürk, s. 127.

[25] Kaya, 2021.

düzenlenmesi de kanunilik ilkesine aykırı olacağından söz konusu sebeplere ilişkin çerçevenin de kanunda belirtilmesi gerekirdi. Fakat, bu konudaki boşluğun içtihatlarla[26], rezerv alan ilanı kararlarının "şehircilik, planlama ilkeleri ve afet yönetimi stratejileriyle" bağı kurularak, her somut vakada doldurulması mümkündür.

Bu noktada yasamanın düzenleme yetkisinin sınırlarını, haklar bağlamında değerlendirmek önemlidir. Haklar, Anayasada belirtilen sebeplerle ve ancak kanunda düzenlenmesi halinde sınırlanabilir. Kent ölçeğinde hakların kullanımının en genel anlamda, planlama ve şehircilik ilkeleri doğrultusunda anlaşılması gerektiği açıktır. Kent ölçeğinde de hakların sınırlamasındaki genel ölçüt, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olunmamasıdır. Özel ölçüt ise, kent olarak sosyal, ekonomik, ekolojik, kültürel koşulların sürdürülebilir kılınmasına ilişkin ilkelerdir. Bu özel ölçüt, her şehir için farklılık taşısa da temel olarak, afet gibi etkisi tüm sosyal katmanları etkileyen sorunlarda, şehrin kamusal ihtiyaçlarını karşılamak gibi genel bir gerekliliğe yaslanır. Bu kentsel kamusal ihtiyaçlar, alt yapının, üst yapının yeniden ihyasından, ortak alanların yeniden oluşturulmasına, kentin idari yapısı gözetilerek mahalle, köy, ilçe, il ölçeğinde mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamadaki zarureti kriter olarak alabilir. Bu mahalli müşterek ihtiyaç, bir yandan kentin çevre düzeni planı, strateji planından diğer yandan rezerv alan ilanı kararına konu ilçenin veya ilin imar planlarından dayanak alarak ortaya konulmakla, hakların sınırlandırılması yoluna gidilebilir. Bu genel ve özel sınırlandırma biçimleri olmaksızın alınacak kararlarda hukuka uygunluk kriterlerinin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Diğer yandan, Anayasada sınırlama sebebinin soyut ve belirsiz kavramlarla ifade edildiği hallerde sebebi açıklığa kavuşturan ve somutlaştıran araç yine ancak kanunun lafzı olacaktır. Anayasaya göre mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Bu halde, mülkiyet hakkının sınırlanmasına konu edilen "kamu yararı"nın ne olduğunu belirleyecek olan, Kanun'un düzenlemesidir. 6306 sayılı Kanuna göre inceleme konusu olan rezerv yapı

[26] Çıtak'ın da haklılıkla ifade ettiği üzere "idare hukukunun içtihadi karakteri ile idarenin kanuniliği ilkesi, ilk bakışta birbiriyle çelişiyormuş gibi görünür. (…) idari kanunların yalnızca idareyi muhatap alıp, evvela idarece uygulandığı ve idari yargıcın aslında praeter legem konumda bulunduğu hatırlanırsa, çelişki zannı kaybolur ve içtihadi kuralların bilakis idarenin kanuna tam uygunluğunu denetleyebilmek için üretildiği anlaşılır." Çıtak, s. 99

alanı sınırları içindeki mülkiyet haklarını sınırlandıran kararın "kanunun uygulama işlemlerini" hayata geçirmek amacıyla alınması nedeniyle "kamu yararı", kanun kapsamındaki "uygulama işlemleri" yani kentsel dönüşümün uygulama araçlarıdır. Fakat bu işlemler bir sebep değil, sonuçtur ve kamu yararını açıklamak için geçerli bir sebep olabilmesi için Yönetmeliğin uygulama işlemlerine dair kararın gerekçesini de ortaya koyması gereklidir. Bunun olmadığı koşullarda, idarenin kent içinde ya da dışında rezerv yapı alanı ilanı için somut gerekçesinin olamayacağı sonucu çıkmaz. Ancak bu durumda da, yukarda belirlediğimiz gibi, temel hakların sınırlandırılmasına dair özel ve genel sınırlandırma sebeplerinin, bilimsel dayanakları ile ortaya konulması gerekir.

Anayasada ifade edildiği üzere mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığına dair denetimin kapsamını kentsel karar alma süreçlerinde bu özel ve genel sınırlandırma biçimleriyle birlikte düşünmek gerekir. Çünkü idarenin takdir yetkisi sınırsız bir yetki olmadığı gibi denetlenemez bir yetki de değildir. Bu noktada takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesi, alanın rezerv yapı alanı ilan edilip edilmemesi kadar, rezerv yapı alanı sınırlarının belirlenmesi ile bu alan içinde hangi uygulama işlemlerinin tesis edileceği kararı arasındaki ilişkinin kurulmasıyla mümkündür. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın sebebi ile tedbir arasındaki amaç-sonuç ilişkisinin ortaya konulabilmesi için rezerv yapı alanı kararının alınmasına dayanak sebebin ortaya konulabilir olması gereklidir.

Afet risklerine karşı idarenin önlem ve tedbir alma, denetim yapma görevi ve yetkisi olduğu kuşkusuz olmakla birlikte bu risklere karşı hangi plan, yöntem ve işlemleri seçeceği takdir yetkisini somutlaştıran ve denetlenebilir kılan araçlardır. Bu nedenle idarenin afetlere karşı kentlerin dirençliliğini arttırma amacını yerine getirirken bir alanın riskli olduğunu, bir yapının dayanıksız olduğunu bilimsel, fenni, teknolojik imkanlarıyla kolaylıkla belirlemesi mümkün ve zorunludur. Buna karşın rezerv alan içinde risksiz bölgelerin bulunup bulunmadığı, alan içinde riskli yapıların bulunup bulunmadığı gibi bilimsel/teknik incelemelerin de yapılması gerekli olmalıdır. Buna karşın, Kanunda ve Yönetmelikte bu yönde düzenlemeler bulunmamasının kararın hukuki denetimini güçleştirdiği söylenmelidir.

V. REZERV YAPI ALANI KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilindiği üzere, rezerv alan kararı idarenin kanunda belirtilen uygulama işlemlerini hayata geçirmek üzere aldığı kararlardan olduğu için uygulama

işleminden ayrı bir idari işlemdir. Bu nedenle söz konusu uygulama işlemine dayanak düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir.

Danıştay'ın "Dosyanın incelenmesinden; bakılmakta olan davanın İstanbul İli, Beykoz İlçesi, … mahallesinde bulunan … ada, … parsel sayılı taşınmazın 6306 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığının … tarihli ve … sayılı Olur'u ile "rezerv yapı alanı" olarak belirlenmesi işleminin iptali istemiyle açıldığı, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri gereğince işbu davanın, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülecek davalardan olmadığı, uyuşmazlığın görevli ve yetkili İstanbul İdare Mahkemesince incelenmesi gerektiği anlaşılmıştır."[27] kararında da görüldüğü üzere rezerv yapı alanı kararlarının idare mahkemelerinin görev ve yetki alanına girmesinin nedeni kararda açıkça belirtilmemekle birlikte Danıştay'ın görev ve yetkisi içine girmediği ve bu yönüyle de düzenleyici işlem olarak kabul edilmişse bile " ülke genelinde uygulanan" düzenleyici işlem olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Rezerv yapı alanı kararları bir bölgedeki kentleşmenin yönünü, biçimini, yapılaşma yoğunluğunu belirlemek amacıyla ülke genelindeki afet risklerinin etkilerini azaltacak yapılaşma, kentsel alan düzenleme, sanayi, tarım, yeşil alan, orman, zeytinlik, kültür ve tabiat varlıklarının dağılımını düzenleyerek etki ve sonuçlarını ülke genelinde gösteren alan kararlarıdır. Bu kararlar her ne kadar o alanın ölçeğiyle o bölgenin sınırları üzerinde etki gösterir gibi görünse de etkileri yönünden ülke genelinde deprem gibi afetlere karşı etki dirençliliği sağlayacak fiziksel, ekonomik, sosyal planlamayı değiştiren, üst ölçekli sosyo-ekonomik plan, programlara uygun değişikliklerdir. Bu yönüyle bir bölgedeki yapılaşmayı değiştirme, yeni kent yaratma, kent içi ve dışı alanın kullanım kararlarını belirleme yetkisi, ülkenin tarımsal üretim biçimi, sanayileşme yönü, insan hareketliliği, yapı türü ve biçimi, ulaşım ve ticaret üzerinde de etkiler doğurmaktadır. Rezerv alan kararı salt fiziksel görünmekle birlikte konusu ve amacı genel fakat özel bir alana ilişkin kararlardır. Bu kararlar soyut, bir kez kullanılmakla tükenmeyen, muhataplarını ismen ve tek tek belirlemeyerek alanı içinde bulunan herkesi/herşeyi etkileyen ve kendisine dayanılarak pek çok uygulama işlemi tesis edilebilen kararlardır.

Bununla birlikte, rezerv yapı alanı kararının konusu tek bir alandır ve uygulama işlemlerinden bağımsız olarak da hukuk dünyasında etki ve sonuç doğururlar. Bu yönüyle "genel karar", "karma işlem", "ara işlem", "somut olay

[27] D. 6.D. T. 19.09.2021, E.2021/ 6553, K. 2021/9376.

işlemi", "özel işlem" isimleriyle de anılan karma nitelikte bir karar olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte yargı kararlarında açıkça adı konmamış olsa da genel karar[28] kategorisinde olduğu açık olan rezerv alan kararlarının birel işlemin mi yoksa düzenleyici işlemin mi hukuki rejimine tabi tutulacağı, tıpkı riskli alan kararlarında olduğu gibi, uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin tespiti açısından önem taşımasının yanı sıra bu işlemlerin duyurulması noktasında da önemlidir. Danıştay'ın genel yaklaşımı düzenleyici veya birel işlem olmaya bağlı hukuki sonuçların, genel kararlar açısından işlemin ağır basan niteliğine göre değerlendirilmesi yönündedir[29]. Buna göre Danıştay'ın yaklaşımı, "turizm bölgesi ilanı, imar planı gibi hususlarda düzenleyici işlemden yana kendini göstermekteyken; EPDK kararı, grev erteleme kararı ve sınav ilanı gibi işlemlerde birel işlemden yana kendini göstermektedir."[30] Danıştay, 6. Dairesinin,

"(...)iptali istenen işlemin, Bakanlar Kurulu kararı (Cumhurbaşkanı kararı, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlem) ya da ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerden olmadığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından Rezerv Yapı Alanı olarak ilanına ilişkin işlemin iptali isteminden kaynaklandığı, dolayısıyla 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinde belirlenen kapsamda açılmış bir dava olarak kabulüne olanak bulunmadığından, uyuşmazlığın çözümünde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay görevli olmayıp, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 34/1. maddesi uyarınca Ankara İdare Mahkemesi görevli ve yetkili bulunmaktadır."[31]

kararında da bu sonuca ulaşıldığı ifade edilebilir.

Danıştay kararlarından anlaşılan, tıpkı imar planları gibi[32] rezerv yapı alanı kararlarının da genel karar olarak kabul edilmesi yerinde olmakla birlikte düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tabi oldukları için düzenleyici işlem

[28] "… bazı idari işlemlerin, «genel» olmalarına karşın, düzenleyici işlem niteliğinde olmadıklarını da belirtmek gerekir. Bir işlemin kural (düzenleme) olup olmadığı, salt bunları yapanların niteliklerine göre değil, bu işlemlerin içerikleri ve doğurdukları hukuksal sonuçlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle saptanmalıdır." D 5.D, T. 13.02.2008, E. 2007/7830, K. 2008/772 (http://emsal. danistay.uyap.gov.tr).

[29] Yıldız/ Düğer, s.45

[30] Yıldız/Düğer, s.45.

[31] D 6.D, T. 21.1.2021, 2020/11303 E., 2021/379 K.; D 6.D, T. 17.12.2020, 2020/10847 E., 2020/13150 K.

[32] Yıldız/Düğer, s. 41.

gibi değerlendirildikleri ve buna rağmen ülke genelinde uygulanmadıklarının kabul edildiğidir. Diğer yandan, yine Danıştay kimi riskli alan kararlarına karşı açılan davalarda verdiği kararlarda, kararın yalnızca davacı malik yönünden sonuç doğurduğunu ve iptal kararının sonuçlarının apartmandaki bu tek davacı yönünden geçerli olduğuna hükmettiğinden[33] yıkılan bina nedeniyle davacı yönünden de kararı uygulanamaz kılacak önemli bir yorum yanlışı yapmaktadır.

VI. REZERV YAPI ALANI KARARLARINA KARŞI DAVA AÇMA SÜRESİ VE SÜRENİN BAŞLANGICI SORUNU

Rezerv yapı alanı kararlarına karşı dava açma süreleri, idari işlem olmaları nedeniyle, yazılı bildirimleri üzerine başlamaktadır. Diğer yandan ilan/duyurunun idari işlemin uygulanması üzerindeki etkisi ile yazılı bildirimin ilgilileri üzerindeki etkileri birbirinden farklı olduğundan alan ölçeğinde etki ve sonuç doğuran diğer yandan mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan etki eden bu kararların yazılı bildirim zamanları ile yazılı bildirimin yöntemi önem arz etmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun dava açma süresi başlıklı 7. maddesinde ilanı gereken düzenleyici işlemlerin dava açma süresinin ilan üzerine başladığını belirterek dava açma süresine ilişkin genel bir düzenleme yapılmıştır. Düzenleme idari işlemlere karşı dava açma sürelerine ilişkin bir maddedir. Bu yönüyle ilgililerin hak arama hürriyetlerinin süre ile sınırlandırılmasına ilişkin genel kanuni düzenlemedir. Bu kanunda özel kanunlarla bu süreye ilişkin farklı düzenlemeler getirilebileceği düzenlenmiştir.

Riskli alan kararına ve rezerv yapı alanlarına karşı dava açma sürelerine ilişkin olarak ise 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında, Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabileceği düzenlenerek özel bir dava açma süresi öngörülmüştür. Bu madde ile ilgili olarak dikkat çeken hususlardan ilki, madde başlığının "Uygulama İşlemleri" olması ve diğeri de 9. fıkrada "Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemler" ibaresiyle hem düzenleyici ve hem de birel işlemlerle gerçekleşen uygulama işlemlerini kapsayacak bir ifadenin kullanılmış olmasıdır.

[33] D. 14.D, T.17.2.20, E.162014/285, K.2016/971. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.20.10.201, E.62016/2663, K.2016/2714.

Danıştay Ondördüncü Dairesi'nin 24/10/2014 günlü, E: 2014/6188, K: 2014/8868 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulmasına ilişkin DİDDK'nun E. 2015/483, K. 2015/1447 sayılı kararı doğrultusunda 6306 sayılı kanun kapsamında alınan kararın ilgililere tebliğ edilmesi halinde dava açma süresinin 30 gün ve aksi halde öğrenme tarihinden itibaren 60 gün olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, 6306 sayılı Kanun'un 6.maddesinin 9. fıkrasında kararlar arasında hukuki niteliklerine göre bir ayrım gözetilmeksizin "Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir." hükmünün rezerv yapı alanı kararlarını da kapsadığı ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre daha özel bir düzenlemeyle rezerv yapı alanı kararlarına karşı 30 günlük daha kısa bir dava açma süresinin düzenlendiği kabul edilmektedir.

Başta mülkiyet hakkı, çevre hakkı gibi pek çok hak üzerinde doğrudan etki ve sonuç doğuran rezerv yapı alanı kararı düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tâbi olmasına karşın dava açma süresi, rezerv yapı alanı kararını dayanak alan uygulama işleminin ilgilisine tebliği ile başlatılmaktadır. Bu uygulamanın ilk bakışta ilgililerin dava açma sürelerini geniş yorumlamayı sağlayarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca bu işlemin dayanağı olan rezerv yapı alanı kararına karşı da dava açma süresini uzatması açısından hak arama hürriyetini genişlettiği söylenebilir. Buna karşın, rezerv yapı alanı kararlarının ilan, askı, duyuru yöntemleriyle alenileştirilmemesi, bu işlemden "menfaat"i etkilenen ilgililerin menfaatlerinin etkilendiği aşamada işlemden haberdar olamamalarına ve sonuç olarak rezerv yapı alanı gibi bu alanda doğrudan hak sahibi olmayan kişilerin de menfaatlerini etkileyen bir işlemin "diğer" ilgililerinin bu işlemden, bu işlemin kapsamından ve bu alandaki uygulamalardan kaynaklanan hususlarla ilgili hukuka uygunluk denetimi için başvuru yollarına geç kavuşmalarına neden olmaktadır[34]. Diğer yandan, rezerv yapı alanlarının ilan, duyuru ve askı işlemleri ile alenileştirilmesini engelleyen bir düzenlemenin Kanunda ve Yönetmelikte yer almaması bir yana, bu işlemin duyuru, ilan ve askı yoluyla alenileştirilmemesine neden olacak dayanak bir düzenleme de ilgili mevzuatta açıkça öngörülmemektedir.

6306 sayılı Kanunda, kanun kapsamındaki işlemlere karşı dava açma

[34] İptal davasının idarenin hukuk devleti sınırları dışına çıkmasını engellemedeki rolü ile idarenin hukuka bağlılığının ve hukuk düzeninin korunmasındaki önemi dikkate alındığında, söz konusu farklılığın etkisinin hukuk devleti açısından kabul edilemez sonuçları olduğu ifade edilmelidir. Konuyla ilgili olarak bkz. Yücesoy, s. 56

süresinin başlangıç tarihinin ilgililerine tebliği olarak düzenlenmesi de düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tâbi olan rezerv yapı alanı kararlarının ilan edilmemesinin dayanağı olamaz. Bu düzenlemenin başlığı "uygulama işlemleri"dir ve bu madde başlığıyla uyumlu olarak 9. fıkrada söz edilen idari işlemlerin yalnızca uygulama işlemlerini kapsayacak biçimde ele alınması gereklidir. Bu noktada kanun koyucunun madde başlığında yer alan "uygulama işlemleri" ile kanun kapsamındaki tüm işlemleri kastettiği ve düzenleyici ya da birel işlem ayrımı yapmadığı varsayımında bulunulabilir. Ancak madde içeriğinde düzenleyici işlemlerin tesis edilmesi ve uygulanması hakkında esas ve usule ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde ise "düzenleyici işlem" ve "uygulama işlemi" terimleri kullanılmıştır. Konu dava açma süresinin başlangıcına ilişkin olduğundan ve referans norm genel kanundaki düzenleme olacağından İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde her iki terim, dava açma süresine etki etme bağlamında ele alınmalıdır[35]. Her ne kadar ilgililerin hukuki durumlarında değişikliğe neden olan işlemlerin de "uygulama işlemi" olarak adlandırılması mümkünse de, bu noktada dayanak işlem-uygulama işlemi kavramlarının rezerv yapı alanı kararı ile bu kararı dayanak alan uygulama kararları söz konusu olduğunda açıklığa kavuşturulması gereklidir. Kanunun uygulama işlemleri başlıklı 6. Maddesinde rezerv yapı kararının alınmasından sonra yapılacak işlemler ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğundan burada rezerv yapı alanı kararını dayanak alarak yapılan uygulama işlemlerinin ayrıca düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle ve bunu destekler biçimde Kanun'un rezerv yapı alanı kararının düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tabi olması nedeniyle yazılılık, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bağlamında, dava açma süresinin başlama tarihine ve sürelere ilişkin genel kurala da istisna getiren özel süre öngördüğünün açık ve anlaşılır biçimde düzenlenmesi gereklidir.

Yapılan açıklamalar ışığında konu iki yönden değerlendirilmelidir. Bunlardan ilki rezerv yapı alanı kararlarına karşı iptal davası açabilecek "ilgililer" yönünden menfaat ilişkisinin rezerv yapı alanı kararı ile değil, buna dayanılarak yapılan kanunun uygulama işlemi ile kurulan dolaylı bir ilişki biçimine sokulması ve ikincisi rezerv yapı alanı kararlarının ayrıca ilan edilmiyor olması nedeniyle tebligat tarafı olmayan ilgilileri yönünden dava açma süresini öğrenme tarihiyle başlatmasıdır. Bu "öğrenme" ise, rezerv yapı alanı kararının alınması üzerine yıkım, tahliye vb uygulama işlemlerinin

[35] Kibar, s. 15.

çoktan başlamış olması nedeniyle açılan davaları sonuçları yönünden etkisiz hale getirebilmektedir.

Sonuç olarak rezerv yapı alanı kararları bireysel idari işlemler gibi tebliğ ile başlayan bir dava açma süresine tabi kılınarak bir alanın rezerv yapı alanı olarak ilanıyla menfaatinin ihlal edildiğini düşünen ilgililerin hak arama hürriyetleri kısıtlanmakta, en iyi ihtimalde etkisiz bir yargısal yola terk edilmektedir. Bu yönüyle doğrudan bir bölgeye ilişkin olmakla birlikte ülkenin tamamını da ilgilendiren bir kararın ilgilileri tarafından öğrenilmesi Kanunda açık bir düzenleme olmamasına karşın sınırlandırılmıştır. "İlgili" sıfatıyla dava açma hakkı ile donatılanlar ise rezerv yapı alanı içindeki "hak sahipleri" olarak daraltılmaktadır.

Rezerv yapı alanı kararının ilanı/duyurusu/askısının yapılmamasının dayanağı olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4 maddesinin ileri sürülmesi de yerinde olmayacaktır. Maddede yer alan "İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar." düzenlemesinden, kimi düzenleyici işlemlerin ilanı gerekmediği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Yasa koyucu bu madde kapsamında düzenleyici işlem türlerini "ilanı gerekenler/gerekmeyenler" ayrımı içinde bir belirleme yapma gayesiyle hareket etmemiş, düzenleyici işlemlerin ilanı gerektiğini belirterek dava açma süresinin bu tarihi izleyen günden itibaren başlayacağını düzenlemek istemiştir. Yine yukarıda da ifade ettiğimiz gibi söz konusu madde başlığı dava açma süreleridir ve madde kapsamında ya da başka bir maddede "ilanı gerekmeyen düzenleyici işlemler" gibi bir kategori ile ilgili bir düzenleme yoktur. Bu nedenle bir an olsun ilanı gerekmeyen düzenleyici işlemler gibi bir kategorinin özel bir kanunla oluşturulduğu kabul edilmiş olsa bile, bu işlemlere karşı dava açma süresinin ne zaman başlayacağına dair açık bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Dava açma süreleri öngörülmemiş bir düzenleyici işlem kategorisini "ilanı gerekmeyen düzenleyici işlemler" olarak kabul ederek dava açma süresini tebligat ile başlatmak kanunilik ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırıdır. Diğer yandan düzenleyici işlemlerin yöneldikleri kişiler ismen ya da tek tek belirlenemez olduklarından, etki ve sonuçları her ne kadar uygulandıkları an tükenmese de alan ölçeğindeki kararlar açısından uygulama kararlarıyla etkileri giderilemez (geri dönülemez) sonuçlar doğurduklarından iptal kararlarının amaçları ve sonuçları yönünden de mahkeme kararlarının uygulanamaz hale getirilmesine neden olduğu açıktır.

Diğer yandan mevzuatta ilanı gerekmediği varsayılan bir düzenleyici

işlem kategorinin bulunmaması bir yana böylesi bir kategorinin oluşturulması için kanunda açıkça hangi düzenleyici işlemlerin ilanının gerekmediğinin düzenlenmemiş olması da belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri gibi hukuk devletinin en asli ilkelerinin hak arama hürriyeti açısından geçersiz hale getirilmesi anlamına gelecektir.

VII. "HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ"

Mevzuatta rezerv alan kararlarına karşı özel bir itiraz yolu öngörülmemiştir. İdarenin alınan bir karara karşı ilgilileri tarafından yapılacak itirazla kararı bir kez daha gözden geçirmesi ve varsa hukuka aykırılıklarını gözeterek işlemi geri alması mümkünken idarenin işlemin yerindeliği konusunda itiraz üzerine yapacağı son bir değerlendirme de işlemin etki ve sonuçlarını ortadan kaldırabilecektir. İtiraz yolu, idarenin işleminin denetlenmesi açısından önemli bir rol oynamaktadır. Bu yönüyle yapılacak itirazın gerekçesinin ilgililerin hak arama hürriyetleri ve işlemin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından önemli olduğu kuşkusuzdur. Buna göre, idarenin rezerv yapı alanı kararı almasının sebebinin Kanun'un uygulama işlemlerinin gerçekleştirilmesi olarak belirtilmesi nedeniyle ilgililerin itiraz sebeplerinin bu uygulama işlemleri ile ilgili olabileceği söylenebilir. Ancak mevzuat, idarenin Kanunda düzenlenen uygulama işlemlerine dair karar almasında idareye açık bir sebep gösterme zorunluluğu getirmemiştir. Bu açıdan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında yapılacak itirazlar için de itiraz sahibini çoğu kez "gerekçesiz" bırakmıştır.

Bir idari başvuru yolunun bulunması, bu yolun etkin bir yol olması halinde hukuka uygun idarenin tesisinde rol oynayabilir. Zira idare bir kez Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalardan birine karar vermişse bir alanı rezerv yapı alanı olarak belirledikten sonra hak sahiplerinin yapılarının ya da bölgelerinin riskli olmadığını, mülkiyet hakları gereği yapı üzerindeki tasarruf yetkilerinden vazgeçmek istemediklerini ya da rezerv alan kararı alınmasına dayanak bilimsel verinin tutarsız olduğunu ileri sürerek yaptıkları itirazlara karşı, kararı alan idare kolaylıkla yapılarının ya da bölgelerinin riskli olmasının ya da mevzuatta herhangi bir bilimsel objektif verinin zaten aranmadığını belirterek itirazı reddetmesi mümkündür. Çünkü Yönetmeliğin 4. maddesinde belirtildiği üzere, rezerv alan kararına dayanak göstermesi gereken idarenin dayanak raporu "gözleme" dayalıdır.

Ampirik veri, duyu deneyimi veya deneysel prosedür tarafından

oluşturulan veya erişilebilen delil olarak tanımlanmaktadır[36]. Böylesi bir veriyle yapılan raporlamaya dayanarak bir alanın tüm tasarruf yetkisini üzerine alan idare, ilgililerin itirazlarının konusu bir hakka dayansa da, mevzuata göre, bu itirazı kolaylıkla reddedebilecektir. Bu hakların içinde özel mülkiyete bağlı haklar da bulunmaktadır. Bu noktada mevzuata göre idarenin dikkatle yanıt vermesi gereken tek itiraz, ilgililerin taşınmazlarının idarenin belirlediği rezerv yapı alanının dışında kaldığı itirazı olabilmektedir. Sonuç olarak idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamaya yönelik etkili bir iç denetim sağlama gücü olan idari itiraz yolunun alanı daraltılmış, idareyi işlemini yerindelik yönünden gözden geçirmeye yönelik denetimini de "sınırsız bir takdir yetkisiyle" kentsel dönüşüm uygulaması yapma iradesini gözden geçirmeye terk etmiştir.

Bu görüşümüzü destekler nitelikte olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. Fıkrasının ç bendinde yer alan "gözlemsel veriye dayanan rapor" ifadesinin hiçbir bilimsel esasa dayanmadığı iddiasıyla yürütülmesinin durdurulması talebine ilişkin olarak,

" *(...) riskli alanların belirlenmesi sırasında hangi durumlarda gözlemsel verilere dayalı gerekçe raporu hazırlanması zorunluluğu bulunduğu hangi durumlarda böyle bir zorunluluğunun bulunmadığı konusunda gerek uygulamayı yapacak olan idarece gerekse de bu uygulamaların yargısal denetimini yapacak yargı mercilerince tereddütte düşüleceği açıktır. (...) Yönetmelik'in dayanağı olan 6306 sayılı Kanun'daki rezerv yapı alanı tanımının değiştirildiği, bu alanların yeni yerleşim alanı olarak kullanılması zorunluluğunun kaldırıldığı ve Kanun kapsamında gerçekleştirilecek her türlü uygulamalarda kullanılmasına imkan tanındığı, böylece rezerv yapı alanlarının kullanım amaçlarının genişletildiği anlaşıldığından, dava konusu düzenlemede rezerv yapı alanları belirlenirken gözlemsel veriye dayalı gerekçe raporu alınması zorunluluğunun yeni yerleşim yeri alanı olarak kullanılıp kullanılmayacağı kıstasına göre belirlenmesinde, Kanun'un halihazırda yürürlükte bulunan hükmüne de uyarlık görülmemiştir."*[37]

kararı vermiştir.

Bilindiği üzere idari işlemin gerekçesinin duyurulması yönündeki usul kuralları da idari itiraz ile yakından ilişkilidir.[38] Buna karşın rezerv yapı alanı

[36] Usta, s. 184.

[37] D. İDDK, T.16/04/2024, YD İtiraz No 2024/143.

[38] Hacımuratlar, 2011.

kararlarının duyurulması, ilan, askı ya da yayın yoluyla yapılması gereken işlemler arasında sayılmaması bir yana, uygulamada ilgililerin uygulama işlemi kendilerine tebliğ edildiğinde rezerv yapı alanı kararlarından haberdar olacakları bir "öğrenme" sürecine tabi tutulmuştur.

İdari Yargılama Usulü Kanunun 7/4.maddesinin son cümlesinin incelemesinden, bireysel işlemle birlikte dava edilen düzenleyici işlemin iptal talebi reddedilse veya düzenleyici işlem hiç dava konusu edilmemiş olsa bile bu durumun birel işlemin iptaline engel olmayacağı anlaşılmaktadır.[39] Bu hükme göre İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4.maddesinin son cümlesinin "iptal davası ile sağlanabilecek olağan sonuç dışında bir amaç güttüğü ve bu amacın da, üst norma aykırı olan ancak süresi içinde dava konusu edilerek iptal edilemeyen düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilen birel işlemlerin düzenleyici işlem ihmal edilerek üst hukuk normuna göre denetlenmesi için hakime yetki vermek olduğu ifade edilmektedir."[40] Bu yorum, YASİN'in haklılıkla ifade ettiği üzere hem yasama tekniği hem de idari yargının işlev ve amacı bakımından isabetli olacaktır ve bu yorumun ancak/yalnızca idari yargı yerleri tarafından kullanılabilir bir yetki olarak kabul edilmesi gereklidir. Aksi halde idarelerin de iptal edilmemiş kimi düzenleyici işlemleri yorum yoluyla değerlendirerek uygulamada ihmal etmesi sonucu doğacaktır ki hukuka aykırı uygulamaların aralık kapısı sonuna kadar açılmış olacaktır.

SONUÇ

Kentsel süreçlerdeki hızlı değişimlere, yaşanan ekolojik, jeolojik, sosyolojik dönüşümler de eklemlendiğinde, hukuk kurallarının anlam ve biçimi de yeniden üretilir. Bu kapsamda, belli bir dönemde afet öncesi riskleri azaltmaya yönelik ortaya çıkan mevzuatın da dönüşmesi kaçınılmaz olarak görülebilir. Ancak, afetlerin baş döndürücü hızı, her seferinde yeni bambaşka afetlerin de gündemde olduğunu hatırlatmaktadır. Bu nedenle 6306 sayılı Kanun'un ve uygulamaya yönelik kavramların dönüşmesi, afet sonrasında kentsel yaşamın yeniden düzenlenmesi olarak görülse ve izah edilse de bu aşamada yapılacak her türlü hazırlığın aynı zamanda bir sonraki afete yönelik bir risk azaltım süreci olduğu da düşünülmek zorundadır.

Bu bağlamda da yapılan açıklamalar ışığında 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı maddesinde rezerv yapı alanı

[39] Yasin, s. 12.

[40] Yasin, s. 12.

kavramında yapılan değişikliğin Kanunda yer alan tanımdaki ifadelerle birebir aynı olması nedeniyle tanımın kanuna aykırı olup olmadığına dair denetimde referans düzenlemenin 6306 sayılı Kanun olacağı açıktır. Ancak bu referansın hiçbir zaman, planlama, şehircilik ilkeleri ve afet azaltım stratejilerinden bağımsız bir anlam taşımadığı da bir gerçektir.

Bu denetimin doğal bir sonucu olarak rezerv yapı alanlarının yeni yerleşim alanı kurma amacının madde içeriğinden çıkarılmış olmasına rağmen, Kanun'un, döngüsel bir nitelik taşıyan afetlere karşı, afetin öncesinde ve sonrasında, bu riski azaltacak bir şehircilik ve planlama yaklaşımı geliştirme iradesiyle idareleri sınırlı tuttuğu kabul edilebilir. Bu doğrultuda Kanun'un bu amacına ve kapsamına uygun olarak idarelerin rezerv alan ilanı kararlarında, genel ve özel kanuna uygunluk kriterlerine göre hareket ederek, afet risklerine yönelik tedbirlerin maddi ve hukuki sebeplerini ortaya koymaları gerekir. Bu afet riski azaltım stratejisinin uygulama aracı olarak Kanun ve uygulama yönetmeliği, geçiş dönemlerinde idarenin sınırsız yetki kullandığı, parsel odaklı bir kentsel yapı stoğunu arttırma amacına yönelik kullanılamaz, aksi bir durum idarelerin işlemlerin yargı yerlerince iptal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Akıllıoğlu, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S.2, s. 3-15.

Babacan, Belma, "Planlama İlkeleri, Şehircilik Esasları ve Kamu Yararı Kavramları", Bilirkişilik Uygulama Alanları, Sorunlar, Öneriler Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 18-19 Aralık 2008, TMMOB Mimarlar Odası Yayını, 2010.

Bilgin, Gökhan, Kentsel Dönüşüm, (https://bilginhukuk.av.tr/kentsel-donusum, Erişim Tarihi: 7.12.2024)

Cengiz, Hüseyin, "Yasal Çerçeve, Şehircilik ve Planlama İlkeleri ve İmar Uygulamaları", 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Üçüncü Kitap Çeşitli İdare Hukuku Konuları Ankara 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1992.

Çıtak, Halim Alperen, İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

Gül, İbrahim, "Danıştay Kararlarında "Kamu Yararı" Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, 2014, S.2, s. 533-552.

Günay, Baykan, "Şehircilik İlkeleri, Planlama Esasları, Kamu Yararı", Kentleri Korumak, Savunmak Kolokyumu Bildiriler Kitabı, Şehir Plancıları Odası Yayını, Korza Yayıncılık, Ankara 2010, s. 21-50.

Hacımuratlar, Zeliha, İdari Usule Katılım, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.

İnan, Beyza, Kent Hukukunun Ekonomi Politiği, İmge Kitabevi, Ankara 2024.

Kaya, Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

Keleş, Ruşen / Mengi, Ayşegül, İmar Hukuku: Hukuksal, Yönetsel ve Siyasal Boyutlarıyla, 3. Baskı, İmge Kitapevi, Ankara 2019.

Keleş, Ruşen / Mengi, Ayşegül, Kent Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara 2011.

Kılıç, Savaş, "Uzam mı? Uzay mı? Peki Mekan Ne?", Cogito, 2009, S.59, s. 48-60.

Kibar, Ekrem Caner, İdarenin Uygulama İşlemleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Ovalıoğlu, Selin, "Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı", Memleket Siyaset Yönetim, 2015, C.10, S.24, s.124-146.

Özlüer, Mahmut Fevzi, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve Uygulama Sorunları", Mimarlık, (Temmuz -Ağustos) 2012, S.366, s. 17-21.

Özlüer, Mahmut Fevzi, Antakya Tarihi Kent Merkezi'nin Riskli Alan İlan Edilmesi Kararının Kent Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, (https://www.fevziozluer.av.tr/author/mfevzi1092/, Erişim Tarihi: 18.12.2024)

Öztürk, Kaya Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Şahin, Ali Hamza, Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Tekeli, İlhan, "Kent Planlaması ve Katılım Üzerine Düşünceler", Planlama, (Eylül-Aralık) 1990, S.8, s.8-13.

Tekeli, İlhan, Kültür Politikaları ve İnsan Hakları Bağlamında Doğal ve Tarihi Çevreyi Korumak, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2011.

Tuğrul, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Kazancı, İstanbul 2004.

Usta, Aydın, "Bilimsel Araştırmalarda Problematik: Projelendirme ve Raporlaştırma", Akademik Yaklaşımlar Dergisi, 2011, C.2, S.2, s.176-197.

Yasin, Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2013, C.6, S.1, s. 9-27.

Yıldız, Hayrettin / Düğer, Sırrı, "Genel Kararların Hukuki Rejimi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2020, C.1, S.42, s. 25-48.

Yurtcanlı, Seda, "Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar", Anayasa Hukuku Dergisi, 2013, C. 2, S.4, s. 317-358.

Yücesoy, Ayşe Aslı, İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat (İdari Yargıda Subjektif Dava Ehliyeti Koşulu), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 05/12/2024
Kabul / Accepted: 01/04/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

UZAY HUKUKUNUN TEMEL KAYNAKLARI ÇERÇEVESİNDE ASAT TESTLERİNİN HUKUKİLİĞİ

LEGALITY OF ASAT TESTS WITHIN THE FRAMEWORK OF FUNDAMENTAL SOURCES OF SPACE LAW

Zeynep SEYİTOĞLU*

ÖZET

Günümüzde birçok sivil ve askeri amaca yönelmiş uydular uzay teknolojisinin önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Alçak yörüngedeki uyduları hedef alan ASAT testlerinin yol açabileceği uzay enkazının hem uzay çevresinin kirlenmesi hem de yörüngedeki diğer uyduların güvenliği bakımından riskli sonuçları olabilmektedir. Bunun yanında ASAT teknolojisinin bir uzay silahı olarak kullanılabilme potansiyeli, uzayın bütün insanlığa tahsis olunmuş, münhasıran barışçıl amaçlar için kullanılması öngörülmüş, güvenli ve sürdürülebilir bir alan olma niteliğini tehdit etmektedir. 14 Şubat 2024'te Rusya'nın uzayda nükleer başlıklı ASAT silahları geliştirme ve konuşlandırma girişiminde bulunduğuna dair ABD istihbaratına dayanan raporların gündeme gelmesiyle, ASAT teknolojisinin hukukiliği tekrar tartışılmaya başlamıştır. Bu çalışma, ASAT testlerinin, uzay hukukuna ilişkin temel uluslararası antlaşmalar ve BM nezdinde uzay güvenliği bağlamında yürütülen çalışmalar çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *ASAT testleri, Nükleer silah, Uzay hukuku, Uzay güvenliği, Uzay enkazı*

* **Arş. Gör.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** zeynepseyitoglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-0839-4484, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1596612.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Seyitoğlu, Zeynep, "Uzay Hukukunun Temel Kaynakları Çerçevesinde ASAT Testlerinin Hukukiliği" HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 753-804.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Today, satellites serving many civilian and military purposes constitute an important pillar of space technology. ASAT tests targeting satellites in low Earth orbit can lead to the creation of space debris, which poses serious risks both in terms of pollution of the space environment and the safety of other satellites in orbit. Moreover, the potential use of ASAT technology as a space weapon poses a threat to the legal regime of outer space, which is recognized under international law as the province of all mankind, to be used exclusively for peaceful purposes and preserved as a safe and sustainable environment. In light of reports based on U.S. intelligence, which emerged on February 14, 2024, regarding Russia's alleged efforts to develop and deploy nuclear-tipped ASAT weapons in space, the legality of ASAT technology has once again become a topic of debate.. This study aims to assess the legality of ASAT tests within the framework of the main international treaties on space law and the work carried out under the auspices of the UN in the context of space security.

Keywords: *ASAT tests, Nuclear weapons, Space law, Space security, Space debris.*

EXTENDED ABSTRACT

The space age began with the launch of the world's first artificial satellite, Sputnik I, by the Soviet Union on 4 October 1957. Since then, the space race and legal regulations concerning the exploration and use of outer space remained on the agenda of states. Over time, the space activities of states have evolved and diversified into remote sensing, weather forecasting, GPS technology (global positioning systems), disaster management, television broadcasting and telecommunications through satellites. Satellite technology has been of strategic importance not only for civilian purposes but also for military activities. Over time, dual-use satellites capable of serving both civilian and military functions have come to the fore. Almost immediately after the deployment of the first satellites, states began to explore methods for their destruction, with the United States conducting the first kinetic ASAT weapon test as early as 1959. The Soviet Union and China, alongside the United States, have played leading roles in these efforts, and in the 2000s, India emerged as an additional state actor developing anti-satellite systems. At present, the United States, Russia, India, China, Germany, France, Israel, Italy, and the United Kingdom possess dedicated military space assets for communications and imaging, and the number of states with access to such capabilities continues to grow.

Currently, satellite communications provide a significant advantage in military operations, rendering satellites primary targets for anti-satellite weapons (ASAT). The increasing number of states with ASAT technology, — particularly the USA, Russia, China and India— the critical importance of orbiting satellites on human activities, the significant consequences of ASAT tests on both other space activities and the environment, and the potential for ASAT weapons to be used as a tool in the militarisation of outer space have led to the need to investigate the legality of ASAT tests under spa-

ce law. This study aims to reveal the legality of ASAT tests within the framework of the main international treaties on space law and the work carried out under the auspices of the UN in the context of space security.

At the beginning of the Space Age, the United States and the Soviet Union conducted numerous ASAT tests, and in the following years, the number of states capable of conducting these tests increased. In 2007, China became the third state to possess ASAT technology through a space operation in which it destroyed one of its own satellites.. Although this test— highly debated due to its consequences— was ostensibly in accordance with the law, it violated many space law norms, particularly those requiring other states to be informed in advance of space activities that are likely to cause damage and to cooperate in this regard. However, since ASAT tests are generally not disclosed due to military purposes and national security reasons, no state's international responsibility for these tests has ever been raised , despite extensive legal debate on the subject. On 14 February 2024, the allegations that Russia was attempting to develop and deploy nuclear-tipped ASAT weapons in outer space reignited discussions regarding the ASAT technology, the possible dangerous consequences of the tests and whether these tests are permissible in the context of space law.

The purpose of the main sources of space law, which determine the legal regime of outer space, is to guarantee the designation of outer space as an area of activity dedicated to sustainable, safe and peaceful purposes. However, recent developments show that space treaties have not kept pace with the space activities of states and private law persons, as well as the requirements of technology, and therefore, many new legal problems remain unanswered. Although the 1967 Outer Space Treaty draws a general framework for the legal regime of outer space and the activities to be carried out in outer space, it does not include any regulation on the legality of ASAT tests or space debris. The disarmament provision of the Treaty is inadequate, as it includes a limited number of weapons and it is unclear whether ASAT tests can be considered a form of armament. To date, the 1972 Liability Convention has rarely been brought to the agenda in relation to the dangerous consequences of space activities, and states conducting such tests have not been held liable for the resulting space debris.

The non-binding international instruments adopted by the UN General Assembly and other UN bodies, as well as the steps taken in the field of disarmament can be interpreted as reflecting the intention of states to preserve outer space as a safe area and to adhere to the framework established by outer space treaties. These steps demonstrate that states do not consider it lawful to conduct tests that have the potential to cause harmful consequences, and that they have agreed on the need to regulate such tests and mitigate their harmful consequences. In addition, these non-binding international instruments will also be important in reflecting the opinio juris of potential customary international law norms that may emerge in the field of space security.

Considering the space policies on ASAT tests adopted by states with operational ASAT systems, it becomes evident that the liability regime arising from space law is weakly

applied when such activities are conducted, and that these states seek new legal remedies for their activities. For this reason, it is essential that any reform of the 1967 Outer Space Treaty, or new regulations in space law, should include the code of conduct governing the launch of ASAT missiles and measures to eliminate the dangers they may pose. An international norm-building initiative in this regard should, first and foremost, address the following issues: adopting necessary disarmament measures to prevent the use of ASAT tests as space weapons; regulating the obligation of states to take preventive measures and conduct environmental impact assessments in relation to space debris ; and by subjecting ASAT tests to a strict and mandatory registration system, preventing covert weapons in outer space and tests that cause harmful effects whose culprits cannot be identified.

GİRİŞ

Gerçek zamanlı ve yüksek çözünürlüklü veri sağlama yeteneği sayesinde uydu teknolojisi iletişim, afet izleme, sınır gözetimi ve askeri istihbarat da dahil olmak üzere, birçok askeri ve sivil alan için kritik önem taşır hale gelmiştir. Uydularla uzaktan algılama faaliyetlerinin, afet izleme konusunda çevresel değişiklikleri tespit etme ve kurtarma operasyonlarını destekleme, sınır gözetiminde sınırları etkili şekilde izleyebilme, askeri istihbarat konusunda küresel uydu navigasyon sistemlerinin doğru ve gerçek zamanlı tehdit tespiti ve takibi yapabilme gibi çok sayıda ve çeşitli fonksiyonu bulunmaktadır.[1] Bütün bu faydaların yanında günümüzde özellikle uydularla iletişim, askeri operasyonlarda önemli bir askeri avantaj sağlamaktadır ve uyduların bu özelliği onları uydu karşıtı silahlar (ASAT)[2] için birincil hedef haline getirmektedir. [3]

Uzay Çağı'nın başlangıcında ABD ve Sovyetler Birliği birçok ASAT testi gerçekleştirmiş, sonraki yıllarda bu testleri yapabilme kapasitesine sahip olan devlet sayısı artmıştır. 2007 yılında kendisine ait bir uyduyu imha etmek için yürüttüğü bir uzay operasyonu ile Çin, ASAT teknolojisine sahip üçüncü devlet olmuştur.[4] Sonuçları itibariyle çok tartışılan bu test görünürde

[1] Haloho / Supriyadi, s. 36–44.

[2] Anti-Satellite Weapons (ASAT). "Anti uydu silah", "uydu karşıtı silah" ya da "uydusavar silah" terimleri, çalışma boyunca ASAT şeklinde kısaltılacaktır.

[3] Schellekens, s. 3.

[4] ASAT testlerini tarihsel olarak başlatan ABD son ASAT testini 2008 yılında deniz tabanlı füze savunma teknolojisini kullanarak fonksiyon dışı kalmış bir casus uydu olan USA-193'ü vurduğu zaman gerçekleştirirken, Sovyetler Birliği son ASAT testini 1982'de yapmıştır. Tronchetti, s. 365.

hukuka uygun olsa da, zararla sonuçlanma ihtimali bulunan uzay faaliyetlerinden diğer devletlerin önceden haberdar edilmesini ve bu konuda işbirliğini öngören uzay hukuku normları başta olmak üzere, birçok uzay hukuku normunu ihlal etmiştir. Ancak ASAT denemelerinin genellikle askeri amaçlar ve ulusal güvenlik nedenleriyle bildirimi yapılmadığından, konu ile ilgili birçok hukuki tartışma yürütülmesine rağmen, bu testlerden daha önce hiçbir devletin uluslararası sorumluğu hukuk zemininde gündeme gelmemiştir. 14 Şubat 2024'te Rusya'nın uzayda nükleer başlıklı ASAT silahları geliştirme ve konuşlandırma girişiminde bulunduğuna dair iddiaların gündeme gelmesiyle ASAT teknolojisi, testlerin olası tehlikeli sonuçları ve bu testlere uzay hukuku bağlamında izin verilip verilmediği tekrar tartışılmaya başlamıştır.

ASAT silahları, uzayın askeri kullanımında ve uzay silahlarının geliştirilmesinde önemli bir unsur olarak kullanılabilme potansiyeline sahiptir. Ancak uzay faaliyetlerini düzenleyen uluslararası uzay hukuku antlaşmaları, ASAT silahlarının kullanımının ve bu alanda yapılacak testlerin hukukiliğine ilişkin tatmin edici bir rejim sunmamaktadır. Uzay antlaşmalarının askeri uzay faaliyetlerini kapsayan düzenlemeleri açıkça bazı faaliyetleri yasaklasa da anılan antlaşmalarda uzayın askerileştirilmesi konusunda birçok boşluk ve yoruma açık hükümler bulunmaktadır. ASAT testleri ve bu testlerin yıkıcı etkileri de düzenleme konusu yapılmayan hususlardandır. Nükleer kapasiteye sahip olmadıkları sürece ASAT silahlarının kullanımını ya da uzayda konuşlandırılmasını düzenleyen ya da özellikle yasaklayan bir uluslararası antlaşma bulunmamaktadır. Herhangi bir açık düzenleme bulunmamasına karşın ASAT testlerinin hukukiliği sorunu, genel olarak uzayın keşfi ve kullanımı için öngörülen uluslararası rejimle ve özel olarak da uzayda askeri güç kullanımına ilişkin hukuki tartışmalarla yakından ilgilidir. ASAT silahlarının uzayın askerileştirilmesi yanında uzay güvenliğini ilgilendiren bir diğer sonucu ise, uzay çevresinin korunması ve uzay enkazı sorunudur. ASAT testleri sonucu meydana gelen uzay enkazı yörüngedeki diğer uydular ve uzay çevresi bakımından tehlikeli sonuçlar doğurabilmekte ve bu yönüyle ASAT testleri sorumluluk hukukunun da konusunu oluşturabilmektedir.[5]

ABD, Rusya, Çin, Hindistan başta olmak üzere, ASAT teknolojisine sahip devlet sayısının artması[6], yörüngedeki uyduların insan faaliyetleri üzerin-

[5] Schellekens, s. 4-6.

[6] Günümüzde ABD, Rusya, Hindistan, Çin, Almanya, Fransa, İsrail, İtalya ve Birleşik Krallık iletişim ve görüntüleme için özel askeri uzay varlıklarına sahip olan devletlerdir ve bu teknolojiye sahip olan devlet sayısı sürekli artmaktadır. Tronchetti, s. 365.

deki kritik önemi, ASAT testlerinin hem diğer uzay faaliyetleri hem de çevre üzerinde önemli sonuçlarının olması ve ASAT silahlarının uzayın askerileştirilmesinde bir araç olarak kullanılabilme potansiyeli uzay hukukunda ASAT testlerinin hukukiliğini araştırma ihtiyacını doğurmuştur. Uzay hukuku uluslararası hukukun bir alt dalıdır ve uzay hukukunun konusunu oluşturan her bir hukuki mesele uluslararası hukukun temel kurallarına tabidir. ASAT silahları için geçerli hukuk, uluslararası hukukun üç ana alanına ayrılabilir: Uzay ve gök cisimleri ile ilgili uluslararası uzay hukuku antlaşmaları, silahların denenmesi ve kullanımına ilişkin silah kontrol antlaşmaları ve kuvvet kullanma hukuku ve son olarak çevre hukukunun ilgili düzenlemeleri.[7] Bu çalışma, ASAT testlerinin hukukiliğini uzay hukukuna ilişkin temel uluslararası antlaşmalar ve BM nezdinde uzay güvenliği bağlamında yürütülen çalışmalar çerçevesinde ortaya koymayı amaçlamaktadır.

I. UZAYIN ASKERİ KULLANIMI, SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİ VE ASAT TESTLERİ

A. Uzay Güvenliği, ASAT Testleri ve Uzay Enkazı Sorunu

1950'lerde ilk kez uzaya insan yapımı yapay uyduların gönderilmesi denemelerinin yapılması ve uzay faaliyetlerinin hız kazanmasının temelinde, ABD ve SSCB'nin Soğuk Savaş döneminden kalma silahlanma rekabeti yer almaktadır.[8] Uzaya ilişkin hukuki bir rejim oluşturma çabaları daha bu ilk yıllardan itibaren başlamış olsa da, ilk uzay antlaşmasının yapılması ve bu çabaların resmileştirilmesi ancak yıllar sonra gerçekleştirilebilmiştir. Uzay hukukunun temelinde Ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ve uzayda herhangi bir silah denemesinin yasak olması vardır. Devletler uzayı, eşitlik ilkesi temelinde herkesin kullanımına açık, insanlığın ortak menfaatine adanmış bir alan olarak tasarlamışlardır. Bu yöndeki öneriler bilhassa uzay çağının başat aktörleri olan ABD tarafından 1957'de, Sovyetler Birliği tarafından ise 1958'de yapılmıştır.[9] Uzayın hukuki rejimine ilişkin çabalar bu silahlanma yarışını önlemeye yönelik önemli adımlar olsa da, uzay antlaşmalarındaki silahsızlanma hükümleri uzay silahlarının kullanımına veya kullanım şekline bazı kısıtlamalar getirmekle kalmış, bu antlaşmaların hiçbiri uzayda silahlanmayı tam olarak yasaklamamıştır. [10]

[7] Schellekens, s. 7.

[8] Seyitoğlu Danışman, 2021, s. 169.

[9] Cheng, s. 514.

[10] Mosteshar, Sa'id, "Space Law and Weapons in Space", Oxford Research Encyclopedia of

Uzay çağının 4 Ekim 1957'de dünyanın ilk yapay uydusu olan Sputnik I 'in Sovyetler Birliği tarafından uzaya fırlatılmasıyla doğuşunun ardından[11], uzay yarışı ve uzayın keşfi ve kullanımına ilişkin hukuki düzenlemeler devletlerin gündeminde yer almıştır. Bu tarihi andan günümüze kadar devletlerin uzay faaliyetleri gelişmiş ve uydular aracılığıyla uzaktan algılama, hava durumu tahmini, GPS teknolojisi (global positioning systems), afet yönetimi, televizyon yayını, telekomünikasyon gibi faaliyetler ile çeşitlenmiştir. Uydu teknolojisi, anılan sivil amaçların yanında devletlerin askeri faaliyetleri bakımından da stratejik öneme sahip olmuştur. Zaman içinde hem sivil amaçlara hem de askeri amaçlara aynı anda hizmet edebilen çift kullanımlı uydular gündeme gelmiştir.[12] İlk uydular yörüngeye yerleştirilir yerleştirilmez, devletler bu uyduları nasıl yok edeceklerini araştırmaya başlamış ve ilk kinetik ASAT silah testi 1959 gibi erken bir tarihte ABD tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu çabalara Sovyetler Birliği ve Çin, ABD ile birlikte öncülük etmiş ve 2000'li yıllarda da Hindistan anti uydu sistemleri geliştiren devletler arasına katılmıştır.[13]

Uyduların ve genel olarak uzay nesnelerinin, bir savaşın yürütülmesi için sağlayabileceği askeri avantajdan ilk kez 1990 Körfez Savaşı sırasında yararlanılmıştır.[14] ABD, "Çöl Fırtınası Operasyonu" adını verdiği harekat sırasında ilk kez uzaydaki ekipmanlarını dünyadaki askeri unsurlarla birlikte kullanmış, GPS, izleme ve iletişim uyduları vasıtasıyla önemli askeri veriler elde etmiştir.[15] 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından ABD, askeri operasyonların uzay boyutuna hakim olmaya yönelik bir uzay politikası başlatmış; Avrupa Birliği, Rusya ve Çin de savunma ve güvenlik alanında uzayı askeri altyapının önemli

Planetary Science*,* 23 May 2019, (https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-74, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[11] İnsanlığın uzaya ilk yükselişi, esasında 1929'da Alman Ordusu'nun ilk roketi A-1.4'ü test etmesine dayanmaktadır. Almanya 2. Dünya Savaşı'na kadar bu roketlerin sayısını kademli olarak artırmış ve elde edilen teknolojik başarı, ABD ve Sovyetler Birliği'nin savaş sonrasında Alman mühendislerini kendi bünyesinde istihdam etmesine ve uzayda askeri üstünlük elde etme yarışına girmesine neden olmuştur. Byers / Boley, s. 258-259.

[12] Freeland, s. 35-36.

[13] Byers / Boley, s. 308. Sonraki yıllarda gerçekleştirilen testlere ilişkin bkz: Secure World Foundation, 'History of ASAT Tests in Space' (2022)

(https://docs.google.com/spreadsheets/d/1e5GtZEzdo6xk41i2_ei3c8jRZDjvP4Xwz3BVsUHwi48/edit#gid=0, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[14] Daha önce de uydu iletişimi Vietnam Savaşı'nda, 1983'te Grenada'nın işgalinde, 1986'da Libya Eldorado Kanyonu Operasyonu'nda da kullanılmıştır. Bkz: Schellekens, s. 3.

[15] Sökmen Alaca, s.16.

bir parçası olarak görmüşlerdir. Uzay nesnelerinin sağladığı askeri avantajlar ve uzay yetenekli devletlerin uzayı askeri operasyonlarının stratejik bir bileşeni haline getirmeyi amaçlayan uzay politikaları, yakın gelecekte uzay savaşının kaçınılmaz olacağı yorumlarının yapılmasına dahi neden olmuştur.[16]

ASAT silahları, Soğuk Savaş'ın ilk yıllarında geliştirilmiş, ilk testi ABD, havadan fırlatılan balistik füzeleri içeren *Bold Orion Programı'*nın bir parçası olarak 1959'da gerçekleştirirken[17], Sovyetler Birliği ise 1968 ile 1982 yılları arasında yirmi uzay tabanlı ASAT silah testi gerçekleştirmiştir. Her iki devlet de hem doğrudan yükselen hem de uzay tabanlı ASAT silahlarını geliştirmeye ve test etmeye devam ederken, uzayda meydana gelebilecek herhangi bir kinetik darbenin yüzbinlerce parça oluşturarak uzay enkazına sebep olabileceği ve bu riskin hava tahmini, navigasyon, uçak ve gemi iletişimi, finansal hizmetler, tarım, ormancılık, balıkçılık, çevre bilimi, arama, kurtarma ve afet yardımı gibi amaçlara yönelmiş sivil ve askeri uyduları tehdit edebileceği anlaşılmıştır. [18]

ASAT teknolojisi gelişirken çeşitlenmiş ve üç ana kategoride değerlendirilebilecek silahlar ortaya çıkmıştır: Kinetik ASAT silahları, izotropik nükleer silahlar ve yönlendirilmiş enerji silahları.[19] Birleşmiş Milletler Cenevre Silahsızlanma Araştırmaları Enstitüsü tarafından yapılan tanıma göre ASAT silahları; *uzaydaki bir uyduyu nükleer veya konvansiyonel patlama, yüksek hızda çarpışma veya yönlendirilmiş enerji ışını yoluyla yok etmek veya devre dışı bırakmak için tasarlanmış silahlardır. ASAT silahları yer tabanlı ya da uzay tabanlı olabilir, havadan ya da denizden fırlatılabilirler.* [20]

---

[16] Freeland, s. 47.

[17] Parsch, Andreas, 'WS-199' (1 November 2005), Directory of US Mili-tary Rockets and Missiles – Appendix 4: Undesignated Vehicles, (https://www.designation-systems.net/dusrm/app4/ws-199.html, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[18] Byers / Boley, s. 262-263. Hem ABD hem de Sovyetler Birliği'nin ASAT denemesi çalışmaları 1970'li yıllarda hız kazanmıştır. Bu ilk denemelerde geliştirilen nükleer olmayan cihazlar, hem keşif hem de iletişim uydularının imhası ya da etkisiz hale getirilmesi amacıyla sınırlı olmak üzere planlanmıştır. ABD çalışmalarını hedeflenen bir uyduyla çarpışarak amacına ulaşan nükleer olmayan ve patlayıcı olmayan bir silahın üretilmesi ile sınırlandırmışken, Sovyetler Birliği ise hedeflenen uyduyu patlatarak yok etmek veya etkisiz hale getirmek üzere üretilen nükleer olmayan bir silahı tasarlamıştır. Bu iki silah görünürde nükleer olmaması bakımından aynı ise de, Sovyetler Birliği'nin tasarımında cihaz, menzili içinde uçan ve patlayıcı özelliği olan bir cihazdır. Zedalis / Wade, s. 455-456.

[19] Schellekens, s. 3-4; St. James, s. 468.

[20] United Nations Institute for Disarmament Research Geneva (UNIDIR/91/79). "Prevention of an Arms Race in Outer Space: A Guide to the Discussions in the Conference on Disarma-

Kinetik ASAT silahları, uyduları yok etmek veya devre dışı bırakmak için fiziksel olarak çarpışan ve doğrudan çarpma yoluyla hasara neden olan en yaygın anti-uydu silahıdır. Genellikle roketler veya fırlatma araçları aracılığıyla, hedef uyduya yönlendirilmiş cisimler göndererek etkili olurlar. Bu silahlar kütleleri ve hızlarının ürettiği kinetik enerji sayesinde uyduları takip eder ve doğrudan çarparak veya yakın mesafeden ateş ederek uyduları yok eder ya da etkisiz hale getirir. Nükleer ASAT silahları, atmosferin üst katmanlarında nükleer patlamalar gerçekleştirerek birçok uyduyu ve elektronik sistemi devre dışı bırakabilen yüksek yıkıma sebep olma potansiyeli olan anti-uydu silahlardır. Kıtalararası balistik füze veya balistik füze önleyiciler tarafından bir uydunun menziline taşınabilir ve patlatılabilirler. Bazen de nükleer silahlar bir uydu görünümüne bürünmüş şekilde uzayda konuşlandırılabilir ve böyle bir durumda bu uydunun nükleer silah olma özelliğini tespit etmek zor olabilir. Yönlendirilmiş enerji silahları ise parçacık ışınlı silahlar, radyo frekanslı silahlar ve lazer silahlarından oluşur ve yer tabanlı veya uzay tabanlı olabilir. Bu silahlar uyduları hedef alarak iletişimi, elektronik aksamı veya sensörleri bozabilir.[21] Nükleer ASAT silahları potansiyel olarak büyük yıkıma neden olabilirken, Kinetik ASAT silahları da uzaydaki diğer uydu ve araçlara zarar verebilecek enkaz yaratma riskini taşır.

ASAT silahlarının uzayın güvenli ve sürdürülebilir bir alan olmasını tehdit eden en önemli sonuçlarından biri uzay enkazı (uzay çöpü)dır. Uzay enkazı sorunu daha önce herhangi bir uzay antlaşmasında özel olarak düzenlenmemiştir. Ajanslar Arası Uzay Enkazı Koordinasyon Komitesi (IADC) 2002 yılında "Uzay Enkazı Azaltma Kılavuzları'nı yayımlamış ve daha önce herhangi bir uluslararası metinde tanımlanmayan uzay enkazına ilişkin bir tanım ortaya koymuştur.[22] 'IADC'nin hazırladığı rehberde yer alan uzay enkazı tanımına

ment". United Nations Publication: New York, 1991, s. 177.

[21] Ayrıntılı bilgi için bkz: Gouveia, s. 163–184.

[22] Mejía-Kaiser, Martha, "Space Law and Hazardous Space Debris", Oxford Research Encyclopedia of Planetary Science, 30 January 2020, (https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-70, Erişim Tarihi: 20.09.2024). Ajanslar Arası Uzay Enkazı Azaltma Koordinasyon Komitesi (IADC), çeşitli uzay ajanslarından (Avrupa Uzay Ajansı, ABD, Almanya, Birleşik Krallık, Çin, Fransa, Güney Kore, Hindistan, İtalya, Japonya, Kanada, Rusya Uzay Ajansları) oluşan bir hükümetlerarası kuruluştur. 1993 yılında yörüngedeki uzay enkazı sorununa ilişkin iş birliği ve ortak mücadele amacıyla kurulmuştur. Ajanslar Arası Uzay Enkazı Azaltma Koordinasyon Komitesi (IADC) internet sitesi, (https://iadc-home.org/what_iadc , Erişim Tarihi: 20.09.2024). Daha sonra bu Kılavuzlar birtakım değişikliklerle Birleşmiş Milletler Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi nezdinde de kabul edilmiştir. Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Annex to the

göre; "*Uzay enkazları, Dünya yörüngesinde bulunan veya atmosfere yeniden giren, parçaları ve unsurları da dahil olmak üzere insan yapımı olan, işlevsel olmayan tüm nesnelerdir*."[23] Bu nesneler imha edilmediği sürece yörüngede kalır ve potansiyel olarak daha fazla çarpışmaya neden olabilir. Literatürde "Kessler etkisi" olarak tanımlanan bu zincirleme reaksiyon, artan miktarda uzay enkazı ve özellikle de takip edilemeyen parçacık döküntüleri meydana getirip, diğer uzay faaliyetleri, uzay nesneleri ve astronotlar için tehlikeli bir duruma sebep olmaktadır. Devletler ve özel hukuk kişilerinin yürüttüğü uzay faaliyetleri ve yörüngedeki uydular, yörüngeye herhangi bir yeni uzay nesnesi fırlatılmasa dahi, yörüngede ve uzayda bulunan başka bir uzay enkazı tarafından yok edilme veya hasar görme riskiyle karşı karşıya kalabilmektedir. [24]

11 Ocak 2007'de Çin operasyonel olmayan meteoroloji uydularından birini (Fengyun- 1C(FY-1C)) hedef alan bir ASAT testi gerçekleştirmiş, bu test sonuncunda alçak Dünya yörüngesinde (LEO) on yıllar boyunca kalacak ve Uluslararası Uzay İstasyonu gibi diğer uzay nesnelerine tehdit oluşturacak önemli miktarda uzay enkazı (3000'den fazla parçadan oluşan bir bulut) meydana gelmiştir. Bu ASAT testi, şimdiye kadar gözlemlenen en büyük uzay enkazlarından birine yol açmıştır. Çin'in Xichang Uzay Fırlatma Merkezi'nden fırlattığı bu balistik füze, herhangi bir patlayıcı içermemesine rağmen, çarpmanın şiddetiyle uyduyu tamamen yok etmiştir. Zaman içinde yapılan gözlemler sonucunda, meydana gelen uzay enkazının büyük kısmının (yaklaşık

Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space to the General Assembly, UN Doc. A/62/20, 47–50, (26.07.2007).

[23] IADC (Inter-Agency Space Debris Coordination Committee), (2002, Revision 2, 2020), Space Debris Mitigation Guidelines, (https://orbitaldebris.jsc.nasa.gov/library/iadc-space-debris-guidelines-revision-2.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024), s. 6.

[24] Uzay faaliyetlerine ilişkin bilimsel ve teknik bilginin artması, teknolojinin gelişmesi ve uzay faaliyetlerinin çeşitlenmesi uzay alanında büyük kazanımlar olmasının yanında uzay enkazının artmasına da yol açmaktadır. 2009 yılında ABD iletişim uydusu Iridium 33 ve hizmet dışı bırakılmış Rus uydusu Cosmos 2251'in Kuzey Sibirya üzerinden geçerken çarpışması (uzayda iki sağlam uzay aracının ilk çarpışması), 2011 yılında NASA'nın Üst Atmosfer Araştırma Uydusu (UARS) ve Almanya'nın Rontgensatellit X-ışını teleskop uydusunun (ROSAT) Dünya atmosferine kontrolsüz yeniden girişleri, 2013 yılında Ekvador'un yörüngedeki ilk ve tek uydusu Pegasus'un Hint Okyanusu üzerinde bir Sovyet roketinin yakıt deposundaki parçacıklarla çarpışması uzay enkazı konusunda verilebilecek örneklerdir. Bunun yanında alçak Dünya yörüngesinde (LEO: Low Earth Orbit) kontrolsüzce sürüklenen ve muhtemel çarpışmalara sebep olabilecek eski uyduların varlığı, uzay enkazının güncel hukuki tartışmalara konu olmasına sebep olmaktadır. Robinson, Tim / Wheeler, Joanne, "Space Debris: The Legal Issues", Royal Aeronautical Society, 3 January 2014, (https://www.aerosociety.com/news/space-debris-the-legal-issues/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

%97'sinin) alçak Dünya yörüngesinde kaldığı tespit edilmiştir.[25] Meydana gelen büyük zarar riskine rağmen, uzaya ilişkin hukuki rejimin kırılganlığı ve siyasi saikler nedeniyle, uluslararası hukuk bakımından Çin'in olaydan uluslararası sorumluluğu gündeme gelmemiştir.[26]

27 Mart 2019'da Hindistan ilk ASAT testini, Microsat-R adındaki görüntüleme uydusunu hedef alan XSV-1 projesiyle[27] gerçekleştirerek, uzay yetenekli devletler arasında ASAT testi gerçekleştiren dördüncü devlet olmuştur. 2016'dan beri planlanan bu proje, Hindistan'ın uzaydaki mevcut varlıklarını korumak için uzayda savunma yeteneğini incelemek amacıyla yapılmıştır. Operasyonel uydulara ve uzay araçlarına zarar vermemek için görev mümkün olan en düşük irtifada planlanmıştır.[28] Kendi uydularından birini yok ederek doğrudan yükselen anti-uydu (DA-ASAT) sistemini[29] test eden Hindistan, meydana gelen 130 parçadan fazla uzay enkazının 2023 yılına kadar yörüngeden ayrılması ve diğer testlere nazaran az miktarda uzay enkazı oluşturması sebebiyle uluslararası tepkiyle karşılaşmamıştır. Hindistan bu test ile kendisinin de ASAT denemeleri gerçekleştirebilen ve gelecekte bu konuda söz sahibi olabilecek devletler arasında olduğunu kanıtlamaya çalışmıştır.[30]

---

[25] Uyduyu tamamen yok eden bu tür kinetik öldürme silahları (kinetic kill vehicle), yörüngeye girmeyip, bunun yerine balistik bir yay üzerinde uzayda seyahat eden doğrudan yükselişli bir anti-uydu (ASAT) saldırısı olarak bilinir. Weeden, Brian, "2007 Chinese Anti-Satellite Test Fact Sheet", Secure World Foundation, 23 November 2010, (https://swfound.org/media/9550/chinese_asat_fact_sheet_updated_2012.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[26] Bkz: Sankaran, s.19–46.

[27] Anılan proje, "Mission Shakti" olarak bilinir.

[28] Kosambe, s. 172.

[29] Kinetik anti uydu silahlarının iki türü vardır: Direct Ascent Anti Satellite Testing(DA-ASAT):Doğrudan yükselen uydusavar (DA-ASAT) silah sistemleri Dünya'dan fırlatılır ve hızla hedef uydunun yörünge hızından daha yüksek bir hıza çıkar. Uydunun nerede olacağı tahminini kullanan DA-ASAT silahı, uydunun yörüngesindeki daha sonraki bir noktada önünü keserek çarpışma gerçekleştirir. Co-orbital Anti Satellite Testing: Eş-yörüngeli ASAT silahları ise, Dünya yüzeyinden hareketli bir hedefi vurmanın birçok zorluğunu hafifletmek için geliştirilen ve hızla rağbet gören bir önleme sistemidir. Eş-yörünge ASAT sistemleri diğer uydular gibi yörüngeye yerleştirilir. İhtiyaç duyulduğu anda, sistem bir füzeyi konuşlandırır ve ardından hedef uyduyu hızlandırıp önünü keserek çarpışma gerçekleştirir. Bhatnagar, Sarthak, / Glickman, Eli, / Goldblum Bethany, / Gupta, Ritwik, / Lenkeit, Kaitlyn, / Menton, Jane Darby, / Neciuk And-rew, / Reddie Andrew, / Sofat Vishwaa, / Walker Leah, "Russian Nuclear ASAT Weapons: The Fallout", Lawfare, 26 February 2024, (https://www.lawfaremedia.org/article/russian-nuclear-asat-weapons-the-fallout#site-main, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[30] Weeden, Brian, "Indian Direct Ascent Anti - Satellite Testing", Secure World Foundation, Updated July 2023, (https://swfound.org/media/207606/fs23-03_indian-da-asat-testing_0723.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

15 Kasım 2021'de Rusya'nın eski bir Rus uydusunu (Tselina-D) hedef alan uydusavar silah testi, 1500'den fazla izlenebilir yörünge enkazının ve yüzlerce de küçük enkazın oluşmasına yol açmasının yanında, uzayda insan hayatını da doğrudan tehlikeye atan ilk test olmuştur. Uluslararası Uzay İstasyonu'ndaki astronotlar kenetlenmiş kapsüllere sığınmak zorunda kalmışlardır. ABD, bu tür denemelerle Rusya'nın bütün ulusların çıkarlarını tehdit ettiğini, silah testi kapsamında uzayı savaş alanı haline getirip tehlikeli ve sorumsuz davrandığını, İngiltere ise uzayın güvenliği, emniyeti ve sürdürülebilirliğinin tamamen hiçe sayıldığını dile getirmiş,[31] uluslararası kamuoyu Rusya'yı, Uluslararası Uzay İstasyonu ve astronotlarını ve inşa halindeki Çin Uzay İstasyonu da dahil olmak üzere aktif uyduları tehlikeye atmakla suçlamış, Rusya ise kendi uydularından birine uydusavar füze denemesi yaptığını kabul etmekle birlikte, tehlikeli herhangi bir sonucun meydana gelmediğini iddia etmiştir.[32]

14 Şubat 2024'te Rusya'nın uzayda nükleer başlıklı ASAT silahları geliştirme ve konuşlandırma girişiminde bulunduğuna dair ABD istihbaratına dayanan raporların gündeme gelmesiyle, ASAT teknolojisinin hukukiliği tekrar tartışılmaya başlamıştır. ABD, Rusya'nın yörüngedeki uyduları tehdit etme potansiyeli olan bir silah geliştirdiğini ancak henüz konuşlandırmadığını, gelişmenin, endişe verici olmakla birlikte, acil bir güvenlik riski oluşturmadığını açıklamıştır. Beyaz Saray Ulusal Güvenlik Konseyi Sözcüsü konuya ilişkin yaptığı açıklamada, "*Rusya'nın geliştirdiği teknolojinin insanlara saldırmak veya yeryüzünde fiziksel yıkıma yol açmak için kullanılabilecek bir silah olmadığını ancak böyle bir silahın iletişim, ulaşım, meteoroloji ve finansal işlemlerde kullanılan sistemlere müdahale edebileceğini ve uzay misyonu yürüten astronotları tehdit edebileceğini"* söylemiştir. Geliştirilen nükleer gücün, nükleer enerjiyle çalışan bir cihaz mı yoksa bir nükleer silah mı olduğuna dair bilgi verilmemiş, Rusya'nın geliştirdiği iddia edilen bu yeni teknolojinin detaylarının gizli tutulduğu bilgisi verilmiştir.[33] Rusya Devlet Başkanı Putin

[31] The Guardian: "US accuses Russia of 'dangerous' behavior after anti-satellite weapons test", 15 Nov. 2021, (https://www.theguardian.com/science/2021/nov/15/us-investigating-debris-event-space-reports-russia-anti-satellite-weapon-test, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[32] The Guardian: "Russia admits to anti-satellite missile test but denies 'dangerous behavior'", 16 Nov 2021, (https://www.theguardian.com/science/2021/nov/16/russia-defends-anti-satellite-missile-test, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[33] NPR: "Russia is working on a weapon to destroy satellites but has not deployed one yet", 15 Feb. 2024, (https://www.npr.org/2024/02/15/1231594952/russia-national-security-threat-space-nuclear , Erişim Tarihi: 20.09.2024).

konuya ilişkin açıklamasında, "*Moskova'nın uzayda nükleer silah kullanma niyetinde olmadığını ve ülkenin yalnızca ABD'ninkine benzer uzay yetenekleri geliştirdiğini"* iddia etmiştir.[34] Nükleer yıkıma sebep olabilecek ayrım gözetmeyen böyle bir silahın sadece hedeflenen uyduyu değil, çok sayıda uyduyu da yok edebilme ve ciddi çevresel zarara yol açma potansiyeli olması uluslararası toplumda endişelere yol açmıştır.

Uzay güvenliğinin sağlanması ve uzay faaliyetlerinin oluşturabileceği risklerin azaltılması için, giderek artan hukuki ve teknik riskleri taşıyan uzay enkazı sorununun hukuki düzlemde tartışılması ihtiyacı doğmuştur. Literatürde konuya ilişkin değerlendirmeler yer almasına karşın, uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları temelinde bir çözüm ya da düzenleme bulunmamaktadır. Uzay hukukunun temel problemlerine değinen uzay antlaşmalarının bazı hükümleri soruna ilişkin değerlendirme yapma imkânı sunmaktadır. Ancak bu antlaşmaların ilgili hükümleri doğrudan uzay enkazı sorununu düzenlememekte, uzay faaliyetlerinin güvenli şekilde ve tüm insanlığın menfaatine yürütülmesine hizmet edecek genel ifadelerden oluşmaktadır. Uzay enkazı sorununa yönelik pek çok uluslararası aktörün birtakım standartlar ve iyi uygulama örnekleri içeren düzenlemeleri bulunsa da[35], anılan düzenlemelerin bağlayıcı nitelikte olmaması uluslararası düzlemde etkinliğini azaltmaktadır.

Uzay güvenliği, uzay yetenekli devletler için uzayda askeri güç ve avantaj elde etmenin yanı sıra, farklı güvenlik endişeleri barındırması dolayısıyla devletler için farklı anlamlar taşımıştır. Rusya ve Çin uzay güvenliğinin en önemli ayağının uzayda silahsızlanma olduğunu savunmuş ve silahsızlanma tasarılarına destek veren Avrupa Birliği devletleri ile birlikte uzayda silahsızlanmaya ilişkin uluslararası kodifikasyon çalışmalarına öncülük etmeyi amaçlamıştır. Silahsızlanmanın ikincil önemi olduğunu ve uzay güvenliğinin uzayın sürdürülebilirliği temelinde sağlanabileceğini savunan ABD ise, Rusya ve Çin'in silahsızlanma tasarılarına sürekli karşı çıkarak bağlayıcı metin oluş-

[34] PBS NEWS: "Putin denies U.S. claims that Russia intends to deploy nuclear weapons in space", 21 Feb. 2024, (https://www.pbs.org/newshour/world/putin-denies-u-s-claims-that-russia-intends-to-deploy-nuclear-weapons-in-space , Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[35] Birleşmiş Milletler Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi (UNCOPUOS), Ajanslar Arası Uzay Enkazı Koordinasyon Komitesi (IADC), Avrupa Uzay Ajansı (ESA), Uluslararası Standardizasyon Örgütü (ISO), Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) gibi aktörler uzay enkazı sorununa ilişkin kılavuzlar ve standartlar düzenlemiştir. Bunun yanında ABD, Rusya, Çin, Fransa, Birleşik Krallık, Avusturya Danimarka, Güney Kore, Kanada, Ukrayna, Güney Kore, Almanya, Belçika Hollanda, Japonya, Nijerya ulusal mevzuatlarında uzay enkazı meselesine ilişkin sınırlı düzenlemelere yer vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Akyol, s. 93- 123.

turma çabalarını sürüncemede bırakmıştır. Uzay faaliyetlerini garantiye almak isteyen ABD, uzay çevresinin dünyanın ekonomik ve ticari gelişimi için önemli olduğunu ve uzay çevresinin sürdürülebilirliğinin önündeki en önemli engelin uzay atıkları ve uzay cisimlerine ilişkin istihbaratta iş birliği eksikliği olduğunu savunmuştur.[36] Uzayın sürdürülebilir ve güvenli bir alan olması şüphesiz bütün insanlığın menfaatinedir. Ancak devletlerin çıkar çatışmaları, uzayı ve kaynaklarını tüketme konusundaki rekabet, giderek artan düzeyde ASAT testlerinin yapılması ve bu testlerin uzay enkazı meydana getirme ve uzayda kontrolsüz silahlanma gibi tehlikeli sonuçlar meydana getirmesi riski uzay güvenliğini tehdit etmektedir. Uzay hukukunun temel kaynaklarında uzayda silahlanma yarışı ve uzay güvenliğinin tehdit edilmesi risklerinin bertaraf edilmesi amacıyla uzay faaliyetlerine ve uzayın hukuki rejimine ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir. Bu amaca hizmet eden en önemli uzay hukuku prensibi, uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesidir.

B. Uzayın Münhasıran Barışçıl Amaçlarla Kullanılması İlkesi ve ASAT Testleri

Uzay çağının başlaması ve devletlerin uzay faaliyetlerine yönelik birtakım adımlar atmasıyla şekillenmeye başlayan uzay hukukunun en temel prensiplerinden biri, uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesidir. Uzay hukukunun temellerini atan ilk uluslararası belgelerde uzayın münhasıran barışçıl amaçlar için kullanılacağına özellikle vurgu yapılmıştır. Ancak anılan ilke uzay hukukunun kaynaklarında tanımlanmamış, "barışçıl amaçlar" ifadesinin sınırı ve hangi faaliyetleri kapsayacağı devletlerin yorumuna bırakılmıştır. Uzay güvenliğinin garantisi sayılabilecek bu ilkenin devletler tarafından nasıl yorumlandığı, hukuki değeri ve bağlayıcı gücü, ASAT testlerinin ve uzayda silahlanma yarışının hukuki sonuçlarının ve bu faaliyetlerden kaynaklanan uluslararası sorumluluğun belirlenmesi için yol gösterici olacaktır.

Uzayın hukuki rejimine ilişkin hükümler içeren ve anılan ilkeyi uzay hukuku bağlamında ele alan ilk uluslararası belge, 18 Aralık 1958 tarihli ve 1348 sayılı BM Genel Kurul kararıdır.[37] "Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması

[36] Ayrıntılı bilgi için bkz: Balcı, s. 2079 -2109.

[37] Uzayın hukuki rejiminin tartışılmaya başlandığı bu dönemlerde, BM'nin gündeminde bir yandan da silahsızlanma konusu vardı. Uzay faaliyetlerinin münhasıran barışçıl ve bilimsel amaçlarla yürütülmesini sağlamak üzere tasarlanmış bir denetim sisteminin gerekliliği, ilk kez BM Genel Kurulu'nun 14 Kasım 1957 tarihli ve 1148(XII) sayılı kararında, silahsızlanma bağlamında vurgulanmıştır. (UNGA Res. 1148(XII), (14.11.1957), para. 1-f), Seyitoğlu Danışman, 2021, s. 171.

Sorunu" başlığını taşıyan bu kararda, devletlerin egemen eşitliği temelinde, uzay faaliyetlerinin insanlığın yararına olacak şekilde ve münhasıran barışçıl amaçlarla yürütüleceği belirtilmiştir. Karara göre, uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması insanlığın ortak menfaatidir ve bu amacın temini için BM bünyesinde bir komite oluşturulmalıdır.[38] BM Genel Kurulu'nun bu kararıyla Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi önce *ad hoc* komite olarak kurulmuş, daha sonra daimi komiteye dönüştürülmüştür[39] ve uzaya ilişkin hukuki rejimi belirleyen bütün uzay antlaşmaları bu komite tarafından hazırlanmıştır.[40]

Uzayın hukuki rejimini belirleyen uzay antlaşmalarında Ay ve diğer gök cisimlerinin münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesi yer almaktadır. Uzaya ve uzay faaliyetlerine ilişkin en temel ve kapsamlı bağlayıcı metin olan 1967 tarihli Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dâhil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma (1967 Uzay Antlaşması)'nın 4. maddesine göre uzayın, askeri personelin bilimsel ve diğer barışçıl amaçlı faaliyetleri (keşif, gözetleme vs.) dışında, her türlü askeri kullanımı yasaktır. Antlaşmaya taraf devletler, Ay ve diğer gök cisimlerini münhasıran barışçıl amaçlarla kullanmalıdır.[41] Antlaşmada yer alan barışçıl amaçlarla kullanım ifadesi açıklanmadığı için uzayda gerçekleştirilecek askeri faaliyetlerin tamamen mi yasak olduğu, bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği belirsizliğe sebep olmuştur.

1967 Uzay Antlaşması'nın barışçıl amaçlarla kullanım ilkesini düzenlediği ilgili hükümde askeri faaliyetler tamamen yasaklanmamış, barışçıl veya bilimsel amaçlara yönelen askeri faaliyetler serbest bırakılmıştır. Günümüzde yaygın görüş barışçıl amaçlar ifadesinin "saldırgan olmayan" faaliyetleri kapsadığı yönündedir. BM Genel Kurulu'nun uzayın barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesini tartıştığı ilk toplantılarda "barışçıl" ifadesi "askeri" kelimesinin karşıtı olarak kullanılmıştır.[42] ABD'nin de aralarında olduğu kimi devletler, uzayda yürütülecek faaliyetlerinin engellenmesini istemedikleri için, "barışçıl" ifadesini "saldırgan olmayan" şeklinde değerlendirmek gerektiğini ileri

[38] Question of the Peaceful Use of Outer Space, UNGA Res. 1348(XIII), (18.12.1958).

[39] Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. UNGA Res. 1472 (XIV), (12.12.1959)

[40] Seyitoğlu Danışman, 2019, s.18.

[41] Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, 27 January 1967, 610 UNTS 205, No. 8843, md. 4.

[42] Wolff, s. 72.

sürmüş; SSCB'nin içinde bulunduğu diğer grup ise, askeri faaliyetlerle barışçıl amacın birbirleriyle bağdaşmayacağını ileri sürerek askeri amaçlar taşıyan bütün uzay faaliyetlerinin yasaklanmasını istemiştir.[43]

1967 Uzay Antlaşması'nın uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesini düzenleyen 4. maddesi açıkça askeri personel ve teçhizatla bilimsel amaçlı askeri faaliyetlerin uzayda yürütülebileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla "barışçıl amaçlar" ifadesi askeri olan bütün faaliyetleri yasaklamamaktadır.[44] Ayrıca Antlaşma'nın Birleşmiş Milletler Şartı'na atıf yapan 3. maddesi zaten uzayda saldırgan faaliyetleri yasakladığı için, silahsızlanma hükmü içeren 4. maddesiyle tekrar saldırgan olan uzay faaliyetlerinin yasaklanmasına gerek yoktur. [45] Antlaşma'nın barışçıl amaçlarla kullanım ifadesi saldırgan olmayan bütün uzay faaliyetlerine izin verildiği şeklinde anlaşılmalıdır. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre; "*bir antlaşma, antlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ile amacının ışığı altında, terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyi niyetle yorumlanmalıdır."*[46] Uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesinin anlamı yorumlanırken, 1967 Uzay Antlaşması'nın uzay faaliyetlerinde işbirliği, uzayın herkese açık olması, insanlığa adanmış bir alan olarak görülmesi gerektiği gibi hükümleri ve yapılışı sırasındaki temel amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanında 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, antlaşmanın bağlamına ek olarak, "*antlaşmanın uygulanmasında tarafların antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin mutabakatını ortaya koyan her türlü müteakip uygulamanın*" bir antlaşmayı yorumlamak için kullanılabileceğini öngörmektedir.[47] Günümüzde uzay birçok askeri avantaj sağlamakta ve askeri hedeflere yönelmiş uzay faaliyetleri yürütülmektedir. Dolayısıyla devletlerin uygulamaları, uzayın barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesinin askeri kullanımları dışlamayacak şekilde anlaşılması gerektiğini pekiştirecek niteliktedir.[48]

1979 tarihli Devletlerin Ay ve Diğer Gök Cisimlerindeki Faaliyetlerini Yöneten Anlaşma (1979 Ay Anlaşması) da 3. maddesinde uzayın münhasıran

[43] Bkz: Erdem, s.144-145; Wolff, s. 74-75; Zedalis / Wade, s. 468-475.

[44] Erdem, s. 146.

[45] Cheng, s. 521.

[46] Vienna Convention on the Law of Treaties. 23 May 1969, 1155 UNTS 331, No. 18232.

[47] 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md. 31/3(b).

[48] Schellekens, s. 11.

barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesini, 1967 Uzay Antlaşmasının ilgili hükmüne benzer olarak, düzenlemiştir. Ancak 1979 Ay Anlaşması, 1967 Uzay Antlaşmasından farklı olarak, uzayın hukuki rejimini "insanlığın ortak mirası" olarak belirlemiş ve bu konseptin temel özelliklerinden biri olarak Ay ve diğer gök cisimlerinin münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılacağını hüküm altına almıştır.[49] 1979 Ay Anlaşmasının ilgili maddesinde "insanlığın ortak mirası" kavramı tanımlanmamıştır. Ancak literatürde bu rejimin temel özellikleri üzerinde bir uzlaşı hakimdir. Buna göre; hiçbir devletin egemenliği altına bulunmayan ve hakimiyet altına alınamayan bu alanlar münhasıran barışçıl amaçlar için kullanılmalıdır, kaynakları eşitlik temelinde ve hakkaniyete uygun olarak bütün dünya uluslarınca paylaşılmalı ve kaynakların yönetimi ve işletimi uluslararası bir rejime tabi olmalıdır.[50] 1979 Ay Anlaşmasının 11. maddesinde de insanlığın ortak mirası sayılan Ay ve diğer gök cisimlerinin doğal kaynaklarının düzenli ve güvenli bir şekilde geliştirilmesini sağlamak için, herhangi bir şekilde milli iktibasa veya özel mülkiyete konu olamayacağı, uluslararası hukuk kuralları gereğince ve Anlaşma hükümleri uyarınca hiçbir ayrım gözetmeksizin ve eşitlik esasına göre kullanılacağı, doğal kaynakların işletilmesi mümkün hale gelir gelmez bu kaynakların işletilebilmesi için uluslararası bir rejim kurulması düzenlenmiştir.[51]

1979 Ay Anlaşması, uzay yetenekli devletler tarafından imzalanmadığı ve az katılımlı bir uluslararası bağlayıcı metin olduğu için[52] literatürde etkisiz

[49] Agreement on Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, 18 December 1979, 1363 UNTS 3, No. 23002, md. 3, 11.

[50] Baslar, s. 82-84. Esasında "insanlığın ortak mirası" kavramı ilk kez BM Genel Kurulu'nun 1970 tarih ve 2749(XXV) sayılı kararıyla derin deniz yatağı ve okyanus tabanına ilişkin olarak uluslararası metinlerde düzenleme konusu olmuştur. Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction, UNGA Res. 2749 (XXV), (17.12.1970). Derin deniz yatağına ilişkin oluşturulan uluslararası rejime benzer bir rejim, uzay kaynakları kullanılabilir teknoloji elde edilince uzay için de oluşturulmak istenmiştir.

[51] 1979 Ay Anlaşması, md. 11. 1967 Uzay Antlaşması gibi kapsayıcı ve genel hükümler içeren bir uluslararası antlaşma varken 1979 Ay Anlaşmasına ihtiyaç duyulmasının nedeni, Anlaşma'nın Giriş kısmında dile getirilmiştir: "Anlaşma, *Dünya'nın doğal uydusu olan Ay'ın uzay faaliyetlerinde önemli ve özel bir yeri olacağından, Ay'ın uluslararası bir çatışma alanı haline gelmesini önlemek, Ay'ın araştırılması ve kullanılması konusunda Devletler arasında işbirliğini teşvik etmek, gelecekte gerçekleştirilecek ilerlemeleri dikkate almak suretiyle Ay'ın doğal kaynaklarının adaletle paylaşılmasını sağlamak amacıyla* kaleme alınmıştır."1979 Ay Anlaşması, Giriş. Anlaşma'da açıkça Ay'la ilgili hükümlerin güneş sistemi içindeki bütün diğer gök cisimleri için de, bu gök cisimleri için özel hukuki düzenlemeler yapılmadıkça, geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. 1979 Ay Anlaşması, md.1.

[52] Suudi Arabistan 5 Ocak 2024'ten itibaren geçerli olmak üzere 1979 Ay Anlaşması'ndan

bir anlaşma olarak nitelendirilse de, insanlığın ortak mirası hükmü ile uzayın silahtan arındırılmış, bütün insanlığın menfaatine adanmış ve yalnızca barışçıl amaçlar için kullanılabilecek bir alan olduğunu vurgulamış ve münhasıran barışçıl amaçlarla kullanım ilkesinin insanlığa adanmış ve herkese ait olan uzayın korunmasına hizmet eden bir ilke olduğunu uluslararası toplum nezdinde bir kez daha dile getirmiştir.[53] Ancak Anlaşma'nın hükümleri taraf olmayan devletler bakımından bağlayıcı değildir ve Ay ve diğer gök cisimlerinden elde edilecek kaynakların insanlığın ortak mirası sayılacağına ilişkin 11. madde hükmü örf ve adet hukuku kuralı değeri de taşımamaktadır.[54] Dolayısıyla, 1967 Uzay Antlaşması'nın belirlediği rejim geçerliliğini korumaktadır. 1979 Ay Antlaşması'nın insanlığı ortak mirası konsepti bağlamında uzayın yalnızca barışçıl amaçlarla kullanılmasını sağlama gücü bulunmamaktadır.

Hindistan'ın 23 Ağustos 2023'te Ay'ın güneyine yumuşak iniş yapmasıyla,[55] 1979 Ay Anlaşması ve insanlığın ortak mirası rejimi tartışmaları yeniden gündeme gelmiştir. Uzay kaynaklarının ticari olarak sömürülmesini engellemeye çalışan 1979 Ay Anlaşması'nı bertaraf etmek üzere yapıldığına dair tartışmalar yürütülen Artemis Mutabakatı (*Ay, Mars, Kuyruklu Yıldızlar ve Asteroitlerin Barışçıl Amaçlarla Sicil Keşfi ve Kullanımında İş Birliği İlkeleri*), 2020 yılında Birleşik Krallık, İtalya, Avustralya, Kanada, Japonya,

çekilme kararını Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne bildirmiştir. Böylece ilk kez bir devlet şimdiye kadar yapılmış beş uzay antlaşmasından birinden çekilmiş oldu. 2024 yılı itibariyle 1979 Ay Anlaşması, Türkiye dahil yalnızca 17 devlet bakımından bağlayıcı bir uluslararası metindir. Anlaşma metnini, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden yalnızca Fransa, uzay yetenekli devletlerden ise yalnızca Hindistan imzalamıştır. Anılan iki devlet Anlaşmayı imzalamış ancak onaylamamış olduğu için bu devletler bakımından Anlaşma bağlayıcı değildir. Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2024, 15 April 2024, A/AC.105/C.2/2024/CRP.3. Ancak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 18'e göre, "*bir antlaşmayı imzalayan devlet, antlaşma yürürlüğe girinceye veya antlaşmaya taraf olmama niyetini beyan edene kadar antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir.*" Dolayısıyla 1979 Ay Anlaşması'nı imzalayıp onaylamayan devletler bakımından Anlaşma'nın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır.

[53] Seyitoğlu Danışman, 2021, s. 175.

[54] Erdem, s. 75.

[55] Ay'ın henüz ziyaret edilmemiş olan ve gelecekteki görevler için kaynak olabilecek su buzuna sahip bir bölgesini keşfetmeyi amaçlayan Chandrayaan-3 misyonu ile Hindistan, Ay'ın güney kutbuna başarıyla uzay aracı indiren ilk devlet, ABD, Rusya ve Çin'den sonra bugüne kadar Ay'a iniş yapabilen dördüncü devlet olmuştur. The New York Times: "India Moon Landing In Latest Moon Race, India Lands First in Southern Polar Region", 23 Aug. 2023, (https://www.nytimes.com/live/2023/08/23/science/india-moon-landing-chandrayaan-3, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Lüksemburg, Birleşik Arap Emirlikleri ve ABD tarafından imzalanmıştır.[56] ABD'nin Artemis Mutabakatı'nın neden BM Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi eliyle devletlere sunulmasını sağlamadığı tartışma konusu olmuş ve bu durum devletlerin Mutabakat'ı imzalama konusunda tereddüt etmesine neden olmuştur. Kimi devletler Artemis Mutabakatı'nın ABD'nin kendi uzay politikalarını dayatan bir girişim olduğunu öne sürmüş, Rusya Mutabakat'ın fazlasıyla "*ABD merkezli"* olduğunu dile getirmiş, Çin'in imzasının olmaması ise ABD Kongresinin Çin'le iş birliği yasağı olmasına bağlanmıştır. Mutabakat'ı güçlendirebilecekken, Almanya ve Fransa'nın imzasının olmaması da dikkat çekmiştir.[57] Suudi Arabistan'ın 1979 Ay Anlaşması'ndan çekilmesi ve Artemis Mutabakatının ilgi görmesi gelişmeleri, 1979 Ay Anlaşması'nın insanlığın ortak mirası konseptinin bertaraf edilerek uzay kaynaklarının kullanılması konusunda yeni bir yol arayışı gibi görünmektedir. Bu Mutabakat'ın gelecekte ticarileşecek olan uzayın barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesine etkisinin nasıl olacağı da üzerinde durulması gereken bir konudur. Zira insanlığın ortak mirası kavramı özü itibariyle uzayın saldırgan amaçlarla kullanılmasını engelleyecek diğer mekanizmaları destekleyici niteliktedir.

Artemis Mutabakatı 2024 yılı itibariyle 42 devlet tarafından imzalanarak taraftar toplamaya devam etmektedir.[58] Hindistan da 21 Haziran 2023'te Artemis Muatbakatı'nı imzalamıştır. [59] Hindistan'ın aynı zamanda 1979 Ay Anlaşmasını da imzalamış ancak onaylamamış bir devlet olması, Hindistan'ın 1979 Ay Anlaşması'ndan kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğü ihlal edip etmediği sorusunu akla getirecektir. Uluslararası antlaşmalar yalnızca antlaşmaya taraf olan devletleri bağlar, metin ile bağlanma iradesi olmayan yalnızca metni kesinleştiren imza devletleri bağlamaz. Ancak 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözlemesi'nin 18. maddesine göre; bir uluslararası antlaşmayı im-

[56] The Artemıs Accords Prıncıples For Cooperatıon In The Cıvıl Exploratıon And Use Of The Moon, Mars, Comets, And Asteroıds For Peaceful Purposes. Metin için bkz: (https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2022/11/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf?emrc=653a00, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[57] Christopher, Newman, "Artemis Accords: Why Many Countries Are Refusing To Sign Moon Exploration Agreement", 19 October 2020, (https://theconversation.com/artemis-accords-why-many-countries-are-refusing-to-sign-moon-exploration-agreement-148134, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[58] Artemis Mutabakatı'nı imzalayan devletler için bkz: (https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2023/07/artemis-accords-slovakia-053024.jpg, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[59] The Republic of India Signs the Artemis Accords, Media Note, 24 June 2023. (https://www.state.gov/the-republic-of-india-signs-the-artemis-accords/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

zalayan devletler, o antlaşmanın konu ve amacına aykırı hareket etmemek yükümlülüğü altındadır. Hindistan'ın Artemis Mutabakatı'nı imzalaması, 1979 Ay Anlaşması'nın amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Artemis Mutabakatı, ABD hükümeti ile Artemis programına katılan diğer hükümetler arasında yapılan, bağlayıcı olmayan, çok taraflı bir düzenlemedir. Mutabakat'ın "Uzay Kaynakları" başlıklı 10. bölümünde *"...imzacılar, uzay kaynaklarının çıkarılmasının, doğası gereği , 1967 Uzay Antlaşması'nın 2. maddesi[60] kapsamında milli tahsis teşkil etmediğini teyit etmektedirler.*" ifadesi yer almaktadır. Ancak ticari amaçlarla kurulacak büyük maden sahaları ulusal ölçekte milli tahsis sayılacaktır. 1967 Uzay Antlaşması, uzayın keşfi ve kullanılmasının tüm insanlığın yetki alanı olacağını ve ekonomik veya bilimsel gelişmişlik derecelerine bakılmaksızın tüm ülkelerin yararına ve çıkarları doğrultusunda gerçekleştirileceğini düzenlemiştir.[61] Bu iki hüküm birlikte okunduğunda Artemis Mutabakatı, 1967 Uzay Antlaşması'nın amaçlarını ihlal etmektedir.[62] Mutabakat, imzacıların Mutabakat kapsamında yürütecekleri işbirliği faaliyetinin münhasıran barışçıl amaçlara yönelik olacağını ve uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirileceğini düzenlese de,[63] uzaydan daha fazla yararlanma yarışının uzay güvenliğini tehdit edeceği açıktır.

Bir uydunun fiziksel olarak yok edilmesinin bir güç kullanımı teşkil ettiği açıktır. Böyle bir uydunun kasıtlı olarak imha edilmesinin doğrudan sivil kayıplar da dahil, yaşam ve ekonomi kaynaklarının tahrip olması ve temel hizmetlerin çalışamaz hale gelmesi gibi olumsuz sonuçları olabilir. Herhangi bir silahlı çatışmada meşru bir askeri hedef olarak görülebilecek bir uzay nesnesi, aynı anda sivil ve ticari hizmetler de sağlıyor olabilir. Bu sebeple çift kullanımlı işleyen bir uzay nesnesinin sivil ve ticari yönü ile askeri bileşenini birbirinden ayırmaktaki güçlük uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması sorununu derinleştirmektedir.[64] Uzay faaliyetlerinde kullanılan uzay

[60] "*Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzay, egemenlik ilânı, kullanma ve işgal suretiyle veya diğer herhangi bir suretle millî iktisaba konu olamaz."*1967 Uzay Antlaşması, md. 2.

[61] 1967 Uzay Antlaşması, md. 1.

[62] Khubchandani, Mohit, "As the First Country to Land on the Moon's South Pole, Should India also be the First Space Power to Ratify the Moon Agreement?", EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, 13 September 2023, (https://www.ejiltalk.org/as-the-first-country-to-land-on-the-moons-south-pole-should-india-also-be-the-first-space-power-to-ratify-the-moon-agreement/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[63] The Artemıs Accords Prıncıples For Cooperatıon In The Cıvıl Exploratıon And Use Of The Moon, Mars, Comets, And Asteroıds For Peaceful Purposes, section 3.

[64] Freeland, s. 48.

nesnelerinin bir uyduyu veya başka bir uzay nesnesini yok etme kapasitesine sahip olabilmesi ve askeri ve sivil uygulamalara sahip çift kullanımlı uyduların sayısının giderek artması uzay silahının ne olduğu, nelerden oluştuğu ve uzaya yerleştirilmesi konusunda belirsizlikleri artırmaktadır. Örneğin, silahlı bir insansız hava aracını kontrol etmek ve yönlendirmek için kullanılan bir uydu uzayın barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesini ihlal etmiş sayılacak mıdır? [65]

Neredeyse tüm teknolojilerin hem sivil hem de askeri uygulamalara imkan veren çift kullanımlı yönü bulunmaktadır. En tehlikeli silahların bile sivil ekonomide barışçıl muadilleri vardır. Özellikle uydusavar silahlar inşa etmek için geliştirilen teknolojilere karşın, sivil ekonomide ticari aktörler de, uzaydaki askeri silahlara benzeyen ancak barışçıl amaçlarla kullanılan yörünge sistemlerini piyasaya sürmektedir. Ancak, bu tür sivil teknolojilerin çoğunu, uzay enkazlarını temizlemek için kullanılan iyi huylu bir ağı bile, uyduları düşürmek için kullanılan bir silahtan ayırt etmek güçtür. Bu durum devletlerin kendilerini sivil uzay çalışmaları ve teknolojisinde sınırlamadan, askeri uygulamaları önlemesini zorlaştırmaktadır. Devletler barışçıl nükleer, kimyasal veya biyolojik programlar kisvesi altında güçlü silahlar üretebilir ve bu teknolojilerin barışçıl kullanımlarından hileli şekilde yararlanarak, ani bir askeri avantaj elde edebilirler. [66] Uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesi devletler tarafından karşı çıkılmayan ve aşikarca ihlal ettikleri herhangi bir örnek bulunmayan bir prensip olsa da, sayılan nedenlerden dolayı uzayı nükleer silahlardan ve diğer her türlü kitle imha silahından koruyacak, devletlerin uydusavar sistemlerinin olumsuz sonuçlarını bertaraf edecek daha fazla hukuki güvenceye ihtiyaç vardır. Bu nedenle uzay hukukunun temel kaynaklarında uzay güvenliği ve uzayda silahsızlanma konusunda bağlayıcı hukuki normların bulunup bulunmadığının ve ASAT testlerinin hukuken izin verilen bir teknoloji olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

II. UZAY HUKUKUNUN TEMEL KAYNAKLARI ÇERÇEVESİNDE ASAT TESTLERİNİN HUKUKİLİĞİ

A. 1963 Nükleer Denemelerin Kısmi Yasaklanması Antlaşması

Uzayın hukuki rejimine ilişkin çerçeve çizen uzay antlaşmaları oluş-

[65] Mosteshar, Sa'id, "Space Law and Weapons in Space", Oxford Research Encyclopedia of Planetary Science, 23 May 2019, (https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-74, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[66] Vaynman / Volpe, s. 599–600.

turulmadan önce, 9 Haziran 1962'de ABD tarafından gerçekleştirilen Starfish Prime nükleer testi, beklenenden çok daha büyük bir etki yaratmış, biri Sovyet, biri İngiliz, dördü de Amerikan olmak üzere altı uyduyu devre dışı bırakan güçlü bir elektromanyetik darbe üretmiştir. ABD tarafından uzayda gerçekleştirilen beş nükleer testten biri olan bu denemeden devletler, uzaydaki nükleer patlamaların yeni uzay tabanlı teknolojiler için büyük ve ayrım gözetmeyen bir tehdit oluşturabileceğini anlamışlardır ve testten etkilenen üç devletin girişimiyle 1963 tarihli Atmosferde, Uzayda ve Suda Nükleer Testleri Yasaklama Antlaşması (1963 Nükleer Denemelerin Kısmi Yasaklanması Antlaşması) imzalanmıştır.[67]

1963 Nükleer Denemelerin Kısmi Yasaklanması Antlaşması, uzayda nükleer denemelerin yasaklanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Anılan antlaşmanın 1. maddesine göre; *antlaşmaya taraf devletlerden her biri, kendi yetkisi ve kontrolü altındaki herhangi bir yerde nükleer silah denemesi ya da başka bir nükleer patlamayı yasaklamayı, önlemeyi ve yapmamayı* taahhüt eder. *Atmosferde ve uzay dahil atmosferin sınırlarının ötesinde ya da karasuları ve açık denizler dahil su altında nükleer denemeler yapılamaz. Ayrıca devletin kontrolü ve yetkisi altındaki bir alanda gerçekleştirilen patlamanın devletin sınırları dışında radyoaktif kalıntıya ve nükleer kirlenmeye sebep olması halinde, diğer herhangi bir ortam da yasağın kapsamındadır. Antlaşmaya taraf devletlerden her biri; anılan tüm bu ortamlarda her türlü nükleer silah deneme patlamalarına veya diğer nükleer patlamalara sebep olmaktan, bunları teşvik etmekten veya bunların uygulanmasına herhangi biçimde bizzat katılmaktan kaçınmayı da* taahhüt eder.[68]

1963 Nükleer Denemelerin Kısmi Yasaklanması Antlaşması, uzayda yalnızca nükleer patlamaları yasaklamaktadır, uzayın diğer çeşitli askeri kullanımları hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir.[69] Antlaşma, ister uydulara ve füzelere karşı, ister telekomünikasyonun kesintiye uğratılması gibi başka herhangi bir amaçla olsun, uzayda nükleer patlamaların kullanılmasını, bu tür silahların test edilmesini, bu tür patlamaların veya testlerin gerçekleştirilmesine yardım edilmesini yasaklamıştır. Ancak her antlaşmanın yalnızca

[67] Anılan antlaşma, silahları uzaydan uzak tutmanın Dünya'daki nükleer çatışmayı önlemek için bir ön koşul olduğu kabulüne dayanan bir dizi silah kontrol antlaşmasının ilki olmuştur. Byers / Boley, s. 260-261.

[68] Treaty Banning Nuclear Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (Partial Nuclear Test Ban Treaty), 5 Agust 1963, 480 UNTS 45, No. 6964, md. 1.

[69] Zedalis / Wade, s. 458.

taraf olan devletleri bağlaması, taraf olmayan devletlerin faaliyetlerinin antlaşmanın yasaklarının kapsamı dışında kalması, bu antlaşmaya nükleer güce sahip kimi devletlerin taraf olmaması ve aynı zamanda antlaşmanın taraf devletlere olağanüstü durumlarda feshe izin vermesi[70] gibi sebeplerle bu antlaşmanın etkili ve kapsamlı bir koruma sağladığı söylenemez. Cheng'e göre Antlaşma, başlığından da anlaşıldığı üzere, uzayda nükleer denemelerin yasaklanmasını yalnızca barış zamanı için düzenlemiş, savaş zamanı için herhangi bir hükme yer vermemiştir. Antlaşmada yer alan "nükleer patlama" ifadesi de birtakım belirsizlikler içermektedir. Bu ifadenin yalnızca çıplak nükleer patlamalar için olduğu, ancak uzayda gama ışını, X ışını veya diğer lazer silahlarına enerji sağlamak için kullanılabilecek ve nükleer patlama yaratmayan veya silahın dışındaki ortamda radyoaktif kalıntılara neden olmayan küçük çaplı nükleer patlamalar için geçerli olmadığı hususu tartışma konusu olabilir. Bununla birlikte antlaşmada, halihazırda nükleer enerjiyle çalışan uzay araçlarının durumuna ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır.[71]

B. 1967 Uzay Antlaşması, 1979 Ay Anlaşması

1967 Uzay Antlaşması da uzayda nükleer silahların ve ASAT'ların yasaklanmasına ilişkin kapsamlı bir düzenlemeye yer vermemiştir. Antlaşmanın uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılmasını düzenleyen 4. maddesinde, *taraf devletlerin nükleer silahlar veya diğer çeşit kütlesel tahrip silahları taşıyan cisimleri dünya etrafındaki bir yörüngeye oturtmamayı, gök cisimlerine yerleştirmemeyi, gök cisimleri üzerinde askeri üs ve tesisler kurmamayı ve tahkimat yapmamayı, herhangi bir tip silah denemesi ve askeri manevralar yapmamayı taahhüt ettikleri* hüküm altına alınmıştır.[72] Maddede açıkça nükleer silahlar ve kitle imha silahlarının yasak olacağı düzenlenmiştir. Uzayda seyreden füzelerin yok edilmesi için, nükleer silahların uzaydan transit geçişi ve yeryüzünden uzaya nükleer silahların fırlatılması, geleneksel silahlar ya da uydulara karşı kullanılabilecek diğer silahlar düzenleme konusu yapılmamıştır.[73] Antlaşma nükleer olmayan ASAT silahlarının uzaya yerleştirilmesini ya

---

[70] "*Bu Antlaşma sınırsız süreli olacaktır. Taraflardan her biri, ulusal egemenliğini kullanırken, bu Antlaşma'nın konusuyla ilgili olağanüstü olayların ülkesinin yüksek çıkarlarını tehlikeye attığına karar verirse, Antlaşma'dan çekilme hakkına sahip olacaktır. Böyle bir çekilmeyi Antlaşma'nın diğer tüm Taraflarına üç ay önceden bildirecektir*." Partial Nuclear Test Ban Treaty, md. 4.

[71] Cheng, s.526-527.

[72] 1967 Uzay Antlaşması, md. 4.

[73] Wolff, s. 73.

da uzayda kullanılmasını da açıkça yasaklamamıştır. Madde hükmünde nükleer silahların ve kitle imha silahlarının özel olarak yasaklanması, kinetik enerji ASAT'ları ve yönlendirilmiş enerji ASAT'ları gibi konvansiyonel silahların 1967 Uzay Antlaşması tarafından yasaklanmadığını göstermektedir. Buna göre, 1967 Uzay Antlaşması uyarınca ASAT testleri ve silahları *de lege legata* yasaldır.[74] Dolayısıyla, Rusya'nın testlerini yaptığı iddia edilen anti uydu silahının hangi silah türü kapsamına girdiği tespit edilip madde hükmü kapsamına girdiği ölçüde yasak olacağı sonucuna ulaşılacaktır. [75] Bununla birlikte uzay silahına dönüşme ve çevresel zararlara yol açma gibi tehlikeli sonuçlar doğurma potansiyeli olan nükleer enerji ile çalışan uzay nesnelerinin durumu da madde hükmünde ele alınmamıştır.

1967 Uzay Antlaşması'nın 4. maddesi ile ilgili tartışma yaratan bir diğer husus, antlaşmayı hazırlayanların niyetinin yalnızca gök cisimleri üzerinde silah denemesi yapılmasını yasaklamak mı yoksa genel olarak uzayda silah denemesi yapılmasını yasaklamak mı olduğudur. Hükme özellikle "*gök cisimleri*" ifadesinin eklenmiş olduğu kabul edildiğinde, niyetin yalnızca gök cisimleri üzerinde yapılacak silah denemelerinin yasaklanması olduğu ve ASAT testlerinin 1967 Uzay Antlaşması'nın 4. maddesi bağlamında yasak olmadığı sonucuna ulaşılacaktır.[76] Bunun yanında, "*gök cisimleri*" ifadesinin Ay'ı dışla-

[74] Öte yandan ASAT testleri diğer silah kontrol antlaşmalarına, BM Şartı'na ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabidir. Schellekens, s.13. Başka bir devletin yörüngedeki uydusunu yok etmek üzere gerçekleştirilen ASAT saldırıları, BM Şartı'nın kuvvet kullanma yasağı, meşru müdafaa ve 7. bölüm çerçevesinde Güvenlik Konseyinin yetkileri kapsamındaki hükümleri bağlamında birtakım sınırlamalara tabi olacaktır. Bu bağlamda uyduları yok etmek üzere kullanılan herhangi bir cihazın silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, meşru müdafaa hakkının kullanılması durumunda orantılılık testinin nasıl belirleneceği, uzaya veya uzaydan kuvvet kullanımı durumlarında Güvenlik Konseyi'nin 41 ve 42. maddeler kapsamındaki yetkilerinin nasıl işletileceği gibi hukuki problemlere ilişkin değerlendirmeler yapmak gerekecektir. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz: Schellekens, s. 15-22. ASAT testlerinin hukukiliği incelenirken, anti-balistik füzelerle ilgili uluslararası antlaşmalar da yol gösterici olacaktır. Bir anti balistik füze yörüngedeki bir uyduyu yok etmek üzere kullanıldığında bu bir ASAT silahı olacaktır, bu durumda anti balistik füze silah sistemi aynı anda bir ASAT silahı olarak ikili bir amaca hizmet edecektir. Ancak çalışmanın kapsamı uzay hukukunun temel antlaşmalarıyla sınırlı tutulduğundan kuvvet kullanma hukuku, silah kontrol antlaşmaları ve anti balistik füze antlaşmaları çerçevesinde ayrıca bir değerlendirme yapılmayacaktır.

[75] Zedalis / Wade, s. 459; Anand, Sanchit, / Nagamarpalli, Rajeshwari Suryakanth, / Miele, Vero-nica, / Danthinne, Audrey, "Bringing Order to Orbital Chaos?: ASAT Weapons Tests and the Outer Space Regime", Völker-rechtsblog, 7 December 2021, doi: 10.17176/20211207-141255-0, (https://voelkerrechtsblog.org/bringing-order-to-orbital-chaos/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[76] Schellekens, s. 26.

dığını, bu hükmün Ay'da askeri üsler, tesisler ve istihkamlar kurmak, silahları test etmek ve askeri manevralar yapmak için bir gerekçe olarak öne sürülebileceği ihtimali karşısında, Antlaşma'da sürekli "*Ay ve diğer gök cisimleri dahil uzay*" ifadesi kullanıldığının ve dolayısıyla Antlaşma'nın amacı doğrultusunda "*uzay*" ifadesinin "*gök cisimleri*ni", "*gök cisimleri*" ifadesinin de Ay'ı kapsadığını vurgulamak gerekir. 1967 Uzay Antlaşması'nın 4.maddesi bağlamında Devletlerin, hava sahası ve uzay arasındaki sınır belli olmadığı için kendi ulusal hava sahaları da dahil olmak üzere, topraklarında bu tür silahları konuşlandırmalarının, uzay boşluğunda herhangi bir silah kullanmalarının, uzay boşluğu üzerinden hedeflerine herhangi bir silah göndermelerinin önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.[77]

1967 Uzay Antlaşması'nda ASAT silahlarının ve testlerinin yasaklanmamış olması, uydusavar silah sistemlerinin herhangi bir hukuki sınıra tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir. ASAT teknolojisine ilişkin en önemli kısıtlama "uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması" ilkesidir. Bunun yanında Antlaşma'nın 1. maddesinde düzenlenen "*uzay faaliyetlerinin bütün insanlığın hayır ve menfaatine uygun olarak yürütülmesi (ortak çıkar) ilkesi*" de ASAT testlerine ilişkin hukuki değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken bir hükümdür. Hükme göre; *Ay ve diğer gök cisimleri de dahil uzayın araştırılması ve kullanımı, ekonomik ya da bilimsel kalkınmalarına bakılmaksızın, bütün devletlerin menfaat ve yararına gerçekleştirilmelidir; uzay, Ay ve diğer gök cisimleri de dahil olmak üzere, bütün insanlığa tahsis olunmuştur.*[78] 1967 Uzay Antlaşması'nın hazırlık çalışmalarında ve doktrinde anılan hükmün özel bir hukuki yükümlülük doğurup doğurmadığı tartışılmıştır.[79] Anılan maddede Taraf Devletlerin uzay faaliyetlerini yürütürken diğer devletlerin uzayın keşfi ve kullanımındaki menfaatlerini gözetme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Maddenin devamında uzayı bütün insanlığa tahsis olunmuş bir alan olarak niteleyen hüküm ve 1967 Uzay Antlaşması'nın sonraki hükümleri de bu yükümlülüğü düzenleyen hükmün gücünü pekiştirmektedir.

---

[77] Cheng, s. 528-529, 531-532.

[78] 1967 Uzay Antlaşması, md. 1/1. 1967 Uzay Antlaşması'nın bu hükmü önemine binaen, BM Genel Kurulu'un 13 Aralık 1996 tarihli ve 51/122 sayılı kararıyla "*Uzayın Tüm Devletlerin, Özellikle Gelişmekte Olan Devletlerin Menfaati ve Yararına Araştırılması ve Kullanılmasına İlişkin Uluslararası İşbirliği Bildirgesi*" olarak geliştirilip özel bir düzenleme olarak kabul edilmiştir. The Declaration on International Cooperationin the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking into Particular Account the Needs of Developing Countries, UNGA Res. 51/122, (13.12.1996).

[79] Cheng, s. 234-237; Schellekens, s. 11.

1967 Uzay Antlaşması'nın 9. maddesinde Antlaşmaya Taraf Devletlerin Ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayın keşfi ve kullanılmasında iş birliği ve karşılıklı yardımlaşma ilkelerine dayanacakları ve bu faaliyetlerin olası olumsuz etkilerini önlemek için istişare ve danışma yükümü altında olacakları düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; bir Taraf Devlet kendisinin ya da vatandaşlarının uzayda yürüteceği bir faaliyetin veya denemenin, Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayın barışçıl amaçlarla keşfi ve kullanılması alanında başka bir taraf devletin faaliyetlerini zararlı şekilde engelleyeceği hususunda inandırıcı sebeplere sahip ise, söz konusu faaliyet veya denemeye girişmeden önce gerekli uluslararası istişarelerde bulunacaktır. Aynı şekilde, Antlaşmaya taraf herhangi bir devlet de uzayda yürüttüğü faaliyetlerinin diğer bir Taraf Devletin uzayda yürütmeyi tasarladığı bir faaliyet ya da deneme dolayısıyla zararlı şekilde engelleneceğine dair inandırıcı bir sebebe sahipse, söz konusu faaliyet ya da deneme konusunda istişare talebinde bulunabilir.[80] Dolayısıyla anılan hükümle birlikte uzayda ASAT silahlarının kullanılması veya bu tür silahların uzaya yerleştirilmesi, Antlaşma'ya taraf diğer devletlerin menfaatlerini ve uzay faaliyetlerini tehlikeye atmama koşuluna bağlanmıştır. Bir anti-uydu silahının konuşlandırılması uzayın barışçıl kullanımına potansiyel zararlı müdahale yarattığı ölçüde, bu tür bir silahı konuşlandıran devletin istişare talep etme yükümlülüğü doğabilir. Ayrıca meydana gelebilecek potansiyel zarar, Antlaşma tarafından düzenlenen uzayın kapsayıcı kullanımı[81] ve bütün devletlere açık olması ilkesine de müdahale sayılacaktır.[82] Ancak uzay faaliyetleri bakımından devletler arasındaki rekabet, ASAT teknolojisinin uzay aktörleri tarafından geliştirilmesine olan ilgi, devletlerin uzay faaliyetleri hakkında bilgi verme konusundaki genel isteksizliği ve uzayın askeri ve savunma amaç-

[80] 1967 Uzay Antlaşması, md. 9. Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası çevre hukuku kavram ve ilkelerini göz önüne alarak değerlendirme yaptığı ilk uyuşmazlık olan Gabcikovo-Nagymaros Davasında da ciddi sınıraşan etkileri olabilecek projelere başlamadan önce "çevresel etki değerlendirmesi (environmental impasct assessment)" yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. ICJ, Case Concerning the Gabcikovo- Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 1997. Karar incelemesi için bkz: Anlar Güneş, s. 91-116. ASAT testi gerçekleştiren devletlerin çevresel etki değerlendirmesi yapmaları ve meydana gelebilecek uzay enkazının, uzayın diğer aktörler tarafından serbestçe kullanımını engellememesine dikkat etmeleri gerekmektedir. Schellekens, s. 41-42.

[81] 1967 Uzay Antlaşması'nda uzayda yürütülecek faaliyetleri gözlemleme fırsatının diğer uluslara verilmesi ve uzay araçlarının, istasyonlarının, tesislerin ve teçhizatın karşılıklılık esasına tabi olmak üzere tüm uluslara açık olması gerektiği düzenlemiştir. 1967 Uzay Antlaşması md. 10, 11, 12.

[82] Zedalis / Wade, s. 457-458.

lı kullanıldığı durumlarda elde edilen bilgilerin yüksek jeopolitik değeri göz önüne alındığında 9. madde hükmünün pratikte etkin bir uygulaması olmadığı anlaşılacaktır.[83]

1979 Ay Anlaşmasının 3. maddesinde de taraf devletlerin *nükleer silahlar veya diğer çeşit kütlesel tahrip silahları taşıyan cisimleri Ay etrafındaki bir yörüngeye oturtmamayı, Aya yerleştirmemeyi, Ay üzerinde askeri üs ve tesisler kurmamayı ve tahkimat yapmamayı, herhangi bir tip silah denemesi ve askeri manevralar yapmamayı taahhüt ettikleri ve Ay üzerinde herhangi bir tehdit, güç kullanımı veya diğer düşmanca hareket ve düşmanca hareket tehdidinin yasak olacağı* hüküm altına alınmıştır. [84] 1979 Ay Anlaşması, 1967 Uzay Antlaşması'nın silahsızlanma içeren hükümlerini Ay ve Ay'ın etrafındaki yörüngeleri bakımından detaylandırmış ve Ay üzerinde her türlü güç kullanımını ve silah denemelerini yasaklamıştır. Dolayısıyla Ay'ın yörüngesine yerleştirilecek uyduların ASAT silahlarıyla imha edilmesi Anlaşma'nın ihlali olarak yorumlanacaktır.[85] Ancak 1979 Ay Anlaşması'nın yalnızca az sayıdaki taraf devlet bakımından bağlayıcı olacağı ve Artemis Mutabakatı gibi yollarla bertaraf edilmeye çalışılması, bu Anlaşma'nın uzay güvenliğinde ve ASAT testlerinin yıkıcı etkilerini ortadan kaldırmadaki önemini ve rolünü azaltmaktadır.

C. Uzay Faaliyetlerine İlişkin Sorumluluk Rejimi ve 1972 Sorumluluk Sözleşmesi

Uzay Antlaşmaları uzayda yürütülecek faaliyetlerden doğan zararın nasıl tazmin edileceğine, uluslararası sorumluların nasıl belirleneceğine ve taraf devletlerin bu faaliyetlere ilişkin yükümlülüklerine dair genel hükümler içermektedir. Bu hükümler doğrudan uzayda nükleer silah kullanımı ya da ASAT testlerinin neden olacağı olumsuz sonuçlara yönelik düzenlemeler olmasa da, taraf devletlere anılan konularda asgari bir rehberlik sunması bakımından önemlidir.

---

[83] Zira Rusya'nın 15 Kasım 2021'de gerçekleştirdiği ASAT testini yapmadan önce, Antlaşma'ya taraf diğer devletlere danışmadığı, Uluslararası Uzay İstasyonu'ndaki astronotların hayatlarını riske attığı ve Rusya'nın tarafı olduğu 1967 Uzay Antlaşması'nı doğrudan ihlal ettiği iddia edilse de, pratikte Rusya'nın 1967 Uzay Antlaşması'ndan kaynaklanan danışma ve bilgi verme yükümlülüğü gündeme gelmemiştir. Robinson, Tim / Wheeler, Joanne, "Space Debris: The Legal Issues", Royal Aeronautical Society, 3 January 2014, (https://www.aerosociety.com/news/space-debris-the-legal-issues/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[84] 1979 Ay Anlaşması, md. 3.

[85] Schellkens, s. 27-28.

1967 Uzay Antlaşması'na göre; *Taraf Devletler vatandaşlarının gerek Hükümet teşekkülleri gerekse de Hükümetler-dışı teşekküllerin, ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayda yürütecekleri faaliyetlerin 1967 Uzay Antlaşması'na uygun yürütülmesini ve bu faaliyetlerin ilgili devletin müsaadesine ve devamlı nezaretine tabi olmasını sağlamak uluslararası sorumluluğu altındadır*.[86] Uzay faaliyetlerinden kaynaklı kirlenmelerin ve uzay enkazının doğuracağı risklerin önlenmesi için 1967 Uzay Antlaşması taraf *devletlere uzaydaki tüm faaliyetlerini Antlaşmaya taraf diğer tüm devletlerin ilgili çıkarlarını dikkate alarak yürütme sorumluluğu* yüklemiştir. *Taraf devletler uzay faaliyetlerini uzayın zararlı bir şekilde kirlenmesini ve yer dışı maddelerin geri dönmesi sonucu yeryüzü ortamında meydana gelebilecek zararlı değişmeleri önleyecek şekilde yürütecekler ve bu amaçla uygun tedbirler alacaklardır*.[87] Dolayısıyla Devletler, ASAT testleri veya saldırıları da dahil olmak üzere, uzaydaki faaliyetlerinin neden olduğu her türlü zarardan sorumludur. 1967 Uzay Antlaşması'nın 6 ve 7. maddelerinde düzenlenen sorumluluk rejimi, Antlaşma'ya Taraf Devletlerin, başka bir Taraf Devlete, onun gerçek veya tüzel kişilerine verilen zarardan sorumlu olmasını gerektirmektedir. Ancak bu hükümler Taraf Devletlerin uzayın genel olarak kirlenmesine yol açan eylemlerden sorumlu olmalarını gerektirmemektedir. 1967 Uzay Antlaşması neyin "zararlı kirlenme" teşkil ettiğini, bunun nasıl kanıtlanacağını veya alınacak "uygun tedbirlerin" neler olabileceğini açıklığa kavuşturmamıştır. Uzay Antlaşmalarının hazırlandığı süreçte uzay nesneleri "tehlikeli" olarak değerlendirilmiştir.[88] Bununla birlikte, literatürde ASAT silahlarının kullanılması sonucu

[86] 1967 Uzay Antlaşması, md. 6. Antlaşma 'ya göre; *uzaya fırlatılan bir cisim, tescil edilmiş bulunduğu Taraf Devletin yetki ve kontrolü altındadır. Bu cisim ve parçaları üzerindeki yetki ve kontrol yeryüzünde, uzayda ve uzaydan geri dönmeleri halinde de devam eder.* 1967 Uzay Antlaşması, md. 8.

[87] 1967 Uzay Antlaşması, md. 9. Uluslararası çevre hukukunun temelini oluşturan Rio Deklarasyonu'nun ikinci ilkesi, *tüm Devletlerin kendi çevre ve kalkınma politikaları uyarınca kendi kaynaklarını kullanma konusunda egemen hakka sahip olduklarını ve aynı zamanda kendi yetki ve kontrol alanları dahilindeki faaliyetlerin diğer Devletlerin veya kendi ulusal yetki sınırlarının ötesindeki alanların çevresine zarar vermemesini sağlama sorumluluğunu* kabul ettiklerini öngörmektedir. Uzay da devletlerin ulusal yetki alanlarının ötesinde bir alan olduğu için uzay çevresine zarar verilmesi Rio Deklarasyonu'nun 2. ilkesinin ihlali sayılacaktır. Aynı zamanda Deklarasyon'un 24. ilkesi, *Devletlerin silahlı çatışma zamanlarında da çevre için koruma sağlayan uluslararası hukuk normlarına saygı göstermeleri gerektiğini* düzenlemektedir. Rio Declaration on Environment and Development, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development* (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), New York, 1993, pp. 2-8. (A/CONF.151/26/Rev.l (Vol. l).

[88] Herhangi bir fırlatma operasyonunda uzay nesnelerinin bileşen parçaları, fırlatma araçları ve bunların parçaları bütünden kopabilir veya uzay nesnesi parçalanabilir, dolayısıyla dünya

oluşabilecek uzay enkazının zararlı kirlenmeden çok, biyolojik ya da radyoaktif kirlenme olarak yorumlanacağına işaret edilmiştir.[89]

Bir uzay faaliyeti sonucu zararlı kirlenmenin meydana geldiği kanıtlansa bile, tazminat alabilmek için zararlı kirlenmenin hangi Devletin uzay faaliyeti sonucu meydana geldiğinin belirlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Yörüngedeki bir uydunun imha edilmesi sonucu meydana gelen çoğu uzay enkazı 1 ile 10 cm arasındadır ve bu tür küçük uzay enkazının izlenmesi olanaklı değildir. Büyük nitelikteki nesnelerden oluşan uzay enkazı takip edilebilir ve gerektiğinde bu enkazla ilgili uyarılar yapılabilir ancak izi sürülemeyen parçalar sorumlu Devletin belirlenmesini imkânsız kılar. 1967 Uzay Antlaşması'nın 9. maddesine göre; *Antlaşma'ya Taraf Devletler, Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayla ilgili inceleme ve keşiflerini, bunların zararlı bir şekilde kirlenmesini ve yer dışı maddelerin sokulması sonucunda yeryüzü ortamında hasıl olacak zararlı değişmeleri önleyecek şekilde yürütecekler ve gerektiğinde, bu maksatla uygun tedbirler alacaklardır*. 1967 Uzay Antlaşması'nın öngördüğü sorumluluk rejiminde zararı önlemeye yönelik adımların atılmamasından kaynaklanan sorumluluk ile fiilen meydana gelen zarardan kaynaklanan sorumluluk arasında da bir ayrım yapılmamıştır. [90]

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Ötesi Zararların Önlenmesine İlişkin Taslak Maddeleri'nin 3. maddesinde, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmayan ve fiziksel sonuçları nedeniyle önemli sınıraşan zarara yol açma riski taşıyan faaliyetlerin[91] topraklarında ya da başka bir şekilde yargı yetkisi veya kontrolü altın-

atmosferine yeniden giren ve sürtünmeden kurtulan uzay nesnelerinin hasara neden olabilme ve uzay nesnelerindeki radyoaktif ve kimyasal maddelerin Dünya üzerindeki nüfus ve çevre için tehlike oluşturabilme potansiyeli vardır. Mejía-Kaiser, Martha, "Space Law and Hazardous Space Debris", Oxford Research Encyclopedia of Planetary Science, 30 January 2020, (https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-70, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[89] Robinson, Tim / Wheeler, Joanne, "Space Debris: The Legal Issues", Royal Aeronautical Society, 3 January 2014, (https://www.aerosociety.com/news/space-debris-the-legal-issues/, Erişim Tarihi: 20.09.2024). Nükleer enerjili ASAT testlerinin yapılması 1967 Uzay Antlaşması uyarınca açıkça hukuka aykırıdır. Diğer iki tür ASAT testinden yönlendirilmiş enerji ışını uzay enkazı yaratmaz, bu sebeple uzay enkazı sorunu bağlamında önem arz eden ve bir tür konvansiyonel silah olarak değerlendirildiği için 1967 Uzay Antlaşmasındaki yasak kapsamına girmeyen ASAT türü, kinetik enerjili ASAT testleridir. Schelkens, s. 28. Sonuçları itibariyle uzay enkazına yol açma riski taşıyan bu tür ASAT testlerinin, uzay güvenliği ve uzay çevresinin korunması bağlamında özel düzenlemelere konu olması gerekmektedir.

[90] Schellekens, s. 35-37.

[91] 2001 ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities,

da yürütüldüğü Menşe Devlet[92], önemli sınıraşan zararları önlemek veya her hâlükârda bu riskleri en aza indirmek için gerekli tüm önlemleri alacaktır. Ancak bu metin yalnızca Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sınıraşan zararlarla ilgili düzenleme ve standartlar belirleme amacıyla devletlere önerdiği bağlayıcı olmayan bir uluslararası metin olduğu için, Rusya veya uzayda sınıraşan zararlara yol açma ihtimali olan uzay faaliyeti yürüten diğer devletler bakımından sorumluluk gündeme getirebilecek güce sahip değildir. 2001 tarihli Taslak Maddelerin 3. maddesi ile belirlenen "riskleri en aza indirmek" standardı, 1967 Uzay Antlaşması'nın taraf devletlere yüklediği olası zararları önleme sorumluluğunun yorumlanması için yol gösterici olacaktır.

1967 Uzay Antlaşması, uzay faaliyeti yürüten devletlerin bu faaliyetlerinden uluslararası sorumlu olacağını düzenlemiştir. Antlaşma'nın 7. maddesine göre; uzay faaliyeti yürüten Taraf Devletler, Antlaşma'ya taraf diğer bir devlete veya bu devlete tabi gerçek veya tüzel kişilere karşı, uzay faaliyetinde kullanılan cismin veya parçalarının yeryüzünde, hava sahasında ya da uzayda meydana getirdiği zararlardan dolayı uluslararası sorumludur. Sorumluluğu gündeme gelecek devlet, Ay ve diğer gök cisimleri dahil uzaya bir cisim fırlatan, fırlattıran ve ülkesinden veya tesislerinden bir cisim fırlatılan her Taraf Devlettir.[93] Hüküm yalnızca uluslararası sorumluluğun gündeme geleceğinden bahsetmiş ancak ayrıntılı bir sorumluluk rejimi oluşturmamıştır.

Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. A/56/10, p. 370-435, md. 1.

[92] 2001 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Ötesi Zararların Önlenmesine İlişkin Taslak Maddeleri, md. 2/d.

[93] 1967 Uzay Antlaşması, md. 7. Uzay Antlaşması'nın devletlerin uzay faaliyetlerinden kaynaklanan uluslararası sorumluluğu düzenlediği 6. maddesinde "responsibility", 7. maddesinde ise "liability" kavramı kullanılmıştır. Bu kavramların her ikisi de "sorumluluk" olarak Türkçeye çevrilse de ifade ettikleri sorumluluk rejimleri farklıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihinde hazırladığı Devletlerin Uluslararası Haksız Eylemlerden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler metninin 2. maddesine göre; bir devletin herhangi bir fiilinden ya da ihmalinden kaynaklanan uluslararası haksız bir eyleminden sorumlu (responsible) tutulabilmesi için uluslararası bir yükümlülüğün ihlali ve bu ihlalin ilgili devlete atfedilebilir olması gerekmektedir. Taslak Maddeler için bkz: 2001 ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. A/56/10, p. 59-366. Yani bu madde kapsamında sorumluluk için zarar ya da kusur şartı aranmaz. "Liability" kavramında ise bir uluslararası yükümlülüğün ihlali sonucu meydana gelen zararın karşılanması yani tazminat ödeme yükümlülüğü gündeme gelmektedir. İlgili kavramlara ilişkin ayrıntılı analiz için bkz: Eryavuz, s. 34-36.

1967 Uzay Antlaşmasının 7. maddesi, 1972 tarihli Uzay Cisimlerinin Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme (1972 Sorumluluk Sözleşmesi)'de detaylandırılmıştır.[94] Sözleşme zararın meydana geldiği yer bakımından bir ayrım yapmış ve iki tür sorumluluk rejimi düzenlemiştir. Yeryüzünde meydana gelen ve uçuş halindeki uçaklara verilen zararlardan dolayı Fırlatan Devlet, tazminat ödenmesinden mutlak olarak sorumlu olacaktır.[95] Yeryüzünden başka bir yerde, başka bir Fırlatan Devletin uzay cismine veya uzay cismi içinde bulunan insanlara veya mallara verilen zararlar bakımından ise, zarar veren uzay cismini Fırlatan Devlet, zarar ancak kendisinin ve hareketlerinden sorumlu olduğu kişilerin herhangi bir kusurundan kaynaklanmışsa sorumlu olacaktır.[96] Kendisi veya tabiiyetinde bulunan hakiki ve hükmi şahısları zarar gören bir Devlet, bu zarardan dolayı Fırlatan Devlete tazminat talebinde bulanabilecektir.[97] 1972 Sorumluluk Sözleşmesi de yalnızca taraf olan devletler bakımından bağlayıcıdır. 2024 yılı itibariyle Sözleşme'ye taraf devlet sayısı 100'e ulaşmıştır. ABD, Rusya, Çin, Hin-

[94] Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, 29 March 1972, 961 UNTS 187, No. 13810. Sözleşmede uzay faaliyetlerinden kaynaklanan uluslararası sorumluluğa ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Sorumluluğu ileri sürülebilecek devletlerin tespiti, tazminat taleplerinin hangi kanallarla ileri sürülebileceği, sorumluluğun kapsamı, tazminatın hesaplanmasında dikkat edilecek hususlar, zararın giderilmesi için diplomatik yollarla çözüm bulunamaması halinde oluşturulacak Zarar Komisyonu ve çalışma usulü gibi birçok hüküm ile sorumluluk rejimi oluşturulmuştur.

[95] 1972 Sorumluluk Sözleşmesi, md.2.

[96] 1972 Sorumluluk Sözleşmesi, md. 3. Sözleşme'nin 1. maddesinde bazı kavramlara ilişkin tanımlamalar yapılmıştır: '*Bu Sözleşme'de yer alan:*

a) "Zarar" terimi insan hayatı kaybı, yaralanmalar ve insan sağlığına verilen diğer zararları veya devlet malları ile hükmi şahıslar ve hükümetlerarası kuruluşların mallarının kaybı ile bu mallara verilen zararları,

b) "Fırlatma" terimi, fırlatma teşebbüsünü de içerir.

c) "Fırlatan Devlet" terimi,

i - Bir uzay cismini fırlatan veya fırlattıran devleti,

ii - Ülkesinden veya tesislerinden uzay cismi fırlatılan devleti,

d) "Uzay Cismi" terimi, bir uzay cismini meydana getiren kısımlarla, fırlatma aracı ve onu oluşturan kısımları içerir.' Fırlatan Devlet tanımı, 1967 Uzay Antlaşmasının uzay faaliyetlerinden kaynaklan uluslararası sorumluluğa yer verdiği 7. maddesindeki hükümle aynıdır.

[97] Tazminat talebinde bulunma ilgili devletin takdirine bağlıdır. Eğer tabiiyetinde bulundukları devlet tazminat talebinde bulunmazsa, başka bir Devlet, topraklarında bulunan hakiki ve hükmi şahısların gördükleri zarar nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir. Eğer bu devlet de tazminat talebinde bulunmazsa, başka bir Devlet, toprakları üzerinde devamlı oturan kişilerin uğradıkları zarar nedeniyle Fırlatan Devletten tazminat talebinde bulunabilir. 1972 Sorumluluk Sözlemesi, md. 8.

distan, Japonya gibi uzay yetenekli devletlerin de Sözleşme'ye taraf olması[98] Sözleşme'nin önemini artırmaktadır.

Uzayda yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan uluslararası sorumluluğa ilişkin bir uluslararası antlaşma yapılması görüşmeleri sırasında, başlangıçta üzerinde uzlaşıya varılamayan hususlardan biri de nükleer zarar konusu olmuştur. İlk taslakta nükleer zarar konusuna yer verilmemiş, SSCB ise nükleer zararın da eklenmesini talep etmiştir. Antlaşmanın nükleer zararı da kapsayacak şekilde yapılması konusunda anlaşmaya varılmışsa da, nükleer zarar Sözleşme'nin nihai metninde yer almamıştır. Sözleşme'nin yapılmasından kısa bir süre sonra meydana gelen Cosmos 954 kazası, nükleer hasarın Sözleşme'ye alınması talebinin haklılığını ortaya koymuştur. [99]

1978 yılında SSCB'ye ait nükleer güçle çalışan Cosmos 954 uydusu, Kanada üzerinden atmosfere yeniden girmiş ve Kanada'nın kuzeybatı topraklarında ormanlık bir araziye düşerek yaklaşık 124.000 kilometre karelik geniş bir alanda radyoaktif kirlenmeye sebep olmuştur. Kanada Hükümeti, radyoaktif kirlenmeyi temizlemek için yaptığı harcamaları SSCB'den söz konusu Sözleşme ve 1967 Uzay Antlaşması'nın sorumluluğa ilişkin hükümleri uyarınca tazmin etmiştir. 1972 Sorumluluk Sözleşmesi ilk kez Cosmos 954 kazası ile, uluslararası uygulamaya konu olmuştur.[100] Doktrinde kimi yazarlar, 1972 Sorumluluk Sözleşmesi uyarınca tazminat komisyonu kurulmadığı için sorunun Sözleşme çerçevesinde çözülmediğini ileri sürmüşse de, SSCB ve

[98] Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2024, 15 April 2024, A/AC.105/C.2/2024/CRP.3. 1972 Sorumluluk Sözleşmesi kapsamında sorumluluğun ileri sürülebilmesi için, zarara neden olan uzay aracının hangi devlete ait olduğunun tespiti önem kazanacaktır. Bu kapsamda 1975 tarihli Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Tescili Hakkında Sözleşme 2. maddesinde, taraf devletlerin uzaya fırlatılan uzay araçlarının kendi tutacakları bir ulusal tescil sistemine ve BM Genel Sekreteri'nce tutulacak bir uluslararası tescil sistemine kaydetmeleri gerektiğini düzenlemiştir. Convention on Registration of Object Launched into Outer Space, 14 January 1975, 1023 UNTS 15, No. 15020. Uluslararası bir antlaşmayla böyle bir tescil sisteminin oluşturulması, uluslararası sorumluluğu ileri sürülecek devletin tespiti konusunda önemli olmasının yanı sıra, devletlerin uzaya nükleer silah ya da başka türlü kitle imha silahlarını yerleştirmek için gizlice uzay faaliyeti yürütmelerinin de önüne geçecektir. Erdem, s.55.

[99] Cheng, s. 253, 324.

[100] Operation Morning Light – "The year of the AECB's grand adventure", (https://www.cnsc-ccsn.gc.ca/eng/resources/canadas-nuclear-history/past-presidents/alan-prince/, Erişim Tarihi: 20.09.2024). Olaya ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz: Canada: Claim Against The Union Of Soviet Socialist Republics For Damage Caused By Soviet Cosmos 954, International Legal Materials, 1979, C. 18, S. 4, s. 899–930, (http://www.jstor.org/stable/20692062, Erişim Tarihi: 20.09.2024); Brearley, s. 291- 320; İnce, s. 258-259.

Kanada'nın diplomatik yollarla tazminat hususunda anlaşması, Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin işlediğini göstermiştir. Konuyla ilgili doktrinde yürütülen başka bir tartışma ise, Sözleşme'nin nükleer zarardan bahsetmediğini, çevresel zararları ihmal ettiğini dile getiren görüştür. Sözleşme'nin 2. maddesinde üzerinde durulan objektif sorumluluğun tehlike sorumluluğunu da içerdiği yorumu yapıldığında, nükleer zararın da Sözleşme'nin kapsamına girerek uluslararası sorumluluğa sebep olacağı ve Sözleşme'de öngörülen sorumluluk rejimine dayanılarak tazminat talep edilebileceği sonucuna ulaşılacaktır.[101]

1978 Cosmos 954 kazasının ardından uzayda nükleer enerjinin kullanımına ilişkin ilkeler belirleme fikri ortaya çıkmış ve on dört yıllık tartışma ve görüşme sürecinin sonunda BM Genel Kurulu'nda "Nükleer Enerji Kaynaklarının Uzayda Kullanımına İlişkin İlkeler" kabul edilmiştir.[102] Karar'da, nükleer enerjinin yalnızca nükleer güç kaynağı dışında yürütülmesi mümkün olmayan uzay misyonları bakımından kullanılabileceği ve devletlerin bu tür nükleer enerji ile çalışan uzay araçlarının güvenlik kontrollerini zorunlu olarak yapması ve atmosfere yeniden girme riski karşısında diğer devletleri uyarması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca nükleer enerji kaynağının türüne göre hangi uzay araçlarının uzayın hangi alanında kullanılabileceği üzerinde durulmuştur. Karar'ın uluslararası sorumluluğa ilişkin düzenlemesi ise, 1967 Uzay Antlaşması'nın ve 1972 Sorumluluk Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine atıfla benzer şekilde düzenlenmiştir.[103] BM Genel kurul kararları tavsiye niteliğinde olduğu için bu Karar da, uzayda nükleer enerjinin kullanılması hususunda bağlayıcı nitelikte uluslararası bir düzenleme değildir. Ancak devletler uzayda nükleer enerji taşıyan misyonlarından BM Genel Sekreterini haberdar ederek bu ilkeleri önemsediklerini göstermişlerdir.[104]

[101] Doktrindeki farklı görüşler için bkz: Brearley, s. 412; Erdem, s. 181.

[102] Brearley, s. 304; Erdem, s. 80.

[103] The Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space, UNGA Res. 47/68, (14.12.1992).

[104] 15 Kasım 1996'da Rusya'nın nükleer madde taşıyan uzay aracı Mars-96 hakkında BM Genel Sekreterini bilgilendirmesi. Note Verbale dated 15 November 1996 from the Permanent Mission of the Russian Federation addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/AC.105/647, (20.11.1996). ABD'nin Ekim 1997'de fırlatılması planlanan nükleer madde taşıyan uzay aracı Cassini hakkında BM Genel Sekreteri'ni bilgilendirmesi. Note verbale dated 14 July 1999 from the Permanent Mission of theUnited States of America to the United Nations (Vienna) addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/AC.105/677/Add.1, (19.07.1999); Erdem, s. 80.

D. Silahsızlanma Çalışmaları ve Güncel Gelişmeler

Uzayda silahlanma yarışının önlenmesi konusunun bu konuda çalışan özel bir BM organı eliyle yürütülmesini isteyen devletlerin girişimiyle, uzayda silahsızlanmayı sağlayacak uluslararası bir antlaşmanın yapılması çalışmaları BM Silahsızlanma Komitesi'nin gündemine taşınmıştır.[105] Komite, *"uzayda nükleer silahlanmanın önlenmesi, nükleer savaşın önlenmesi, uzay güçlü aktörlerin uzayda silahlanma yarışına girmesinin önlenmesi, yeni nesil kitle imha silahlarının ve yeni nesil radyolojik silahların uzayda kullanımının düzenlenmesi, kapsamlı bir silahsızlanma programının oluşturulması ve devletlerin uzay politikalarında silahlanma konusunda şeffaflığın ve güven artırıcı önlemlerin sağlanması"* konularına eğilmiştir.[106] BM Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi'nden sonra uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ve uzay güvenliği konusunda çalışan ikinci BM organı olmuştur.[107]

Silahsızlanma Komitesi'nin önemli faaliyet alanlarından biri de uzayda kuvvet kullanılmasının önlenmesi, ASAT silahlarının olası yasağı dahil, uzay silahlarına ilişkin hukuki meselelerin çözüme kavuşturulması gibi konuları düzenleyen yeni uluslararası antlaşmaların yapılabilmesi için çeşitli antlaşma tekliflerinin incelenmesi olmuştur. SSCB ve ABD'nin ikili anlaşmalarda belirli türdeki uzay tabanlı nesnelerin ve bunların yer tabanlı bölümlerinin hukuken korunması gerektiğini kabul etmiş olmaları, ASAT silahlarının barışçıl amaçlarla kullanılan uydular için taşıdığı tehdit nedeniyle, önemli bir gelişme olarak memnuniyetle karşılanmış ve uyduların korunması ve dokunulmazlığı konusunda bir dizi öneri masaya yatırılmıştır. Bu başlık altında ileri sürülen öneriler arasında, Sovyetler Birliği'nin ilk olarak 1981'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na, ikinci olarak da 1982'de Silahsızlanma Komitesi'ne sunduğu bir antlaşma teklifi de bulunmaktadır.[108] Teklifin 3. maddesine göre; "*Ta-*

[105] Konunun BM Silahsızlanma Komitesi'nin gündemine taşınmasını öngören BM Genel Kurulu Kararı için bkz: Prevention of an Arms Race in Outer Space, UNGA Res. 37/83, (9.12.1982).

[106] Erdem, s. 152-153.

[107] Wolff, s.74.

[108] Letter Dated 10 August 1981 from the Minister for Foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics addressed to the Secretary-General, Official Records of the General Assembly, A/36/192, 20 August 1981; Letter Dated 6 April 1982 from the Representative of the Union of Soviet Socialist Republics Addressed to the Chairman of the Committee on Disarmament Transmitting The Draft Treaty on the Prohibition of the Stationing of Weapons of Any Kind in Outer Space / Submitted to The Thirty-sixth Session of the General Assembly, CD/274, 7 April 1982.

raf Devletler, diğer Taraf Devletlerin uzay nesnelerini tahrip etmemeyi, uzay nesnelerine zarar vermemeyi, bu nesnelerin normal işleyişlerini bozmamayı veya uçuş yörüngelerini değiştirmemeyi taahhüt ederler."[109] Sosyalist Ülkeler Grubu bu hüküm ile Taslağın uzayda genel olarak bir silahlanma yarışının önlenmesinin yanında, özel olarak ASAT silahları sorununu ele alması sebebiyle memnuniyetlerini dile getirmelerine karşın, Batılı Ülkeler, Taslağı ASAT sorununu açıkça düzenlememesi ve birçok yoruma açık durum oluşturması sebebiyle eleştirmişlerdir. Sovyetler Birliği 1981 Taslağı'na yapılan eleştirileri dikkate alarak 1983 yılında "Uzayda ve Uzaydan Dünya'ya Karşı Güç Kullanımının Yasaklanması Antlaşması Taslağı"nı BM Silahsızlanma Komitesine sunmuştur. [110] Bu yeni Taslak da istenen sonucu vermemiş, farklı zamanlarda özellikle ASAT testlerinin yasaklanması, ne tür testlerin zararlı hangilerinin zararsız test sayılacağı gibi konular Silahsızlanma Komitesinde tartışılmaya ve yeni önerilere konu olmaya devam etmiştir. [111]

Çin ve Rusya 2008 yılında, "Uzaya Silah Yerleştirilmesi, Uzay Araçlarına Yönelik Kuvvet Kullanma ve Kuvvet Kullanma Tehdidinin Yasaklanması Taslak Metni"ni BM Silahsızlanma Komitesi'ne sunmuştur. Taslak, devletlerin uzaya silah yerleştirmemesini ve uzaydaki nesnelere güç kullanma tehdidinde bulunmamasını garanti etme amacındadır.[112] Taslak Metnin 2.maddesine göre; *Taraf Devletler, herhangi bir tür silah taşıyan herhangi bir nesneyi Dünya'nın yörüngesine, gök cisimlerine ve uzaya yerleştirmemeyi, uzay nesnelerine karşı güç tehdidine veya kullanımına başvurmamayı ve diğer Devletlere, Devlet gruplarına veya uluslararası kuruluşlara bu Antlaşma ile yasaklanan faali-*

[109] Draft Treaty on The Prohibition of The Stationins of Weapons of Any Kind in Outer Space, md 3.

[110] Draft Treaty on The Prohibition of the Use of Force in Outer Space and from Space against the Earth.

[111] Alves, s. 97-106.

[112] Letter Dated 12 February 2008 from The Permanent Representative of The Russian Federation and The Permanent Representative of China to The Conference on Disarmament Addressed to The Secretary-General of The Conference Transmitting The Russıan and Chinese Texts of The Draft "Treaty on Prevention of The Placement of Weapons in Outer Space and of The Threat or Use of Force Against Outer Space Objects (PPWT)" Introduced by The Russian Federation and China, UN Doc. CD/1839, (29.02.2008). Taslağa göre; "*kastedilen güç kullanımı ya da güç kullanma tehdidi; uzay nesnelerine karşı, onları yok etmek, tahrip etmek, çalışma fonksiyonlarını geçici ya da kalıcı olarak bozmak ya da yörünge ayarlarını özellikle değiştirmek gibi düşmanca hareketlerde bulunmak veya bulunmakla tehdit etmektir".* md. 1/(e).

yetlere katılmaları için yardım veya teşvik etmemeyi taahhüt ederler.[113]

2008 tarihli Taslak Metin uydulara yönelik en acil askeri tehdit olan füze teknolojisine dayalı yer tabanlı ASAT'ların test edilmesi ve yayılmasını düzenlemediği ve uzay tabanlı silahlara odaklandığı için eleştirilmiştir. Bu haliyle Taslak Metin, ASAT'ların araştırılmasına, geliştirilmesine, üretilmesine ve karasal olarak depolanmasına izin vermiş ve bunların test edilmesini ve geliştirilmesini açıkça yasaklamamış, yalnızca düşmanca amaçlarla uzay nesnelerine karşı güç tehdidi veya kullanımını açıkça yasaklamıştır. Dolayısıyla Taslak Metin, Çin'in 2007'de test ettiği doğrudan yükselişli ASAT gibi askeri sistemlerin geliştirilmesini engelleyecek bir düzenlemeye sahip değildir.[114] ABD, Taslak'ta geçen "güç kullanma tehdidi" ibaresinin neleri kapsadığının açık olmamasını bahane ederek Taslağı reddetmiştir. ABD, *"uydu karşıtı silah geliştirmenin tehdit olup olmadığı",* ya da *"bir devletin kendi uydusunu yok etmesinin diğerleri için tehdit olup olmadığı"* sorularını[115] gündeme getirerek 2007 yılında gerçekleştirdiği ASAT testiyle kendi uydusunu yok eden Çin'in böyle bir taslak metin hazırlamasına gönderme yapmıştır. Rusya ve Çin 2014 yılında yeni bir taslağı Komite'ye sunmuşsa da ABD yine taslağın bir bağlayıcı uluslararası antlaşma olmasına engel olmuştur.[116] BM Silahsızlanma Komitesi çeşitli zamanlarda uzayda silahsızlanma üzerine çalışmaya devam etmişse de, devletler bağlayıcı bir metin üzerinde uzlaşamamıştır, konu hala Komite'nin gündemindedir. Uyduların korunması ve ASAT testlerinin hukukiliği konusunda bir uluslararası antlaşmanın müzakere edilmesi için devletler arasında fikir birliği oluşmamıştır. Bağlayıcı metin üzerinde anlaşılması hususunda somut bir adım atılamayacağı anlaşılınca uzay faaliyetlerine ilişkin çeşitli güven artırıcı önlemlerin alınması çalışmaları yürütülmüştür. [117]

7 Aralık 2020'de BM Genel Kurulu'nda "Sorumlu Davranış Normları, Kuralları ve İlkeleri Yoluyla Uzay Tehditlerinin Azaltılması" kararı ka-

[113] Draft Treaty On Prevention of The Placement of Weapons in Outer Space And of the Threat or Use of Force Against Outer Space Objects (PPWT), madde 2.

[114] Tronchetti, s. 370.

[115] Letter Dated 19 August 2008 from The Permanent Representative of The United States of America Addressed to The Secretary-General of The Conference Transmitting Comments on The Draft "Treaty on Prevention of The Placement of Weapons in Outer Space and of The Threat or Use of Force Against Outer Space Objects (PPWT)" As Contained In Document Cd/1839 Of 29 February 2008, UN Doc. CD/1847, (26.08.2008).

[116] Balcı, s. 2097-2098.

[117] Alves, s. 106.

bul edilmiştir. Karar tüm Üye Devletleri, *uzayı barışçıl, güvenli, istikrarlı ve sürdürülebilir, silahlanma yarışından ve çatışmalardan uzak bir çevre olarak muhafaza etmek amacıyla uzay sistemlerine yönelik tehditleri azaltmak için en iyi şekilde nasıl hareket edebilecekleri konusunda ortak bir anlayışa ulaşmaya; uzaydaki veya Dünyadaki eylemler, faaliyetler veya sistemlerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere, uzay sistemlerine yönelik mevcut ve potansiyel tehditlerin ve güvenlik risklerinin yanı sıra sorumsuz veya potansiyel olarak tehdit edici kabul edilebilecek eylem ve faaliyetleri ve bunların potansiyel etkilerini karakterize etmeye; uluslararası güvenlik ve sorumlu davranış normlarının, kurallarının ve ilkelerinin daha da geliştirilmesi ve uygulanması ve uzaya ilişkin yanlış anlama ve yanlış hesaplama risklerinin azaltılması konusunda fikirlerini paylaşmaya* teşvik etmektedir.[118] Karara ilişkin üye devletlerin görüşlerini içeren BM Genel Sekreteri raporunda, hiçbir devletin ASAT silahlarının test edilmesini hukuka uygun bir eylem olarak değerlendirmediği, devletlerin kinetik ASAT testlerine ilişkin kısıtlamalara güçlü destek verdiği ortaya konulmuştur.[119] Bu görüşler devletlerin ASAT testleri konusundaki *opinio jurisini* yansıtması bakımından önemlidir; zararlı sonuçlara sebep olma potansiyeli daha ağır olan nükleer bir testin de devletlerin itirazına uğrayacağı açıktır.

24 Aralık 2021'de BM Genel Kurulu, "*devletlerin uzaya ilişkin faaliyetlerinden kaynaklanan tehditlere ilişkin mevcut uluslararası hukuki ve diğer normatif çerçeveleri değerlendirmek; devletlerin uzay sistemlerine yönelik mevcut ve gelecekteki tehditlerini ve sorumsuz olarak değerlendirilebilecek eylemleri, faaliyetleri ve ihmalleri dikkate almak; devletlerin uzay sistemlerine yönelik tehditleriyle ilgili sorumlu davranışlara ilişkin olası normlar, kurallar ve ilkeler hakkında ve uygun olduğu hallerde, uzayda bir silahlanma yarışının önlenmesi de dahil olmak üzere, hukuki olarak bağlayıcı araçların müzakere edilmesine devletlerin nasıl katkıda bulunacakları hakkında tavsiyelerde bulunmak"* üzere açık uçlu bir çalışma grubu oluşturmaya karar vermiştir.[120] Bu girişime yönelik çalışmalar, 2022 yılında Rusya'nın Ukrayna'yı işgal etmesi ve buna bağlı olarak Batılı Devletlerle Rusya arasında yeni bir gerilim ortaya çıkmasıyla sekteye uğrasa da, silahsızlanma alanında atılacak

[118] Reducing Space Threats through Norms, Rules and Principles of Responsible Behaviours, UNGA Res. 75/36, (07.12.2020).

[119] Report of the Secretary-General: Reducing Space Threats through Norms, Rules and Principles of Responsible Behaviours, UN Doc A/76/77, (13.07.2021).; Byers / Boley, s. 233.

[120] Reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours, UNGA Res. 76/231, (24.12.2021).

böyle bir adımın ne kadar önemli ve acil olduğu da ortaya çıkmıştır.[121]

18 Nisan 2022'de ABD Başkan Yardımcısı Kamala Harris, "*ABD'nin bugünden itibaren yıkıcı, doğrudan yükselen uydusavar füze testleri yapmamayı taahhüt ettiğini*" ilan etmiştir.[122] Bu tür açıklamalar uluslararası hukukta "tek taraflı beyanlar" olarak adlandırılmaktadır ve beyan sahibi devleti hukuken bağlayıcıdır.[123] Uluslararası Adalet Divanı, 1974'te verdiği Nükleer Denemeler Davalarındaki kararları ile[124], devletlerin tek taraflı işlemlerinin kendileri bakımından yükümlülük doğuracağını ortaya koymuştur. Bu davalar Yeni Zelanda ve Avustralya tarafından, Fransa aleyhine, Fransa'nın Pasifik Okyanusu atmosferinde gerçekleştirdiği nükleer denemelerin hukuka aykırı olduğunun tespiti talebiyle Divan'ın önüne getirilmiştir. Dava sürerken Fransa'nın üst düzey yetkilileri aynı nitelikteki nükleer denemeleri sonlandıracağını beyan etmiştir. Divan Fransa'nın anılan beyanının uyuşmazlık konusunu ortadan kaldırdığına ve esas hakkında karar vermeye gerek olmadığına karar vermiş ve devletin tek taraflı beyanının ilgili devlet bakımından bağlayıcı yükümlülükler yarattığını belirtmiştir.[125] Dolayısıyla, ABD'nin bu beyanı kendisi bakımından bağlayıcıdır ve uzay yetenekli devletlerden birinin uzay güvenliğine ilişkin attığı önemli bir adım olarak değerlendirilebilir.

ABD'nin test etmemeyi taahhüt ettiği yeteneğe zaten halihazırda sahip olduğu ve bu beyanın önemsiz olduğu akla gelebilir ancak bu gelişmeden sonra Kanada, Yeni Zelanda, Japonya, Almanya, Güney Kore, İngiltere ve Avustralya kısa sürede benzer açıklamalar yapmıştır. Bu tek taraflı beyanlar kendi başına uluslararası hukukta bütün devletleri bağlayıcı bir norm yaratmaz ancak uzayın keşfi ve kullanımı serbestisi ilkesinin ASAT silahlarının kullanılmasını engelleyecek şekilde yorumlanması amacıyla "sonraki uygulama" olarak değerlendirilebilir. Ayrıca bu beyanlar, uzay güvenliği ve uzayda silahsızlanma konusunda hem devlet uygulaması hem de *opinio jurisin* ifadesi olarak uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının gelişimine katkıda buluna-

[121] Byers / Boley, s. 233-235.

[122] The White House: "Remarks by Vice President Harris on the Ongoing Work to Establish Norms in Space", 18 April 2022, (https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/04/18/remarks-by-vice-president-harris-on-the-ongoing-work-to-establish-norms-in-space/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

[123] Byers / Boley, s. 335.

[124] ICJ, Nuclear Tests Case (Australia vs. France), Judgment of 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974, ss. 253-274.

[125] Ayrıntılı bilgi için bkz: Uzun, s. 1-22.

bilir.[126]

ABD'nin tek taraflı beyanını takiben, 7 Aralık 2022'de BM Genel Kurulu'nda, tüm devlere yıkıcı ASAT testlerini yapmamayı taahhüt etme çağrısında bulunan bir karar alınmıştır. Karar'da yıkıcı ASAT sistemlerin kullanılmasının uzay çevresi üzerinde yaygın ve geri döndürülemez etkileri olabileceğine vurgu yapılmış ve uzayda silahsızlanmanın somut adımlarla sağlanması gerektiği dile getirilmiştir. ABD'nin öncülüğünde alınan bu karar bağlayıcı değil, sadece tavsiye niteliğindedir; ancak devletlerin büyük desteğini alması bakımından önemlidir.[127]

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 24 Nisan 2024'te, *tüm Taraf Devletlerin, nükleer silahlar veya diğer türde kitle imha silahlarını taşıyan nesnelerin Dünya etrafındaki yörüngeye, gök cisimlerine veya uzaya herhangi bir şekilde yerleştirilmemesi yükümü de dahil olmak üzere, 1967 Uzay Antlaşması'na tam olarak uyma yükümlülüğünü* teyit eden, nükleer silahların yayılmasının önlenmesi konulu bir karar taslağını[128] oylamıştır. Karar Taslağı, uzayda bir silahlanma yarışını tüm yönleriyle önlemek için, siyasi taahhütler ve hukuki olarak bağlayıcı uluslararası belgeler de dahil olmak üzere, uygun ve etkili önlemlerin alınmasını vurgulamaktaydı. Ancak Karar Rusya'nın vetosu sebebiyle alınamamıştır. Çin ise çekimser oy kullanmıştır. Japonya ve ABD, nükleer silahların yayılmasının önlenmesi çabaları içinde önemli bir yeri olan bu taslağı veto eden Rusya ve çekimser oy kullanan Çin'i eleştirmiş; Rusya ise bu girişimin kendi devletini karalama oyunu olduğunu dile getirmiş ve eğer ABD uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ko-

[126] Byers / Boyler, s. 336-337. 1967 Uzay Antlaşması'nın ilk maddesinde yer alan uzayın keşfi ve kullanımı serbestisi ilkesinin ASAT testleri bakımından nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durulması gereken bir konudur. 2007'de Çin'in, 2019'da Hindistan'ın ve 2021'de Rusya'nın gerçekleştirdiği testlere pek çok devlet uzun süre kalıcı uzay enkazı oluşturan ASAT silah testleri bu serbestiye aykırıymış gibi tepki göstermiştir. Bu sebeple Antlaşma'nın ilgili hükmünün yorumunun değiştiği sonucuna ulaşılabilir. Yani sonuçları ne olursa olsun, her türlü uzay faaliyeti konusunda serbesti olamayacağı yorumu güçlenmektedir. Burada bir "sonraki uygulama "ya da yeni gelişen bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı söz konusu olabilir. Sonraki uygulamada ve antlaşmanın yorumunda önemli olan antlaşmaya taraf devletlerin uygulamaları iken, uluslararası örf ve adet hukukunda bu tüm devletlerin uygulamasıdır. Bir antlaşmanın yeniden yorumlanması ve yeni bir örf ve adet hukuku kuralının gelişmesi paralel olarak gerçekleşebilir; aynı etkiye sahip bir antlaşma hükmünün yanı sıra bir örf ve adet hukuku kuralı da var olabilir ve bunlar birbirini güçlendirir. Byers / Boyler, s. 338-339.

[127] Destructive direct-ascent anti-satellite missile testing, UNGA Res. A/RES/77/41, (07.12.2022).

[128] Non-proliferation Draft Resolution, UN Doc. S/2024/302, (24.04.2024).

nusunda samimi ise, uzayda nükleer silahlar ve diğer kitle imha silahlarının yasaklanması girişimlerine neden karşı oy kullandığını sormuş, Çin ise eğer ABD ve Japonya, Konseyin uzay güvenliği konusundaki yapıcı müzakerelerini ilerletmeye gerçekten kararlıysa, o zaman nükleer silahlar da dahil olmak üzere her türlü silahın uzaya yerleştirilmesinin yasaklanmasını kesin olarak desteklediklerini ve bu taslağın tüm üye devletleri temsil etmeyen, eksik ve dengesiz bir karar olacağını düşündüğü için çekimser kaldığını açıklamıştır. Karar alınabilseydi, BM Güvenlik Konseyi'nin uzaya ilişkin aldığı ilk karar olacaktı. [129]

SONUÇ

Uzayın güvenli ve sürdürülebilir bir alan olması konusunda devletlerin temel hedefi uzayın askerileştirilmesinin önüne geçmek, uzayda tehlikeli sonuçlar doğurabilecek faaliyetleri ve testleri engellemek ve uzayda silahsızlanmayı sağlamak gibi görünse de, uzay yetenekli devletler farklı güvenlik endişeleri sebebiyle uzay güvenliğine ilişkin farklı yaklaşımlar geliştirmişlerdir. Bu sebeple uzayda silahsızlanma çabalarında ortak bir temelde buluşulamamış, uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması ilkesine rağmen uzay askerileştirilmiştir. Önemi giderek artan ASAT testleriyle de, uzay askeri ve stratejik üstünlük alanı olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Uzayın hukuki rejimini belirleyen uzay hukukunun temel kaynaklarının amacı, uzaya ve uzay faaliyetlerine ilişkin teknoloji ve bilimin gelişmesini, uzayın bütün devletlerin menfaatine olacak şekilde, eşitlik prensibi temelinde herkesin kullanımına açık bir alan olmasının sağlanmasını, uzayın ve uzaydan elde edilecek kaynakların insanlığın ortak mirası olarak kalmasını, uzayın sürdürülebilir, güvenli ve barışçıl amaçlara adanmış bir faaliyet alanı olarak belirlenmesini garanti altına almaktır. Ancak, yaşanan güncel gelişmeler, uzay antlaşmalarının devletlerin ve özel hukuk kişilerinin uzay faaliyetlerine ve teknolojinin gereklerine ayak uyduramadığını, bu sebeple cevapsız kalan birçok yeni hukuki problemle karşı karşıya olunduğunu göstermektedir.

1967 Uzay Antlaşması uzayın hukuki rejimine ve uzayda yürütülecek faaliyetlere ilişkin genel bir çerçeve çizdiği için uzay hukukunun anayasası olarak değerlendirilse de, ASAT testleri, bu testlerin hukukiliği ve uzay enkazı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Antlaşma'nın

[129] Security Council Fails to Adopt First-Ever Resolution on Arms Race in Outer Space, Due to Negative Vote by Russian Federation, Meetings Coverage and Press Releases, SC/15678, (24.04.2024), (https://press.un.org/en/2024/sc15678.doc.htm, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

silahsızlanma hükmü ise sınırlı sayıda silahı içermesi ve ASAT testlerin bir tür silahlanma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği anlaşılamadığı için yetersiz bir hükümdür. 1979 Ay Anlaşması ise, uzayın hukuki rejimini insanlığın ortak mirası olarak belirleyen ve uzayın kaynaklarını uluslararası bir rejime tabi kılmaya çalışan hükmü dolayısıyla taraftar bulamamış, etkisiz bir anlaşma olarak kamıştır. Dolayısıyla 1979 Ay Anlaşması'nın da ASAT testleri ile ilgili olarak kapsayıcı hükümler ortaya koyma ve taraf olmayan devletleri engelleme gücü bulunmamaktadır.

1972 Sorumluluk Sözleşmesi, devletlerin uzay faaliyetlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı uluslararası sorumluluğu için iki tür sorumluluk rejimi belirlemiş, yeryüzünde meydana gelen zararlardan mutlak sorumluluk doğacağını, uzayda meydana gelen zararlarda ise ilgili devletin kusuru nispetinde sorumlu olacağını düzenlemiştir. ASAT testlerinin uzayda bir zarara neden olması durumunda, zarar veren uzay cismini Fırlatan Devlet, zarar ancak kendisinin ve hareketlerinden sorumlu olduğu kişilerin herhangi bir kusurundan kaynaklanmışsa sorumlu olacaktır. Bu da uzayda meydana gelecek zararlar bakımından tazminat talep edilebilmesinin ispat şartına bağlandığını göstermektedir. Ayrıca uzayda devletlerin gizli şekilde yürütecekleri testler sonucunda meydana gelebilecek zararlar bakımından ise atfedilebilirlik sorunu doğacak ve Sözleşme uygulama alanı bulamayacaktır. 1972 Sorumluluk Sözleşmesi yapılmasının ardından günümüze değin, uzay faaliyetlerinin tehlikeli sonuçları bakımından çok az gündeme gelmiştir, devletlerin ASAT testleri sonucunda meydana gelen uzay enkazı bakımından ise bu testleri gerçekleştiren devletler sorumlu tutulmamıştır.

1992 Uzayda Nükleer Enerjinin Kullanılması kararı da dahil olmak üzere, BM Genel Kurulu ve diğer BM organları nezdinde kabul edilen bağlayıcı olmayan uluslararası belgeler ve silahsızlanma konusunda atılan adımlar devletlerin uzayı güvenli bir alan olarak tutma ve uzay antlaşmalarının oluşturduğu çerçeveye sadık kalma niyeti olarak yorumlanabilir. Bu adımlar, devletlerin zararlı sonuçlara sebep olma potansiyeli olan testlerin yapılmasını hukuka uygun bulmadıklarını ve bu testlerin hukuki bir çerçeveye oturtulması ve zararlı sonuçlarının ortadan kaldırılması konusunda mutabık kaldıklarını göstermektedir. Ayrıca anılan bağlayıcı nitelikte olmayan uluslararası belgeler, uzay güvenliği konusunda ortaya çıkacak muhtemel örf ve adet hukuku kurallarının *opinio jürisini* yansıtması bakımından da önemli olacaktır.

1967 Uzay Antlaşması yapılmadan önce genel uluslararası hukuk geçerli uygulanan hukuk olduğundan, Ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayın askeri

kullanımına ilişkin *res extra commercium* veya *res nullius* alanlar için söz konusu olan kurallar dışında, özel bir uluslararası hukuk normu bulunmamaktaydı. Bu sebeple uzayın askeri kullanımına, yalnızca uluslararası hukukun olağan kurallarına ve Birleşmiş Miletler Şartı 2/4 uyarınca düzenlenen kuvvet kullanma yasağına uyulması koşuluyla, ilke olarak izin verilmekteydi. 1967 Uzay Antlaşması'nın 3. maddesi, uzay faaliyetlerinin Birleşmiş Milletler Şartı da dahil olmak üzere uluslararası hukuka uygun olarak yürütüleceğini düzenleyerek uzaydaki insan faaliyetlerinin her zaman genel uluslararası hukuka tabi olduğunu ortaya koymuş, uzay hukukunun "her kuralın yeniden şekillendirilmesi gereken" hukuki bir boşlukta gerçekleşmediğini kabul etmiştir.[130] Dolayısıyla uzay hukukunun cevap bulamadığı sorunlara ilişkin genel uluslararası hukuk normları devreye girecektir. Nükleer silahların uzaya yerleştirilmesi ve uzayda nükleer testlerin yapılması konusunda da nükleer silahların yayılmasının önlenmesi antlaşmalarının oluşturduğu rejime bakmak ve bu antlaşmaların ilgili testleri gerçekleştiren devletler bakımından bağlayıcı olup olmadığını değerlendirmek gerekecektir.

Nükleer kapasiteye sahip olmadıkları sürece ASAT silahlarının kullanımını ya da uzayda konuşlandırılmasını düzenleyen ya da özellikle yasaklayan bir uluslararası antlaşma ya da uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı bulunmamaktadır. ASAT testleri ve silahları uzayla ilgili herhangi bir uluslararası antlaşma tarafından açıkça yasaklanmamıştır. Görünürde ASAT testleri 1967 Uzay Antlaşması'nın lafzını ihlal etmeyebilir ancak uzay hukukunun temel prensipleri[131] ve BM Şartının uluslararası barış ve güvenliği tehdit edecek her türlü kuvvet kullanma eylemini yasaklayan hükümleri gibi uluslararası hukukun genel normları bakımından bu testlerin hukuka aykırılığı gündeme gelebilecektir.

ASAT testlerinin devletlerin kendi yetki alanlarındaki nesneler üzerinde test edilmesini de yasaklayan herhangi bir uluslararası hukuk normu bulunmamaktadır. Devletlerin kendi yetki alanlarında ya da kendi yargı yetkisi dahilindeki nesneler üzerinde ASAT testi yapması, kuvvet kullanma yasağı bağla-

[130] Cheng, s. 513. Kimi yazarlar 1967 Uzay Antlaşması'nın 3. maddesinin genel terimler içermesi nedeniyle çok geniş yorumlanabileceğini ve dolayısıyla devletlerin ASAT silahlarını kendini savunma ya da uluslararası barış ve güvenliği koruma bahaneleriyle rahatça kullanabileceklerini savunmuşlardır. Bkz: Schellekens, s. 11.

[131] Uzayın münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılması, bütün insanlığa adanmış bir alan olması ve bütün insanlığın ortak menfaatine uygun olarak kullanılması gerektiği, uzay faaliyetlerinin uzay çevresine zarar vermeyecek şekilde yürütülmesi gerektiği gibi ilkeler. Bkz: 1967 Uzay Antlaşması, md. 1, 4, 9.

mında bir güç kullanımı teşkil etmeyecektir. Bu tip denemelerin yapılmasının önünde de hukuki bir engel bulunmamaktadır. Günümüze değin birçok devlet yörüngedeki kendisine ait uydulara karşı ASAT denemesi gerçekleştirmiş, bu testler sonucunda meydana gelen uzay çöpü konusu dahi, 2007'de Çin'in gerçekleştirdiği ASAT testinde olduğu gibi, uluslararası sorumluluk konusu yapılmamıştır. Tehlikeli sonuçlar doğurma potansiyeli olan uzay faaliyetlerine ilişkin bildirim yapılmasını öngören uzay hukuku normları da ASAT denemelerinin genellikle askeri amaçlar ve ulusal güvenlik nedenleriyle yapıldığı gerekçesiyle çoğunlukla göz ardı edilmiştir.

Operasyonel ASAT sistemlerine sahip ABD, Rusya, Çin, Hindistan gibi devletlerin ASAT testleri konusunda uzay politikaları göz önüne alındığında, anılan devletlerin bu tür faaliyetleri yürütürken uzay hukukundan kaynaklanan sorumluluk rejiminin zayıf uygulandığı ve gerçekleştirdikleri faaliyetlere yönelik yeni hukuki yollar aradıkları anlaşılacaktır. Bu sebeple, 1967 Uzay Antlaşmasında yapılacak bir reformun ya da uzay hukuku alanınca yapılacak yeni düzenlemelerin ASAT füzelerinin fırlatılmasında gözetilecek davranış kurallarını ve bunların yol açacağı tehlikeleri bertaraf etme yollarını da içermesi elzemdir. Bu amaçla yapılacak uluslararası bir norm oluşturma girişiminin öncelikle ve özellikle ele alması gereken hususlar, ASAT testlerinin uzay silahı olarak kullanılabilme potansiyeli karşısında gerekli silahsızlanma önlemlerinin alınması, uzay enkazı sorunu bağlamında devletlerin önleyici tedbirler alması ve çevresel etki değerlendirmesi yapması yükümlülüğünün düzenlenmesi ve ASAT testlerinin sıkı ve zorunlu bir kayıt sistemine tabi tutularak uzayda gizli silahlanmanın ve sorumlusu tespit edilemeyen zararlı etkiler doğuran testlerin yapılmasının önlenmesi olmalıdır.

KAYNAKÇA

2001 ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. A/56/10, p. 370-435.

2001 ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. A/56/10, p. 59-366.

Agreement on Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, 18 December 1979, 1363 UNTS 3, No. 23002.

Ajanslar Arası Uzay Enkazı Azaltma Koordinasyon Komitesi (IADC) internet sitesi, (https://iadc-home.org/what_iadc , Erişim Tarihi: 20.09.2024.

Akyol, Anıl, Uzay Hukukunda Takım Uydulara İlişkin Hukuki Meseleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Alves, Pericles Gasparini*,* Prevention of an Arms Race in Outer Space: A Guide to the Discussions in the Conference on Disarmament, United Nations Institute for Disarmament Research Geneva, UNIDIR 91/79, New York 1991.

Anand, Sanchit, / Nagamarpalli, Rajeshwari Suryakanth, / Miele, Veronica, / Danthinne, Audrey, "Bringing Order to Orbital Chaos?: ASAT Weapons Tests and the Outer Space Regime", Völkerrechtsblog, 7 December 2021, doi: 10.17176/20211207-141255-0, (https://voelkerrechtsblog.org/bringing-order-to-orbital-chaos/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Anlar Güneş, Şule, "Gabcikovo-Nagymaros Davası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 55, S. 2, s. 91-116.

Artemis Mutabakatı'nı İmzalayan Devletler için bkz: (https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2023/07/artemis-accords-slovakia-053024.jpg, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Balcı, Zeynep Selin, "Uzay Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 2020, C. 78, S. 4, s. 2079-2109.

Baslar, Kemal, The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1998.

Bhatnagar, Sarthak, / Glickman, Eli, / Goldblum Bethany, / Gupta, Ritwik, / Lenkeit, Kaitlyn, / Menton, Jane Darby, / Neciuk Andrew, / Reddie

Andrew, / Sofat Vishwaa, / Walker Leah, "Russian Nuclear ASAT Weapons: The Fallout", *Lawfare*, 26 February 2024, (https://www.lawfaremedia.org/article/russian-nuclear-asat-weapons-the-fallout#site-main, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Brearley, Andrew, "Reflections upon the notion of liability: The instances of Kosmos 954 and space debris", Journal of Space Law, 2008, C. 34, S. 2, s. 291-320.

Byers, Michael / Boley, Aaron, Who Owns Outer Space?: International Law, Astrophysics, and the Sustainable Development of Space (Vol. 176), First Ed., Cambridge University Press, Cambridge 2023.

Canada: Claim Against The Union Of Soviet Socialist Republics For Damage Caused By Soviet Cosmos 954, International Legal Materials, 1979, C. 18, S. 4, s. 899–930, (http://www.jstor.org/stable/20692062, Erişim Tarihi: 20.09. 2024).

Cheng, Bin, Studies in International Space Law, Clarendon Press, Oxford 1997.

Christopher, Newman, "Artemis Accords: Why Many Countries Are Refusing To Sign Moon Exploration Agreement", 19 October 2020, (https://theconversation.com/artemis-accords-why-many-countries-are-refusing-to-sign-moon-exploration-agreement-148134, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, 29 March 1972, 961 UNTS 187, No. 13810.

Convention on Registration of Object Launched into Outer Space, 14 January 1975, 1023 UNTS 15, No. 15020.

Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction, UNGA Res. 2749 (XXV), (17.12.1970).

Destructive direct-ascent anti-satellite missile testing, UNGA Res. A/RES/77/41, (07.12.2022)

Erdem, Merve, Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

Eryavuz, Feriha Beyza, "Uzay Hukukundaki Yükümlülük Rejimi Bağlamında Fırlatan Devlet Kavramı ve TURKSAT-5B Uydusu", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 9, S. 1, s. 30-50.

Freeland, Steven, "Peaceful purposes? Governing the military uses of outer space", Western Sydney University School of Law Research Paper No. 03/2017, European Journal of Law Reform, 2016, C. 18, S. 1, s. 35-51.

Gouveia, William, "An Assessment of Anti-Satellite Capabilities and their Strategic Implications", Astropolitics, 2005, C. 3, S. 2, s. 163–184.

Haloho, Luwis Suryani / Supriyadi, Asep Adang, "Utilization Of Satellite Technology in Communication Systems, Disaster Monitoring, Border Surveillance, And Military Intelligence: A Literature Review", Remote Sensing Technology in Defense and Environment, 2024, C. 1, S. 1, s. 36–44.

IADC (Inter-Agency Space Debris Coordination Committee), (2002, Revision 1, 2007), Space Debris Mitigation Guidelines, (https://orbitaldebris.jsc.nasa.gov/library/iadc-space-debris-guidelines-revision-2.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

International Co-operation in the Peaceful Uses of Outer Space, UNGA Res. 1472 (XIV), (12.12.1959).

İnce, Fuat, Uzay Bir İnsanlık Serüveni- Bilimleri, Teknolojisi, Hukuku, Politikaları, Birinci Baskı, Nobel Yayıncılık, Ankara 2015.

Khubchandani, Mohit, "As the First Country to Land on the Moon's South Pole, Should India also be the First Space Power to Ratify the Moon Agreement?", EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, 13 September 2023, (https://www.ejiltalk.org/as-the-first-country-to-land-on-the-moons-south-pole-should-india-also-be-the-first-space-power-to-ratify-the-moon-agreement/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Kosambe, Santosh, "Mission Shakti aka Project XSV-1: India's First Anti-Satellite Test (ASAT)", Journal of Aircraft and Spacecraft Technology, 2019, C. 3, S. 1, s. 172-182

Letter Dated 10 August 1981 from the Minister for Foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics addressed to the Secretary-General, Official Records of the General Assembly, A/36/192, 20 August 1981.

Letter Dated 12 February 2008 from The Permanent Representative of The Russian Federation and The Permanent Representative of China to The Conference on Disarmament Addressed to The Secretary-General of The Conference Transmitting The Russıan and Chinese Texts of The Draft "Treaty on Prevention of The Placement of Weapons in Outer Space and of The Threat or Use of Force Against Outer Space Objects

(PPWT)" Introduced by The Russian Federation and China, UN Doc. CD/1839, (29.02.2008).

Letter Dated 19 August 2008 from The Permanent Representative of The United States of America Addressed to The Secretary-General of The Conference Transmitting Comments on The Draft "Treaty on Prevention of The Placement of Weapons in Outer Space and of The Threat or Use of Force Against Outer Space Objects (PPWT)" As Contained In Document Cd/1839 Of 29 February 2008, UN Doc. CD/1847, (26.08.2008).

Letter Dated 6 April 1982 from the Representative of the Union of Soviet Socialist Republics Addressed to the Chairman of the Committee on Disarmament Transmitting The Draft Treaty on the Prohibition of the Stationing of Weapons of Any Kind in Outer Space / Submitted to The Thirty-sixth Session of the General Assembly, CD/274, 7 April 1982.

Mejía-Kaiser, Martha, "Space Law and Hazardous Space Debris", Oxford Research Encyclopedia of Planetary Science, 30 January 2020, (https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-70, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Mosteshar, Sa'id, "Space Law and Weapons in Space", Oxford Research Encyclopedia of Planetary Science, 23 May 2019, (https://oxfordre.com/planetaryscience/view/10.1093/acrefore/9780190647926.001.0001/acrefore-9780190647926-e-74, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Non-proliferation Draft Resolution, UN Doc. S/2024/302, (24.04.2024).

Note verbale dated 14 July 1999 from the Permanent Mission of theUnited States of America to the United Nations (Vienna) addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/AC.105/677/Add.1, (19.07.1999).

Note Verbale dated 15 November 1996 from the Permanent Mission of the Russian Federation addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/AC.105/647, (20.11.1996).

NPR: "Russia is working on a weapon to destroy satellites but has not deployed one yet", 15 Feb. 2024, (https://www.npr.org/2024/02/15/1231594952/russia-national-security-threat-space-nuclear , Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Operation Morning Light – "The year of the AECB's grand adventure", (https://www.cnsc-ccsn.gc.ca/eng/resources/canadas-nuclear-history/past-presidents/alan-prince/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Parsch, Andreas, 'WS-199' (1 November 2005), Directory of US Military Rockets and Missiles – Appendix 4: Undesignated Vehicles, (https://www.designation-systems.net/dusrm/app4/ws-199.html, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

PBS NEWS: "Putin denies U.S. claims that Russia intends to deploy nuclear weapons in space", 21 Feb. 2024, (https://www.pbs.org/newshour/world/putin-denies-u-s-claims-that-russia-intends-to-deploy-nuclear-weapons-in-space , Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Prevention of an Arms Race in Outer Space, UNGA Res. 37/83, (9.12.1982).

Question of the Peaceful Use of Outer Space, UNGA Res. 1348(XIII), (18.12.1958).

Reducing Space Threats through Norms, Rules and Principles of Responsible Behaviours, UNGA Res. 75/36, (07.12.2020).

Reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours, UNGA Res. 76/231, (24.12.2021).

Regulation, limitation and balanced reduction of all armed forces and all armaments; conclusion of an international convention (treaty) on the reduction of armaments and the prohibition of atomic, hydrogen and other weapons of mass destruction, UNGA Res. 1148(XII), (14.11.1957)

Report of the Secretary-General: Reducing Space Threats through Norms, Rules and Principles of Responsible Behaviours, UN Doc A/76/77, (13.07.2021).

Rio Declaration on Environment and Development, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development* (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), New York, 1993, pp. 2-8, A/CONF.151/26/Rev.l (Vol. l).

Robinson, Tim / Wheeler, Joanne, "Space Debris: The Legal Issues", Royal Aeronautical Society*,* 3 January 2014, (https://www.aerosociety.com/news/space-debris-the-legal-issues/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Sankaran, Jaganath, "Limits of the Chinese Antisatellite Threat to the United States", Strategic Studies Quarterly, 2014, C. 8, S. 4, s. 19–46.

Schellekens, Jasper, The Legality of Antisatellite ASAT Weapons. LLM Public International Law-University of Leiden. DOI: 10.13140/RG.2.2.16293.32488, Leiden 2008.

Secure World Foundation, 'History of ASAT Tests in Space' (2022),

(https://docs.google.com/spreadsheets/d/1e5GtZEzdo6xk41i2_ei3c8jRZDjvP4Xwz3BVsUHwi48/edit#gid=0, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Security Council Fails to Adopt First-Ever Resolution on Arms Race in Outer Space, Due to Negative Vote by Russian Federation, Meetings Coverage and Press Releases, SC/15678, (24.04.2024), (https://press.un.org/en/2024/sc15678.doc.htm, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Seyitoğlu Danışman, Zeynep, "Uzay Hukuku Açısından Silah(sız)lanma Sorunu", Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, 2021, C. 8 S. 22, s. 167-182.

Seyitoğlu Danışman, Zeynep, Uzay Hukukunda Devlet Egemenliği ve Mülkiyet, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Sökmen Alaca, Aşkın İnci, Dış Uzay Alanında Yeni Askeri Silah Teknolojileri, SETA Gelişen Askeri Teknolojiler Serisi 3: SETA Yayınları 205, (https://setav.org/assets/uploads/2022/10/R205.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Annex to the Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space to the General Assembly, UN Doc. A/62/20, 47–50, (26.07.2007).

St. James, Dana J, "The Legality of Antisatellites", Boston College International and Comparative Law Review, 1980, C. 3, S. 2, s. 467- 494.

Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2024, 15 April 2024, A/AC.105/C.2/2024/CRP.3.

The Artemıs Accords Prıncıples For Cooperatıon In The Cıvıl Exploratıon And Use Of The Moon, Mars, Comets, And Asteroıds For Peaceful Purposes, (https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2022/11/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf?emrc=653a00

, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

The Declaration on International Cooperationin the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking into Particular Account the Needs of Developing Countries, UNGA Res. 51/122, (13.12.1996).

The Guardian: Russia admits to anti-satellite missile test but denies 'dangerous behavior', 16 Nov 2021, (https://www.theguardian.com/science/2021/nov/16/russia-defends-anti-satellite-missile-test, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

The Guardian: US accuses Russia of 'dangerous' behavior after anti-satellite weapons test, 15 Nov. 2021, (https://www.theguardian.com/science/2021/nov/15/us-investigating-debris-event-space-reports-russia-anti-satellite-weapon-test, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

The New York Times: India Moon Landing In Latest Moon Race, India Lands First in Southern Polar Region, 23 Aug. 2023, (https://www.nytimes.com/live/2023/08/23/science/india-moon-landing-chandrayaan-3, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

The Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space, UNGA Res. 47/68, (14.12.1992).

The Republic of India Signs the Artemis Accords, Media Note, 24 June 2023, (https://www.state.gov/the-republic-of-india-signs-the-artemis-accords/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

The White House: "Remarks by Vice President Harris on the Ongoing Work to Establish Norms in Space", 18 April 2022, (https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/04/18/remarks-by-vice-president-harris-on-the-ongoing-work-to-establish-norms-in-space/, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Treaty Banning Nuclear Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (Partial Nuclear Test Ban Treaty), 5 Agust 1963, 480 UNTS 45, No. 6964.

Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, 27 January 1967, 610 UNTS 205, No. 8843.

Tronchetti, Fabio, "A Soft Law Approach to Prevent the Weaponisation of Outer Space ", Soft Law in Outer Space: The Function of Non-Binding Norms in International Space Law*,* Böhlau Verlag, Wien 2012, s. 361-

386, (Editor: Marboe, Irmgard)

United Nations Institute for Disarmament Research Geneva (UNIDIR/91/79). "Prevention of an Arms Race in Outer Space: A Guide to the Discussions in the Conference on Disarmament". United Nations Publication: New York, 1991.

Uzun, Elif, "Uluslararası Hukukta Bildirimin Tek Taraflı Devlet İşlemi Niteliği Üzerine Bir İnceleme", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019, S. 2, s. 1-22.

Vaynman, Jane / Volpe, Tristan A., "Dual Use Deception: How Technology Shapes Cooperation in International Relations", International Organization, 2023, C. 77, S. 3, s. 599–632.

Vienna Convention on the Law of Treaties. 23 May 1969, 1155 UNTS 331, No. 18232.

Weeden, Brian, "2007 Chinese Anti-Satellite Test Fact Sheet", Secure World Foundation, 23 November 2010, (https://swfound.org/media/9550/chinese_asat_fact_sheet_updated_2012.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Weeden, Brian, "Indian Direct Ascent Anti - Satellite Testing", Secure World Foundation, Updated July 2023, (https://swfound.org/media/207606/fs23-03_indian-da-asat-testing_0723.pdf, Erişim Tarihi: 20.09.2024).

Wolff, Johannes M., "Uzayın Askerileştirilmesini İçine Alan "Barışçıl Kullanım" Kavramı, Uzayın Silahlandırılmasına da Yol Açar mı?", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 69-83, (Çevirmen: Poyraz, Yasin).

Zedalis, Rex / Wade, Catherine, "Anti-Satelite Weapons and the Outer Space Treaty of 1967", California Western International Law Journal, 1978, C. 8, s. 454-482.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 07/01/2025
Kabul / Accepted: 27/02/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

OSMANLI DEVLETİ'NDE YABANCI ÜLKE DİPLOMATİK TEMSİLCİLERİNİN YARGI DOKUNULMAZLIĞI

JURISDICTIONAL IMMUNITY OF FOREIGN DIPLOMATIC REPRESENTATIVES IN THE OTTOMAN STATE

Emine Sümeyye KÖKÇAM*

ÖZET

Bu çalışmada diplomasi, diplomatik temsilci ve diplomatik temsilcilerin sahip oldukları dokunulmazlık ve ayrıcalıkların tanımı yapılmış ve bu kavramların İslam-Osmanlı hukuku açısından nasıl değerlendirildiğine yer verilmiştir. İslam hukukunda diplomatik dokunulmazlık kavramı bulunmadığı için, şer'i ve örfi olmak üzere ikili bir yapıdan oluşan Osmanlı hukukunda bu kavramın nasıl uygulandığı incelenmiştir. Yabancı diplomatik temsilcilerin Osmanlı Devleti'ndeki ayrıcalıkları ve dokunulmazlıkları özellikle yargı bağışıklığı yönünden incelenmiştir. Çalışmada diplomatik temsilci olarak elçilerin yanı sıra konsolos ve konsolosluk çalışanları da (tercüman ve kavas) ele alınmıştır. Nitekim daimî diplomatik temsilin ilk dönemlerinde elçi ve konsolos birbiriyle iç içe geçmiş kavramlardır. Konsoloslara tanınan hak ve ayrıcalıklar yabancı devletlerle yapılan ikili anlaşmalarda açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda kapitülasyonlar Osmanlı diplomasi ilişkilerini şekillendirmiştir. Ancak zamanla yabancı devletlere tanınan imtiyazlar kötüye kullanılmıştır. 9 Ağustos 1863 tarihli Memalik-i Mahruse-i Şahanede Bulunan Düvel-i Ecnebiyye Konsoloslukları Hakkında Tanzim Kılınan Nizamname ile Osmanlı Devleti konsolosluklarla ilgili sorunlara dair kapsamlı bir düzenleme yapmıştır. Çalışmada, bu nizamname de diplomatik yargı dokunulmazlığı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

* **Arş. Gör.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** emine.kokcam@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0009-0007-8683-4928, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1614856.

• **Atıf Şekli / Cite As:** Kökçam, Emine Sümeyye, "Osmanlı Devleti'nde Yabancı Ülke Diplomatik Temsilcilerinin Yargı Dokunulmazlığı" HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 805-836.

• İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler: *Osmanlı hukuku, Diplomatik temsilci, Elçi, Konsolos, Yargı dokunulmazlığı.*

ABSTRACT

In this study, the concepts of diplomacy, diplomatic representatives and the immunities and privileges granted to diplomatic representatives are defined and how these concepts are evaluated within the framework Islamic-Ottoman law is examined. Since the concept of diplomatic immunity does not exist in Islamic law, this study analyzes how it was applied within Ottoman law, which consists of a dual structure of sharia and customary law. The privileges and immunities of foreign diplomatic representatives in the Ottoman State are particularly examined in terms immunity from jurisdiction. In addition to ambassadors as diplomatic representatives, consuls and consular employees (drogaman and kavas) are also discussed. Indeed, in the early period of permanent diplomatic representation, the concepts of ambassadors and consul were intertwined with each other. The rights and privileges granted to consuls were clearly defined in bilateral agreements with foreign states. In this context, Ottoman diplomatic relations were shaped by capitulations. However, over time, the privileges granted to foreign states were abused. On August 9, 1863, the Ottoman State enacted a comprehensive regulation on the issues related to the consulates. In this study, this regulation is also analyzed within the framework of diplomatic jurisdictional immunity from jurisdiction.

Keywords*: Ottoman law, Diplomatic representative, Ambassador, Consul, Jurisdictional immunity.*

EXTENDED ABSTRACT

The aim of this study is to examine whether foreign diplomatic representatives in the Ottoman State were granted jurisdictional immunity. Since the Ottoman legal system was based on a dual structure of Shari'a and customary law, Shari'a law had a significant influence on diplomatic relations between states and the immunities and privileges granted to diplomatic representatives. This study will be revealed whether there was a change in the law applied in the Ottoman State over time as a result of the increase in diplomatic relations and the development of international law. Officials with diplomatic immunity will be identified. An examination of archival documents reveals that the concept of diplomatic immunity in the Ottoman State was not absolute and that ambassadors could be imprisoned even during the period of "gratuitous diplomacy" due to inter-state tensions. This was because the influence of Sharia law was evident during the period when the Ottoman State practiced a policy of gratuitous diplomacy. Islamic law does not include the concept of diplomatic immunity. As the concepts of diplomatic immunity and privilege became established rules of international custom, it was found that ambassadors in the Ottoman State began to be immune from civil, criminal and commercial lawsuits from the late 18th century onwards. Another finding in the archival documents is that the jurisdictional immunity

granted toconsuls in the Ottoman State was not as absolute as that of ambassadors. Another finding is that consuls in the Ottoman State did not have legally enjoy immunity from jurisdiction, but as a result of pressure from foreign states, consuls in the Ottoman State were granted immunity from prosecution just like ambassadors.

The conclusions drawn from this study are as follows: The immunity and privileges of ambassadors were explained by the principle of extraterritoriality in the Ottoman law of nations rules and not by Islamic law. Envoys were considered to be fully immune from civil and criminal proceedings and enjoyed jurisdictional immunity. However, real estate cases related to the acquisition of property and cases arising from their commercial transactions were exempted from this immunity. Consuls in the Ottoman State, consuls enjoyed immunity from civil and criminal jurisdiction for acts related to their duties. The privileges granted by the Ottoman State to foreign states through treaties (ahidnames) were not only enjoyed by foreign nationals but also by local subjects such as interpreters (dragomans) and kavasses, working as consular staff. Due to their role, they were considered under diplomatic protection and enjoyed certain privileges. The 1863 Regulation Concerning Foreign Consulates in the Imperial Ottoman Domains stipulated that these were immune from civil and criminal proceedings for incidents that occurred in during the performance of their duties. They were personally granted diplomatic protection for the duration of their mission

The Ottoman State sent numerous memoranda to prevent the abuse of the privileges granted to foreign states. In a memorandum dated July 7, 1867, it was stated that only Ottoman subjects serving as interpreters and kavasses at embassies and consulates could benefit from these privileges. It was clearly emphasized that diplomatic protection granted to these individuals would only last for the duration of their duties and that their relatives would not benefit from these priviliges. According to this memorandum interpreters and kavasses could not be prosecuted for activities related to their duties.

Foreign states, on the other hand created a document known as the "protection patent" and sold it to Ottoman subject in exchange for money, thereby increasing their political influence and economic gain. With the help of these protection patents and berats, Ottoman subjects were brought under the protection of foreign states and benefited from the mahmi system. This situation undermined the sovereignty of the Ottoman State.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin dış politika açısından ve diplomasi tarihi boyunca en uzun ömürlü olan politikası karşılıksız diplomasi olmuştur. Bunun anlamı Osmanlı Devleti'nin Avrupa devletler yapısından kendisini büyük ölçüde dışarda bırakarak yabancı ülkelere daimî diplomatik temsilci göndermemesi,

buna karşılık diğer ülkelerden gelen diplomatik temsilcileri kabul etmesidir[1].

İstanbul'un fethinden sonra Osmanlı Devleti'nin diplomasi anlayışı iki ana dönemde incelenebilir. İlk dönem, 1793 yılında Londra'da ilk daimî Osmanlı elçiliğinin açılmasına kadar süren ve karşılıksız diplomasi dönemi olarak adlandırılan süreçtir. İkinci dönem ise 1793'te başlayıp Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar devam eden karşılıklı diplomasi dönemidir.

Osmanlı Devleti başlarda uluslararası sistemdeki büyük gücüne dayanarak, karşılıksız diplomasi anlayışını bir üstünlük göstergesi olarak benimsemiştir. Kendinden zayıf devletler nezdinde sürekli temsil edilmeyi küçüklük ve güçsüzlük olarak değerlendirirken, diğer devletlerin İstanbul'a daimî elçi göndermesini padişahlara bir saygı ifadesi olarak görmüştür. Bu nedenle, karşılıksız diplomasi anlayışı, yabancı diplomatik misyonların kabulünü engellememiştir. Osmanlı topraklarında mukim diplomatik temsilci bulundurma hakkını ilk kazanan devlet, 1454'te bir ahidnâme ile bu izni alan Venedik olmuştur. Ardından, 1475'te Lehistan, 1497'de Rusya, 1521'de Avusturya, 1524'te Fransa, 1579'da İngiltere ve 1612'de Hollanda aynı hakkı elde etmiştir[2]. Bu durumu gücünün yabancı devletler tarafından da tescil edilmesi olarak gören Osmanlı Devleti uluslararası sistemde örneği olmayan bir uygulamayla diplomatik misyonların her türlü masrafını da devlet hazinesinden karşılamıştır[3].

Osmanlı hukuk sistemi, bilindiği gibi şer'i ve örfi hukuk olmak üzere ikili yapıya sahiptir. Karşılıksız diplomasi anlayışı da Dar'ül İslam ve Dar'ül Harb kavramları ile İslami bir temele dayandırılmıştır[4]. Şer'i hukukta diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık kavramları yer almamakla birlikte, Osmanlı Devleti'nde uluslararası hukukun teamülleri doğrultusunda bu temsilcilere dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanınıp tanınmadığı aşağıda incelenecektir.

I. KAVRAMSAL OLARAK DİPLOMATİK TEMSİLCİ, DOKUNULMAZLIK ve AYRICALIKLAR

Uluslararası ilişkilerin temel öznesi olan devletlerin birbirleriyle ilişkilerinde kendilerini temsil eden şahıslara ihtiyaç vardır. Diplomatik temsilci, ülkesini yurt dışında temsil etmekle görevlendirilen diplomatik statüye

[1] Akyılmaz, s.109.

[2] İskit, 2007, s.147, 148.

[3] Akyılmaz, s. 112; Polatcı, s. 23.

[4] Özel, s. 82, 83.

sahip kişidir[5]. Bu kişilerin hukuki statüsü eski çağlardan beri uygulanagelen uluslararası teamül kuralları ile belirlenmiştir[6]. Diplomatik temsilcilere tanınan ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklarla ilgili kurallar, insanlık tarihinde üç bin yıldan uzun bir geçmişe sahiptir. Hititler ile II. Ramses arasında yapılan bir antlaşmada, diplomatik ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklara ilişkin hükümlerin yer aldığı bilinmektedir[7]. Osmanlı diplomasi dilinde ve hukuki metinlerde diplomatik temsilci için "elçi" yahut "sefir" ifadeleri kullanılmıştır[8].

Diplomatik temsilciler içinde elçiler dışında karşımıza çıkan bir diğer görevli konsoloslar olup bunlar görevli oldukları yabancı ülkelerin şehir veya limanlarında, atandıkları devletin ticari ve hukuki çıkarlarını koruma ve geliştirme sorumluluğunu üstlenen resmi görevlilerdir. Konsoloslar aynı zamanda, vatandaşlarının haklarını korumak ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler. Her ne kadar gönderen devletin temsilcisi olarak kabul edilseler de yetkileri yalnızca bu görev alanlarıyla sınırlıdır[9]. Bu bağlamda diplomatik temsilciler devletlerini genel bir biçimde öteki devletler nezdinde temsil ederken; konsoloslar daha çok kişileri ilgilendiren konularda devletlerini temsil eden resmi görevlilerdir. 16. yüzyılda, tüccarların tarihte kritik anlarda önemli diplomatik roller üstlenmesi, ticaret ile diplomasi arasında birbiri ile iç içe girmiş ilişkilerinin olduğunu göstermektedir. Osmanlı'da bu görevliler ilk başlarda "şehbender" olarak anılmış, daha sonraları "konsolos" terimi yaygın olarak kullanılmıştır. 17. yüzyılda Batılı devletler kapitülasyon hükümleri ile konsoloslarının elçi yardımcısı olarak belirlenmesini sağlamışlardır [10].

Eski tarihlerden beri diplomatik temsilcilerin görevlerini hiçbir baskı altında kalmadan ve kolayca yerine getirebilmeleri için birtakım dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklar tanınması yoluna gidilmiştir. Kavram olarak dokunulmazlık ve ayrıcalık arasında bir ayrım söz konusudur. Dokunulmazlık, yerel yasalardan tamamen muaf olmayı değil, bu yasalarla ilgili yargılama ve icra süreçlerinden muaf tutulmayı ifade eder. Ayrıcalık ise yasaların içeriğinden

---

5 Cebrail Gargur/Said, s. 80.

6 Çelik, s. 502.

7 Southwick, s 85.

8 *"Devletlerin akd-i revâbıt-ı münasebeti için istihdam ettikleri zevata ism-i âmm olarak "sefir" ıtlak olunur"*, bkz. Hasan Fehmi, s. 104; Türk Hukuk Lûgatı, "Elçi", s. 82; Topçuoğlu, s. 27, 28.

9 Arı, s. 360.

10 Savaş, s.179.

muaf olmayı ve bu yasaların uygulanmamasını kapsar[11]. Gönderen devletin diplomasi temsilcisinin ve ailesinin yararlanabileceği dokunulmazlıklar; kişi dokunulmazlığı, konut ve araç dokunulmazlığı ve yargı dokunulmazlığıdır. Sahip olduğu ayrıcalıklar ise vergi ve gümrük muafiyetidir[12]. Dokunulmazlık ve ayrıcalıklar konsolosluk görevlileri için de geçerlidir. Ancak bunların kapsamı diplomatik temsilcilerin ve ailelerinin dokunulmazlık ve ayrıcalıklarına oranla daha dardır. Konsoloslar için dokunulmazlık ve ayrıcalıklar genel bir biçimde görevle sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla görev dışı olaylarla konsolosluk görevlilerinin ve görevle ilgisi olmadığı için de aile mensuplarının dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanamadığı anlaşılmaktadır[13]. Görev ile ilişkili olmak koşuluyla konsolosluk görevlilerin yararlanabileceği dokunulmazlıklar kişi dokunulmazlığı ve yargı dokunulmazlığıdır. Sahip oldukları ayrıcalıklar ise vergi ayrıcalığı ve gümrük ayrıcalığıdır[14].

Uygulanan uluslararası hukukta kullanılan diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık kavramı Osmanlı Devleti'nde imtiyaz ve kapitülasyon bağlamlarında ele alınmıştır. Kapitülasyonlar bir tür ahidname niteliğinde olup[15]; terim olarak Osmanlı literatürüne 19. yüzyılın sonlarında girmiştir[16]. 19. yüzyıla gelinceye kadar uluslararası hukukta elçiler ile ilgili devletleri bağlayıcı bir belge ve anlaşma olmadığı için bu görevlilerin statüsü her bir devletle ayrı ayrı yapılan ikili anlaşmalarda, imtiyaznamelerle[17], ahidnamelerle[18]

[11] Pazarcı, s. 411, 412.

[12] Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (DİHVS), Birleşmiş Milletler (18 Nisan 1961), md. 29,30,31,34,36, bkz. (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100123bm_40.pdf)

[13] Pazarcı, s. 425.

[14] Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (KİHVS), Birleşmiş Milletler (24 Nisan 1963), m. 41,42,43, 49,50. Diplomatik temsilcinin özel konutu elçilik binası gibi aynı dokunulmazlıktan yararlanır ancak konsolosluk bina ve araçları dokunulmazlıktan yararlanırken konsolos görevlilerinin özel konutu bu haktan yararlanamaz. (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020094424bm_16.pdf)

[15] İnalcık/Quataert, s. 238.

[16] Apaydın, s. 76.

[17] Kapitülasyon ile aynı anlamda kullanılmıştır. Macar İskender/Ali Reşâd, s. 10.

[18] Osmanlı Devleti'nde, yabancı devletlere ticari ayrıcalıklar tanıyan veya barış anlaşmalarını içeren belgelerdir, bkz. Kütükoğlu, s. 536; Başlangıçta tek tarafa tanınan ayrıcalıklar olarak düzenlenen ahidnameler, zamanla karşılıklı hak ve sorumlulukları kapsayan anlaşmalar haline evrilmiştir, bkz. Külünk, s. 8; Ahidnameler her ne kadar tek taraflı düzenlenmiş olsa da, Osmanlı Devleti dostluk vaadi ve karşılıklılık ilkesine dayanarak, benzer ayrıcalıkların kendi tebaasına da tanınmasını beklemiştir. Bu beklenti karşılanmadığında ise padişah, dostluk ve samimiyetin zarar görüp ihlal edildiğini öne sürerek ahidnameyi ilga edebilmiştir,

belirlenmiştir. 18. yüzyılda, Avrupa devletlerinin Osmanlı Devleti karşısında askerî üstünlük kazanmasıyla birlikte, özellikle Fransızlar başta olmak üzere diğer Avrupa devletleri, kapitülasyonları karşılıklı anlaşmalar şeklinde yorumlamaya başlamıştır. Bu döneme kadar, kapitülasyonların geçerliliği ve ilgili devletin ahde vefa gösterip göstermediğine ilişkin değerlendirme yetkisi tamamen Osmanlı padişahına ait olmuştur. Padişahın şahsen tanıdığı kapitülasyonları, halefleri yenileme mecburiyetinde olmamıştır. Bu durum, yeni padişaha kapitülasyonlarda değişiklik yapma fırsatı sunmuştur[19]. 1740 yılında Fransa'ya verilen imtiyazlarla kapitülasyonlar kalıcı hale gelmiş ve karşılıklı bağlayıcılığı olan anlaşma niteliği kazanmıştır[20]. Bu anlaşma ile hem önceki kapitülasyonlar yenilenmiş hem de sonsuza kadar geçerli olacak şekilde tasdik edilmiştir.

Kişi dokunulmazlığı, diplomatik temsilcinin tutuklanamayacağı veya gözaltına alınamayacağı anlamına gelmektedir. Gönderen devlet, diplomatik temsilciye gereken saygıyı göstermekle yükümlüdür ve onun kişisel güvenliğini, özgürlüğünü ve itibarını korumak adına her türlü önlemi alması gerekir[21]. Osmanlı Devleti'nde kişi dokunulmazlığı temel bir ilke olarak kabul edilmekle birlikte, bu ilkenin mutlak bir nitelik taşımadığı görülmüştür. Belirli durumlarda, özellikle diplomatik ilişkilerin bozulması ya da savaş şartları altında, bu dokunulmazlık kısıtlanabilmiş ya da ihlal edilebilmiştir. Özellikle ilişkilerin bozulduğu durumlarda yabancı elçinin misafirlik statüsü iptal edilmiş hatta elçi hapis edilebilmiştir. Hapis uygulaması, aynı zamanda savaş ilan edilen ülkede bulunan Osmanlı tüccarlarının ve vatandaşlarının iadesini sağlamak amacıyla da kullanılmıştır. 1799 yılında Napolyon Mısır'ı işgal ettiğinde, Fransa Maslahatgüzarı Ruffen maiyetiyle birlikte Yedikule Zindanları'na hapsedilmiştir[22]. Osmanlı Devleti'nin Paris Elçisi Seyyid Ali Efendi ile Fransa Maslahatgüzarı Ruffen'in mübadelesi ile bu sorun çözülmüştür[23]. III. Selim döneminde, karşılıklı diplomasiye geçilmesiyle birlikte elçi hapsi uygulamasına tamamen son verilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde diplomatik temsilciler için kişi dokunulmazlığının

bkz. İnalcık/ Quataert, s. 238.

[19] Ak, s. 15.

[20] Reşat Ekrem, s. 436.

[21] DİHVS, m. 29.

[22] İskit, 2018, s. 126.

[23] BOA. HAT.141-5855, H.01.10.1213 (M.08.03.1799).

yanı sıra İslam hukukunda da yer aldığı üzere konut dokunulmazlığı ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke, örneğin İngiltere'ye verilen 1675 (H.1086) tarihli imtiyâznâmede açıkça ifade edilmiştir. Osmanlı topraklarında İngiltere'yi temsil eden elçi ve konsoloslar tacirleri ve ticari faaliyetlerini koruyabilmek adına Osmanlı Devleti'nin himayesi altına alınmıştır.Bu temsilcilerin hiçbir şekilde hapsedilemeyeceği, görevlerinden alıkonulamayacağı, evlerine dokunulamayacağı ve mülklerinin mühürlenemeyeceği belirtilmiştir[24]. Zamanla bu ayrıcalıklar yalnızca İngiltere ile sınırlı kalmamış; "en ziyade müsaadeye mazhar devlet" statüsüyle diğer Batılı devletler de bu ve benzer haklardan yararlanmaya başlamıştır. Böylece, başlangıçta belirli bir devlete tanınan bu diplomatik ayrıcalıklar, zamanla diğer devletlerin de yararlandığı genel bir kural hâline gelmiştir.

Osmanlı Devleti'nde diplomatik temsilciler vergi ve gümrük ayrıcalıklarına da sahip olmuştur. Mühimme defterlerinde vergi muafiyeti ile ilgili birçok kayda yer verilmiştir. Konsoloslar da ahidnamelerde belirtildiği üzere bu ayrıcalıktan yararlanmıştır. 1675 tarihli imtiyaznamede, İngiliz elçisinin milliyeti farkı gözetilmeksizin on kişiye kadar hizmetlisinin her türlü vergiden muaf olduğu ifade edilmiştir[25]. Fransa'ya verilen 1740 tarihli ahidnamede, elçilerin yanı sıra konsolosların da yerel vergilerden ve gümrük vergilerinden muaf tutulacağı yer almıştır[26]. Benzer şekilde Danimarka ile imzalanan 1759 tarihli Ahidnamenin 9. maddedesinde vergi muafiyeti hüküm altına alınmıştır. Buna göre; Osmanlı topraklarında bulunan Danimarka konsolosları, konsolos vekilleri ve tercümanları ile onların evli ve bekar olan hizmetkârları cizye ve diğer vergilerden muaf tutulmuştur[27].

II. ULUSLARARASI HUKUKTA DİPLOMATİK TEMSİLCİLERLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Tarih boyunca devletler arasında kurulan diplomatik ilişkilerde protokol kuralları ve temsilcilerin konumu önemli bir tartışma konusu olmuştur. Özellikle hükümdarların birbirlerine üstünlük iddiaları ve aralarındaki güç dengesizlikleri, diplomatik temsilcilerin teşrifat usullerinde önde gelme meselelerine yansımış ve bu durum çeşitli anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına

[24] Öztürk, s.88.

[25] Öztürk, s. 99.

[26] Gönen, s. 78.

[27] Tonyalı, s. 24.

neden olmuştur. Bununla ilgili olarak Osmanlı Devleti kapitülasyonlarda veya bazı anlaşmalarda yabancı ülke temsilcisinin mevkisinin ne olacağına dair hüküm koymuştur. Örneğin 1740 tarihinde Fransa ile akdedilen kapitülasyonda Osmanlı topraklarında mukim Fransız elçilerinin kadimden olageldiği üzere huzura İspanya ve sair kralların elçilerinden önce gelerek önde olacağına yer verilmiştir[28].

Elçilerle ilgili uluslararası düzeyde genel kabul görmüş bağlayıcı hükümler içeren ilk resmî belge, 1815 Viyana Kongresi'nde hazırlanmıştır. Bu belge 19 Mart 1815 tarihli Viyana Kongresi Son Senedinde yer alan yönetmeliktir. Metinde diplomasi temsilcileri önem derecesine göre üç sınıfa ayrılmaktadır: i) Büyükelçiler ve papalık temsilcileri (legalar ve nonslar[29]), ii) Devlet başkanı nezdinde atanan ortaelçiler iii) Dışişleri Bakanı nezdinde atanan maslahatgüzarlar (işgüderler).

Viyana Kongresinden üç yıl sonra Aix la Chapelle Kongresi düzenlenmiş ve 21 Kasım 1818'de ilan edilen Aix la Chapelle Protokolü ile elçiler dört sınıfa ayrılmıştır: i) Büyükelçiler ve papalık temsilcileri (legalar ve nonslar), ii) Hükümdarların nezdinde gönderilen ortaelçiler ve diğer temsilciler, iii) Mukim elçiler[30], iv) Dışişleri Bakanı nezdinde gönderilen maslahatgüzarlar. Bir önceki düzenlemeden farklı olarak bu protokolde ikamet elçisi statüsü oluşturulmuştur.

Viyana ve Aix-la-Chapelle düzenlemeleri, başlangıçta sınırlı sayıda devlet tarafından imzalanmış olsa da, zamanla diğer devletlerin de bu kuralları benimsemesiyle uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası haline gelmiştir [31]. Bu metinlerde diplomasi temsilcilerinin sınıfları ve öngelme sıraları tespit edilmiş, diplomatik temsilcilerin dokunulmazlık ve ayrıcalıklarına ilişkin kurallara yer verilmemiştir. Bugün uygulanan uluslararası hukukta ise diplomasi temsilcileri yalnızca yukarıda sayılan temsilcilerden oluşmakla kalmayıp temsilcilerin yardımcılarını, idari ve teknik personeli ve hizmet

[28] Meray, s. 84.

[29] Legalar; Papa tarafından Kardinaller arasından seçilen, özel bir görev için tayin olunan elçilerdir. Nonslar; kardinaller dışından seçilmiş daimî papalık elçileridir, bkz.; Türk Hukuk Lûgatı, s. 82.

[30] Mukim elçi, geçici bir görevle gönderilmesine rağmen bulunduğu ülkede uzun süre kalan diplomatik temsilciye verilen sıfattır, bkz. Meray, s. 86.

[31] Meray, s. 87.

personelini de kapsamaktadır[32].

Diplomatik temsilcinin dokunulmazlığı ve ayrıcalıklarına dair kaideler örf adet hukuku kuralları olarak büyük ölçüde açıklığa kavuşmuş, 20. yüzyıla kadar herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Diplomatik dokunulmazlık ilkesini düzenleyen ilk metin, 1928 yılında kabul edilen Diplomasi Memurlarına İlişkin Havana Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme, Latin Amerika'da bölgesel düzeyde yürürlüğe girmiştir[33].

Devletlerarası diplomasi ilişkilerinde diplomatik dokunulmazlık prensibini ele alan ilk evrensel nitelikli sözleşme ise 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme ile teamül kuralları haline gelen ilkeler kodifiye edilmiştir[34]. Bu sözleşmenin ardından kısa süre sonra konsolosluk ilişkilerini düzenleyen 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi düzenlenmiştir. Sonraki tarihlerde de önemli kodifikasyon çalışmaları yapılmıştır[35]. Bu kanunlaştırma hareketleri ile modern diplomasi ilkeleri daha sağlam bir temele oturtulmuştur.

III. İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA DİPLOMASİ ANLAYIŞI ve DİPLOMATİK TEMSİLCİ

Osmanlı hukuk sisteminin şer'i ve örfi hukuk olmak üzere ikili yapı çerçevesinde Osmanlı Devleti'nin diplomasi anlayışı büyük ölçüde İslam hukuku temeline dayanmıştır. İslam hukukçularının içtihadına göre dünya Dar'ül Harb ve Dar'ül İslam olarak iki kısma ayrılmaktadır. Diplomatik ilişkilerin bir Dar'ül Harb ülkesi ile nasıl olması gerektiği ise hukukçular arasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre; Dar'ül İslam ile Dar'ül Harb arasında sürekli bir savaş vardır. Bu savaş Dar'ül Harb toprakları Dar'ül İslam haline gelinceye kadar sürecektir. Bu nedenle Dar'ül Harb ülkesi ile diplomatik ilişkilerin kurulamayacağı kanaatindedirler. Diğer görüşe göre ise; Dar'ül Harb ile sürekli bir savaş olmasa da Dar'ül Harb ülkeleri Müslümanların

[32] Pazarcı, s. 405-406.

[33] Mehmet Cemil, s. 301.

[34] Anlaşmanın ön sözünde uluslararası teamül kurallarına vurgu vardır. *Bkz.* (*https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc068/kanuntbmmc068/kanuntbmmc06803042.pdf*).

[35] 08.12.1969 tarihli Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme, 14.12.1973 tarihli Diplomasi Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 14.03.1975 tarihli Evrensel Nitelikteki Uluslararası Kuruluşlarda Devletlerin Temsili ve İlişkilerin Kurulmasını Düzenleyen Sözleşme.

muhtemel düşmanlarıdır. Dolayısıyla temkinli olunmalı ve yakın ilişkiler kurulmamalıdır. Her iki görüş de İslam hukuku açısından Osmanlı Devleti'nin Batılı devletlerle diplomatik faaliyetlerde bulunmasını güçleştirmektedir. Osmanlı Devleti Hristiyan bir devletle ittifak yapmak istediğinde ulema bunun şeriata aykırı olduğunu; ancak savaş halinde ittifaka müsaade edilebileceğini dile getirerek karşı çıkmıştır. Bu nedenle 1790 yılında Prusya ile yapılan ittifak anlaşmasının en üst kısmına gelebilecek tepkileri önlemek adına ile Al-i İmrân suresinin 159. ayeti yazılmıştır[36].

Osmanlı Devleti güçlü olduğu dönemlerde rahatlıkla karşılıksız diplomasiyi uygulamıştır (1453-1699). Askeri zaferler kazanamadığı bir sürece girdikten sonra karşılıklı diplomasinin bir gereklilik olduğu anlaşılmıştır (1699-1793). Fransız İhtilalinin ardından uluslararası siyaset ve diplomasi şartlarında ivmeli bir değişim yaşanmıştır. Avrupa'daki değişim ve gelişmelerin yakından ve hızlı takibi gerekmiştir. Avrupalı devletlerin Şark Meselesi bağlamında Osmanlı ile ilgili stratejik menfaat planlarına sahip olması ve buna karşılık olarak Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü korumak adına denge siyasetini izlemeye başlaması diplomatik ilişkilerin önemini arttırmıştır. Bu çerçeve de III. Selim döneminde yurt dışında ilk daimî elçiliğin açılması ile karşılıklı diplomasiye geçilmiştir. 1793 yılında Yusuf Agah Efendi İngiltere'ye büyükelçi olarak tayin edilmiştir[37].

Şer'i hukuka dair Dar'ül Harb ile diplomatik ilişkilerde sınırlayıcı içtihatların varlığı İslam hukukunda diplomasi ilişkilerinin ve diplomatik temsilcilerin yeri olmadığı anlamına gelmez. İslam hukukunda diplomatik temsilci elçi kavramı ile ifade edilmiştir[38]. Elçi müstemen statüsünde kabul edilmiştir. İslam hukukuna göre Dâr'ül Harb'de yaşayan gayrimüslim bir harbinin İslam topraklarına girmesi için "*aman*" (eman) yani izin alması gerekirdi. Bu izni alan yabancılara müstemen denilmiştir. Aman aldıktan sonra müstemenin İslam ülkesinde kalabileceği süre bir yıldan bir gün eksiktir. Ne kadar süre için aman verildiğinin izin verilirken belirtilmesi gerekir. Osmanlı Devleti kapitülasyon ve imtiyazlarla bir yıldan daha uzun süreli amanlar vermiştir. 1536 yılında Fransa ile yapılan kapitülasyon taslağında Fransız tüccarların 10 yıla kadar Osmanlı ülkesinde kalabileceği yer alır[39]. Müstemenler

[36] Akyılmaz, s. 111.

[37] Lewis, s.62; Akyılmaz, s. 128-132.

[38] Özcan/ Muntazer, s. 2.

[39] İnalcık, s. 246.

aman akdi gereği can ve mal güvenliğine, inanç ve ibadet hürriyetine ve Hicaz bölgesi hariç seyahat serbestisine sahip olmuşlardır[40]. Bu bağlamda da İslam hukuku açısından yabancı elçiler kişi dokunulmazlığı, dini inanç ve ibadet özgürlüğü, elçilik binasının dokunulmazlığı ve konut dokunulmazlığı, seyahat serbestisi (Mescid-i Harâm ve Harem bölgesi dışında) kaidelerinden doğal olarak yararlanabilmişlerdir. İslam hukukunda diplomatik temsilcilerin İslam ülkesine gelmiş diğer yabancı ülke vatandaşlarından farklı ayrıcalıklı bir statüsü yoktur.

İslam hukukunda diplomatik dokunulmazlık kavramı olmadığı için Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuka uygun olarak yabancı devlet başkanları ve diplomatik temsilciler de müstemen statüsünde kabul edilmiştir[41]. Ancak uluslararası hukukun gelişimine paralel olarak bu konudaki teamüller gereği 18. yüzyılın sonlarından itibaren devlet başkanı ve diplomatik temsilciler için tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar Osmanlı Devleti için de geçerli olmuştur. Özellikle 1815 Viyana Kongresi ile devletlerarası ilişkilerde yeni bir dönem başlamıştır. Konferans/Kongre sistemi denilen yeni bir sistemle devletler birbirleriyle ilişkilerinde iki taraflı diplomasinden çok taraflı diplomasiye geçmiştir Bu kongreye katılan devletler dönemin Avrupa Birliği olarak kabul edilebilecek olan Avrupa Devletler Konseyi'nin kurucu üyesi kabul edilmiştir. Buna göre uluslararası bir sorun çıktığında Avrupalı devletler hemen bir araya gelecek konu devletler hukuku ilkesi çerçevesinde karara bağlanacaktır. Osmanlı Devleti bu kongreye birkaç kez çağılmış ancak birtakım gerekçelerle katılmamıştır. Dolayısıyla Osmanlı Devleti dönemin Avrupa Birliğinin kurucu üyesi olma fırsatını kaçırmıştır. Ancak 1815'ten sonra dış politikadaki en büyük hedefi Avrupalı devletlerin arasına girebilmek olmuştur[42]. 1836 yılında Hariciye Nezareti'nin kurulması ve 1839'da Tanzimat Fermanı'nın ilanı ise Osmanlı Devleti'nin diplomasi anlayışında önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bu döneme kadar, Osmanlı'nın belirgin bir uzun vadeli dış politika stratejisi yoktur; daha çok kısa vadeli ve günlük çözümler tercih edilmiştir. Osmanlı Devleti Tanzimat dönemi ile birlikte devletler hukuku ilkelerini kabul ederek Avrupa diplomasisi ile bütünleşme sürecine girmiştir. Osmanlı devlet adamları ve diplomatlarının temel amacı Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü korumak olmuştur. Bunu sağlamak için de Avrupalı Devletler Konseyi'ne dahil olmayı hedeflemişlerdir. Çünkü

[40] Cin/ Akyılmaz, s. 213, 214.

[41] Cin/Akyılmaz, s. 213.

[42] Akyılmaz, s. 94-96.

Osmanlı Devleti'nin bir iç sorunu olan olaylar artık kısa sürede uluslararası sorun haline gelerek Batılı devletler tarafından Avrupa Uyumu çerçevesinde çözümlenmeye başlamıştır. Batılı Devletler Viyana Kongresi ruhuna uygun olarak, aralarında çıkar çatışmaları olsa dahi sıcak çatışma yaşanmadan sorunları uluslararası toplantılar ve anlaşmalar ile sonuçlandırmışlardır. Osmanlı Devleti ise Avrupalı Devlet olmadığı için kendi iç meselesi ile ilgili konularda çözüm sürecinde yer alamamıştır. Tanzimat döneminde Osmanlı Devleti'nde yerleşen bir diğer prensip bütün devletlerin uluslararası hukuk kurallarına ve anlaşmalara mutlak surette uymaları gerektiğidir. Osmanlı Devleti de bunun gereği olarak uluslararası hukuk kurallarına ve anlaşmalara uygun davranma çizgisinde olmuştur. Böylece diğer devletlerin Osmanlı Devleti'nin iç işlerine karışmasının önüne geçmeye çalışılmıştır[43]. Osmanlı Devleti 27 Nisan 1856 tarihinde yürürlüğe giren Paris Barış Anlaşmasının 7. maddesi ile Avrupalı Devlet olma idealini gerçekleştirmiştir. Bu maddeyle Avrupalı devletler, Osmanlı Devleti'nin uluslararası hukuk kurallarından ve haklarından yararlanmasını kabul etmiş, bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne saygı göstereceklerini taahhüt etmişlerdir. Bu nedenlerle Osmanlı Devleti karşılıklı diplomasi döneminde devletler hukuku ilkelerine ve uluslararası teamüllere uygun davranmıştır. Devletlerarası ilişkilerde İslam hukukunun etkisi sona ermiştir.

1815 ve 1818 Kongrelerinde diplomatik temsilcilerin dereceleri belirlenmiştir. Uluslararası anlamda kabul gören ayrıma göre elçiler; büyükelçi, ortaelçi, ikamet elçisi ve maslahatgüzar olarak dört sınıfa ayrılmıştır. Bu tarihlerden önce Osmanlı Devleti'nde elçiler için herhangi bir sınıflandırma yapılmamış, fevkalade elçi, mukim elçi veya maslahatgüzar gibi farklı görev unvanlarına sahip olan diplomatik temsilciler arasında ayrım gözetilmeksizin hepsi "elçi" olarak adlandırılmıştır[44].

Öte yandan Osmanlı Devleti'ne gelen diplomatik temsilciler daimî(mukim)[45] ve geçici (fevkalade/muvakkat) olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktaydı. Daimî temsilciler; devletlerinin çıkarlarını korumak amacıyla

[43] Akyılmaz, s. 198-200.

[44] *Türkler sefir, daimi elçi, ajan ve devlet işleri için gönderilmiş en ufak bir murahhas arasında fark gözetmezler ve hepsine aynı şekilde elçi unvanı verirler.",* Ricaut, s.135.

[45] İngiltere Kralı II. George tarafından gönderilen namede yeni mukim elçi olarak Kont Kennoul'un tayin edildiğ, İngiliz reaya ve tüccarının himaye olunması ve davalarının elçi nezdinde görülmesi ricası yer almaktadır. BOA. A.{DVNSNMH.d…7-141, s. 225-226, H.20.11.1142 (M.06.06.1730).

ülkeleri tarafından belirli bir süreliğine Osmanlı topraklarına gönderilen görevlilerdi[46]. Bu çerçevede balyoslar[47] ve kapı kethüdaları mukim elçiler statüsünde değerlendiriliyordu. Özellikle ilk dönemlerde İstanbul'daki yabancı elçiler konsolos statüsünde kabul edilmekteydi; ancak zamanla, kendi milletlerinin Bab-ı Ali nezdindeki temsilcileri olarak tanınmaya başlandılar. Elçilerin kendi hükümetleri ve milletleri ile ilişkileri devletten devlete değişiklik göstermekteydi[48].

Balyos ifadesi ilk olarak sadece Venedik elçileri için kullanırken sonradan Batılı devletlerin elçileri için de bu unvan kullanılmaya başlanmıştır. 1454 yılında yapılan anlaşma uyarınca balyosun Venediklileri yönetme, onlara başkanlık etme ve yargılama hakkı olmuştur[49]. Sahip olduğu bu yetkiler balyosun bir çeşit konsolosluk unvanı olduğunu düşündürse de başlangıçta elçi ve konsolos arasında net bir ayrımın olmaması bu kavramların birbiri ile iç içe geçtiğini göstermektedir. Osmanlı Devleti'nde ilk daimî elçiliğin açılmasını sağlayan 1454 tarihli ahidnamede elçilerin görev süresi yer almamıştır. Bu eksiklik fark edilince yenilenen anlaşmada görev süreleri 3 yıl ile sınırlandırılmıştır[50].

Kapı kethüdaları; Osmanlı Devleti'ne tabi prenslikleri, yabancı devletleri, eyalet valilerini, vezir ve beylerbeyleri devlet nezdinde temsil eden resmi görevlilerdi[51]. Osmanlı topraklarında ziyaret, seyahat veya ticaret amacıyla bulunan yabancı devlet tebaasının berat, izin gibi resmi yazışmalarını takip etmek, güvenliğini sağlamak ve onlara ait her çeşit konuyla ve ihtiyaçlarıyla ilgilenmek de kapı kethüdalarının önemli sorumlulukları arasında yer almaktaydı[52]. Zamanla bu ünvan terk edilmiş olmalı ki, 1815'ten itibaren bu ifade ile anılan devlet görevlilerine rastlanmamaktadır. Bu unvana sahip

[46] Prusya Kralı Frederick tarafından gönderilen namede on yıldan beri İstanbul'da mukim elçilik görevini sürdüren şahsın başka hizmetler nedeniyle geri çekileceği, dönüşüne müsaade olunması ricası yer almaktadır. BOA. A.{DVNSNMH.d…9-73, s. 75, H.30.05.1189 (M.29.07.1775)

[47] Venedik Doçu ve Cumhuru tarafından padişaha gönderilen bir name ile Andrea Muro mukim balyos olarak tayin edilmiştir. BOA. A.{DVNSNMH.d…6-200, H.8.05.1126 (M.22.05.1714)

[48] İnalcık, s. 246.

[49] Şakiroğlu, s. 44.

[50] Şakiroğlu, s. 44.

[51] Bozkurt, 2002, s. 245. Kapı kethüdalığı Osmanlı devlet teşkilatında değişik zamanlarda, değişik alanlarda görülmüştür, ayrıntılı bilgi için bkz. Düşünmez, s. 381-395.

[52] Can, s. 91, 92.

görevliler, devletlerini genellikle dışişleri bakanlığı düzeyinde temsil etme yetkisine sahipti[53].

Hariciye Nezareti'nin kurulmasından önce, Osmanlı Devleti'nde diplomatik ilişkiler Reisülküttâb aracılığıyla yürütülmekteydi. Elçilerin Divan'a kabul edileceği tarihi sadrazam belirliyordu. Elçi, öncelikle Reisülküttâb Efendi ile görüşür ve ilk taleplerini ona iletirdi. Bu taleplerin müzakereye değer görülmesi ve uygun bulunması durumunda, elçinin sadrazamın huzuruna çıkmasına izin verilirdi. Elçinin önce sadrazam, ardından da padişah tarafından kabul edilmesi aslında büyük oranda törensel bir nitelik taşımaktaydı. Diplomatik müzakereler esas olarak elçi ile Reisülküttâb arasında yürütülür; varılan sonuçlar ise Reisülküttâb tarafından Divan'a sunulurdu[54].

Geçici (fevkalade) elçiler; belirli bir görev için Osmanlı ülkesine gelen ve bu görevlerini tamamladıktan sonra ülkelerine geri dönen temsilcilerdi. Bu elçiler genellikle cülûs tebriki, sünnet düğünü, taziye ya da antlaşma gibi geçici bir misyonlarla görevlendirilmişlerdi. Gönderildikleri ülkelerin siyasi meselelerine dair çoğunlukla görüş ifade etme yetkilerine sahip değillerdi[55].

Osmanlı teşrifat usullerinde yabancı elçilerin statülerine göre *büyükelçi*, *ortaelçi*, *sadeelçi* ayrımları yapılmıştır. Ülkeleri tarafından elçilere verilen itimatnamelerde elçinin statüsü açıkça belirtilmiştir. En üst sırada yer alan büyükelçiler, diğer elçilere kıyasla daha fazla ilgi, ikram ve ayrıcalık görmüştür[56]. Bu unvanlar sadece fevkalade elçiler için değil mukim elçiler için de geçerli olmuştur[57]. Eğer elçilerin getirdikleri namelerde yalnızca elçi oldukları belirtilip, statülerine dair bir ifade yer almamışsa, bu elçiler "sadeelçi" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, belgelerde "küçükelçi" tabiri de kullanılmıştır[58].

---

[53] Düşünmez, s. 393.

[54] Koçu, s. 48.

[55] Can, s. 85, 93.

[56] Uzunçarşılı, s. 279.

[57] İngiltere'nin İstanbulda'ki mukim ortaelçisinin tebdili hakkında İngiltere Kralı III. George tarafından sadrazama gelen mektup için bkz. A.{DVNSNMH.d…17-92, H.18.01.1180 (M.26.06.1767); İstanbul'daki mukim büyükelçinin tebdili sebebiyle Prusya Kralı Frederick'ten Sadrazam Muhsinzade Mehmed Paşa'ya gelen mektup için bkz. A.{DVNSNMH.d…17-90, H.9.11.1179 (M.19.04.1766).

[58] İsveç Devleti'nin İstanbul'daki mukim maslahatgüzarına küçük elçilik rütbesi verilmiş, name ve itimadnamesini vermek için Bab-ı Aliye gelmesine müsaade istenmiştir. HAT. 1213-

17. yüzyıla gelindiğinde Batılı devletler, konsolosları elçi yardımcısı olarak belirleyen maddeleri kapitülasyonlara zorla yerleştirerek konsolos statülerine dair anlayış ve yorumları Osmanlı'ya benimsetmeye çalışmışlardır. Ahidnâme usulünü, Osmanlı Devleti'ndeki yabancıların haklarını tayin eden kapitülasyonların yasal ve somut dayanağı olarak görmüşlerdir. Hatta kesin ve değişmez olduğunu öne çıkarmak için kendi dillerine aktarırken "mübarek kapitülasyonlar" tabirini tercih etmişlerdir[59]. Bu şekilde kutsiyet atfederek bir sorun ile karşılaştıklarında padişahın ihsan olarak karşılıksız verdiği bu ayrıcalıkların üstünlüğünü muhataplarına bir nevi hatırlatmışlardır. Konsoloslar kendilerine tanınan elçi yardımcılığı sıfatıyla; hapse atılmamak, haklarında yapılan kanuni takibatın hükümete sorulması, ülkeden çıkarılmaları veya değiştirilmelerinin ancak elçi izni ile olabileceğine dair imtiyazlar kazanmışlardır[60].

Osmanlı'da konsoloslar dört sınıfa ayrılmaktadır. Bunlar; baş konsolos, konsolos, konsolos vekili ve konsolos memurudur[61]. Konsolosların da ayrıcalıklarının olup olmadığı hususu aslında hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Ayrıcalıklar konusu devletten devlete farklılık göstermiştir. Bazı devletler aralarındaki anlaşmayla kendi kanunlarına uygun olmayacak şekilde konsoloslara birçok ayrıcalık verebilmiştir. Örneğin; Fransa'da konsoloslar cinayet suçu haricinde yargı dokunulmazlığına sahip olmuş ve her türlü merkezi ve yerel vergilerinden muaf tutulmuşlardır. İngiltere ise kendi topraklarında ikamet eden konsoloslara şahıslarına özel hiçbir ayrıcalık tanımamıştır. Hatta Fransa'nın Londra konsolosluğunun emlak vergisi ödenmediği için, yerel kanun hükümlerine uygun olarak konsolosluk müştemilatını verginin tahsili için rehin sayarak müzayedeye çıkarmıştır[62]. Osmanlı Devleti'ndeki konsolosların diğer devletlerden farklı olarak daha fazla ayrıcalıkları vardır ve bu ayrıcalıkların en önemlisi konsolosların hâkim sıfatı ile vatandaşları arasında ortaya çıkan davaları çözmeye yetkili olmalarıdır[63].

47538, H. 29.12.1231 (M.20.11.1816).

[59] Boogert, s. 19- 21.

[60] İnalcık, s. 246.

[61] Hasan Fehmi, s. 120.

[62] Hasan Fehmi, s. 126.

[63] Hasan Fehmi, s.128.

IV. OSMANLI DEVLETİ'NDE DİPLOMATİK YARGI DOKUNULMAZLIĞI

Günümüzde uluslararası hukukta diplomatik yargı dokunulmazlığı belirli kurallar çerçevesinde tanımlanmış, temsilcilerin ceza, hukuk ve idari yargılamalardan hangi şartlarda muaf tutulacağı açıkça belirlenmiştir. Ancak bu anlayış tarih boyunca tek biçimli olmamış, her dönemin siyasal ve hukuksal dinamiklerine bağlı olarak farklı şekillerde gelişmiştir. Bu bağlamda, Osmanlı Devleti'nde diplomatik dokunulmazlık uygulamaları hem İslam hukukunun etkisiyle şekillenmiş, hem de devletin içinde bulunduğu ihtiyaçlara, devletler arası ilişkilere göre zamanla dönüşmüştür. Bu nedenle öncelikle yargı dokunulmazlığı kavramının günümüzdeki tanımı ile bu ayrıcalıklardan kimlerin yararlandığı kısaca ifade edildikten sonra Osmanlı hukukundaki görünümüne yer verilecektir.

Yargı dokunulmazlığı, diplomatik temsilcinin kabul eden devlet mahkemeleri tarafından yargılanmaktan bağışık olmasıdır[64]. Bu bağışıklık temelde kişi dokunulmazlığı ile de ilgilidir. Nitekim yargılama yapılamayacağı gibi kişi aynı zamanda tutuklanamaz ve hapsedilemez. Uygulanan uluslararası hukukta diplomatik temsilcinin yargı dokunulmazlığı sadece ceza davaları için tamdır. Hukuk ve idari davalar yönünden ise istisnalar dışında dokunulmazlıktan yararlanmaktadır[65].

Bir devletin diplomasi temsilciliğinde görev yapan idari ve teknik personel diplomatik misyon faaliyetlerine hizmet veren; tercüman, şifre memuru, iletişim mühendisi, arşiv görevlisi, sekreter gibi kişilerden oluşur[66]. İdari ve teknik personelin görevleri dışında kalan eylemlerden dolayı hukuk ve idari davalar açısından dokunulmazlıkları yoktur. Ceza yargılamaları yönünden ise tam dokunulmazlık haklarına sahiplerdir[67].

---

[64] Sur, s. 268.

[65] DİHVS, m.31'de yer alan üç istisna dışında diplomatik temsilci hukuk ve idari davalar bakımından yargı dokunulmazlığına sahiptir: i) Taşınmazla ilgili ayni hak davalarında ii) Mirasla ilgili davalarda iii) Ticari faaliyete ilişkin davalarda.

[66] Caşın, s. 558.

[67] 1961 DİHVS m.37/2 idari ve teknik personelin bu dokunulmazlıklardan yararlanmasını şarta bağlamıştır. İdari ve teknik personel ile beraberinde oturan aile üyeleri *"kabul eden devlette daimi şekilde ikamet etmiyor veya vatandaşı değilse"* Sözleşmenin 29 ila 35'inci maddelerindeki haklardan faydalanacaklardır. Kabul eden devletin vatandaşı olan ya da o ülkede daimî ikamet eden idari ve teknik personelinin ve ailelerinin dokunulmazlık statüsü ve seviyesi, tamamen kabul eden devlete bırakılmıştır.

Diplomatik misyonlarda görev yapan hizmet personeli anlam olarak misyonun işlevlerini yerine getirmesine destek sağlayan çeşitli meslek gruplarını kapsar. Bu kişiler arasında eğitmen, doktor, kapıcı, aşçı, şoför, güvenlik görevlisi, din adamı (imam, papaz vb.) gibi görevliler yer almaktadır[68]. Bu görevliler, kabul eden devletin vatandaşı olmamak ve görev yaptıkları ülkede daimî ikamet etmemek şartıyla, yalnızca görev kapsamındaki faaliyetlerinden dolayı ceza, medeni ve idari yargılamalardan muaftırlar[69].

İslam hukukuna göre diplomatik temsilciler İslam ülkesinde işledikleri her suçtan dolayı sorumlu olacaklardır. Ancak Osmanlı Devleti'nde zamanla şer'i hukuktan bağımsız; uluslararası ilişkilerin ve hukukun gelişimine uygun olarak diplomatik temsilcinin dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Diplomatik temsilcinin hukuki ve cezai sorumluluğu Osmanlı Devletler Hukuku kitaplarında "*haric-ez memleket" (ülke dışılık)* ilkesi ile açıklanmıştır. Bu ilke; bir ülkede yaşadığı halde hukuki olarak başka bir ülkede yaşıyor sayılmak anlamına gelmektedir. Elçiler, görev yaptıkları ülkede yaşadıkları halde bağlı oldukları devletlerin topraklarında yaşıyor kabul edilirler[70].

Devletlerin bağımsızlığı ilkesi gereğince her bağımsız devlet kendi sınırları içinde egemenlik haklarını kullanma yetkisine sahiptir. Ülkesi içinde bulunan kişilerin de yerel kanunlara tabi olması gerekir. Bu durumda yabancı bir devlette seyahat eden hükümdarın veya devlet nezdinde temsil yetkisi bulunan bir elçinin de yerel kanunlara tabi olması gerekecektir. Halbuki bir hükümdar ve devletin temsilcisi olan elçi bulundukları devletin nüfuzu ve kanuni hükümleri altında olurlarsa bağlı olduğu devletin bağımsızlık hakları ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla iki devletin bağımsızlık hakları birbirine zıt düşecektir. Bu nedenlerde hariç-ez memleket ilkesi ortaya çıkmıştır. Devletlerin bağımsızlık ilkesi korunurken elçilerin görevlerini hakkıyla yerine getirmelerine olanak sağlamıştır[71].

Elçinin hürriyet-i şahsiyesi ve emniyet-i zatiyesi her türlü saldırıdan azade ve bulunduğu devletin kanunlarından bağışıklık hususlarında ayrı bir statüde olmadıkça görevini yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Ülke dışılık imtiyazı kişi dokunulmazlığı ve yargı muafiyeti ile ilişkilidir. Bu

[68] Caşın, s. 580.

[69] 1961 DİHVS, m. 37/3.

[70] Hasan Fehmi, s. 135.

[71] Hasan Fehmi, s. 135, 136.

imtiyaz kişiye ait olmayıp sıfata özel olduğundan o imtiyaza sahip olan kişinin resmi sıfatı dışındaki hukuki işlemleri yerel kanunlara tabidir. Örneğin emlak ve ticarete dair işlemleri bulundukları devletin kanunlarına uygun olacaktır. Bu dokunulmazlıklar elçilerin aileleri, elçilik memurlarını ve hizmetlileri de kapsamaktadır. Ülke dışılık imtiyazlarından maslahatgüzarlar ve bir dereceye kadar da konsoloslar yararlanacaktır[72].

Elçi veya elçilik görevlilerinden biri aleyhine açılacak davanın görülmesi ve sonuçlandırılması yerel mahkemelerin yetkisi ve görevi dışındadır. Bu nedenle bir elçinin veya elçilik mensuplarından birinin suçundan veya borcundan yani ceza ve hukuk davalarından dolayı ikamet ettiği ülke mahkemelerine getirilmesi uygun değildir ve şayet bu kişilerden birisinin aleyhine dava açılmak istenirse bağlı olduğu devletin mahkemelerine başvurulması gerekir. Mülk edinmeye ilişkin[73] davalar ve ticari işlemlerden doğan davalar yargı dokunulmazlığının istisnadır. Bu davalar yerel mahkemelerin yargı yetkisi dahilindedir[74].

Elçinin ikamet ettiği ülkede bir suç işlemesi halinde bu durum aslında iki devlet arasında çözümlenmesi gereken siyasi mesele haline gelecektir. Elçinin temsil ettiği ülke tarafından resmi bir özür dilenmesi, sefirin görevinden alınıp ülkesinde yargılanarak cezasının verilmesi ve bir zarar meydana gelmişse tazmini hususları talep konusu edilebilir[75]. Zira yargı dokunulmazlığı diplomatik temsilcinin yerel yasalarla ilgili yargılama ve icra süreçlerinden bağışık olmasını ifade eder. Suçun işlenmesi durumunda kendi ülkesinde yargılanması uluslararası hukuk çerçevesinde mümkündür.

Osmanlı Devleti'nde ise Tanzimat öncesi dönemde modern anlamda diplomatik dokunulmazlık anlayışı bulunmadığından, elçilerin yerel otoritelere tabi tutulduklarına dair çeşitli kayıtlar bulunmaktadır. Örneğin; 1594 tarihli Mühimme defterinde yer alan bir kayıtta İngiliz elçisi ve beraberindekilerin kaldıkları evde Müslüman halkı sürekli rahatsız etmeleri, fitne ve kargaşa çıkarmaları, ahlaksızlık ve fuhuş yapmaları, hatta namaz vakitlerinde çalgı çaldırmaları gerekçesiyle mahalleli tarafından kadıya şikâyet dilekçesi verilmiş, bunun üzerine padişah elçinin mahalleden çıkarılarak daha önce

[72] Hasan Fehmi, s. 136, 138.

[73] 1867 Ecânibin Hakk-ı İstimlâk Nizamnamesi ile yabancı ülke vatandaşları Osmanlı topraklarında taşınmaz edinme hakkına sahip olmuştur.

[74] Hasan Fehmi, s. 140, 141.

[75] Hasan Fehmi, s. 141.

oturdukları yere gönderilmesine dair hüküm vermiştir[76].

Benzer şekilde mühimme defterinde yer alan 1569 tarihli başka bir kayıtta Mehmed nam yeniçerinin İstanbul'da bulunan Beç elçisi ile davası olması sebebiyle elçinin mazeret göstermeden mahkemede hazır bulunması gerektiği, elçiyi bekleyen Mustafa Çavuş tarafından elçinin mahkemeye getirileceği ve mahkemede yeniçeri ile şer'i hukuka uygun olarak yargılanacağına dair hüküm yer almaktadır[77]. Bu kayıtlar, Osmanlı Devleti'nin klasik dönemde İslam hukukunun etkisiyle elçileri "müstemen" statüsünde değerlendirdiğini ve bu nedenle onlara yargı dokunulmazlığı tanınmadığını göstermektedir.

Diplomatik ilişkilerin kurumsallaşması ve daimî elçilik uygulamasının yaygınlaşmasıyla birlikte bu anlayış zamanla değişmiştir. Nitekim, 15. yüzyılda ilk daimî elçilik Venedik tarafından Cenova'da kurulmuş, kısa süre içinde Avrupa'nın genelinde benimsenmiştir. Ancak elçilik kurumunun genel ve yerleşik bir müessese haline gelmesi 1650'li yıllardan sonra mümkün olmuştur. Daimî elçiliklerin yerleşmesi, diplomasinin gelişmesi, uluslararası ilişkilerin yoğunlaşması elçilerin dokunulmazlık ve ayrıcalıklarının ayrıntılı ve önemli meseleler haline gelmesine sebep olmuştur. Bu meseleler daha sonra teamüli hukuk kuralları olarak berraklığa ulaşmıştır[78].

Osmanlı Devleti'nin zamanla diplomatik temsilcinin dokunulmazlığı konusunda İslam hukuku ilkelerinden ayrılmasının sebebi sadece uluslararası hukuk ilkeleri ve bu konuda gelişen teamüllerle açıklanamaz. Bu durum daha çok Osmanlı Devleti'nin değişen dış politika anlayışı ile ilgidir. Özellikle 1815 Viyana Kongresi'nden sonra bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü garanti altına almak için Avrupalı Devlet olarak devletler hukuku ilkelerinden yararlanma isteği içinde olmuştur. Bu bağlamda uluslararası hukuk ilkelerine uymuş ve karşılıklılık ilkesi gereğince diğer devletlerin de uygun davranmasını beklemiştir.

Osmanlı hukukçuları tarafından kaleme alınan devletler hukuku kitaplarında da bu dönüşüm yansımış; elçi dokunulmazlığı, artık İslam hukukundaki düzenlemelerle değil, "hariç-ez memleket" (ülke dışılık) ilkesiyle açıklanmıştır. Dolayısıyla mühimme defterlerinde yer alan erken dönem uygulamaları, Osmanlı diplomasisinin ve uluslararası hukuk anlayışının

[76] Tanrıvermiş, s. 246-247.

[77] 7 Numaralı Mühimme Defteri, s.212.

[78] Meray, s. 80, 81.

zamanla değiştiğini göstermektedir. Nitekim Osmanlı Devleti'nin karşılıksız diplomasi döneminde uyguladığı elçi hapsini kaldırması da buna bir örnektir.

Bir diğer diplomatik temsilci grubu olan konsoloslar ise elçi derecesinde imtiyaz sahibi değildi. Konsolosların yargı dokunulmazlığı görev ile sınırlı tutulmuş, görevleri ile ilgili işledikleri fiiller nedeniyle hukuk ve ceza davalarında yargı dokunulmazlığına sahip olmuşlardır. Ayrıca davanın taraflarından biri müstemen ise bu durumda kapitülasyonlar gereği konsolos için görevli yargı yeri Osmanlı mahkemeleri değil konsolosluk mahkemeleri olmuştur. Osmanlı Devleti bu durumlar dışında konsolosları hukuken Osmanlı yargısından bağışık tutmamıştır. Nitekim 1604 tarihinde Fransa'ya verilen kapitülasyonda konsolosların davasının İstanbul'da dinleneceği yer alır. Benzer şekilde 1675 tarihli İngiliz kapitülasyonunda konsolosların her türlü davalarının İstanbul'da arz olunacağı ve İngiltere elçilerinin de durumdan haberdar edilerek cevabını vermesi gerektiği düzenlenmiştir. 1680 tarihli Hollanda'ya verilen kapitülasyonda taraflarından birinin konsolos veya tercüman olduğu durumda davaların İstanbul'da dinleneceği ifade edilmiştir. 1756 Danimarka ve 1761 Prusya kapitülasyonlarında; konsolosların tüm davalarının elçileri vasıtasıyla İstanbul'da görüleceği düzenlenmiştir[79]. Bu kapitülasyon hükümleri konsolos ile Osmanlı vatandaşları arasında geçen davalar olarak değerlendirilmelidir.

Farklı devletlere verilen kapitülasyonlardaki hükümler göz önüne alındığında; konsolos davalarının, davanın türü ve miktarı (parasal alt sınır) fark etmeksizin mutlak surette İstanbul'da görüleceği sonucu çıkarılabilir. Bununla birlikte Batılı Devletler; konsolosların da Osmanlı Devleti'ndeki süregelen teamül gereği elçiler gibi şahsi dokunulmazlığa sahip olduğunu iddia etmişlerdir. Dolayısıyla konsolosların Osmanlı topraklarında yerli tebaadan biri aleyhine suç işlemesi halinde Osmanlı ceza mahkemelerinin yargı yetkisine tabi olmayacağını savunmuşlardır[80]. Bunun için de 1675 tarihli İngiltere kapitülasyonunda geçen ifadeyi dayanak göstermişlerdir. Bu ifade şudur:

"İngiltere elçileri tacirlerinin himâyet olunmak içün Memâlik-i Mahrûse'de nasb ve ta'yîn eyledikleri konsolosları asla habs olunmayub ve evleri mühürlenmeyüb kendülerin aramayalar ve ref' olunmayalar ve her ne makûle dâ'vâları olursa Südde-i Sa'âdet'imde 'arz olunub İngiltere elçîleri

[79] Cemaleddin/Asador, s. 505.

[80] Cemaleddin/Asador, s. 506.

cevâben vereler" [81].

Buradaki *"cevâben vereler*" ifadesi konsolos hakkında gereken cezayı bizzat İngiltere elçisinin tayin ve tatbik edeceği anlamına gelmemektedir. İstanbul'da yürütülecek yargılamanın elçinin bilgisi ile gerçekleşeceği anlamına gelir. Zira maddede "*her ne makûle dâ'vâları olursa Südde-i Sa'âdet'imde 'arz olunub"* ifadesi geçmektedir. Bunun anlamı ise; taraflardan birinin konsolos diğerinin Osmanlı tebaası olduğu davaları görmeye taşra mahkemelerinin yetkili ve görevli olmadığı ancak bu davaların İstanbul'da görüleceğidir. Zira konsolos ile yabancı devlet tebaası arasında olan davalarda kapitülasyonlar gereği görevli yargı yeri konsolosluk mahkemeleridir.

Konsolos ile Osmanlı tebaası arasında olan davanın İstanbul'da nerede görüleceği ise belirsizdir. Divan-ı Hümayun ve devlet meselelerinin görüşülmesinde veziriâzamın konağının önem kazanmasının ardından Huzur Mahkemesi[82] 19. yüzyıla gelindiğinde kaldırılmıştır[83]. Fakat bu belirsizlik nedeniyle konsolosların doğrudan yargı dokunulmazlığına sahip olduğu ve yargılanamayacakları sonucuna varılamaz.

Uygulamada usul hukuku açısından da konsoloslara dava açmak imkânsız hale gelmiştir. Gönderilen dava celbi elçilikler tarafından kabul edilmemiştir. Bu durumda konsoloslar aleyhine bir ceza ilamını yerine getirilmesi de mümkün olmayacaktır[84]. Çünkü dava mahkemeden ilamın çıkması derecesine kadar gelemeyecektir.

Görevleri ile ilgili olmayan suç sayılan bir fiili işlemesi halinde konsolosu yargılamak Osmanlı Devleti'ne ait bir hak ise de yabancı devletlerin baskıları neticesinde konsoloslar Osmanlı mahkemelerinde yargılanmamışlardır. Oysa ki Osmanlı hukuku açısından konsolosların yargı dokunulmazlığı elçiler gibi tam değildir. Uygulamada cünha ve cinâyet derecesinde olmayan suçlar bakımından yani kabahatler için konsolosların bağlı oldukları sefarete şikâyet

[81] BOA.HR.HMŞ. İŞO. 77-8, s.14, R.5.07.1326 (M.18.09.1910).

[82] Divan-ı Hümayun'un yargılamaya dair eski önemini yitirdikten sonra Vezir-i âzam konağında Rumeli ve Anadolu Kazaskerlerininlerinin de katıldığı, şer'î ve örfî davaların dinlenerek hüküm verildiği Cuma Divânı ya da "*Huzur Murafaası*" denilen divan toplanmıştır. H. 1254 (1838/1839) tarihinden itibaren bu yüksek mahkeme arz odasında şeyhülislamın huzurunda toplanmaya başlamış ve bu münasebetle orada kurulan duruşma meclisine huzur mahkemesi denilmiştir. Bu usul de sonradan terk edilmiştir. Bkz. Cemaleddin/Asador, s. 508.

[83] Cemaleddin/Asador, s. 507.

[84] Cemaleddin/Asador, s. 509.

edilerek tevbîhlerinin talep edilmesi ve tekrarı halinde memuriyet sıfatının tanınmayacağının tebliğine ilişkin usul izlenmiştir[85]. Bayezid Rusya konsolosu hakkındaki tahriratta Hariciye Nezareti Hukuk Müşavirliği tarafından suç işleyen konsolosların mevcut mahkemelerde yargılamalarının görülmesine bir engel bulunmadığı ifade edilse de Osmanlı Devleti'nin konsolosların suç fiilleri vukuunda azli ve değiştirilmesini elde etmeye çalışmak ile yetinmeye mecbur kaldığı ifade edilmiştir[86]. Nitekim uygulamada da konsolosların isticvâb olunduğuna veya muhakeme edildiklerine dair Osmanlı Devleti Hukuk Müşavirliği İstişare Odasında kayıt ve bilgi yoktur[87].

Yabancı devletler hukuk ve ticaret davaları yönünden de tebaa ile konsolos arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Osmanlı mahkemelerinin konsoloslar hakkında hüküm vermeye yetkili olmadığını iddia etmişlerdir[88]. Fakat konsoloslar Osmanlı tebaası aleyhine Osmanlı mahkemelerinde dava açabilmişlerdir. Aslında böyle bir durum konsolosların söz konusu mahkemelerin kendi aleyhlerinde de yargı yetkisini kabul ettiğini gösterir. Davalara kendilerinin katılmayıp vekil göndermeleri, sundukları dilekçeyi konsolos sıfatıyla değil, şahıslarına izafeten imzalamaları Osmanlı mahkemelerinin yargı yetkisini kabul etmiş olmadıkları anlamına gelmez. Bir kişi mahkemeye başvurduğu takdirde hükmi sonuçları her şekilde baştan kabul etmiş olur. Davayı kaybettiği olasılıkta mahkeme masrafları ile verilen

---

85 *"Cünha ve cinâyet derecesinde olmayan de'âvîde konsolosların mensûb oldukları sefârete şikâyet edilerek tevbîhleri taleb edilmesi ve tekerrürü hâlinde sıfat-ı memuriyetinin tanınmayacağının tebliği lâzım geleceği Hariciye Nezâret-i Celîlesi'nin iş'ârına(yazı ile haber vernesi) atfen ve cevâben şeref-vârid olan 24 Rebiülevvel sene 1310 tarihli ve iki yüz kırk sekiz numaralı emirnâme-i âlî-i vilâyet-penâhîlerinde emr ü iş'âr buyurulur…"*BOA. HR.TH..126-24, s.7, M.20.12.1892.

86 *"..konsolosların mehâkim-i mevcûde-i muntazamada rivâyet-i muhâkemelerine bir mani bulunmadığını Bâbıâlî müdellelen ve muvazzahan isbâtdan hali kalmamış ise de ma'a't-te'essüf el-ân açıktır. Konsolosların ef'âl-i cürmiyeleri vukû'unda azl ve tebdili istihsâle sa'y ile iktifâya mecbûr oluyoruz. Binâberîn mevzubahis olan Rusya'nın Bayezid konsolosu hakkında dahi büyük muâmele ifası zât-ı âlî-i nezâret-penâhîlerinin re'y ve irâdesine ve bu muamelenin Adliye Nezâreti'yle muhâbereden sonra yahut hadisenin hadd-ı zâtında pek çirkin ve nâ-şenîde olması ve mahallince te'sîrâtı ne kadar çabuk mümkünse o kadar sür'atle izale edilmek lâbüd görünmesi cihetlerle ondan evvel ücret takdîri yoluna menût bulunduğu ma'rûzdur."* BOA.HR.HMŞ. İŞO. 77-8, s.15, R.5.09.1326 (M.18.09.1910).

87 BOA.HR.HMŞ. İŞO. 77-8, s.15, R.5.07.13256 (M.18.09.1910).

88 Konsolosluk mahkemeleri, yalnızca müstemenler arasında çıkan uyuşmazlıklarda yetkili olmuş; taraflardan birinin Osmanlı vatandaşı olması durumunda ise yargılama Osmanlı mahkemelerinde gerçekleştirilmiştir. Yabancı devlet tebaası, hem ceza hem özel hukuk alanında konsolosluk mahkemelerinde, kendi kanunlarına göre yargılanmışlardır. Bkz. Akyılmaz, s. 198-200.

hükme razı olmuş demektir. Konsolosun Osmanlı mahkemelerinde açtığı davaya karşı yerli tebaadan olan davalı da karşı dava açacak olursa mahkeme de hem asıl davaya ve hem de fer'i davaya hüküm verecektir. Bu durumda konsolosun lehine hüküm verilirse kabul etmek ve aleyhine hüküm çıkarsa kabul etmemek şartıyla Osmanlı mahkemelerine başvuruda bulunup yargı yetkisini tanıdığına dair bir hukuki yorum yapılamayacaktır[89]. Bu bağlamdan anlaşılacağı üzere aslında konsoloslar aleyhine hukuk ve ticaret davaları Osmanlı mahkemelerinde açılabilecektir.

Yabancı devletler ise konsolosun yetki meselesini[90] ileri sürmeden Osmanlı mahkemelerinde dava açabileceğini ve karşı dava açılması durumunda davanın kaybedilmesini konsolosun yargı bağışıklığından feragati olarak yorumlamışlardır. Yani konsolosun kendisi yargı dokunulmazlığından vazgeçmektedir. Bu şekilde aslında konsolosun hukuk ve ticaret davalarında Osmanlı yargısından bağışık olduğunu savunmuşlardır. Emlak davaları ile ticaretle meşgul konsoloslar aleyhine ticari işlemlerden kaynaklanan davaların yargı dokunulmazlığının istisnası olduğunu kabul etmişlerdir[91]. Zira elçiler dahi bu iki hususta Osmanlı mahkemelerine tabi iken konsolosları istisna tutmak makul olmayacaktır. Konsolosların Osmanlı hukukuna göre yargı muafiyeti tam olmasa da uygulamada Osmanlı tebaası ile hukuk, ceza ve ticaret davaları Osmanlı mahkemelerinde görülmemiştir.

Osmanlı Devleti'nin ahidnamelerle yabancı devletlere tanıdığı ayrıcalıklarından, yerli tebaadan olan tercüman (dragoman), kavas[92] gibi elçilik ve konsolosluk çalışanları da faydalanmıştır. 1740 tarihli Fransa kapitülasyonunda elçi ve konsolosların, istedikleri kişileri yasakçı ve tercüman olarak istihdam edebilecekleri belirtilmiştir. Hatta bu tercümanları konsolos vekili olarak atayabilmeleri de mümkün kılınmıştır. Başlangıçta yalnızca Fransa'ya verilen bu ayrıcalıklar, zamanla diğer devletlere de tanınmıştır[93].

---

89 Cemaleddin/Asador, s. 510-512.

90 Yabancı devletler; Osmanlı mahkemelerini konsolosluk mahkemelerine kıyaslamanın yanlış olduğunu, Osmanlı mahkemelerinin genel yetkiyi haiz, konsolosluk mahkemelerinin sadece hükümetin verdiği izne dayanarak ancak kendi tebaaları hakkında hüküm vermeye yetkili bulunduğu iddiasında olmuşlardır.

91 Cemaleddin/Asador, s. 512.

92 Elçi ve konsoloslara, bir çavuş ile bir veya birden fazla yeniçeri eşlik ederdi. Bu görevliler, "yasakçı" ya da "kavas" olarak adlandırılmış ve temel görevleri, elçilik ve konsoloslukların güvenliğini sağlamak olmuştur. 1826 yılına kadar bu kişiler, yeniçeri ocağından seçilmiştir. Bkz. Canatar, s. 73.

93 Cantemir, s. 2106.

Yabancı devletler sahip oldukları bu imtiyazı Osmanlı aleyhine kullanarak Protégé (koruma/mahmi) sorununun oluşmasına yol açmıştır. Mahmilik kurumu, 16. yüzyılda Avrupalı devletlerin konsolosluklarda Osmanlı Devleti'nin genellikle gayrimüslim tebaasından seçilen tercümanları işe almaya başlaması ile ortaya çıkmıştır. Yabancı elçiliklerde görev yapan bu tercümanlara, görevlerini belgeleyen birer berat verilmiştir[94]. Berat sahibi olan kişiler, ticari ve mali açıdan çeşitli ayrıcalıklara sahip olmuştur. Osmanlı kanunlarına tabi olmaktan ve belirli vergilerden muaf tutulmuştur. Yerli tebaaya kıyasla daha düşük gümrük vergisi ödemişler, himayesi altındaki oldukları devlete karşı da herhangi bir vergi ödeme yükümlülükleri de bulunmamıştır. Ayrıca askerlik mükellefiyetinden muaf olmuşlar, bu nedenle cizye (bedel) ödemeleri gerekmemiştir. Adi ya da siyasi suçlardan dolayı da sorumlu tutulmamışlardır[95].

Başlangıçta yalnızca tercümanlara sağlanan bu ayrıcalıklar, zamanla konsolosluk personeline de genişletilmiştir. Konsoloslar, konsolos yardımcıları, elçilerin hizmetkârları ve nihayetinde konsoloslukta çalışan tüm bireyler bu imtiyazlardan yararlanmaya başlamıştır[96]. Yabancı devletlerin bünyesinde Türkçeyi ve yazı dilini iyi bilen kişilerin olmaması nedeniyle ilk zamanlar Osmanlı tabiiyetindeki kişiler konsolos ve konsolos yardımcılığı görevleri yapmıştır. Ancak 9 Ağustos 1863 (23 Safer 1280) tarihli Memalik-i Mahruse-i Şahanede Bulunan Düvel- i Ecnebiyye Konsoloslukları Hakkında Tanzim Kılınan Nizamname ile Osmanlı tebaasının yabancı devletlere konsolosluk yapamayacağı düzenlenmiştir[97].

1863 tarihli nizamname, yabancı konsolosluklarla ilgili tüm sorunları kapsayan ilk kapsamlı düzenleme olma niteliği taşımaktadır. On üç maddeden oluşan nizamnamenin her bir maddesi, konsolosluk uygulamalarındaki boşluklara ve geçmişte yaşanan suistimallere dair önemli ipuçları sunmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu düzenleme, 19. yüzyıldaki konsolosluk uygulamalarının genel bir özeti olarak değerlendirilebilir. Nizamnamede Osmanlı tebaası konsolosluk çalışanlarının muvakkat mahmi konumunda olduğu adi mahmilerin (daimî koruma altında olan)[98] tabi oldukları hukuktan

[94] Karakoç, s. 128.

[95] Bozkurt, s. 139, 140.

[96] Konan, s.171, 172.

[97] Düstur, s. 772-775; Konan, s. 177.

[98] 1863 Nizamnamesi yerli mahmileri iki gruba ayırmaktadır: i) Daimî mahmiler; ii) Geçici

görev süresiyle sınırlı olmak üzere yararlanabilecekleri ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle; hizmet ettikleri süre boyunca, bağlı bulundukları devletin vatandaşlarıyla aynı düzeyde hukuki hak ve ayrıcalıklara sahip olacaklardır. Ayrıca konsolosluk çalışanlarına verilen her türlü imtiyazın şahsa özgü ve görev süresine bağlı olduğu akraba ve yakınların faydalanamayacağı ölüm halinde mirasçılara geçmeyeceği de düzenlenmiştir.

Diplomatik ayrıcalık bağlamında ise bu kişiler görevlerinin ifası sırasında gerçekleşen olaylarda hukuk ve ceza davaları yönünden yargı dokunulmazlığına sahip sayılmıştır. Ahidnamelerde konsolosların yargı dokunulmazlığına dair doğrudan hükümler bulunmasa da, elçilik ve konsolosluk çalışanlarının görevleri kapsamında işledikleri fiiller nedeniyle hukuk ve ceza davalarında dokunulmazlığa sahip olmaları göz önüne alındığında, bu muafiyetin konsoloslar için de geçerli olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak bu dokunulmazlık, yalnızca görev kapsamında gerçekleştirilen fiillerle sınırlıdır. 1910 tarihli bir arşiv belgesinde yer alan bir olay[99], bu sınırın uygulamadaki karşılığını ortaya koymaktadır. Belgede belirtildiğine göre; Belçika Konsolosunun arabasını süren Kavas Kâmil, yolu kapattığı gerekçesiyle Esad'ı da darp etmiş, hayvanlarını kırbaçlamıştır. Konsolos, olayın görev ifası sırasında gerçekleştiğini savunmuş; kavasın defalarca sorgu hâkiminin huzuruna çıkarıldığını belirterek şikâyetçi olmuştur. Belgede yer alan müşavirlik değerlendirmesinde ise, konsolosluk görevlilerinin düzeni tesis için belediye ve zabıta görevlerini üstlenemeyecekleri; bu doğrultuda fiilî müdahalede bulunma yetkilerinin olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca memur tarafından işlenilen bir fiilin sorumluluktan muaf tutulabilmesi için, verilen emrin hem yasal olması hem de amirin bu tür bir emir vermeye yetkili olması gerektiği ifade edilmiştir. Kavasın gerçekleştirdiği dövme fiilinin yasa dışı olduğu, bu tür fiilleri herhangi bir makam tarafından kanuni gerekçe olmaksızın emredilemeyeceği ve uygulanamayacağı da vurgulanmıştır. Bu nedenle olay, görev kapsamına girmediği için yargı dokunulmazlığı dışında bırakılmış ve Kavas Kâmil Osmanlı mahkemelerinde yargılanmıştır.

Osmanlı Devleti verilen imtiyazların sınırlarının aşılması sebebiyle yabancı devletlere çok sayıda muhtıra göndermiştir[100]. 7 Temmuz 1867 tarihli

mahmiler. Daimî mahmiler 1863 Nizamnamesinden önce mahmilik sıfatını kazanmış kişilerdir. Geçici mahmiler, 1863 nizamnaesi uyarınca mahmi olan Osmanlı tebaasıdır. 1863 Nizamnamesi'nden sonra himaye Osmanlı tebaası için sadece yaptıkları görev ile sınırlı ve kişisel olarak verilmiştir. Ökçün, 142.

[99] BOA.HR.HMŞ. İŞO. 77-8, s. 4,5 R.5.07.13256 (M.18.09.1910).

[100] Konan, s. 185.

muhtıra kapitülasyonlarla tanınan imtiyazların ne şekilde uygulanacağını belirtilerek genel bir çerçeve çizmiştir[101]. Buna göre; kapitülasyonlarla tanınan imtiyazlardan sadece elçilik ve konsolosluklarda tercüman ve yasakçı olarak görevlendirilen, sayıları 1863 Nizamnamesi ile sınırlandırılmış olan yerli mahmiler yararlanabilecektir. Himaye tercüman ve kavasın şahıslarına özgü olup, görev süresine bağlıdır. Akraba ve yakınları bu imtiyazlardan yararlanamayacaktır. Muhtırada ayrıca konsolos ikametgahlarının ülke dışılık imtiyazından faydalanamayacağı kesin bir şekilde ifade edilmiştir. Konsolosluk tercümanları göreve ilişkin faaliyetlerinden dolayı tedip veyahut muhakeme edilemeyecektir. Ancak göreviyle ilişkin olmayan her hususta hukuk, ceza ve ticaret davaları bakımından diğer Osmanlı tebaası gibi Osmanlı mahkemelerinde yargılanacaklardır. Konsolos tercümanlarının ikametgahı da ülke-dışılık imtiyazından yararlanamayacaktır[102]. Tercümanlar için muhtırada özellikle belirtilen hususlar kavaslar için de geçerli olmuştur.

Yabancı devletler fahri konsolos vekillerinin dahi görevle ilgili olmayan şahsi fillerinden ötürü Osmanlı kanunlarına tabi olmalarına engel olmaya çalışmış, bunun konsolosluk sıfat ve imtiyazını yok edeceğini iddia etmişlerdir[103].

Osmanlı Devleti'nin ahidnameler aracılığıyla yabancı devletlere tanıdığı diplomatik ve hukuki ayrıcalıklar, 1914 yılında tek taraflı bir irade-i seniyye ile kaldırılmış; ancak bu ayrıcalıkların uluslararası düzeyde kesin olarak sona ermesi, 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nın 28. maddesiyle mümkün olmuştur.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nin diplomasi anlayışı, İslam hukukundan ve dönemin uluslararası teamüllerinden etkiler alarak şekillenmiştir. Osmanlı, güçlü olduğu yıllarda "karşılıksız diplomasi" anlayışını benimseyerek, kendi egemenliğini ve prestijini ön planda tutmuştur. Ancak, bu yaklaşım 18. yüzyılın sonlarından

[101] Muhtıra için bkz. Ökçün, s. 139-153.

[102] Ökçün, s. 142, 145, 146.

[103] "*Meram ki fahri konsolos vekillerinin bile şahsî ve hususî fiillerinden dolayı teb'a-i âdiyeleri misillû kavânîn-i Osmâniyye ahkâmına tâbi tutulmalarına Avusturya sefareti musırran mümânaat ve bunun konsolosluk sıfat ve imtiyâzâtını mahal olacağını beyan ediyor. Hiçbir hükümet dahil-i memlekette ef'âl-i memnû'a irtikâb edilmesine nazar-ı lâkaydî ile bakamayacağından ve onları büsbütün muaf tutamayacağından Bozcaada'da konsolos vekili Andonyo'nun hiç olmazsa sefaretçe bir muâmele-i tevbîhiyyeye düçar edilmesini talep etmek muvafık görülmekte..''* BOA.HR.HMŞ. İŞO. 77-8, s.11, R.5.07.13256 (M.18.09.1910).

itibaren değişerek "karşılıklı diplomasi" dönemi başlamıştır. Bu dönüşüm, uluslararası ilişkilerin değişen doğasına uyum sağlama gerekliliğinin bir yansıması olmuştur.

Şer'i hukukta diplomatik dokunulmazlık kavramı bulunmadığından, diplomatik temsilciler müstemen statüsünde değerlendirilmişlerdir. Osmanlı Devleti'nde karşılıksız diplomasinin uygulandığı erken dönemde, İslam hukukunun etkileri diplomatik ilişkilerde daha belirgin biçimde hissedilmiştir. Bu nedenle, söz konusu dönemde diplomatik temsilciler açısından dokunulmazlık ilkesinden bahsetmek mümkün değildir. Daimî elçilik müessesesinin devletlerarası düzeyde henüz genel bir uygulama haline gelmediği bu erken dönemde, elçiler şer'i hukuka göre Osmanlı mahkemelerinde yargılanabilmişlerdir. Ayrıca, devletler arası ilişkilerin niteliğine bağlı olarak diplomatik temsilcilere yönelik uygulamalar farklılık gösterebilmiş; bazı durumlarda elçilerin hapsedildiği dahi olmuştur.

Karşılıklı diplomasiye geçmesi ile birlikte Osmanlı Devleti'nin dış politika anlayışında değişiklikler olmuş, Avrupalı Devlet olmak amacıyla devletler hukuku ilkelerine ve uluslarası hukuk teamüllerine uygun davranmıştır. Bu bağlamda 19. yüzyıl itibariyle elçiler kişi dokunulmazlığına ve yargı bağışıklığına sahip olmuşlardır. Elçinin sahip olduğu muafiyetler de Osmanlı devletler hukuku literatüründe İslam hukuku ile ilişkilendirilmeden "*haric-ez memleket" (ülke dışılık)* ilkesi ile açıklanmıştır.

Konsoloslar, elçilerle aynı düzeyde ayrıcalıklara sahip olmamışlardır. Batılı devletlerin diplomatik baskıları nedeniyle konsolosların davanın taraflarından biri Osmanlı tebaası olduğu takdirde Osmanlı mahkemelerinde yargılanması engellenmiştir. Osmanlı Devleti'nde konsolosların yargılandıklarına dair bir kayıt olmasa da görevleri ile ilgili işledikleri fiiller nedeniyle hukuk ve ceza davaları yönünden yargı dokunulmazlığına sahip oldukları söylenebilir.

Osmanlı Devleti'nde yerli tebaadan olan tercümanlar ve kavaslar gibi konsolosluk çalışanları da görevleri dolayısıyla diplomatik koruma altında değerlendirilmiş ve belirli imtiyazlara sahip olmuşlardır. Yabancı devletlerin düzenlemiş olduğu "koruma patenti" sayesinde Osmanlı tebaası da koruma kapsamına dahil olabilmiştir. Bu durum, Osmanlı Devleti'nin egemenlik haklarının zedelenmesine yol açmıştır. Osmanlı yöneticileri, bu tür suistimalleri kontrol altına almak için zaman zaman düzenlemeler yapmış olsa da kapitülasyonlar Lozan Anlaşmasına kadar devam etmiştir.

KAYNAKÇA

7 Numaralı Mühimme Defteri (975-976/1567-1569) (Özet-Transkripsiyon-İndeks), C. I, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yayınları, Ankara 1998 (Hazırlayan: Yıldırım, Hacı Osman/Atik, Vahdettin vd.).

Ak, İlyas, Osmanlı Devleti'nde Kapitülasyonların Kaldırılması Meselesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Tokat 2023.

Akyılmaz, Gül, Siyasi Tarih, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

Apaydın, Bahadır, Kapitülasyonların Osmanlı-Türk Adlî ve İdari Modernleşmesine Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Arı, Tayyar, Uluslararası İlişkiler Tarihi ve Dış Politika, 7. Baskı, Marmara Kitap Merkezi Yayınları, Bursa 2008.

Boogert, Maurits H. Van Den, The Capitulations And The Ottoman Legal System: Qadis Consuls And Beratlıs İn The 18th Century, E.J. Brill, Leiden 2005.

Bozkurt, Gülnihal, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerinin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu, Ankara 1996.

Bokurt, Nurgül, "Avusturya Kapı Kethüdalığı (1700-1736)", OTAM, 2002, S.13, s.245-259.

Can, Mustafa, Sürekli Diplomasi Öncesi Osmanlı Devleti'nde Yabancı Elçiler (Elçi – Ağırlama – Huzura Kabul), Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017.

Canatar, Mehmet, "Osmanlı Devleti'nde Kavaslar ve Kavas Teşkilatı." İlmî Araştırmalar: Dil, Edebiyat, Tarih İncelemeleri, 1997, S.4, s. 67-88.

Cantemir, Mehmet İhsan, "Müste'menlerden Mültecilere Ahidnâmeliler (Beratlılar, Patenteliler, Mahmiler)", Belgi Dergisi, 2020, S.19/I, s. 2100-2115.

Caşın, Mesut, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C. 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

Cebrail Gargur/Said, Hukuk-ı Düvel, Ebüzziya Matbaası, İstanbul 1299/1883.

Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Çelik, Edip, Milletlerarasi Hukuk, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (DİHVS), (https://inhak.

adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100123bm_40.pdf, Erişim Tarihi: 20.12.2024)

Düstur I. Tertip, C.1.

Düşünmez, Döndü, "Tanzimat Devrinde Kapı Kethüdası Müessesi Hakkında Temel Bilgiler", Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 2010, S.28, s. 378-401.

Gönen, Yasemin Saner, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancıların Adli Ayrıcalıkları. Marmara Üniversitesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998.

Halil Cemaleddin/Hırand Asador, Ecânibin Memâlik-i Osmâniyye'de Ha′iz Oldukları İmtiyâzât-ı Adliyye, Hukuk Matbaası, İstanbul 1331(1912).

Hasan Fehmi, Telhis-i Hukuk-ı Düvel, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul 1300/1884.

İnalcık, Halil, "İmtiyazât", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.22, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2000, s. 245-252.

İnalcık, Halil/Quataert, Donald, Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi (1300-1600), C. I, Eren Yayıncılık, İstanbul 2000 (Çevirmen: Berktay, Halil).

İskit, Temel, Diplomasi, 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018.

İskit, Temel, Diplomasi, Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.

Karakoç, İrem, "Osmanlı Hukuku'nda Elçilik Tercümanlığından Yabancı Devlet Mahmiliği ve Vatandaşlığına: Hukukun Araçlaştırılmasının Örnekleri", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, S.7/1, s. 128-150.

Koçu, Reşad Ekrem, Topkapı Sarayı, Nurgök Matbaası, İstanbul 1960.

Konan, Belkıs, "Osmanlı Devleti'nde Protégé (Koruma) Sistemi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, S.58/1, s. 169-188.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (KİHVS), (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020094424bm_16.pdf, Erişim Tarihi: 20.12.2024)

Külünk, Muhammet Emin, Kapitülasyonların Kaldırılması (1914), Yeditepe Yayınları, İstanbul 2011.

Kütükoğlu, Mübahat, "Ahidnâme", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.I, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, s. 536-540.

Lewis, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, TTK Basımevi, Ankara 2000 (Çevirmen: Kıratlı, Metin).

Macar İskender/Ali Reşâd, Kapitülasyonlar Tarihi, Menşei ve Asılları, Kanaat Matbaası, İstanbul 1330/1912.

Mehmet Cemil, Hukuku Düvel, Devletler Arasında Münasebet, Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar, Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul 1934.

Meray, Seha L, "Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1958, S. 13/1, s. 79-117.

Ökçün, Gündüz, "Kapitülasyonlar Hakkında Bab-ı Ali'nin Sefaretlere Gönderdiği 7 Temmuz 1867 Tarihli Muhtıra", A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1968, C. 22, S.3, s.139-153.

Özcan, Abdullah/ Muntazer, Safiullah, İslâm Hukuku Açısından Elçi Dokunulmazlığı, Edebali İslamiyat Dergisi, 2018, C. 2, S. 4, s.1-23.

Özel, Ahmet, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Darül İslam Darül Harb, İz Yayıncılık, İstanbul 1988.

Öztürk, Kübra, Osmanlı Devleti'nin İngiltere'ye Verdiği 1675 (H.1086) Tarihli İmtiyâznâmenin İslam Hukuku Açısından İncelenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

Polatcı, Türkan, Osmanlı Diplomasisinde Oryantalist Memurlar, Akçağ Yayınları, Ankara 2013.

Reşat Ekrem, Osmanlı Muahedeleri ve Kapitülasyonlar 1300-1920 ve Lozan Muahedesi 24 Temmuz 1923, Muallim Ahmet Halit Kitaphanesi, İstanbul 1934.

Ricaut, Paul, Osmanlı İmparatorluğu'nun Hâlihazırının Tarihi (XVII. Yüzyıl),. TTK Basımevi, Ankara 2012 (Çevirmen İnalcık, Halil/ Özyıldırım, Nihan).

Savaş, Ali İbrahim, "Konsolos", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.26, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2002, s.178-180.

Southwick, James, "Abuse of Diplomatic Privilege and Immunity: Compensatory and Restrictive Reforms", Syracuse Journal of

International Law&Comperative, 1988.

Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

Şakiroğlu, Mahmut, "Balyos", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.5, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1992, s. 43-47.

Tanrıvermiş, Abdullah, 72 Numaralı Mühimme Defteri (H.1002-1003) (vr.1-230) İnceleme-Metin, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

Tonyalı, Ezgi, XVIII. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı-Danimarka İlişkileri (11/1 ve 12/2 Numaralı Düvel-i Ecnebiye Defterlerine Göre), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon 2023.

Topçuoğlu, Ali İhsan, İslam Hukukunda Diplomatik Temsil, Fecr Yayınları, Ankara 2017.

Tuncer, Hüner, Eski ve Yeni Diplomasi, Dış Politika Enstitüsü Yayınları, Ankara 1991.

Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgatı, "Elçi", Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 3. Baskı, TTK Basımevi, Ankara 1998.

Araştırma Makalesi
Research Article

Gönderim / Received: 12/09/2024
Kabul / Accepted: 08/04/2025

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Nisan / April 2025 Sayı / No. 2

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER: TÜRK VE ALMAN CEZA KANUNLARI BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

THE LEGAL INTEREST PROTECTED BY THE CRIME OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH REGARD TO TURKISH AND GERMAN PENAL CODES

Çağrı Tuğşat KEMALOĞLU*

ÖZET

Çocukların cinsel istismarı suçu, mağdurunun çocuk ve haksızlık içeriği ile öngörülen cezaların yüksek olması nedeniyle hukukun ve birçok bilim dalının sürekli tartışma sahasıdır. Çalışma, çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değerin ne olduğu konusunu ele alarak Türk ve Alman ceza hukuku öğreti ve uygulamasında konuya dair savunulan görüşleri karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Alman ceza hukuku, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren cinsel suçlara yaklaşımını değiştirerek ahlakı önceleyen anlayışı terk etmiş ve bireylerin haklarını önceleyen anlayışı benimsemiştir. Bu dönüşümün Türk ceza hukukundaki yansıması ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2005 yılında yürürlüğe girmesiyle olmuştur. Ancak, cinsel suçların düzenlendiği bölümde yer alan suçlarla korunan hukuki değerin ne olduğuna ilişkin olarak hem Türk hem de Alman ceza hukuku öğretisinde görüş birliği sağlanamamış; suç ile cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlük, cinsel alanda kendi kararını verme ve müdahalede bulunmamış cinsel gelişim gibi farklı hukuki değerlerin korunduğu ileri sürülmüştür. Çalışmada savunulan görüşe göre ise bu hukuki değerler her durumda birbirini dışlayan değil, birbirini tamamlayan bir fonksiyon icra etmektedir.

* **Doktora Öğrencisi,** Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/HAMBURG, **E-Posta:** ctkemaloglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-9091-1726, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1548827.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Kemaloğlu, Çağrı Tuğşat, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçuyla Korunan Hukuki Değer: Türk ve Alman Ceza Kanunları Bağlamında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 2, s. 837-884.
- İntihal / ***Plagiarism***: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler: *Çocukların cinsel istismarı, Cinsel özgürlük, Cinsel dokunulmazlık, Cinsel alanda kendi kararını verme, Müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim*

ABSTRACT

The offence of sexual abuse of children remains a subject of constant debate within the field of law and various other disciplines due to the vulnerability of its victims, the nature of the harm involved and the severity of the prescribed penalties. This study addresses the question of which legal interest is protected by the crime of sexual abuse of children and presents a comparative analysis of the views put forward in Turkish and German criminal law doctrine and practice. Since the second half of the 20th century, German criminal law has shifted its approach to sexual crimes by abandoning a morality-based perspective in favour of one that prioritizes individual rights. This transformation was reflected in Turkish criminal law with the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237 in 2005. However, there is no consensus among either Turkish or German legal scholars as to which legal interest is protected by the crimes regulated under the section on sexual offences, and it has been argued that various legal interests are protected by such crimes—including sexual inviolability, sexual autonomy, sexual self-determination, and undisturbed sexual development. According to the view adopted in this study, these legal interests do not necessarily always exclude one another; rather, they serve complementary functions.

Keywords: *Sexual abuse of children, Sexual autonomy, Sexual inviolability, Sexual self-determination, Undisturbed sexual development*

ZUSAMMENFASSUNG

Die Straftat des sexuellen Missbrauchs von Kindern ist aufgrund der Tatsache, dass das Opfer ein Kind ist, des Unrechtsgehalts sowie der angedrohten hohen Strafen ein Gegenstand anhaltender Diskussionen in der Rechtswissenschaft und in vielen anderen Disziplinen. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, welches Rechtsgut durch die Straftat des sexuellen Missbrauchs von Kindern geschützt wird, und analysiert vergleichend die hierzu vertretenen Auffassungen in der türkischen und deutschen Strafrechtslehre sowie -praxis. Das deutsche Strafrecht hat seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts seinen Zugang zu Sexualdelikten geändert, den moralorientierten Ansatz aufgegeben und stattdessen einen auf die Rechte des Individuums ausgerichteten Ansatz übernommen. Diese Entwicklung fand im türkischen Strafrecht mit dem Inkrafttreten des türkischen Strafgesetzbuches Nr. 5237 im Jahr 2005 ihren Niederschlag. Hinsichtlich der Frage, welches Rechtsgut durch die in dem Abschnitt über Sexualdelikte geregelten Straftatbestände geschützt wird, besteht jedoch weder in der türkischen noch in der deutschen Strafrechtslehre Einigkeit. Vielmehr wird vertreten, dass durch die Tat verschiedene Rechtsgüter wie die sexuelle Unversehrtheit, die sexuelle Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder die ungestörte sexuelle Entwicklung geschützt werden. Nach der in dieser

Arbeit vertretenen Auffassung schließen sich diese Rechtsgüter nicht in jedem Fall gegenseitig aus; vielmehr erfüllen sie eine einander ergänzende Funktion.

Schlüsselwörter: *Sexueller Missbrauch von Kindern, Sexuelle Freiheit, Sexuelle Unversehrtheit, Sexuelle Selbstbestimmung, Ungestörte sexuelle Entwicklung*

EXTENDED ABSTRACT

The offence of sexual abuse of children remains a subject of constant debate within the field of law and various other disciplines due to the vulnerability of its victims, the nature of the harm involved and the severity of the prescribed penalties. This study addresses the question of which legal interest is protected by the crime of sexual abuse of children and presents a comparative analysis of the views put forward in Turkish and German criminal law doctrine and practice. Since the second half of the 20th century, German criminal law has shifted its approach to sexual crimes by abandoning a morality-based perspective in favour of one that prioritizes individual rights. This transformation was reflected in Turkish criminal law with the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237 ("TPC") in 2005. However, there is no consensus among either Turkish or German legal scholars as to which legal interest is protected by the crimes regulated under the section on sexual offences, and it has been argued that various legal interests are protected by such crimes—including sexual inviolability, sexual autonomy, sexual self-determination, and undisturbed sexual development. According to the view adopted in this study, these legal interests do not necessarily always exclude one another; rather, they serve complementary functions.

Although the title of the section on sexual offences—"Crimes Against Sexual Inviolability"—as well as the reasoning behind Article 102 of the TPC might suggest that the protected legal interest is sexual inviolability, diverging interpretations have been offered in the Turkish criminal law literature. It has been argued that what is actually protected may be the child's sexual autonomy, based on the idea that this autonomy exists inherently, even if it cannot yet be exercised due to legal incapacity. On the other hand, it has also been maintained that the relevant provisions aim to protect the child's bodily and psychological integrity. In addition, hybrid perspectives have been introduced, proposing that the crime protects not only sexual autonomy or inviolability but also the child's right to undisturbed sexual development.

German criminal law reflects a similarly diverse doctrinal landscape. Since the reforms of 1969, the section dealing with sexual offences has been titled "Crimes Against Sexual Self-Determination," replacing the older, morality-centred terminology. In the German criminal law literature, sexual self-determination has been interpreted both positively—as the freedom to engage in sexual activity based on one's own will—and negatively—as protection from unwanted sexual conduct. Based on this framework, four main views have been developed: (1) protection of negative sexual self-determination as freedom from external interference; (2) protection of undisturbed sexual development; (3) protection of general development; and (4) protection of

sexual inviolability or integrity.

Based on the comparative analysis presented in this study, it is argued that the crime of sexual abuse of children is best classified as a crime of abstract endangerment. While it may often result in concrete harm, requiring proof of such harm in every case would severely hinder effective prosecution. The criminal norm is therefore justified in protecting legal interests that are endangered by the act itself—regardless of whether actual damage can be proven. These include sexual inviolability, negative sexual self-determination, and undisturbed sexual development.

In conclusion, the findings of this study suggest that the legal interests protected by the crime of sexual abuse of children should not be understood as mutually exclusive. Rather, they form an interconnected framework of values that collectively safeguard the child's multifaceted interests, encompassing their overall developmental integrity. These include sexual inviolability, (negative) sexual self-determination, and the right to undisturbed development—not only in the sexual domain but also in terms of general personal, emotional, and psychological growth. Recognizing this interrelationship allows for a more coherent and comprehensive understanding of the protected legal interests and prevents the overly narrow application of criminal norms related to the sexual abuse of children.

GİRİŞ

Çocukların cinsel istismarı suçu, mağdurunun çocuk olması ve diğer maddi ve manevi unsurları açısından haksızlık içeriği ile öngörülen cezaların yüksek olması nedeniyle hukukun ve birçok bilim dalının sürekli tartışma sahasıdır. Konunun ceza hukuku boyutunda en önemli noktalarından biri suçla korunan hukuki değerdir. Zira bu hususta yapılacak belirlemeye göre suç bağlamında yapılacak dogmatik ve bilhassa hukuki değeri ihlal eden davranış biçimlerinin neler olduğu ve neler olması gerektiğine ilişkin tartışmalar daha sağlam bir zeminde yürütülebilecektir. Keza bir suç ile korunan hukuki değerin öneminin her durumda, bilhassa ilgili ceza hükmü yorumlanırken ve işlenen fiillerin hangi suç tanımlarına uyduklarına dair bir belirleme yapılırken göz önünde bulundurulması, kanun koyucunun gerçek iradesinin ortaya çıkarılmasını ve böylece daha isabetli çıkarımlarda bulunulmasını; uygulayıcıların ise daha adil kararlar vermesini sağlayacaktır.

Alman ceza hukukunda 1969 yılında yapılan reform ile cinsel suçlarda 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren görülmeye başlayan anlayış değişikliği, Türk ceza hukukundaki yansımasını ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ("TCK" veya "Kanun") ile bulmuştur. Alman kanun

koyucusu, Alman Ceza Kanunu'nun ("ACK") 13. bölümünde yer alan "Ahlaka Karşı Cürümler ve Cünhalar (*Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*)[1]" bölümünün başlığını, Alman Federal Temyiz Mahkemesinin 1969 tarihli kararında[2] ifadesini bulan ve 1969 yılında yapılan kanun değişikliğine[3] de yansıyan anlayış değişikliğine uygun olarak – ve *Schroeder*'in önerisini[4] benimseyerek – "Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar[5] (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*)" olarak değiştirmiş ve cinsel suçlar bağlamında Alman ceza hukukunda ahlakı önceleyen anlayıştan bireylerin haklarını önceleyen anlayışa geçilmiştir.[6]

Alman ceza hukukundaki dönüşümün bir benzeri Türk ceza hukukunda da yaşanmıştır. Daha önce 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı bölüm altında düzenlenen cinsel suçlar, yeni Kanun'da "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı bölümde düzenlenmiştir. Bölüm başlığının bu bölümde düzenlenen suçlarla korunan hukuki değer için de bir ipucu verdiği düşünülebilir. Nitekim kanun koyucu cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m. 102 gerekçesinde "*cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlâl edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.*"[7] açıklamasına yer vermiş ve böylece aynı bölümde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçuyla (TCK m. 103) korunan hukuki değerin de "cinsel dokunulmazlık" olduğuna işaret etmiştir. Ancak kanun koyucunun bu tespitine karşın çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değerin ne olduğu hususunda Türk ceza hukuku öğretisinde görüş birliği bulunmamaktadır.

---

[1] ACK § 12/1 hükmüne göre cürümler (*Verbrechen*), alt sınırı için bir yıl veya daha fazla hapis cezası öngörülmüş hukuka aykırı fiillerdir. Cünhalar (*Vergehen*) ise ACK § 12/2 hükmüne göre alt sınırı için bir yıldan az hapis veya para cezası öngörülmüş hukuka aykırı fiillerdir.

[2] BGH, Urteil vom 22.7.1969 - 1 StR 456/68, BGHSt 23, s. 43 ("Fanny Hill" kararı): "*Ceza Kanunu'nun görevi, yetişkin vatandaşlar için cinsel alanda ahlaki bir standart belirlemek değil, toplumsal düzeni ihlallerden ve ağır tacizlerden korumaktır.*"

[3] BGBl. I s. 645.

[4] Schroeder, "Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung", s. 15.

[5] Çalışmada "*sexuelle Selbstbestimmung*" kavramının Türkçe karşılığı olarak neden "cinsel alanda kendi kararını verme" kavramının tercih edildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda I.

[6] Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 15; Hörnle, LK-StGB, Vor § 174 kn. 6; Bu dönüşüm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Laubenthal, kn. 12 vd.

[7] TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508.

İfade etmek gerekir ki yalnızca bölüm başlığından yola çıkılarak korunan hukuki değerin tespiti isabetli değildir. Zira bir bölüm başlığının o bölümde yer alan bütün suçları kapsayacak şekilde bir hukuki değer belirleyebilmesi mümkün değildir.[8] Bölüm başlıklarının korunan hukuki değerin ne olduğuna ilişkin olarak ancak bir çıkış noktası teşkil edebileceği ve bu suretle sonraki akıl yürütmeler için yol gösterici olabileceği kanısındayız. Bundan dolayı hem Kanun'daki "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında hem de Alman Ceza Kanunu'ndaki "Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen suç tipleriyle hangi hukuki değerin korunduğu, her suç tipi bağlamında ayrı ayrı belirlenmelidir.[9]

Çalışmada öncelikle Türk ceza hukukunda konu bağlamında ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Akabinde ise Alman ceza hukukundaki görüşler incelenecek ve her iki hukuk sistemindeki görüşler ışığında suçun hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme yapılacaktır.

Türk ceza hukukunda TCK m. 6(b) ve Çocuk Koruma Kanunu ("ÇKK") m. 3/1 hükümlerine göre henüz on sekiz yaşını doldurmamış herkes *çocuk* olarak nitelendirilmekte ve Alman ceza hukukunun aksine çocuk/ genç ayrımı yapılmamaktadır. Alman ceza hukukunda ise ACK § 176/1 hükmüne göre on dört yaşın altındaki bir kimse *çocuk* (*Kind*) olarak nitelendirilirken, Gençlik Mahkemeleri Kanunu (*Jugendgerichtsgesetz*) § 1/2 hükmüne göre on dört yaşını tamamlamış olan on sekiz yaşın altındaki kimseler *genç* (*Jugendlicher*) olarak nitelendirilmektedir.[10]

I. KENDİ KARARINI VERME *(SELBSTBESTIMMUNG)* KAVRAMI ÜZERİNE

Çalışma konumuz bağlamında ileri sürülen görüşlerin yorumlanmasına

[8] Karşl. Eschelbach, § 176 kn. 4: "*13. bölümün Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar olarak isimlendirilmesi, hukuki değere ilişkin belirlemeye dair ancak sınırlı bir anlam ifade etmektedir.*"; Keza aynı yönde bkz. Dreher, s. 47: "*'Cinsel Alanda Kendi Kararını Vermeye Karşı Suçlar' bölüm başlığı, hukuki değerin eksiksiz bir nitelendirmesini yapamaz. Zira bazı hükümler için […] bu yönde bir hukuki değer nitelendirmesi ya yapılamaz ya da ancak çok zahmetli şekilde yapılabilir. Buna ek olarak, (yeni hâli § 184h[1] olan ACK) § 184c[1] hükmünde 'korunan her bir hukuki değer için' ifadesiyle yapılan tanım, bu bölümde yer alan farklı suçların aynı hukuki değeri (korumadığını), her bir suç için farklı bir hukuki değerin söz konusu olduğunu göstermektedir.*"; Sturm, s. 4: "*(13. bölümün) başlığı bölüm içeriğinin en önemli kısmını kapsıyor olsa da oldukça sınırlı kalmaktadır.*"

[9] Bundestagsdrucksache 7/514, s. 12; Alman hukuku bağlamında karşl. Brockmann, s. 221 vd.

[10] Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Laubenthal/ Baier/ Nestler, kn. 58.

katkı sağlayacağını düşündüğümüz için, Türk hukukundaki görünümü ele almadan önce *kendi kararını verme* (*Selbstbestimmung*) kavramının Türkçe karşılığına ilişkin kısa bir belirleme yapmakta fayda görmekteyiz.

Yukarıda değinildiği üzere Alman Ceza Kanunu'nda çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği 13. bölümün adı "Cinsel Alanda Kendi Kararını Verme" olarak belirlenmiştir. *Selbstbestimmung* kavramının karşılığı olarak Türk hukukunda *Turhan*[11] ve *Dursun*[12] tarafından "*özbelirlenim*" kavramı kullanılırken, *Keskin*[13] tarafından "*bizzat karar verme*" kavramı tercih edilmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun *Yenisey ve Plagemann* tarafından yapılan çevirisinde ise başlık, "*Bireyin Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*" olarak Türkçe'ye çevrilmiştir. Ancak yazarlara göre "*Alman Hukukundaki terim, bireyin kendisine ait olan cinsel davranışlarını yönlendirme hakkının korunduğunu ifade et(tiği)*" için, yazarlar Türk Ceza Kanunu terminolojisine uygun olarak "*cinsel dokunulmazlık*" terimini kullanmayı tercih etmiştir.[14] *Öztan* ise kişinin özel hayat alanının korunması bağlamında *Selbstbestimmungsrecht* kavramının karşılığı olarak "*kişinin kendisinin karar verme hakkı*" ile "*kişinin serbest karar verme hakkı*" ifadelerini kullanmaktadır.[15]

Kanaatimizce *özbelirlenim* ifadesi etken bir çağrışımdan ziyade edilgen bir çağrışıma sahiptir ve Almanca kavramdaki müspet yönü (*Bestimmung*) tam olarak ifade edememektedir. *Bizzat karar verme* kavramı ise *Selbstbestimmung* kavramının içerdiği *serbestçe, hiçbir baskı altında kalmadan, özgürce karar verme*[16] olgusunu tam anlamıyla karşılayamamaktadır. Zira kişi, bir cebir sonucunda da bir şeyi *bizzat* yapmaya karar ver(diril)ebilir.[17] Önemli olan, verilen kararın özgür iradenin ürünü olup gerçekten kişinin *kendi* kararı olup

[11] Turhan, s. 203 kn. 410 vd.

[12] Dursun, s. 173.

[13] Keskin, s. 26 vd.

[14] Yenisey/ Plagemann, s. 266 dn. 108.

[15] Öztan, s. 284.

[16] Karşl. Sick, s. 51; Keskin, s. 61.

[17] Nitekim baskı altında olsa dahi kişinin verdiği karar yine kendisinin vermiş olduğu bir karardır. Bu nedenle ceza hukukunda örneğin cebir veya tehdit nedeniyle bir başkasının malına zarar veren kişinin işlediği fiil, haksızlık niteliğini korumaya devam etmekte ancak kusurluluğa ilişkin bir değerlendirme yapılabilmektedir. Böylece belirli şartlar altında faile ya hiç ceza verilmemekte ya da cezada indirime gidilmektedir. Bu bağlamda bkz. Özgenç, s. 469, s. 496 vd., zorunluluk hâli bağlamında s. 498 vd.

olmadığıdır. Bu nedenle *Selbstbestimmung* kavramının karşılığı olarak *kendi kararını verme* ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatinde[18] olduğumuzdan çalışmada *sexuelle Selbstbestimmung* kavramının Türkçe karşılığı olarak *cinsel alanda kendi kararını verme* kavramı kullanılacaktır.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜM

Kanun'da cinsel suçların düzenlendiği bölümün başlığı "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" olarak belirlenmiş ve cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m. 102 hükmü gerekçesinde "*(b)u bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.*"[19] denilmek suretiyle kanun koyucunun bölüm başlığına ilişkin seçiminin bilinçli bir tercih olduğu ve bu suçlarla korunan hukuki değeri de ifade ettiği açıklanmıştır. Ancak durum böyle olsa da cinsel suçlarla korunan hukuki değerin cinsel dokunulmazlık mı yoksa cinsel özgürlük veya başka bir hukuki değer mi olduğu tartışmalıdır. Nitekim yukarıda değinildiği üzere yalnızca bölüm başlığından yola çıkılarak korunan hukuki değere ilişkin bir belirlemede bulunulması isabetli değildir. Zira bir bölüm başlığı ve bu başlığın işaret ettiği kavramın o bölümde yer alan bütün suçları kapsayacak bir hukuki değer tespiti yapabilmesi mümkün değildir. Bu durum en açık biçimde cinsel saldırı (TCK m. 102) ve çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) suçları bağlamında belirgin hâle gelmektedir. Zira cinsel saldırı suçu ile çocukların cinsel istismarı suçunun aynı hukuki değeri koruduğunu ileri sürmek, bu suçların mağdurun yaşı ve öngörülen ceza miktarları dışında birbirinden farkları olmadığını kabul etmeyi gerektirir. Kanun koyucu yalnızca mağdurun yaşını dikkate alarak ayrı bir suç düzenlemeyi düstur olarak kabul etse idi örneğin TCK m. 82/1(e) hükmü ile kasten öldürme, TCK m. 94/2(a) hükmü ile de işkence fiillerinin çocuğa karşı işlenmesini nitelikli hâl olarak değil, tıpkı TCK m. 103 gibi müstakil suç olarak düzenlemesi gerekirdi.

Türk öğretisinde ileri sürülen görüşler – ifade edilişlerindeki birtakım nüanslar dikkate alınmadığında – genel olarak üç görüş altında kümelenmektedir: 1) Cinsel özgürlük, 2) Cinsel dokunulmazlık ve 3) Karma görüşler.

---

[18] Aslında Keskin de kavramın içeriğine ilişkin olarak bireyin bir hususta iradesini "serbestçe" oluşturma hakkına atıfta bulunmaktadır. Keskin, s. 27, 273; Nitekim yazara göre "bizzat" kelimesi, kararın kişinin kendisi tarafından verilmesini kapsamaktadır ve iradenin serbestçe oluşumu da "karar verme" fiilinin kapsamına dâhildir: s. 28 dn. 16.

[19] TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508.

A. Cinsel Özgürlük

Çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değerin *cinsel özgürlük* olduğu öğretide yaygın biçimde kabul edilmektedir. Söz gelimi *Taner*'e göre kişinin doğuştan itibaren korunmaya değer bir cinsel özgürlüğü vardır. Çocuklar bu özgürlükleri üzerinde ancak on beş yaşından itibaren – TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yarattığı gri alana rağmen – tasarrufta bulunabilseler de cinsel istismar suçunun koruduğu hukuki değer tıpkı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi[20] çocuğun cinsel özgürlüğüdür.[21] Yazara göre, cinsel özgürlüğün hukuki değer olarak benimsenmemesi hâlinde alternatif olarak çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi hukuki değer olarak kabul edilmelidir.[22]

Ünver'e göre ise

"*(c)insel suçların korudukları hukuksal değer, münferit suç tiplerinde daha da somutlaştırılarak alt ayırımlara indirgenenler hariç, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlal edebilir ve bunun ihlal şekilleri çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık etmektedir.*"[23]

Yazara göre çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında bu cinsel özgürlük, çocukların kendilerine rağmen korunmaktadır.[24]

B. Cinsel Dokunulmazlık

Hukuki değere ilişkin olarak öğretide bazı yazarlar tarafından kanun koyucunun bölüm başlığındaki tercihiyle aynı doğrultuda bir belirleme yapılmaktadır. Söz gelimi *Özgenç*, kanunda cinsel suçlar bağlamında korunan hukuki değerin *cinsel dokunulmazlık* olarak belirlendiğini, hukuki değerin *cinsel özgürlük* olarak ifade edilmemesinin ise bilinçli bir tercih olduğunu

[20] Koca/ Üzülmez, s. 376; Taner, s. 86; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 324 vd.; Centel/ Zafer, s. 231.

[21] Taner, s. 67 vd., 70, 363; Ancak ifade etmek gerekir ki TCK m. 102 ve m. 103 birbirinden farklı hukuki değerleri koruyan iki ayrı suçtur. Aksi bir kabul, her iki hükmün ayrı maddelerde düzenlenmesi ve çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların *cinsel istismar* olarak nitelendirilmesi ve daha ağır cezalarla karşılanması yaklaşımını boşa çıkarır. Ayrıca karşl. Brockmann, s. 223 vd.

[22] Taner, s. 363.

[23] Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 1033.

[24] Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 311 vd.; Karşl. Brockmann, s. 240 vd.

ifade etmektedir.[25] Nitekim yazara göre

"*[...] kişiler cinsel arzularının tatmini amacıyla başkalarının vücut dokunulmazlığını ihlâl edemezler. Kişiler, cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik partnerini belirlerken, fizikî ve ruhî gelişmişlik düzeyi, cinsiyet, akrabalık ilişkisi ve medeni hal gibi bazı doğal ve hukuki sınırlama ölçütlerine riayet etmekle yükümlü kılınmıştır.*"[26]

Memiş Kartal'a göre ise rızasına hukuki sonuç bağlanmayan bir çocuğun cinsel özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden, çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocuğun ruh ve beden gelişimi ile cinsel dokunulmazlığıdır.[27] Benzer biçimde *Ergüne*, korunan hukuki değerin çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile ruh ve beden bütünlüğü olduğu görüşündedir.[28]

C. Karma Görüşler

Bazı yazarlar tarafından cinsel istismar suçuyla yukarıdaki hukuki değerlerin yanında veya bunlardan farklı olarak başka hukuki değerlerin korunduğu ileri sürülmektedir. Örneğin *Koca ve Üzülmez*'e göre çocukların cinsel istismarı suçuyla cinsel özgürlüğün yanı sıra çocukların sağlıklı cinsel gelişime sahip olmaları korunmak istenmiştir.[29] *Tezcan ve diğerleri*ne göreyse korunan hukuki değer cinsel özgürlüğün yanında, kişilerin erken cinsel deneyimden uzak tutulmalarıdır. Böylece çocuğun engelsiz (sağlıklı) cinsel gelişiminin korunması amaçlanmıştır.[30] *Özbek ve diğerleri*ne göre korunan hukuki değer çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleridir.[31] *İşten* ise cinsel istismar suçuyla çocukların cinsel özgürlükleri, cinsel dokunulmazlıkları ile düzgün ve sağlıklı cinsel gelişimlerinin korunduğu görüşündedir.[32] *Yılmaz*'a göre bu suçla

"*çocuğun ruhsal ve bedensel gelişimi, [...] cinsel yönden sağlıklı gelişimi korunmakla birlikte, çocuğun belirli bir yaşa kadar tasarruf hakkı olmasa da*

[25] Özgenç, Cinsel Suçlar, s. 260.

[26] Özgenç, "Cinsel Suçlar", s. 260.

[27] Memiş Kartal, s. 138, 143 vd.

[28] Ergüne, s. 54, 57.

[29] Koca/ Üzülmez, s. 403.

[30] Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 382.

[31] Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 359.

[32] İşten, s. 139, 142.

doğuştan itibaren korunmaya değer bir cinsel özgürlüğü [...] bulun(makta) ve ayrıca (bu suç ile) cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlüğü (de korunmaktadır) [...]".[33]

Nihayet Yargıtay'a göre "*kanun koyucu TCK'nun 103. maddesinde tanımlanan suçu ihdas etmekle, küçük yaştaki çocuk mağdurların beden ve ruh sağlığını korumayı amaçlamaktadır.*"[34] Böylece Yargıtay da cinsel dokunulmazlığın korunduğu yönündeki kanun koyucunun benimsediği kabulle[35] örtüşen ve birbirini tamamlayan bir anlayışı benimsemiş görünmektedir.

III. ALMAN CEZA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜM

Alman kanun koyucusuna göre *cinsel alanda kendi kararını verme* – bir hukuki değer olarak – Alman Ceza Kanunu 13. bölümde düzenlenen suçların her biri bağlamında ayrı ayrı somutlaşmaktadır.[36] Nitekim ACK § 184h(1) hükmünde yer alan ve cinsel davranışların yalnızca, korunan her bir hukuki değer bağlamında önem arz eden belirli ağırlıktaki davranışlar olduğu yönündeki hüküm de buna işaret etmektedir.[37] ACK § 176'da düzenlenen çocukların cinsel istismarı (*Sexueller Missbrauch von Kindern*) suçu bağlamında somutlaşan hukuki değere ilişkin ileri sürülen görüşler incelendiğinde esas olarak dört görüş öne çıkmaktadır: 1) Geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme – dışsal belirlemelerden korunma veya savun(ul)ma hakkı, 2) müdahalede bulunulmamış/ intakt[38] cinsel gelişim,

---

[33] Yılmaz, s. 1427.

[34] YCGK., E. 2015/255 K. 2018/120 T. 27.3.2018; YCGK., E. 2014/844 K. 2018/17 T. 23.1.2018 (Aksi belirtilmedikçe Yargıtay kararları www.lexpera.com.tr adresinden alınmıştır.)

[35] TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508.

[36] Bundestagsdrucksache 7/514, s. 12.

[37] Bundestagsdrucksache 7/514, s. 12; Laubenthal, kn. 30; Eisele, Vor § 174 kn. 1a; Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 15; Sick, s. 50; Beck, s. 53; Bottke, s. 544; *Hörnle, LK-StGB,* Vor § 174 kn. 48.

[38] *İntakt*, kelime anlamı olarak *dokunulmamış* (*unversehrt*), *zarar görmemiş* (*unbeschädigt*) ve *orijinal hâlinde* anlamlarına gelir. Wahrig-Burfeind, s. 775; <https://www.duden.de/rechtschreibung/intakt>; <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/intact> (Her biri için erişim tarihi: 25.8.2024); Motamot çeviri yapıldığında *rahatsız edilmemiş* olarak çevrilebilecek "*ungestört*" sıfatı, kanaatimizce "müdahalede bulunulmamış" veya "intakt" kavramlarına karşılık gelmektedir. Biz ise çalışmamızda, Türkçe terminolojiye daha uygun olacağı gerekçesiyle "müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim (*ungestörte sexuelle Entwicklung*)" ve "müdahalede bulunulmamış genel gelişim (*ungestörte Gesamtentwicklung*)" kavramlarını kullanmayı tercih ettik.

3) müdahalede bulunulmamış genel gelişim ve 4) cinsel bütünlük veya cinsel dokunulmazlık.

A. Geniş (Menfi) Anlamda Cinsel Alanda Kendi Kararını Verme – Dışsal Belirlemelerden Korunma veya Savun(ul)ma Hakkı: İstenmeyen Cinsel Davranışlardan Özgür Olma Hâli[39]

Bu görüşte olan yazarlara göre çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocukların geniş[40] anlamda cinsel alanda kendi kararını ver(ebil)meleridir.[41] Burada bahsi geçen, dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme (*positive sexuelle Selbstbestimmung*) değil, geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermedir (*negative sexuelle Selbstbestimmung*).[42] Böylece kişinin serbestçe kendi karar vermediği cinsel davranışlara, başka bir deyişle cinsel saldırılara (*fremdbestimmte sexuelle Übergriffe*) karşı savun(ul)ma *hakkı* (*Abwehrrecht*), bu gibi saldırılara maruz kalmama *özgürlüğü* koruma altına alınmıştır.[43] Keza cinsel alanda kendi

[39] (*Negative) sexuelle Selbstbestimmung im weiteren Sinne – Schutz vor Fremdbestimmung oder das Abwehrrecht*: *Freiheit von unerwünschten sexuellen Handlungen*

[40] Geniş anlamda sıfatının nitelendirdiği, "cinsel alanda" değil "cinsel alanda kendi kararını verme" kelime öbeğidir.

[41] Renzikowski, § 176 kn. 1, karşl. Vor § 174 kn. 8, 25; Sick/ Renzikowski, s. 611; Hörnle, *LK-StGB*, § 174 kn. 34, 46, § 176 kn. 2; Laubenthal, kn. 29 vd.; Çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerinin, savunma hakkı (*Abwehrrecht*) anlamındaki cinsel alanda kendi kararını verme ile birlikte korunduğuna dair bkz. Eisele, § 176 kn. 1a; Lenz, s. 33 vd., *Lenz*, cinsel alanda kendi kararını verme hakkına alternatif olarak cinsel alanda kendi kararını verme özgürlüğü teriminin de kullanılabileceği görüşündedir. Keza yazara göre çocukların cinsel istismarı suçu menfi anlamda cinsel alanda kendi kararını verme özgürlüğünü, başka bir deyişle istenmeyen cinsel davranışlardan bağışık tutulma özgürlüğünü ihlal etmektedir: s. 37; Karşl. Wolters, § 176 kn. 3: *Wolters*'e göre ise çocuklarda cinsel alanda kendi kararını verme mevcut olmadığı için hüküm ile çocuklar "*her tür dışsal belirlemeden*" korunmaktadır; Keza karşl. BGH, Beschl. v. 24.8.2023 − 2 StR 271/23, *NStZ*, 2024, s. 166, kn. 6 (Bir cinsel davranışın ciddiyeti bağlamında); Hukuki değerin geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme olduğu kabulünün eleştirisi için bkz. Brockmann, s. 220 vd.

[42] Hörnle, Vor § 174 kn. 34, § 176a kn. 1; Renzikowski, *MK-StGB*, Vor § 174 kn. 8; "*Daha yakından incelendiğinde, müspet anlamda hak ile menfi anlamda hak arasındaki karşıtlık aslında görünüşte bir problemdir. Esasen bunlar, aynı madalyonun iki yüzüdür.*": Sick/ Renzikowski, s. 604; Karşl. Keskin, s. 81: Yazar kendi kararını vermeyi müspet bir kavram olarak kabul etmektedir ve yazara göre bunun belirli sınırlar içerisinde ileri sürülmesi gerekir.

[43] Renzikowski, *MK-StGB*, Vor § 174 kn. 8; Sick/ Renzikowski, s. 604; Lenz, s. 37; Bottke, s. 536 vd., 540 vd., 553 vd.; Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, s. 851, 859 vd.; *Laubenthal* tarafından dışsal belirlemeden özgür olma hâli, "*potansiyel mağdurun, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde cinsel bir faaliyete dâhil olmak isteyip istemediğine ve ne şekilde dâhil olmak istediğine kendisinin bizzat karar verebilmesi için gerekli zihinsel ve fiziksel koşulları muhafaza etmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Laubenthal, kn. 29; Savunma hakkıyla ilgili

kararını verme kavramı genel ve kapsayıcı şekilde anlaşılmalıdır.[44]

Bu bağlamda ifade edelim ki ceza hukukunu ilgilendiren, bireyin müspet (dar) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakkını hayata geçirmesini suç tanımlamaları yoluyla bilfiil sağlamak değildir. Ceza hukukunun amacı, arzu edilmeyen cinsel davranışlara karşı bireyin savunma hakkını, başka bir deyişle – menfi (geniş) anlamda – cinsel alanda kendi kararını verme hakkı veya özgürlüğünü[45] veya bu gibi davranışlardan – yaşı veya içinde bulunduğu başka zorlayıcı sebeplerden ötürü – bağışık tutulma hakkını güvence altına almaktır.[46] Bir kimseyi cinsel alanda kendi kararını verme hakkını kullanmaktan alıkoyan kişinin fiilini ise şartları varsa cebir (TCK m. 108 ve ACK § 240) suçu bağlamında değerlendirmek gerekir.[47]

Nitekim çocukların, cinsellikleri üzerinde müspet anlamda bir tasarrufta bulunma özgürlükleri[48] bulunmamakta ve kanun koyucu tarafından rızalarına hukuken, başka bir deyişle normatif olarak bir değer atfedilmemektedir.[49] Çocuklar söz konusu olduğunda ceza hukukunun bilhassa ilgilendiği husus onların – menfi (genel) anlamda – cinsel alanda kendi kararını verme

olarak ayrıca bkz. Hörnle, Sexueller Missbrauch von Kindern, s. 334 vd.

[44] Renzikowski, *MK-StGB*, Vor § 174 kn. 8; "*Elbette, cinsel alanda kendi kararını verme kavramı kişisel özgürlük kavramından daha geniştir.*": Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 15; Sick, s. 50; Sick/ Renzikowski, s. 607; Heger, *Lackner/Kühl StGB*, Vor § 174 kn. 1; Bottke, s. 544; Laubenthal, kn. 30, karşl. kn. 427, *Laubenthal*'e göre cinsel saldırı (ACK § 177) suçuyla *cinsel alanda kendi kararını verme* dar anlamda da korunmaktadır: kn. 30; Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, Vor § 174 kn. 1a; Bezjak, s. 110: "*Cinsel alanda kendi kararını verme kavramı (bu kavramın otonom çekirdeğinden) daha geniş anlaşılmalıdır. Böylece bu kabul, cinsel alanda kendi kararını verme (ifadesinin Alman) Ceza Kanunu'nun 13. bölümünün tamamının başlığını oluşturması ve bu bölümdeki tüm ceza hükümlerinin bu kavrama dayandırılması gerekliliğiyle de uyumludur. Cinsel alanda kendi kararını verme ne kadar geniş bir şekilde anlaşılırsa, (ceza hükümlerinin cinsel alanda kendi kararını verme kavramına dayandırılmasının) başarılı olma ihtimali de o kadar artacaktır.*"; Geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kavramıyla *mağdur*a değil *fail*e odaklanıldığı yönünde karşl. Brockmann, s. 218 vd.

[45] *Negative(s) sexuelle(s) Selbstbestimmungsrecht veya Selbstbestimmungsfreiheit*.

[46] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 34; Sick, s. 51; Sick/ Renzikowski, s. 604, 611; Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 16.

[47] Brockmann, s. 218 ve dn. 313: Örneğin evli olmayan bireylerin birbirleriyle cinsel anlamda yakınlaşmalarını dinî veya ahlaki saiklerle engellemek bu bağlamda değerlendirilebilir.

[48] *Positive Dispositionsfreiheit.*

[49] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 34. Ancak bu durum örneğin TCK m. 103/1(a ve b) hükümleri kapsamı dışında kalan çocukların, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel nitelikteki davranışları için geçerli değildir.

haklarıdır[50]: Çocukların istenmeyen cinsel davranışlara karşı savun(ul)ma hakları bulunmaktadır.[51]

Alman Ceza Kanunu'nun 13. bölüm başlığının isim babası olan *Schroeder*'in[52] de aralarında bulunduğu *Maurach ve diğerleri*ne göre bu bölümde düzenlenen suçlar

"*cinsel alanda kendi kararını vermeyi, cinsel yaşamda geniş anlamda kendi kararını verme gibi korumamaktadır. Daha ziyade korunan, cinsel davranışlara karşı menfi özgürlük*[53] *olup – her ne kadar pekâlâ düşünülebilir olsa ve cinsel alanda kendi kararını vermenin kapsamlı biçimde korunmasına katkı sağlayabilecek olsa da – cinsel davranışlar için özgürlük*[54] *değildir.*"[55]

Fischer'e göre ise

"*13. bölümün koruma kapsamının özünü cinsel alanda kendi kararını verme, başka bir deyişle kişinin cinsel faaliyetin yeri, zamanı, şekli ve partnerine kendi karar verme özgürlüğü oluşturmaktadır. Buna belirli cinsel faaliyetlere karşı (olumsuz yönde) karar verme özgürlüğü de dâhildir. Kendi kararını verme, insan onurundan kaynaklanan genel kişilik hakkının bir parçasıdır; birçok yönden kişinin entelektüel, ahlaki ve sosyal kimliğiyle bağlantılıdır.*"[56]

Yazar TCK m. 102'nin muadili olarak görülebilecek ACK § 177 hükmünün "*cinsel alanda kendi kararını verme, başka bir deyişle kişinin kendi isteğine uygun olarak cinsel faaliyetin zamanına, türüne, şekline ve partnerine karar verme özgürlüğünü*" koruduğu görüşündedir.[57] Böylece genel anlamdaki cinsel alanda kendi kararını verme, cinsel saldırı suçu söz konusu olduğunda müspet anlamda cinsel alanda kendi kararını ver(ebil)me olarak somutlaşmaktadır. Yazara göre ACK § 176 hükmü bağlamında

[50] *Das Recht auf negative sexuelle Selbstbestimmung.*

[51] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 46.

[52] Schroeder, "Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung", s. 14 vd.; Kanun gerekçesi için bkz. Bundestagsdrucksache 7/514, s. 5.

[53] *Negative Freiheit vor sexuellen Handlungen.*

[54] *Freiheit zu sexuellen Handlungen.*

[55] Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 17 kn. 16.

[56] Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 71. Auflage, CH Beck, 2024, Vor § 174 kn. 5.

[57] Fischer, *StGB*, § 177 kn. 2; Fischer, Sexuelle Selbstbestimmung, s. 75, 87.

somutlaşan hukuki değer ise "*çocukların cinsel alanda kendi kararını verme yeteneklerinin*" herhangi bir müdahale olmadan gelişmesi imkânıdır.[58]

Fischer ile benzer şekilde *Ziegler*, ACK § 176 hükmüyle esas olarak çocukların genel gelişimlerinin cinsel davranışlarla olumsuz etkilenmesinden korunduğu görüşündedir. Böylece çocukların bilhassa cinsel alanda kendi kararını verme yeteneği[59] edinebilme imkânları korunmaktadır.[60]

Sick'e göre cinsel alanda kendi kararını verme kavramı somut olarak, "*mağdurun (o) anda, (orada) ve (o) kişi tarafından cinsel bir olaya dâhil edilmek isteyip istemediğine bizzat karar verebilme yeteneği için gerekli fiziksel ve zihinsel koşulların muhafaza edilmesi gerektiği anlamına gelir.*"[61] *Sick ve Renzikowski*'ye göre ise

"*kendi kararını verme, kişinin seçim özgürlüğüne sahip olmasıdır. Özgür bir seçim, kişinin belirli bir düzeyde entelektüel yeterliliğe sahip, mevcut alternatiflerin farkında ve kendi tercihlerine göre anlamlı bir seçim yapmak için yeterli bilgiye sahip olmasını gerektirir. Kendi kararını verme, bilhassa şiddet veya tehdit yoluyla, ancak aynı zamanda hile veya diğer başka uygunsuz etkileme şekilleriyle de olumsuz etkilenebilir. Kanun bu gibi durumları genellikle 'cinsel istismar' (örneğin ACK §§ 174 vd., 179, 182) olarak nitelendirmektedir.*"[62]

Keza yazarlar kendi kararını verme hakkı ile borçlar hukukundaki haklar arasında bir paralellik de kurmaktadır. Buna göre "*Alman Medeni Kanunu ('AMK') § 903 hükmüne göre mülkiyet, eşya üzerinde istenildiği gibi tasarrufta bulunma ve başkalarını (eşyaya) herhangi bir etkide bulunmaktan men etme yetkisi verir. Subjektif hakların bu klasik tanımı, kendi kararını verme hakkı için de geçerlidir.*"[63] Ancak yazarlara göre "*(m)ülkiyette olduğu gibi kişinin kendi bedeni üzerinde de bir nesne gibi tasarruf hakkından söz edilip edilemeyeceği veya beden ile tasarruf sahibinin bir bütün olarak ele alınması gerekip gerekmediği hususları tartışmalı […]*" olsa da, çok daha önemli bir hakka ilişkin olduğu için cinsel alanda kendi kararını vermeyi

[58] Fischer*, StGB*, § 176 kn. 2.

[59] *Fähigkeit zu sexueller Selbstbestimmung*.

[60] Ziegler, § 176 kn. 2.

[61] Sick, s. 51.

[62] Sick/ Renzikowski, s. 605.

[63] Sick/ Renzikowski, s. 604 vd.

mülkiyet hakkından daha az kapsamlı bir biçimde anlamak her hâlükârda tutarsız olacaktır.[64]

Hörnle'ye göre ise "*cinsel alanda kendi kararını verme, kişinin kendi tercihleri doğrultusunda belirli bir cinsel yakınlaşmayı kabul etme veya etmeme serbestisine sahip olması anlamına gelir. Kişinin, o andaki iradesine uymayan tüm cinsel faaliyetlere karşı savunma hakkı vardır.*"[65] Bireysel özelliklerinden ve gelişim düzeylerinden bağımsız olarak çocuklara karşı gerçekleştirilen veya failin kendi üzerinde çocuklar tarafından gerçekleştirilmesine izin verdiği davranışların peşinen serbestçe verilmiş bir karara dayanmadığı kabul edildiğinden örneğin ACK § 176/1(1 ve 2)'deki suçlar birer zarar suçudur.[66] Nitekim yazara göre

"*Cinsel suçlara ilişkin yasakların meşruiyeti, zararların veya somut tehlikelerin olası tüm eylem türlerini kapsayan bir ispatından kaynaklanmaz. Gerçek tehlike suçlarının aksine bu suçlarda haksızlık tipe uygun fiilde hâlihazırda mündemiçtir. Cinsel istismar, yalnızca çocuk bilahare (istismarın sonuçlarıyla) başa çıkamayabilir diye kınanmaz. Cinsel davranış daha ziyade her bireyin özel hayatına saygı duyulması hakkını ve buna bağlı olan cinsel alanda kendi kararını verme hakkını ihlal eder.*"[67]

---

[64] Sick/ Renzikowski, s. 605, dn. 13; Keza karşl. Schulhofer, s. 100 vd.

[65] Hörnle, *LK-StGB*, § 177 kn. 1.

[66] Hörnle, *LK-StGB*, § 176 kn. 2.

[67] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 44, Keza Hörnle'nin bu yaklaşımını Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 10 ile karşl.: "*Kanun koyucu zararlı nitelikleri henüz açıkça kanıtlanmamış veya dışlanmamış olan fiilleri cezasız bırakamaz. Fiilin zararsızlığı sabit olmadığı sürece bu fiile müsamaha gösterilmesi bir risk teşkil eder. Kanun koyucunun böyle bir riskle bağlantılı tehlikeyi kabul edip edemeyeceği büyük ölçüde koruma konusunun önemine bağlıdır. Koruma konusunun önemi ne kadar yüksekse kanun koyucunun kabul edebileceği risk de o kadar düşük olacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunda (§ 176) korumanın konusu o kadar yüksek bir seviyededir ki çocuklara yönelik cinsel saldırıların zararlılığı belirli bir dereceye kadar şüpheli olsa bile bu Tasarı, suçun kapsamının daraltılmasını önermemektedir.*"; Keza aynı yönde bkz. Lenz, s. 32 vd.; Karşl. Renzikowski, § 176 kn. 1, 3; Bilimsel araştırmalar sonucu elde edilen veriler çerçevesinde kanun koyucunun yasama yetkisinin sınırlanabilirliği üzerine karşl. Jäger-Helleport, s. 39 vd., Yazara göre cinsel suçlar bağlamında ahlaki korumadan hukuki değer korumasına geçişle birlikte ampirik dayanağa sahip hukuki değerler bilhassa önemli hâle gelmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki hukuki değer koruması demek, ilgili değer açısından zararlılığı behemehâl bilimsel verilerle ispatlanmış hususların korunması anlamına gelmemelidir. Böyle bir durum ceza hukukunda özellikle tehlike suçları, tehlike suçları özelinde de soyut tehlike suçlarının tamamen dayanağını kaybetmesi anlamına gelebilir. Nitekim *in dubio pro reo* ilkesinin yasama faaliyetleri söz konusu olduğunda uygulanamayacağına dair karşl. Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 20 kn. 4; Keza karşl. Wolters, § 176 kn. 3.

B. Çocukların Müdahalede Bulunulmamış *Cinsel* Gelişimi[68]

Alman ceza hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre çocukların cinsel istismarı suçuyla korunması amaçlanan hukuki değer geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermenin yanı sıra çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimleridir.[69]

Bezjak'a göre çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarla onların cinsel alanda kendi kararını verme hakları değil, genel kişilik hakları[70] ihlal edilmektedir; bu kişilik haklarının içinde ise müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim ve bununla bağlantılı olarak müdahalede bulunulmamış genel gelişim bulunmaktadır.[71] Keza yazar, geniş (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermeyi, müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim kavramının eş

---

[68] *Ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern*.

[69] Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 35; BGH Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, BGHSt 38, s. 69; Beschl. v. 19.12.2008 – 2 StR 383/08, BGHSt 53, s. 119; BGH, Urteil vom 16. 6. 1999 - 2 StR 28–99, BGHSt 45, s. 132, *NJW*, 1999, s. 2977: "*Burada incelenen ACK § 176a, ACK § 176 hükmünün bir nitelikli hâlidir. Bu hüküm ile çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerini korumak amaçlanmıştır.*"; BGH, 14.8.2007 – 1 StR 201/07, *NStZ* 2007, s. 700; BGH, Beschluß vom 20.8.2003 - 2 StR 285/03, *NStZ-RR*, 2004, s. 42; BGH, Beschluss vom 07.10.1997 – 4 StR 389/97, *StV*, 1998, s. 657; Auffermann/ Vogel, s. 491; *Eisele*'ye göre müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim, *cinsel alanda kendi kararını verme* ile birlikte korunmaktadır: Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, Vor § 174 kn. 1b, § 174 kn. 1, § 176 kn. 1a, 3, § 180 kn. 1,; Heger, *Lackner/Kühl StGB*, Vor § 174 kn. 1; Gössel, § 6 kn. 1; Schetsche, s. 202, 204; Karşl. Laubenthal, kn. 97, 438; Çocukların cinsel alanda kendi kararını verme yeteneklerinin serbestçe gelişmesi imkânının korunduğu yönünde karşl. Fischer*, StGB*, § 176 kn. 2; Dışsal belirlemeden korumanın ya "müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime" ya "müdahalede bulunulmamış genel gelişime" ya da "cinsel alanda kendi kararını vermeye" hizmet edeceği yönünde karşl. Bezjak, s. 107 vd.; Keza karşl. Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 20 kn. 4; Cinsel istismar suçuyla sadece cinsel alanda kendi kararını vermenin korunduğu düşüncesiyle aksi yönde bkz. Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 1 vd., kn. 31; Keza bkz. Sick/ Renzikowski, s. 606 vd.; Papathanasiou, § 176 kn. 12; "*[...] 'hukuki değer' olarak 'müdahalede bulunulmamış gelişimi' kabul etmek zaten anlamsızdır, çünkü bu öncül zaten aradığımız (işlevsiz) sonucu içerir: (Cinsel bir hareketle müdahalede bulunulmamış) cinsel gelişime, cinsel bir hareketle her zaman müdahale edilmiş olur. Öte yandan, cinsel gelişim sürecindeki farazi normal bir gencin hangi koşullar altında cinsel bir hareket nedeniyle 'istenmeyen bir gelişime' (bunun ne anlama geldiği dahi tartışmalıdır) sürüklenebileceğini ve hatta zarar görebileceğini belirlemek mümkün değildir.*" düşüncesiyle aksi yönde bkz. Wolters, § 184h kn. 12, keza bkz. § 176 kn. 3.

[70] *Allgemeine Persönlichkeitsrechte.*

[71] Bezjak, s. 109, 120: "*Genel kişilik hakkının bir yansıması olarak, geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme, öncelikle ACK § 176 hükmünün hukuki değeri olarak belirlenmelidir. Bu cinsel alanda kendi kararını verme, çocuğun sonunda otonom bir cinsel alanda kendi kararını verme (yeteneğine) sahip olacağı müdahalede bulunulmamış gelişim evresini korur.*"

anlamlısı olarak kabul etmekte[72] ve müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim kavramını dikkat çekici şekilde şöyle tarif etmektedir:

"*[…] her çocuk doğuştan itibaren bünyesinde sağlam bir duygu çekirdeği taşır. Bu çekirdek neşe, öfke, mutluluk, muhtaç olma gibi her duygunun temel yapı taşını içerir. Çocuğun gelişimi sırasında bu çekirdeğin etrafında iyi ve kötü deneyimlerden oluşan koruyucu bir tabaka oluşur. İntakt koruyucu tabaka bu duyguların olgunlaşmasını destekler. Cinsel istismar bu koruyucu tabakayı yok sayar ve doğrudan duygusal çekirdeğe saldırır. Çocuklar buna farklı şekillerde tepki verirler (örneğin hayal dünyalarına kaçma, iletişimi kesme, obezite, bağımlılık gibi). Bu yolla içlerindeki duygu çekirdeklerini korumaya çalışırlar. müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim hukuki değeri, sağlam duygu çekirdeğini korumayı başka biçimde tarif etmektedir.*"[73]

Bezjak'a göre çocukların dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakları bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu bir taraftan çocukların rızalarına hukuki değer atfetmeyip diğer taraftan çocuğun dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme haklarını korumak isteyemez.[74] Buna göre

"*özgür iradesine dayanarak cinsel bir eylemin gerçekleşmesine izin vermeye veya bunu reddetmeye karar veren kimse cinsel alanda kendi karar vermiştir. 'Kendi kararını verme' kavramı, bu kararı başka bir kimsenin değil ilgili kişinin bizzat kendisinin verdiğine vurgu yapar. Bu nedenle ACK § 176'daki otonomiden arındırılmış alan ile bilhassa otonomiyi şart koşan cinsel alanda kendi kararını verme hukuki değeri arasında bir çelişki bulunmaktadır.*"[75]

Keza yazara göre

"*rıza ehliyetinin yokluğu kendi kararını vermenin ihlaline değil, bunun ortadan kalkmasına yol açar. Cinsel alanda kendi kendine karar verilmiş bir cinsel eylem rıza ehliyeti olmadan mevcut değildir. Rıza ehliyeti olmayan bir kimse, kendisine teklif edilen cinsel yakınlaşmayı nasıl ele alacağı konusunda müspet veya menfi otonom kararlar alamaz. Cinsel partnerin rızası olmaksızın gerçekleştirilen cinsel eylemler cinsel alanda kendi*

[72] Bezjak, s. 120.

[73] Bezjak, s. 113.

[74] Bezjak, s. 108 vd.

[75] Bezjak, s. 108 vd.

kararını vermeyi değil mağdurun genel kişilik hakkını ihlal eder. Zira genel kişilik hakkı bireyin kendi kişiliğini geliştirmesi için gerekli temel koşulların muhafaza edilmesine (sürdürülmesine) hizmet eder. Çocuğun rızası olmadan cinsel eylemler gerçekleştirilirse kanun koyucuya göre bu durum, söz konusu bu temel koşulları olumsuz olarak etkiler. Cinsel davranışla temel koşullara müdahalede bulunulmuş olur. Ancak bu müdahale, çocuklarda mevcut olmayan cinsel alanda kendi kararını vermeyi değil, genel kişilik hakkının diğer görünüm biçimleri olan müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi ve müdahalede bulunulmamış genel gelişimi olumsuz olarak etkiler."[76]

Böylece *Bezjak*, *dar anlamda* cinsel alanda kendi kararını verme ile *geniş anlamda* cinsel alanda kendi kararını verme kavramlarından yalnızca ikincisinin korunan hukuki değer olabileceğini savunmaktadır.[77] Yazara göre dar anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kişinin cinselliği üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi anlamına gelirken[78] geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme (dışsal belirlemelerden korunma[79]), müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimin eş anlamlısıdır.[80] Dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme, otonom biçimde karar verme ehliyetiyle sınırlıdır ve kendi kararını vermenin esas çekirdeğini oluşturur.[81] Geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme ise – dar (müspet) anlamda cinsel

[76] Bezjak, s. 109, Nitekim yazara göre, "*cinsel alanda kendi kararını verme bireyin kişiliğinin en mahrem özünün bir unsurudur. Fiziksel temasla veya fiziksel temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar, özel hayatın bu dokunulmaz alanını olumsuz yönde etkiler. Cinsel faaliyetlerin veya müstehcen görüntülerin izlenmesi de failin çocuğa dayattığı oldukça kişisel bir hususdur.*": s. 107.

[77] Bezjak, s. 110 vd.

[78] Bezjak, s. 110 vd.

[79] Bezjak, s. 107 vd.: "*Ancak daha yakından incelendiğinde dışsal belirlemeden koruma bağımsız bir hukuki değer ifade etmez. Zira diğer hukuki değerlerin her biri koruduklarının ne olduğunu müspet biçimde belirtirken (örneğin müdahalede bulunulmamış gelişim veya bununla bağlantılı olarak cinsel alanda kendi kararını verme), dışsal belirlemeden koruma yalnızca menfi biçimde neyden (üçüncü bir kişinin cinsel istismar niteliğindeki hareketlerinden) korunulduğunu belirtir. ACK § 176 hükmünün dışsal belirlemeden koruduğuna dair ifade, dışsal belirlemeden somut olarak neyin korunduğuna dair bir ifade içermemektedir. (Bundan dolayı) ACK § 176 arkasında yatan hukuki değerden bahsedilmemektedir. […] Dışsal belirlemeden koruma ya müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime ya müdahalede bulunulmamış genel gelişime ya da cinsel alanda kendi kararını vermeye hizmet eder.*"

[80] Bezjak, s. 112, s. 116 ve bilhassa s. 120: "*Dışsal belirlemeden koruma, müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim hukuki değerine hizmet eder.*"

[81] Bezjak, s. 110.

alanda kendi kararını vermeyi de içeren – söz konusu bu çekirdekle sınırlı değildir ve onun bir kısmı aynı zamanda bu çekirdeği çevrelemektedir. Bu bağlamda akla, cinsel alanda kendi kararını verme yeteneğinin ilk gelişmeye başladığı evre ile hastalık, yaş veya başka bir engel nedeniyle bu çekirdekten uzakta kalarak az gelişim gösterdiği veya hiçbir gelişim gösteremediği evre gelmektedir.[82] Nitekim *Bezjak*'a göre dar anlamda cinsel alanda kendi kararını verme ile geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme arasındaki sınırlar geçişkendir. Ancak normatif bir sınır da çizilmesi gerektiği için[83] örneğin bir çocuk Alman ceza hukukuna göre on dört, Türk ceza hukukuna göre ise on beş yaşı doldurmakla, on dördüncü veya on beşinci yaş günlerinden bir önceki gün hiç sahip olmadığı – veya doğal olarak sahip olsa da normatif olarak sahip olmadığı kanun tarafından buyurulan – irade serbestisinin tamamını elde edemese de kanun koyucu bu yaşların doldurulmasından önce çocukların dar (müspet) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakkına sahip olmadıklarını ve cinsel davranışlara herhangi bir şekilde rıza gösteremeyeceklerini, gösterseler dahi bunun bir anlam ifade etmeyeceğini peşinen kabul etmiş ve böylece onların geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme haklarını koruma altına almıştır.[84]

Eschelbach, "*müdahalede bulunulmamış*" gelişim nitelendirmesinin hâlihazırda kavramsal olarak tartışmalı olduğu görüşündedir. Zira yazara göre *müdahalede bulunulmamış* olma kavramı somut olayda yapılmayan[85] bir incelemenin sonucuna işaret eder. Bundan dolayı – hukuki değer olarak gelişim bozukluğu (*Entwicklungsstörung*) yaklaşımı mutlaka benimsenmek isteniyorsa – *müdahalede bulunulmamış* olma kavramıyla kastedilenin, çocuğun cinsel gelişiminin doğal akışından sapmasına yol açacak, sekteye uğratıcı etkilerden bağışık olması hâli olduğu kabul edilmelidir.[86]

Öte yandan Alman ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar çocukların zihinsel, bedensel ve bununla bağlantılı cinsel gelişimlerinin her bir çocuk için farklı seyredeceğinden, bu konuda ideal bir cinsel gelişimden

[82] Bezjak, s. 110 vd.

[83] Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 2.

[84] Bezjak, s. 111.

[85] Aşağıda ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere cinsel istismar suçu bir *soyut tehlike suçu* olduğu için kanaatimizce böyle bir belirleme yapılmasına da gerek yoktur.

[86] Eschelbach, § 176 kn. 4.

bahsedilemeyeceğinden[87] ve bu hususta yeterince bilimsel veri olmadığından bahisle[88] korunan hukuki değerin çocukların müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimleri olduğunu kabul etmemektedir. Bu görüşteki yazarların bir kısmına göre korunan hukuki değer geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını vermedir.[89] Söz gelimi *Hörnle*'ye göre, 13. bölümde yer alan ve çocukları cinsel davranışlardan korumayı amaçlayan suçlarla korunduğu ileri sürülen "*müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim*" kavramı yanlış anlaşılmaya müsaittir. Zira yazara göre

"*(y)etişkinliğe giden yolda dış etkiler tek başlarına zararlı değildir. Cinsellik başka bir kişiyle etkileşim anlamına geldiğine göre, bunun için gerekli olan sosyal becerilerin edinilmesi gerekir. […] küçükleri genel olarak cinsel temastan korumak […] ceza hukukunun görevi olamaz. 'Müdahalede bulunulmamış' (kavramı), yalnızca küçüklerin daha büyük bedensel, zihinsel ve sosyal kırılganlıklarının dikkate alınması gerektiği anlamına gelebilir.*"[90]

---

[87] Karşl. Bezjak, s. 112 vd.

[88] Kanun koyucu bu bilimsel "belirsizliğe" karşın, korunan hukuki değeri göz önünde bulundurarak cinsel istismar suçlarında fiil ile sonradan ortaya çıkması muhtemel neticeler arasındaki nedensellik bağı tam olarak tespit edilemediği için, başka bir deyişle "zararsızlığın belirliliği" söz konusu olmadığı için cezalandırılabilirlik için bu belirsizliği dahi yeterli görmüştür. Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 10: "*Kanun koyucu zararlı nitelikleri henüz açıkça kanıtlanmamış veya dışlanmamış olan fiilleri cezasız bırakamaz. Fiilin zararsızlığı sabit olmadığı sürece bu fiile müsamaha gösterilmesi bir risk teşkil eder. Kanun koyucunun böyle bir riskle bağlantılı tehlikeyi kabul edip edemeyeceği büyük ölçüde koruma konusunun önemine bağlıdır. Koruma konusunun önemi ne kadar yüksekse kanun koyucunun kabul edebileceği risk de o kadar düşük olacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunda (§ 176) korumanın konusu o kadar yüksek bir seviyededir ki çocuklara yönelik cinsel saldırıların zararlılığı belirli bir dereceye kadar şüpheli olsa bile bu Tasarı, suçun kapsamının daraltılmasını önermemektedir.*"; Keza ayrıca bkz. Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 35; Laubenthal, kn. 439; Jäger-Helleport, s. 38; Karşl. Sturm, s. 6.

[89] Sick/ Renzikowski, s. 607: Yazarlar, bir taraftan cinsel istismarın sonuçlarına ilişkin bilimsel netlik olmadığı için cinsel gelişimin korunan hukuki değer olamayacağını ifade etmekte (s. 606 vd.) diğer taraftan ise herhangi bir sonucu olmasa da cinsel istismarın cezalandırılabilir olduğunu savunmaktadırlar (s. 607); Keza aynı yönde bkz. Renzikowski, § 176 kn. 1 vd. (bilhassa kn. 3), kn. 55; Wolters, § 176 kn. 3 ve bilhassa § 184h kn. 12; Lenz, s. 32 vd.; Karşl. Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 44; Korunan hukuki değer olarak çocukların psikolojik, psikoseksüel ve fiziksel gelişimlerinin kabul edilmesi gerektiği yönünde karşl. Jäger-Helleport, s. 38 vd., 62; Dışsal belirlemeden korumanın ya "müdahalede bulunulmamış cinsel gelişime" ya "müdahalede bulunulmamış genel gelişime" ya da "cinsel alanda kendi kararını vermeye" hizmet edeceği yönünde karşl. Bezjak, s. 107 vd.

[90] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 41; Ancak ifade etmek gerekir ki ceza hukukunun yetişkinliğe giden yolda çocuklara cinsel bağlamdaki sosyal becerileri kazandırma görevi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla "müdahalede bulunulmamış (*ungestört*)" ifadesinin, küçüklerin kırılganlıklarının dikkate alınmasının ötesinde bir anlam taşıdığı kanaatindeyiz.;

Nitekim cinsel suçlara ilişkin reform yapan kanunun genel gerekçesinde bu husus "*(k)anun koyucu, bireyin özgürlüğünün ve gençlerin cinsel alandaki müdahalede bulunulmamış gelişimlerinin belirli tehlikelere maruz kaldığını göz önünde bulundurmalıdır*"[91] ve "*hukuki değer olarak bilhassa cinsel alanda kendi kararını verme özgürlüğü, gençlerin müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi ve cinsel nitelikli ciddi tacizlerden korunma zikredilmelidir*"[92] ifadeleriyle belirtilmiştir.

Öte yandan ifade edelim ki TCK m. 104'te düzenlenen *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla* kıyaslanabilecek olan ACK § 182/3 hükmünün (*Gençlerin cinsel istismarı*), gençlerin cinsel alanda kendi kararını verme haklarını koruduğu ileri sürülmektedir.[93] Söz konusu hüküm ile on sekiz yaşından küçük bir çocuğun yirmi bir yaşından büyük bir yetişkine karşı cinsel alanda kendi kararını verme yeteneğine sahip olmamasının bu yetişkin tarafından sömürülmesi cezalandırmaktadır.

Korunan hukuki değerin çocuğun *cinsel gelişimi* değil de *cinsel alanda kendi kararını verme* olduğu kabul edildiğinde, Alman ceza hukukundaki yaygın görüşe göre cinsel istismar suçunun örneğin uyumakta olan bir çocuğa veya henüz çok küçük yaştaki bir bebeğe karşı da işlenebilmesi mümkündür. Zira böyle bir durumda mağdurların cinsel davranışlara karşı koyma iradeleri veya söz konusu davranışları algılama imkânları bulunmasa da gerçekleştirilen davranış çocuğun hukuki alanına güncel bir saldırı niteliği taşımaktadır.[94]

Keza karşl. Bezjak, s. 112 vd.; Jäger-Helleport, s. 38 vd.; Schetsche, s. 211.

[91] Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 9

[92] Bundestagsdrucksache VI/1552, s. 9 vd.

[93] Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 182 kn. 2; Fischer*, StGB*, § 182 kn. 2; Hörnle*, LK-StGB*, § 182 kn. 1; Laubenthal, kn. 670; Renzikowski, *MK-StGB*, § 182 kn. 1; ACK § 182 ile de müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimin korunduğu yönünde bkz. Kusch/ Mössle, s. 1505 vd.: "*[...] § 182 (hükmü), 14 ve 15 yaşındaki gençlerin müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerini, kendilerinden yaşça büyük partnerlerle travmatize edici cinsel yakınlaşmalara karşı korur.*"; ACK § 182 ile müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim ve olgunlaşmanın korunan hukuki değer olduğu yönünde bkz. Schroeder, s. 1502.

[94] BGH, Urteil vom 16. 6. 1999 - 2 StR 28–99, BGHSt 45, s. 131; Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 3, 30; Hörnle*, LK-StGB*, § 176 kn. 2, 10; Hörnle, *MK-StGB*, § 184h kn. 28; Wolters, § 176 kn. 3 vd., § 184h kn. 7; Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 176 kn. 3, § 184h kn. 18; Lenz, s. 28 vd.; Sick/ Renzikowski, s. 607; Laubenthal, kn. 124, 446, çocuk tarafından üçüncü bir kişi üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar bağlamında bkz. kn. 454; Korunan hukuki değerin müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim olarak kabul edildiği ancak fiziksel temasın varlığı hâlinde uyuyan çocuğa karşı da cinsel istismar suçunun işlenebileceği yönünde karşl. BGH Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, BGHSt 38, s. 69; Aynı yönde bkz. Molketin, s. 179 vd.; Aynı yönde bkz. Bezjak, s. 167; "*Mağdur tarafından olayların dış seyrinin bilinçli*

Cinsel istismarın fiziksel temas olmaksızın da işlenmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda[95], kanaatimizce uyuyan bir çocuğa karşı işlenen cinsel nitelikteki davranışları ikili bir ayrıma tabi tutmak gerekir: Cinsel istismarın varlığı, cinsel davranışların fiziksel temasla gerçekleştirilmesi hâlinde kabul edilmeli, fiziksel temas olmaması hâlinde ise kabul edilmemelidir. Zira ikinci durumda, uyuyan bir çocuğun müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimi kanımızca henüz tehlikeye atılmış değildir.[96] Bu nedenle müdahalede bulunulmamış (cinsel) bir gelişim sonucunda üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkını elde edeceği cinsel alanda kendi kararını verme hakkını (veya özgürlüğünü) serbestçe kullanabilmesini engelleyecek veya engellemeye elverişli bir davranış bulunmamaktadır. Keza cinsel taciz suçundaki rahatsız etme koşulu böyle bir durumda (uyku hâlinde olunduğundan) gerçekleşmeyeceği için cinsel taciz suçundan cezalandırılma da söz konusu olmaz. Bu gibi durumlarda aleniyet olduğu sürece hayasızca hareketler[97] suçundan veya söz gelimi uyuduğu esnada fail tarafından çocuğa müstehcen pozlar verdirilmesi ve bunların görüntülerinin kayda alınması hâlinde müstehcenlik (TCK m. 226/3) suçundan dolayı failin sorumluluğuna gidilmesinin daha isabetli olacağı kanısındayız.

---

bir şekilde algılanmaması hâlinde, belirli bir ciddiyet eşiğine sahip bir cinsel eylemin gerçekleştiği söylenemez." düşüncesiyle aksi yönde bkz. Beck, s. 94; *Beck*'in bu görüşünün eleştirisi için bkz. Bezjak, s. 167.

[95] Nitekim kanaatimizce cinsel istismar fiziksel temas olmaksızın da işlenebilir. Kemaloğlu, s. 616 vd.; Söz konusu çalışmada yer alan "*Buna göre, cinsel istismar amacıyla bir çocukla görüştüğünü zannedip aslında kendini çocuk gibi tanıtan bir kimseyle veya bir bilgisayar yazılımıyla görüşen kimsenin bu davranışı (konu üzerinde hata), **ACK § 176a/3** 2. cümledeki teşebbüs düzenlemesi uyarınca Cyber-Grooming'e (**ACK § 176a/1[3]**) teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktadır.*" (s. 637) ile "*Ancak bu kişi Sweetie 2.0 ile iletişime Almanya'da geçmişse **ACK § 176a/3** 2. cümlede yer alan elverişsiz teşebbüse ilişkin düzenleme sayesinde **ACK § 176a/1(3)** hükmünde düzenlenen Cyber-Grooming suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.*" (s. 637 dn. 158) cümlelerinde geçen "***ACK § 176a/1(3)***" ile "***ACK § 176a/3***" ibarelerinin doğrusu sırasıyla "**ACK § 176b/1**" ve "**ACK § 176b/3**" olmalıdır.

[96] Bezjak, s. 167; Molketin, s. 179.

[97] "*Sanık […] gece vakti, 17 yaşındaki mağdur(un) […] ailesi ile beraber yaşadığı evin zeminden 1-2 metre yüksekte olan açık penceresine yaklaşıp, uyumakta olan mağduru gizlice gözetlemeye başladığı sırada, parkasının önünü açıp, pantolonun fermuarını çözerek, tanıklar […] tarafından da görülecek şekilde alenen mastürbasyon yapması biçiminde sübutu kabul edilen eyleminin TCK'nın 225/1. madde ve fıkrasında tanımlanan hayasızca hareketler suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir.*" Y. 12. CD., T. 27.9.2017, E. 2016/1129 K. 2017/6742.

C. Çocukların Müdahalede Bulunulmamış *Genel* Gelişimi[98]

Alman ceza hukuku öğretisinde bir kısım yazar tarafından çocukların cinsel istismarı suçu ile müdahalede bulunulmamış genel gelişimin korunduğu ileri sürülmektedir.[99] Bu görüşteki yazarlara göre cinsel istismarın olumsuz etkileri kendini yalnızca cinsel hayat üzerinde değil, cinsel alan dışındaki alanlarda da göstermekte; cinsel istismar, depresyon ve kaygı bozukluğu gibi birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir.[100]

Kanaatimizce ise müdahalede bulunulmamış genel gelişim ile müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim birbirini tamamlayan iki kavramdır. Zira müdahalede bulunulmamış bir genel gelişim olmadan müdahalede bulunulmamış bir cinsel gelişim de olamayacaktır.[101] Dolayısıyla biz müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi, müdahalede bulunulmamış genel gelişim kavramıyla birlikte *müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişim* şeklinde okumaktayız.

---

[98] *Ungestörte Gesamtentwicklung von Kindern*.

[99] Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 34: *"§ 176 (hükmü) [...] cinsel hareketler nedeniyle 14 yaşın altındaki çocukların genel gelişimlerinin zarar görmesini engellemeyi amaçlar.*"; BGH, Beschluß vom 21.9.2000 - 3 StR 323/00, *NJW*, 2000, s. 3726; Cinsel suçlara dair 1973 yılında yapılan reformun amacına uygun olanın, korunan hukuki değer olarak cinsel gelişim aşamasında bulunan genç insanların genel gelişimlerinin cinsel hareketlerle zarar görmesini engellemek olduğu yönünde bkz. BGH, Urteil vom 24.09.1980 - 3 StR 255/80, BGHSt 29, s. 340, *NJW*, 1981, s. 135; BGH, Beschluß vom 20.04.1989 – 4 StR 161/89, *StV*, 1989, s. 433: "*Hüküm (ACK § 176), bir çocuğun genel gelişimini erken cinsel deneyimlerden uzak tutma amacını taşır.*"; BGH, Urteil vom 24.3.2010 - 2 StR 10/10, *NStZ-RR*, 2010, s. 240; Sanığın internet üzerinden görüntülü görüşme yaptığı beş ve on üç yaşındaki çocuklara, görüşme esnasında cinsel organını gösterip mastürbasyon yaptığı olayda Alman Federal Temyiz Mahkemesine göre, çocuk önünde cinsel davranışlara ilişkin düzenleme (o zamanki ACK § 176/4[1], şimdiki ACK § 176a) dikkate alındığında "*çocukların müdahalede bulunulmamış genel gelişimlerini korumak için onların bu türden karşılaşmalardan kapsamlı şekilde uzak tutulmaları gerektiğine şüphe yoktur.*": BGH, Beschluss vom 21.4.2009 - 1 StR 105/09, *NJW*, 2009, s. 1893; Wolters, § 176 kn. 3; Açıkça *genel gelişim* demese de bkz. Sturm, s. 6; Karşl. Fischer*, StGB*, § 176 kn. 2: "*(ACK) § 176 hükmü, çocukların cinsel alanda kendi kararını verme yeteneklerinin serbestçe gelişmesi imkânını korumaktadır*"; Genel gelişimin *de facto* korunduğu yönünde karşl. Bezjak, s. 116.

[100] BGH, Urteil vom 24.09.1980 - 3 StR 255/80, BGHSt 29, s. 340; Hörnle, *LK-StGB*, § 176 kn. 1; Karşl. Kett-Straub, s. 261: "*Bir insanın cinsel kimliği kişiliğinin bir parçası olduğundan, çocuğun genel gelişimi hükümle korunan değer olarak görülebilir.*"; Dışsal belirlemeden korumanın ya "*müdahalede bulunulmamış* cinsel gelişime" ya "*müdahalede bulunulmamış* genel gelişime" ya da "cinsel alanda kendi kararını vermeye" hizmet edeceği yönünde karşl. Bezjak, s. 107 vd.

[101] Benzer yönde karşl. "*Müdahalede bulunulmamış genel gelişim, kanun koyucu tarafından zikredilen bir hukuki değer değildir; ancak yine de zikredilen hukuki değerlerle birlikte dolaylı olarak korunmaktadır.*": Bezjak, s. 120.

D. Cinsel Bütünlük[102] veya Başka Bir İfadeyle: Cinsel Dokunulmazlık[103]

Brockmann'a göre çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği ACK § 176 hükmüyle çocuğun cinsel bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığı korunmaktadır.[104] Yazara göre "*suçun gerçekleşmesi açısından çocuğun cinsel davranışı reddetmiş olması şartı aranmıyorsa, bilhassa cinsel yakınlaşmayı reddetme özgürlüğü anlamına gelen dar anlamda cinsel alanda kendi kararını vermeyi ACK § 176 ile korunan hukuki değer olarak kabul etmek de tutarsızdır*".[105] Zira cinsel istismar suçunun tipikliği – bu bağlamda herhangi bir irade özgürlüğü bulunmayan – çocuğun iradesine karşı bir hareketin varlığını aramamaktadır. Dolayısıyla bir taraftan çocuğun iradesinin önemsizliğini kabul edip diğer taraftan (dar veya geniş anlamda) cinsel alanda kendi kararını vermenin hukuki değer olarak kabul edilmesi çelişkilidir.[106] *Schetsche* tarafından bu çelişkili durum "*kendi kararını verme paradoksu* (*Selbstbestimmungs-Paradoxon*)" olarak adlandırılmaktadır.[107] Yazara göre

"*(ACK) § 182 (gençlerin cinsel istismarı) hükmünün temel bir eleştirisi ancak Alman ceza hukukunun cinsel suçlara ilişkin temel sorunu olan kendi kararını verme paradoksuyla yüzleşerek yapılabilir: (Örneğin yaşı nedeniyle) kendi kararını verme hakkına sahip olmayan bireylerin korunması, – en azından yol gösterici olarak da olsa – cinsel alanda kendi kararını vermeye*

[102] *Sexuelle Integrität*.

[103] *Sexuelle Unversehrtheit*.

[104] Brockmann, s. 239, 242, 248 vd., 252, 258 vd. Cinsel bütünlük ve cinsel dokunulmazlık kavramı hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 252 vd. Yazar *cinsel dokunulmazlık* kavramını *cinsel bütünlük* kavramının eş anlamlısı olarak kullanmaktadır: s. 239, 252; Keza bu bağlamda karşl. Bundestagsdrucksache 14/6709, s. 7; Cinsel istismar suçuyla çocuğun cinsel bütünlüğünün korunduğundan bahisle aynı yönde bkz. Baumhöfener, s. 33.

[105] Brockmann, s. 224.

[106] Keza *Brockmann* bu görüşüyle aynı zamanda geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını vermenin de hukuki değer olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Zira yazar bir yandan değer atfedilen bir iradeye sahip olamayacak çocuğun geniş anlamda cinsel alanda kendi kararını verme durumunda da olamayacağı görüşündedir. Ancak ifade etmek gerekir ki geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme kavramı çocuğun iradesini konu almaz. Çocuk herhangi bir iradeye sahip olamayacak kadar küçük yaşta olsa (örneğin bir yaşında bebek) veya örneğin on altı yaşında bir ergen olsa dahi kanun koyucu – gelişimlerini sekteye uğratma tehlikesi barındırdığını kabul ederek – çocukların kendilerine rağmen onları istenmeyen cinsel davranışlardan korumaktadır. Brockmann, s. 228 vd.; Bu görüşüyle yazar – sonuçta farklı hukuki değer tespitinde bulunsa da – gidiş yolu itibarıyla *Bezjak*'ın görüşüyle kısmen benzeşmektedir: Bezjak, s. 108 vd.

[107] Schetsche, s. 202.

vurgu yapan bir ceza hukuku çerçevesinde nasıl gerekçelendirilebilir?"[108]

Brockmann'a göre cinsel bütünlük, bir kimsenin dışsal cinsel uyarılardan (*sexuelle Reize*)[109] özgür olmasıdır. Söz konusu cinsel uyarılar kişinin özel alanına nüfuz ettiğinde kişinin cinsel bütünlüğü de bozulmuş olur.[110] Yazara göre

"*her insan, yaşı ve zihinsel kapasitesinden bağımsız olarak, adeta görünmez bir kabuk gibi etrafında taşıdığı bu tür bir cinsel bütünlüğe sahiptir. Cinsel uyarılar bu kabuğa nüfuz ettiğinde kabuk zarar görür. Bu cinsel uyarılar dışsal (egzojen) olmalıdır, başka bir deyişle dışarıdan gelmelidir. Bu nedenle, içsel (endojen) cinsel uyarılar, örneğin dışsal etki olmadan ortaya çıkan cinsel fanteziler ve hayaller cinsel bütünlüğü etkilemez.*"[111]

Zira bu gibi uyarılar dışsal herhangi bir etkiden bağımsız olarak doğrudan ilgili kişinin kendi zihninde ortaya çıkmaktadır.

"*Bir uyarı veya stimulus, bir tepki yaratmaya elverişli bir etkidir. Bir uyarının mutlaka bir tepkiye neden olması gerekmez, yalnızca bunu yaratmaya uygun genel elverişliliğe sahip olması yeterlidir. Dolayısıyla cinsel uyarılar cinsel bir tepkiye yol açabilecek etkilerdir. Hem bedensel hem de zihinsel değişiklikler cinsel tepkiler olarak nitelendirilebilir. Bu tepkilere, haz verici ve tahrik edici olandan tiksindirici veya endişe verici olana kadar tüm spektrumu kapsayan farklı duygular eşlik edebilir. Cinsel uyarılar tarafından tetiklenen tepkiler bu nedenle her zaman hoş olarak algılanmaz, bunlar aynı zamanda bunun aksi duyguları da tetikleyebilir.*"[112]

Keza yazara göre cinsel yönden uyarılma, vücuda fiziksel temas yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi herhangi bir fiziksel temas olmaksızın cinsel uyarıya elverişli bir olayın görüntülü biçimde aktarılması suretiyle de gerçekleşebilir.[113]

---

[108] Schetsche, s. 202.

[109] Cinsel uyarı kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Brockmann s. 253 vd.

[110] Brockmann, s. 253.

[111] Brockmann, s. 253.

[112] Brockmann, s. 253.

[113] Brockmann, s. 254 vd. Keza bu bağlamda, cinsel istismar suçunda vücut bütünlüğünün (*körperliche Integrität*) neden korunan hukuki değer olamayacağına ilişkin olarak karşl. s. 248 vd.

IV. SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE

Bir suçun hukuki niteliğinin belirlenmesi, başka bir deyişle tehlike suçu mu zarar suçu mu olduğu ayrımı, suç teorisinin tartışmalı alanlarındandır. Bir görüşe göre bu ayrımın suç ile korunan hukuki değer üzerinden yapılması gerekirken, diğer bir görüşe göre ise suçun konusu üzerinden yapılmalıdır.[114]

İfade edelim ki cinsel istismar suçu konu ile hukuki değerin içeriksel ve şekli açıdan örtüştüğü suçlardandır.[115] İçerik olarak örtüşmektedir; zira cinsel istismar suçunun konusu, mağdur çocuğun vücududur.[116] Kanaatimizce cinsel istismar suçu fiziksel temas olmaksızın da işlenebileceğinden[117] suçun konusu olan "vücudun" suçla ilk aşamada korunması amaçlanan hukuki değer olan müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimi de kapsar biçimde geniş yorumlanması ve örneğin çocuğun akıl sağlığının da vücut kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimizce konu ile hukuki değer şekli olarak da örtüşmektedir. Zira cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değer olan müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişime yalnızca çocuğun suç nedeniyle bedensel gelişiminin (maddi bütünlüğünün) sekteye uğratılması yoluyla değil, aynı zamanda zihinsel gelişiminin (manevi bütünlüğünün) sekteye uğratılmasıyla da müdahalede bulunulmuş ve böylece korunan hukuki değer ve bu hukuki değerle içeriksel ve şekli açıdan örtüşen suçun konusu üzerinde bir tehlike yaratılmış olur.[118] Dolayısıyla bir suçun zarar suçu mu tehlike suçu mu olduğu belirlenirken hangi ayrım türü benimsenirse benimsensin cinsel istismar suçu kanaatimizce bir soyut tehlike suçudur. Zira bu suç bakımından korunan hukuki değerin (müdahalede bulunulmamış [cinsel] gelişim) mutlaka ihlal edilmiş olması ([cinsel] gelişimin sekteye uğraması/ bozulması) veya suçun konusunun (mağdurun vücudu/ maddi ve manevi bütünlüğü) bir zarara uğraması şartı aranmamaktadır.

Alman ceza hukukundaki yaygın görüşe göre fiilin korunan hukuki

[114] Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde bu hususta ileri sürülen görüşler için bkz. Ünal, s. 138 vd., bilhassa s. 157 vd.

[115] Karşl. Roxin/ Greco, § 2 kn. 65. Yazarlara göre örneğin dolandırıcılık suçunda (ACK § 263) konu ile hukuki değer birbiriyle içerik ve şekli açıdan örtüşmekte, suçun hem konusu hem de korunan hukuki değer *malvarlığı* olmaktadır. Konu ile hukuki değerin içerik olarak örtüştüğü ancak şekli açıdan farklılaştığı suç tipi ise örneğin kasten öldürme suçudur (ACK § 212). Bu suçun konusu bir *insan* iken, suç ile korunan hukuki değer *yaşam*dır.

[116] Koca/ Üzülmez, Özel Hükümler, s. 408.

[117] Kemaloğlu, s. 616 vd.

[118] Cinsel istismar ve psikolojik zarar ilişkisi için bkz. aşağıda "V."

değer açısından somut bir zarara veya zarar tehlikesine neden olması gerekmediğinden[119] çocukların cinsel istismarı suçu kural olarak bir soyut tehlike suçudur.[120] Cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değeri çocukların cinsel alanda kendi kararını verme hakkı olarak kabul eden *Hörnle*'ye göre ise suç kural olarak bir zarar suçudur.[121] Ancak yazara göre

"*[…] mevcut ampirik bulgulara rağmen haksızlığı yalnızca sonradan birtakım sonuçların ortaya çıkmasına ilişkin artan riske dayandırarak açıklamak ikna edici olmaz. Himaye altında bulunan kişilere kötü muamele (suçu) (§ 225) söz konusu olduğunda dahi haksızlık birinci derecede bu risklerde değil, doğrudan bedensel bütünlüğü ihlal eden harekette yatmaktadır. Aynı durum (ACK) § 176 için de geçerlidir: Bu tür fiiller, hareket gerçekleştirildiği sırada ilgili kişilerin haklarını ihlal eder. Sonradan ortaya çıkan sonuçlar neticenin haksızlığını artırır, ancak bu tür sonuçlara dair kanıt olmasa dahi cezaya müstehak bir fiil bulunmaktadır. Çocuğun bedeni üzerinde cinsel eylemlerde bulunan veya onun cinsel faaliyetlerde bulunmasını sağlayan kimse, çocuğun mahremiyetine saygı gösterilme ve cinsel alanda kendi kararını verme haklarını ihlal etmiş olur.*"[122]

Keza *Hörnle*'ye göre "*bilinen tehlike suçlarının aksine (cinsel suçlarda)*

---

[119] "*Küçüklerin korunmasına yönelik suçlar bu nedenle özgün nitelikte soyut tehlike suçlarıdır: bilinen soyut tehlike suçlarının aksine, tehlikenin sadece somut olaylarda bulunduğu varsayılmakla kalmaz; aynı zamanda bunun her durumda kesin olarak kanıtlanması da mümkün değildir. Bu tür suçlar hukuken uygundur; zira 'in dubio pro reo' […] ilkesi yasama faaliyetine uygulanamaz ve failin önceden uyarılması nedeniyle uygulanmasına gerek de yoktur.*" Maurach/ Schroeder/ Maiwald/ Hoyer/ Momsen, § 20 kn. 4; Bu hususun cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Ziegler, § 176 kn. 2; Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, kn. 1610.

[120] BGH Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, BGHSt 38, s. 69; BGH, Urteil vom 13.01.1987 - 1 StR 654/86, *NJW*, 1987, s. 2450; Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 176 kn. 1a; Fischer, *StGB*, § 176 kn. 2; Wolters, § 176 kn. 3; Papathanasiou, § 176 kn. 13; Laubenthal/ Baier/ Nestler, kn. 428, 439; Kett-Straub, s. 261; Gössel, § 6 kn. 2; Molketin, s. 179; Karşl. Lenz, s. 32; Eschelbach, § 176 kn. 3, 5; Ziegler, *BeckOK StGB*, § 176 kn. 2; Bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bezjak, s. 121 vd., bilhassa s. 125 vd.

[121] ACK § 176/1(1 ve 2) hükümlerinin zarar suçu olduğu düşüncesiyle aksi yönde bkz. Hörnle, *LK-StGB*, § 176 kn. 2, § 176a kn. 4. Ancak yazara göre ACK § 176/1(3)'te düzenlenen suçun ([cinsel faaliyet için] bir çocuğu sunma veya bulacağını vaat etme [*Anbieten oder Versprechen des Nachweises eines Kindes*]) meşruiyeti, bu hükümde tarif edilen davranış biçimlerinin tehlikeliliğinden kaynaklanmaktadır ve bundan dolayı bu hükümde düzenlenen suç bir soyut tehlike suçudur: § 176 kn. 3, aynı yönde § 176a/2 hükmü bağlamında: § 176a kn. 5; *Hörnle* ile aynı yönde Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 4, 6; § 176/1(3) ve § 176a/1(3) ve 2 ve § 176b hükümleri için *Hörnle/ Renzikowski* ile benzer yönde karşl. Brockmann, s. 237.

[122] Hörnle, *LK-StGB*, § 176 kn. 2, ayrıca bu bağlamda karşl. Vor § 174 kn. 44 vd.

haksızlık, tipe uygun fiilde hâlihazırda mündemiçtir."[123]

Brockmann'a göre ise cinsel istismar mağduru çocuğun, "*fiil nedeniyle cinsel bütünlük olan hukuki değeri doğrudan ve güncel bir zarara uğrar. Farklı alternatiflerde tanımlanan fiiller, cinsel uyarılardan 'özgür olma' durumunu doğrudan olumsuz olarak etkileyen cinsel uyarılara maruz bırakmayı içerir.*"[124] Böylece, cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değerin çocuğun cinsel dokunulmazlığı (veya cinsel bütünlüğü) olduğu görüşündeki yazara göre suç bir zarar suçudur.[125]

Cinsel istismar suçunu soyut tehlike suçu veya zarar suçu olarak kabul eden görüşlere göre cezalandırılabilirlik açısından gerçekten bir zararın tespit edilmiş olmasına gerek yoktur.[126] Zira örneğin suçun bir zarar suçu olduğunu kabul edenlere göre genellikle hukuki değer olarak kabul edilen soyut nitelikteki *cinsel alanda kendi kararını verme*nin tam olarak nasıl bir zarara (ihlale) uğradığının tespiti mümkün değildir. Bu nedenle örneğin, gerçekten fiilî olarak ortaya çıkan bir zarardan dolayı cezanın artırılması çifte değerlendirme yasağına[127] (TCK m. 61/3, ACK § 46/3) aykırılık teşkil etmez.[128]

---

[123] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 44, § 174 kn. 1; *Brockmann* korunan hukuki değerin ne olduğu konusunda *Hörnle*'den farklı görüşte olsa da tıpkı *Hörnle* gibi fiilin işlenmesiyle hukuki değerin ihlale uğratıldığı ve bundan dolayı cinsel istismar suçunun bir zarar suçu olduğu görüşündedir: Brockmann, s. 258 vd.

[124] Brockmann, s. 258, keza *Brockmann*, cinsel dokunulmazlığın (veya bütünlüğün) yalnızca fiziksel temas yoluyla değil, aynı zamanda fiziksel temas içermeyen davranışlarla da ihlal edilebileceği görüşündedir. Buna göre "*(ö)zellikle de cinsel davranışların hukuki değerin ait olduğu kişinin üzerinde gerçekleştirildiği durumda, bu kişinin özel alanına bir müdahale ve bir sınır aşımı olduğu açıktır. (Bireyin) mahrem alanına bir müdahale, başka bir deyişle bir bütünlük ihlali gerçekleşmektedir. Aynı durum cinsel davranışlarla (fiziksel temas olmaksızın) karşılaşılması hâlinde de geçerlidir. Zira böyle bir durumda mahrem alana bedensel olarak olmasa da duyular yoluyla algılanabilecek uyarılarla nüfuz edilmektedir.*": s. 239.

[125] Brockmann, s. 258 vd. Ancak yazar, hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı alternatiflerinde cinsel istismar suçunun bir soyut tehlike suçu olduğu görüşündedir: s. 237, 258 vd. ile dn. 490.

[126] Eschelbach, § 176 kn. 3.

[127] Kinzig, § 46 kn. 45: "*(ACK § 46/3) hükmüne göre, hâlihazırda suçun kanuni unsuru olan hususlar cezanın belirlenmesinde dikkate alınamaz (çifte değerlendirme yasağı [Verbot der Doppelverwertung]). Bu yasağın nedeni, yalnızca bu unsurların bulunması hâlinde davranışın cezalandırılabilir olması ve (kanun koyucu tarafından) ceza aralığı belirlenirken zaten dikkate alınmış olmalarıdır; başka bir deyişle bu yasak kanun koyucu ile hâkim arasındaki iş bölümünün bir ifadesidir.*"

[128] Eschelbach, § 176 kn. 3.

Türk öğretisinde *Taner*, "*korunan hukuki menfaatin*" cinsel özgürlük olduğu ve (gayri maddi bir varlık olan) bu menfaatin ne zaman somut olarak zarar gördüğünün tespit edilmesinin güç ve göreceli olduğu görüşündedir. Bundan dolayı yazara göre cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları birer *somut* tehlike suçu olarak kabul edilmelidir.[129] Ancak – diğer hususların yanı sıra – korunan hukuki değerin uğratıldığı zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının tespitindeki zorluk nedeniyle de suç kanaatimizce soyut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir. Zira TCK m. 103 ile korunan hukuki değer olarak çocuğun sağlıklı ve düzgün cinsel gelişiminin veya – üzerinde tasarrufta bulunma hakkı olmasa da – cinsel özgürlüğünün korunduğunun kabul edildiği ihtimallerde, fiil ile sağlıksız ve anormal cinsel gelişim veya soyut bir değer olan cinsel özgürlük arasındaki illiyet kurulamadığında cezalandırma imkânsız hâle gelecektir. Nitekim bir çocuğun sağlıksız (anormal) genel veya cinsel gelişimi fiilden hemen sonra tespit edilemeyeceğinden ve fiilin üzerinden aylar geçtikten sonra yapılacak adli psikiyatrik ve bedensel muayene sonunda tespit edilecek rahatsızlıkların da cinsel istismar fiili nedeniyle ortaya çıktığının kesin olarak ispatı her zaman mümkün olmadığından[130] – ceza (muhakemesi) hukukunun aradığı kesinlik de göz önünde bulundurulduğunda (Ceza Muhakemesi Kanunu ["CMK"] m. 223/2[e]) – failler cezasız kalacaktır. Zira somut tehlike suçlarında – soyut tehlike suçlarının aksine – hukuki değerin somut olarak bir tehlikeye uğratılması bizzat suçun bir unsurudur ve bu suçlarda tehlikenin bir zarara dönüşmesinin tesadüfe bağlı olduğu kabul edilir.[131] Nitekim soyut/ gayri maddi olduğu gerekçesiyle cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değerin zarar gördüğünün tespitinin güç ve göreceli olduğunu kabul ettikten sonra suçu – hukuki değerin somut olarak tehlikeye uğratılması şartının (ve hâliyle bunun ispatının) arandığı[132] – somut tehlike suçu olarak sınıflandırmak bir çelişkidir.

Kanun koyucu korunan hukuki değerin önemini dikkate alarak bazı suçlar bağlamında hukuki değerin soyut bir tehlikeye uğratılmasını dahi

[129] Taner, s. 272.

[130] Karşl. Bezjak, s. 126.

[131] BGH, Beschl. v. 30.6.2015 − 4 StR 188/15, *NZV,* 2016, s. 345; BGH, Urteil vom 30.03.1995 - 4 StR 725/94, *NStZ* 1996, s. 83; Wessels/ Beulke/ Satzger, kn. 43; Roxin/ Greco, § 11 kn. 149.

[132] İfade edelim ki *Taner* tarafından ayrımın korunan hukuki menfaate (değer) göre yapıldığı anlaşılmaktadır: (Taner, s. 272). Dolayısıyla bu paragraftaki açıklamalarımızın, zarar/ tehlike suçu ayrımının korunan hukuki değere göre yapılması hâline ilişkin olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

cezaya müstehak görmektedir.[133] Suç ile korunan hukuki değerin önemi de dikkate alındığında TCK m. 103'te düzenlenen suçun bir soyut tehlike suçu olduğunun ve cezalandırılabilirlik için mağdurun genel veya cinsel gelişiminin somut herhangi bir zarara uğramış olmasının aranmadığının kabulü gerekir.

TCK m. 102/5 ve m. 103/6'nın önceki hâllerinde düzenlenen "beden veya ruh sağlığının bozulması" neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli, suçun bir soyut tehlike suçu olduğu da dikkate alındığında, ayrıca söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlin uygulanmasının doğuracağı sakıncaların giderilmesi amacıyla 6545 sayılı Kanun m. 59 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim kanun koyucuya göre, yürürlükten kaldırılan bu düzenleme

"*[…] suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh* ***sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte*** *ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır.*"[134]

V. DEĞERLENDİRME

Buraya kadar Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer ve suçun niteliği bağlamında ileri sürülen görüşler ile yer yer kendi görüşlerimiz aktarılmıştır. Bu başlık altında ise konuya ilişkin genel bir değerlendirmeye yer verilecektir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki çocukların cinsel istismarı suçuyla çocukların *sağlıklı* bir genel gelişime ve bununla bağlantılı olarak *sağlıklı* bir cinsel gelişime sahip olma haklarının korunduğu görüşü isabetli değildir. Ceza hukukunun görevi çocuklara sağlıklı bir gelişimi *doğrudan* sunmak değil, çocukların bu sağlıklı gelişimin gerçekleşmesi evresini yaşama imkânlarını korumaktan ibaret olmalıdır. Ceza hukuku ancak çocukların cinsel gelişimlerine müdahalede bulunulmaması düsturunu koruyabilir. Böylece çocuğun cinsel gelişiminin dışsal bir müdahaleye uğramaması güvence

[133] "*(Soyut tehlike suçlarının) hepsi somut bir tehlikeyi kolayca tetikleyebilen ve bundan dolayı kanun koyucu tarafından bu hâliyle cezaya müstehak görülen oldukça tehlikeli davranış biçimleridir. Korumanın yoğunluğu somut tehlike suçlarıyla karşılaştırıldığında, soyut tehlike suçlarında ceza sorumluluğunun tehlikenin ortaya çıkmasına bağlı kılınmaması, aksine tehlikeli olduğu düşünülen davranışın hâlihazırda tipe uygun olduğu kabul edilerek ceza hukuku korumasının öne çekildiği söylenebilir.*": Satzger, s. 114.

[134] TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s. 20 vd.

altına alınır. Nitekim çocuğun gelişimi, cinsel istismar dışındaki herhangi bir sebepten ötürü de sağlıklı seyretmeyebilir. Bu sebep doğal bir sebep olabileceği gibi cinsel istismar dışındaki bir haksız fiil nedeniyle dışsal başka bir sebep de olabilir. Başka bir deyişle çocuk, cinsel istismara uğramasa dahi fiziksel veya psikolojik olarak yine sağlıksız bir cinsel gelişim gösterebilir. Bu açıklamalarımız doğrultusunda, kanaatimizce ilk aşamada *çocukların müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimleri* çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer olarak kabul edilmelidir.

Öte yandan çocukların kullanmaya ehil olmadıkları bir cinsel özgürlükleri olduğunu ve cinsel istismar suçuyla bu özgürlüğün korunduğunu kabul etmektense onların ya yaşları (Türk hukukunda on beş yaş altı, Alman hukukunda on dört yaş altı istisnasız) ya da gelişim düzeyleri veya iradeyi etkileyen başka bir nedene maruz kalmaları nedeniyle kendilerine rağmen korunan bir *cinsel dokunulmazlıkları*nın bulunduğu kabul edilmelidir.[135] Bu *dokunulmazlık* ise *menfi anlamda cinsel alanda kendi kararını verme* kavramına karşılık gelmektedir. Kanun'da *cinsel dokunulmazlığa karşı suç* kavramıyla kastedilenin de bu negatif yön olduğu kanaatindeyiz. Başka bir deyişle ceza hukukunun ilgilendiği, bireylerin başkalarıyla cinsel yakınlaşmalar yaşama haklarından ziyade, başka kimselerce veya belirli çocuklar (TCK m. 103/1[a ve b]) söz konusu olduğunda kendileri tarafından gerçekleştirilecek veya bu çocukların kendilerine karşı gerçekleştirilmesine göz yumacakları istenmeyen cinsel davranışlardan korunma ve bu davranışlara karşı savunulma haklarıdır.[136] Bu savunulma hakkı da Türk ceza hukukundaki cinsel dokunulmazlık kavramına tekabül eder. Dolayısıyla ne TCK m. 102'de ne TCK m. 103'te ne de TCK m. 105'te korunan hukuki değer müspet anlamda cinsel özgürlüktür: Bu suçlarla korunan, bireylerin istenmeyen cinsel davranışlarla muhatap olmama, bu türden davranışlara maruz bırakılmama haklarıdır.[137] TCK m. 103'te düzenlenen suç bağlamında ise ayrıca *çocukların müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimleri* koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, savunma hakkı kavramı edilgen olarak *savunulma* hakkı olarak anlaşılmalıdır. Bu savunulma hakkının konusuysa çocukların müdahalede bulunulmamış (cinsel) gelişimlerine yönelik tehlikelerden korunmalarıdır.

[135] Ünver, s. 311 vd.

[136] Bu bağlamda örneğin cinsel yakınlaşmaya dair talebin çocuğun kendisinden geliyor olması önemsizdir. Zira hangi hukuki değerin korunduğu benimsenirse benimsensin bu değer çocukların kendilerine rağmen korunmaktadır. Eisele, *Schönke/Schröder StGB*, § 176 kn. 1a, § 184h kn. 19; Ünver, s. 311 vd.; Laubenthal, kn. 440; Renzikowski, *MK-StGB*, § 176 kn. 32.

[137] Aynı yönde bkz. Yalçın Sancar, s. 100; Erdem/ Türay, s. 70.

Zira ortada bir savunulma hakkı varsa aktüel olarak savunulan bir değer de bulunmalıdır. Bu değeri hiçbir özelleştirme yapmaksızın – çocukların hâlihazırda sahip olmadıkları – *müspet (dar) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme* veya başka bir deyişle *cinsel özgürlük* olarak belirlemek isabetli değildir. Nitekim böyle bir belirleme durumunda bir suç ile aktüel olarak var olmayan bir hakkın (müspet [dar] anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakkının) bir karşı koyma/ savunma hakkının konusu olduğu şeklinde çelişkili bir sonuca varmak gerekir: Aktüel olarak mevcut olmayan bir değer için savunma da yapılamaz.

Keza ifade edelim ki cinsel alanda kendi kararını verme ile müdahalede bulunulmamış cinsel gelişim kavramları birbirlerini dışlayan değil,[138] birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Müdahalede bulunulmamış bir cinsel gelişim olmadan sağlıklı bir cinsel alanda kendi kararını verme yeteneği de ol(uş)amayacaktır.

Öte yandan ifade etmek gerekir ki bir kimsenin bir hakka sahip olabilmesi (hak ehliyeti) ile bir hak üzerinde tasarruf edebilmesi (fiil ehliyeti) birbirinden farklı şeylerdir. Fiil ehliyetine sahip olmak için üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir hakka sahip olmak mutlaka gerekli olsa da fiil ehliyeti hak ehliyetinin olduğu her durumda bulunmayabilir.[139] Örneğin bir çocuk miras edinme hakkına sahiptir (4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ["TMK"] m. 8), ancak miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilmek için fiil ehliyeti bulunmamaktadır (TMK m. 14, 352, 361).[140] Keza bir hakka karşı yönelmiş bir davranışın cezaya müstehak bir haksızlık olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka üzerinde tasarruf edilebilir bir hakkın bulunması gerekmez.[141] Nitekim örneğin tam ve sağ doğumla bir insanın kişiliği başlar (TMK m. 28/1) ve kişi hak ehliyetine sahip olur (TMK m. 28/2). Bir kimse nasıl ki on sekiz yaşına gelene kadar kural olarak fiil ehliyeti olmadığı için örneğin kendisine miras yoluyla kalan bir taşınır mülkiyeti üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamıyorsa[142] ancak onun bu taşınır üzerindeki mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilen ihlaller yine de haksız fiil hukukunun konusuysa (TBK

[138] Karşl. "*Korunan diğer değerler cinsel alanda kendi kararını verme hukuki değerini de lege lata ikame etmezler.*" Bottke, s. 537.

[139] Keskin, s. 77, keza bir kimsenin kendi kararını verme hakkına sahip olabilmesi için hak ehliyetinin bulunmasının yeterli olduğu yönünde bkz. s. 78; Zerres, s. 37 vd.

[140] Keskin, s. 77 vd.

[141] Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 46.

[142] Keskin, s. 77 vd.

m. 49 vd.[143]),[144] çocuğun henüz üzerinde tasarruf edemediği cinsel alanda kendi kararını verme hakkına karşı gerçekleştirilen ihlaller de pekâlâ ceza hukukunun konusu olabilir.[145]

Bununla birlikte ceza hukuku söz konusu olduğunda medeni hukuktaki hak teorisinden sapan, ancak medeni hukuktakiyle benzeşen bir yorum yapmak mümkündür. Örneğin bir çocuğun herkes gibi kişi özgürlüğüne sahip olma hakkı vardır (Anayasa m. 19). Çocuğu velisinin veya bakımıyla sorumlu olan kimsenin iradesi dışında alıkoymak onun bu hakkını ihlal eder. Çocuk bu hakkını on sekiz yaşına geldiğinde dilediğince kullanabilecekken, on sekiz yaşından önce ancak velisinin veya bakımıyla sorumlu olan kimsenin iradesiyle özgürlüğü kısıtlanabilir. Aksine fiiller şartları varsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109) veya çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK m. 234) suçunu oluşturur. Nitekim bu suçun bir çocuğa karşı işlenmesi durumunda – çocuğun kendisine rağmen – korunan hukuki değer "*kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*"[146] Bu özgürlüğü (hakkı) üzerinde zaten serbestçe tasarrufta bulunamıyor olduğundan bahisle bir çocuğa karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bu hukuki değeri değil de başka bir hakkı veya özgürlüğü koruduğu söylenemez. Aynı akıl yürütmeden hareketle: Üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri yaşa kadar, çocukların geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakları varlığını sürdürür ve bu hak başkaları tarafından bir ihlale uğratılabilir.[147] Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi ("BVerfG") bir özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin verdiği bir kararda[148], ebeveyn tarafından çocuğun temsiline ilişkin AMK § 1629 hükmü bağlamında bir kısıtlamaya ihtiyaç

[143] AMK § 253/2 ve § 825 bağlamında bkz. Kilian, s. 309 vd.

[144] Bu bağlamda bkz. Erbay, s. 174 vd.

[145] Nitekim iradeyi etkileyen sebeplerle bir kimseyi cinsel davranışlarda bulunmaya sevk eden kişinin haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen AMK § 825 bağlamında karşl. Oetker, § 253 kn. 24 vd.; Keza ayrıca bkz. Wagner, § 825 kn. 13.

[146] TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 518 Karaaslan, s. 3; Keza bu bağlamda çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu (TCK m. 234 – bilhassa üçüncü fıkra) da ilgili olabilir.

[147] Karşl. Keskin, s. 97: "*Hak ehliyetinin elde edilmesi, kişinin diğer medeni haklarla birlikte, bizzat karar verme hakkının da sahibi olduğu anlamına gelir. Bununla birlikte hakka sahip olmak, onu kullanabilmek için her zaman yeterli olmayabilir. Bizzat karar verme hakkı söz konusu olduğunda da hak sahipliği için hak ehliyetinin kazanılmış olması yeterli ise de hakkın kullanılabilmesi, kişinin ayırt etme gücünün ve rıza gösterebilme yeteneğinin de varlığını gerektirmektedir.*"

[148] BVerfG, 13.05.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, s. 155 vd.

olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır. Dava konusu olayda bir anne hem kendisi hem de çocukları aleyhine noterde bir borç ikrarında bulunmuştur. Noterde düzenlenen senedin alacaklısı, alacağını *borçlu* çocuklara karşı ileri sürmüştür.[149] Alacaklının icraya başvurması üzerine, küçüklere vesayet mahkemesi tarafından bilahare atanmış olan kayyımın itirazı sonucu alacaklı dava açmış ve bu dava neticesinde Alman Federal Temyiz Mahkemesi, ilk derece ve istinaf mahkemelerince başvurucu küçükler lehine verilen kararı, anne tarafından yapılan yükümlendirici işlemin kanunda (AMK § 1643) tahdidi olarak sayılan ve vesayet makamının onayını gerektiren işlerden olmaması gerekçesiyle bozmuş ve alacaklı lehine bir karar vermiştir.[150] Sonuç olarak dava bireysel başvuru yoluyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Bireysel başvuru incelemesi, henüz reşit olmamış bireylerin miras yoluyla devraldıkları malvarlığından kaynaklanan yükümlülükleri aşacak şekilde borçlar hukuku anlamında kişisel olarak sorumlu tutulmaları sorunu özelinde yapılmıştır. Mahkemeye göre temsile ilişkin kurallar Alman Anayasası m. 1/1 ile bağlantılı olarak m. 2/1'deki genel kişilik hakkının bir görünümü olan *kendi kararını verme hakkı*na müdahale niteliği taşır. Böylece kanun koyucu, henüz reşit olmamış bireylerin belirli alanlar söz konusu olduğunda yaşlarına göre değişiklik göstermekle birlikte *kendi kararını verme* hakkına sahip olmadığını kabul etmiştir.[151] Mahkeme reşit olmayan kimselerin – küçüklüklerindeyken reşit olduklarında katlanamayacakları düzeyde yükümlülük altına girmemeleri (sokulmamaları) gerektiğinden bahisle – görünüşte bir özgürlük değil, hayatlarını serbestçe düzenleyebilecekleri gerçek bir özgürlük kazanmalarına imkân sağlayacak düzenlemeler yapması yönünde Alman kanun koyucusuna bir çağrıda da bulunmuştur. Zira Mahkeme, her ne kadar küçüklerin yasal temsilcilerine karşı tazminat talepleri saklı olsa da bu tazminat taleplerinin çocukların genel kişilik hakları mevzubahis olduğunda zararı karşılayabilmek için uygun olmadığı kanaatindedir.[152] Özetle Mahkemeye göre küçüklüklerinde aşırı derecede yükümlülük altına sokulacak çocukların, reşit olduklarında artık özgürce ve gereğince kullanabilecekleri bir *kendi kararını verme hakları* da olmayacaktır.[153]

[149] BVerfGE 72, s. 160 vd.

[150] BVerfGE 72, s. 161 vd.

[151] BVerfGE 72, s. 172 vd.

[152] BVerfGE 72, s. 173.

[153] Ayrıca bu karar bağlamında bkz. Bezjak, s. 111 vd.; Keza karşl. Jäger-Helleport, s. 40 vd., 113 vd.

Medeni hukukta sahip olunan bir hak bir başkasına karşı doğrudan ileri sürülebilir. Örneğin bir bisikletin sahibi bisikletini sürerek, onu çöpe atarak veya parçalayarak malı üzerinde mülkiyet hakkından doğan tasarruf hakkını dilediğince kullanabilir (TMK m. 683/1). Zira bu durum kural olarak bir başkasına zarar vermez, zarar vermediği sürece de hukuka uygundur ve ceza hukuku anlamında bir haksızlık da teşkil etmez. Ancak aynı durum cinsel alanda kendi kararını verme hakkı için geçerli değildir. Zira bu hakkın kullanılması belirli durumlarda ancak bir başka kimsenin de dâhil olmasını gerektirdiği için eşya hukukundaki mülkiyet hakkı gibi, bir başkasını kullanım sürecine dâhil etmeden faydalanılabilecek bir içeriğe sahip değildir. Başka bir deyişle, cinsel alanda kendi kararını verme hakkının kullanılması kural olarak ancak başkalarının özel alanlarına müdahale edilerek mümkün olabileceği için bu hak, sahibine eşya hukukundaki mülkiyet hakkı gibi müspet anlamda doğrudan bir tasarrufta bulunma hakkı vermez. Bundan dolayı, savunmaya ilişkin bir hak olarak *cinsel alanda kendi kararını verme*, kişiye bir tasarrufta bulunma özgürlüğü değil, cinsel alandaki dışsal belirlemelerden korunma özgürlüğü bahşeder.[154]

Kanaatimizce genel anlamdaki *cinsel özgürlük* hukuki değerinin (cinsel özgürlük mutlaka hukuki değer olarak kabul edilmek isteniyorsa) çocukların cinsel istismarı suçundaki yansıması, çocuğun bu özgürlüğü dilediğince kullanabileceği yaşa kadar ve bu özgürlüğü isabetli kullanabilmesi için sahip olması gereken zihinsel olgunluğu da kapsayacak şekilde sağlıklı bir (cinsel) gelişim göstermesi imkânının çocuğa sağlanmasıdır. Bunun için de istenmeyen veya istense bile bu isteme iradesine rağmen hukuk düzeni tarafından yasaklanan cinsel davranışlardan çocuğun korunması gerekir. Cinsel istismar suçuyla ihlal edilen ve bu ihlal sonucunda ortaya çıkan veya daha doğru ifadeyle ortaya çıkması muhtemel netice, çocukların sağlıklı bir bedensel ve zihinsel olgunluğa erişerek cinsellikleri üzerinde serbestçe karar verebilme haklarına halel getirilmesi ve bu haklarını kullanabilecekleri yaşa ve olgunluğa eriştiklerinde ise artık dilediklerince kullanmalarının mümkün olmamasıdır.[155] Dikkat edilmelidir ki burada kastedilen, cinsel özgürlüğün bilfiil kullanılması hakkına halel getirmek değil, çocukların cinsel özgürlüklerini serbestçe kullanabilecekleri yaşa geldiklerinde bu özgürlüğü cinsel istismar olmasaydı kullanabilecekleri şekliyle kullanamamalarına yol açacak olumsuzluklara ve arızi durumlara sebep olunmasıdır. Zira ceza hukukunun görevi bireylerin

[154] Sick, s. 51.

[155] Karşl. Fischer*, StGB*, § 176 kn. 2.

cinselliklerini yaşama özgürlüklerini bilfiil kullanmasını temin etmek değil, onları başka kimselerin istenmeyen davranışlarından korumak, onların *geniş (menfi) anlamda cinsel alanda kendi kararını verme hakları*nı, başka bir deyişle *cinsel dokunulmazlık*larını güvence altına almaktır.

Yetişkin bireylerin cinsel alanda kendi kararını verme yetenekleri kural olarak hâlihazırda mevcuttur. Çocuklar söz konusu olduğunda ise bu yetenek normatif olarak ancak kanun tarafından cinsellikleri üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri kabul edilen yaşa geldiklerinde mevcut olacaktır. Başka bir deyişle, bazı çocuklar yaşıtlarına göre bedensel ve zihinsel olarak daha erken bir gelişim gösterse ve bu suretle cinsel alanda kendi kararını verme yetenekleri yaşıtlarının aksine gelişmiş olsa dahi, kanun koyucu her bir çocuk için ayrı bir yaş sınırı belirleyemeyeceği için on beş yaşın altındaki çocukların bu yeteneklerinin olmadığı peşinen kabul edilmektedir.

Ceza hukukunun belirli çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları yasaklamasının amacı: 1) çocukların müdahalede bulunulmamış genel gelişimlerini 2) bununla bağlantılı olarak müdahalede bulunulmamış cinsel gelişimlerini ve nihayet 3) söz konusu bu müdahalede bulunulmamış gelişim süreci sonunda sahip olmaları beklenen cinsel alanda kendi kararını verme yetenekleriyle uyumlu bir cinsel hayata sahip olabilmelerini güvence altına almaktır. Tekrar ifade edelim ki suçla korunması amaçlanan, kişilerin mutlaka *sağlıklı* bir cinsel hayata sahip olmaları değil, herhangi bir müdahale olmasaydı sahip olacakları sağlıklı veya – cinsel istismar dışındaki başka nedenlerden ötürü – sağlıksız bir cinsel hayat ve bu bağlamda kendi kararını verme haklarıdır.

Öte yandan, çocukların sağlıklı bir bedensel ve zihinsel olgunluğa erişerek cinsellikleri üzerinde özgürce karar verebilme haklarına, fiziksel temas içeren cinsel davranışlar yoluyla zarar verilebileceği gibi fiziksel temas içermeyen başka cinsel davranışlarla da zarar verilebilir. Önemli olan, cinsel davranışın fiziksel temasla mı yoksa fiziksel bir temas olmaksızın mı gerçekleştirildiği değil, bu davranışın sebep olduğu bedensel (cinsel sağlığın bozulması[156], bulaşıcı hastalık kapma[157] gibi) ve/ veya zihinsel (cinsellikten

[156] Pulverman/ Kilimnik/ Meston, s. 189 vd.

[157] Townsend, s. 7, 12 ve 14.

korkma[158], cinselliğe aşırı düşkünlük[159] ve depresyon[160] gibi diğer psikolojik rahatsızlıklar[161] gibi) birtakım arızî durumların,[162] çocuğun normal şartlar altında cinsel alanda kendi kararını verebilmesinin beklendiği yaşa ve olgunluğa eriştiğinde, bu kararı cinsel istismara uğramasaydı verebileceği şekliyle verip veremeyeceği üzerindeki etkisidir. Bedensel veya zihinsel zararlara ise fiziksel temas olsun veya olmasın sebep olunabilir.[163] Uğradığı haksızlığın üstesinden nasıl geleceği ise her mağdurun yaşına, kişiliğine, psikolojik rahatsızlıklara yatkınlığına ve ailesi ile sosyal çevresinden göreceği tepkiye bağlı olarak değişiklik gösterir.[164] Söz gelimi fail mağdura doğrudan temas etmez ancak onu manipüle ederek kendisi üzerinde (mağdurun kendi üzerinde) cinsel davranışlarda bulunmasına ve bu suretle kendine bir zarar vermesine sebep olabilir. Benzer şekilde fail bu bedensel veya zihinsel zararı fiziksel temas içeren bir cinsel davranışla da verebilir. Mağdurun bulaşıcı bir hastalık kapması bedensel zarara örnek olabilecekken, büyüdüğünde bir daha kimseye güven duymaması ve bununla bağlantılı olarak cinselliği dilediği gibi yaşayamaması (cinsel alanda dar [müspet] anlamda kendi kararını verememesi) zihinsel zarara örnek gösterilebilir.

[158] Pulverman/ Kilimnik/ Meston, s. 192.

[159] Townsend, s. 7, 12 ve 14; Ali/ Pasha/ Cox/ Enaam, s. 10.

[160] Li/ Jin/ Xu/ Luo/ Wilson/ Li/ Wang/ Sun/ Wang, s. 2, bilhassa s. 5.

[161] Ali/ Pasha/ Cox/ Enaam, s. 9 vd.; Keza ayrıca bkz. Gerke/ Gfrörer/ Mattstedt/ Hoffmann/ Fegert/ Rassenhofer, s. 7 vd.

[162] Cinsel istismarın neden olduğu diğer fiziksel ve psikolojik sorunlar için bkz. Hailes/ Yu/ Danese/ Fazel, s. 830 vd., bilhassa s. 835 vd.

[163] Bezjak, s. 114 vd.; Cinsel istismar ve psikolojik zarar ilişkisi için bkz. Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 42 vd.; Cinsel istismar mağduru çocukların psikolojik olarak yaşadıkları sorunların neler olabileceği hakkında ayrıca bkz. Putnam, s. 271 vd.; Keza bu bağlamda bkz. Bezjak, s. 112 vd., bilhassa s. 115; Jäger-Helleport, s. 44 vd.

[164] Bundestagsdrucksache VI/3521, s. 34; Sturm, s. 6; Hörnle, *LK-StGB*, Vor § 174 kn. 43; Bezjak, s. 114 vd.; Jäger-Helleport, s. 41.

Bu bağlamda ifade edelim ki Türk ceza hukuku öğretisindeki hâkim görüş[165] ve Yargıtay[166] uygulamasının aksine – korunan hukuki değerin önemi de dikkate alındığında – çocukların cinsel istismarı suçunun fiziksel temas olmaksızın da işlenebileceği düşüncesindeyiz.[167] 6545 sayılı Kanun ile TCK m. 102 hükmünde yapılan değişiklik gerekçesinde de ifadesini bulan bu hâkim görüş[168], TCK m. 103/1 hükmündeki *her türlü cinsel davranış* ibaresiyle uyumlu değildir. Her ne kadar öğretideki yaygın kanaat ve Yargıtayca geliştirilen içtihat 6545 sayılı Kanun ile yasal hâle getirilmeye çalışılmışsa da TCK m. 102'de açıkça vücut dokunulmazlığının ihlalinin suçun bir unsuru olarak belirlendiği ancak aynı unsura TCK m. 103 hükmü lafzında yer verilmediği de göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce çocukların cinsel istismarı suçu fiziksel temas olmaksızın da işlenebilir. Ayrıca ifade edelim ki 6545 sayılı Kanun ile TCK m. 105/1 hükmüne cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesinin nitelikli hâl olarak eklenmesi yalnızca cinsel taciz suçuna ilişkindir. Bu düzenlemeye rağmen, fiziksel temas koşulu aranmayan cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesinin, istismar boyutuna varan ancak fiziksel temas içermeyen diğer birtakım cinsel davranışların cinsel istismar olarak sınıflandırılabilmesine engel olmayacağı kanaatindeyiz. Keza ifade edelim ki kanaatimizce TCK m. 105/1'deki suçun mağduru olabilecek çocuklar ancak TCK m. 103/1(b) hükmünde sayılan, on beş yaşını tamamlamış ve cinsel istismar fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar olabilir.[169] Fiziksel temas içermeyen bir fiilin cinsel taciz

[165] Artuk, s. 5, 13; Artuç, s. 105, 109; Baş, s. 1135, 1145 vd., 1167 vd.; Dursun, s. 61; Ergüne, s. 62; Yokuş Sevük, 2005, s. 284; Yokuş Sevük, 2015, s. 125; Yılmaz, s. 1428 vd., Fiziksel temas şartının iletişim teknolojilerindeki gelişmeler bağlamındaki değerlendirmesi için bkz. s. 1482 vd.; Öğretide bazı yazarlar, 6545 sayılı Kanun'dan önce çocukların cinsel istismarı suçunun fiziksel temas olmadan da işlenebileceğini savunurken 6545 sayılı Kanun'un TCK m. 102'de değişiklik yapan 58. maddesi gerekçesinde yer alan açıklamalar nedeniyle bu görüşlerini değiştirmiş ve cinsel istismarın yalnızca fiziksel temas suretiyle işlenebileceği görüşünü benimsemişlerdir. Bu bağlamda bkz. Koca/ Üzülmez, s. 409 ve dn. 111; Keza aynı yönde bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 390 vd.

[166] Y. 9. CD., T. 16.1.2024, E. 2021/9925 K. 2024/360; Ayrıca bkz. Y. 9. CD., T. 29.3.2023, E. 2021/16973 K. 2023/1812.

[167] Kemaloğlu, s. 616 vd.

[168] "*Türk Ceza Kanununun 102 ve 103'üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105'inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105'inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103'üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır.*" TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s. 20 vd.

[169] Özgenç, "Cinsel Suçlar", s. 263; Kemaloğlu, s. 626 vd.

mi yoksa cinsel istismar mı olduğu konusundaki belirlemeyi yapacak merci somut olayın bütün şartlarını göz önünde bulunduracak olan hâkimdir.

SONUÇ

Çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocukların müdahalede bulunulmamış bir (cinsel) gelişime sahip olmaları ve cinsellikleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri yaşa ve olgunluğa erişene kadar bu gelişimlerini olumsuz etkileyecek herhangi bir dışsal etkiden uzak tutulmalarıdır. Bu olumsuz etki, çocuklara karşı gerçekleştirilen ve belirli bir haksızlık ve ciddiyet eşiğine ulaşmış herhangi bir cinsel davranıştan kaynaklanabilir. Çocuğun sağlıklı bir cinsel gelişime sahip olması onun yalnızca bedensel, zihinsel ve bununla bağlantılı olarak cinsel sağlığına herhangi bir müdahalede bulunulmamış olması ve doğal sebepler dışında herhangi bir hastalığa yakalanmamış olması anlamına gelmez.[170] Bunun yanı sıra sağlıklı bir cinsel gelişim, çocuğun ruh sağlığını bozan ve bununla bağlantılı olarak cinsellikle ilgili serbest ve sağlıklı bir yargı oluşturma ve bu yargı sonucunda isabetli bir karar verme sürecini olumsuz etkileyen, onu cinsellikten tamamen veya kısmen soğutan ya da tam tersi – olumsuz etkilenen söz konusu yargı oluşturma süreci nedeniyle – onu erişkinlikte istenmeyen veya istense bile sağlıklı bir karar verme sürecinin sonucu olmayan cinsel davranışlara karşı kırılgan/ savunmasız hâle getiren veya getirmeye elverişli olan her türlü cinsel davranış nedeniyle bozulabilir. Cinsel istismar, bu sorunları yaratan veya ileride yaratmaya elverişli[171] olan – fiziksel temas olsun veya olmasın[172] – her türlü cinsel davranışla işlenebilir.

[170] Karşl. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası Giriş Bölümü.

[171] Karşl. Gössel, § 6 kn. 2; Putnam, s. 274 vd.; Çocuğa zarar verilmesinin en azından ihtimal dâhilinde olması gerektiğine ilişkin olarak karşl. Jäger-Helleport, s. 40, cinsel istismarın sonuçlarına ilişkin olarak bilhassa karşl. s. 44 vd.

[172] Görece daha eski olan bilimsel çalışmalara atıflarla bkz. Bezjak, s. 115 vd.

KAYNAKÇA

Ali, Sana/ Pasha, Saadia Anwar / Cox, Ann/ Enaam, Youssef, "Examining the Short and Long-Term Impacts of Child Sexual Abuse: A Review Study", SN Social Sciences, 2024, C. 4, S. 56, s. 1-15.

Artuç, Mustafa, "Cinsel Taciz Suçu", Terazi Hukuk Dergisi, 2007, C. 2, S. 11, s. 103-113.

Artuk, Mehmet Emin, "Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)", Ceza Hukuku Dergisi, 2008, C. 3 S. 6, s. 5-19. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2576416, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Auffermann, Niklas/ Vogel, Sebastian T., "Sexuelle Handlungen vor den Ohren eines Kindes: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 StR 79/14", Strafverteidiger, 2015, C. 8, s. 488-492.

Baş, Eylem, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 65, s. 1135-1215. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621512, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Baumhöfener, Jesko, "Versuchtes Cybergrooming: Grenzbereich des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts und Legitimation des 'Präventionsstrafrechts'", Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 2021, s. 30-34.

Beck, Karl, Die sexuelle Handlung, (Doktora Tezi), Eberhard Karls Universität Tübingen, 1988.

Bezjak, Garonne, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, Duncker & Humblot, Berlin 2015.

Bottke, Wilfried, "Zum Rechtsgut der §§ 174 ff. StGB", Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymanns Verlag, Berlin 2007, s. 535-560, (Editörler: Dannecker, Gerhard/ Langer, Winrich/ Ranft, Otfried/ Schmitz, Roland/ Brammsen, Joerg).

Brockmann, Michael, Das Rechtsgut des § 176 StGB: Zugleich ein Beitrag zur Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs als Hilfsmittel der Auslegung, Duncker & Humblot, Berlin 2015.

Centel, Nur/ Zafer, Hamide, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Seçkin, Ankara 2020, s. 225-264, (Editör: Koca, Mahmut).

Dreher, Eduard, "Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte

Reform?", Juristische Rundschau, 1974, S. 2, s. 45-57.

Dursun, Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", Ceza Hukuku Dergisi, 2014, C. 9, 24, s. 57-73.

Dursun, Selman, Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin, Ankara 2021.

Eisele, Jörg, "§§ 174–184j", Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, CH Beck, München 2019, (Editör: Eser, Albin).

Erbay, Ceyda, "Alman Hukukunda Manevi Tazminat Sistemine Genel Bir Bakış", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, C. 12, S. 23, s. 161-197.

Erdem, Eylül/ Türay Aras, "Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi", Suç ve Ceza: Ceza Hukuku Dergisi, 2019, C. 12, S. 2, s. 65-101.

Ergüne, Elif, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2023, C. 29, S. 1, s. 54-97. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2832120, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Eschelbach, Ralf, "§§ 174–184g", Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2020, (Editörler: Matt, Holger/ Renzikowski, Joachim)

Fischer, Thomas, "Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2000, C. 112, S. 1, s. 75-105.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 71. Auflage, CH Beck, München 2024.

Gerke, Jelena/ Gfrörer, Thomas/ Mattstedt, Frederike-Kristina/ Hoffmann, Ulrike/ Fegert, Jörg M./ Rassenhofer, Miriam, "Long-Term Mental Health Consequences of Female- versus Male-Perpetrated Child Sexual Abuse", Child Abuse & Neglect, 2023, C. 143, s. 106240.

Gössel, Karl Heinz, Das Neue Sexualstrafrecht: Eine systematische Darstellung für die Praxis, De Gruyter, Berlin 2005.

Hailes, Helen P./ Yu, Rongqin/ Danese, Andrea/ Fazel, Seena, "Long-Term Outcomes of Childhood Sexual Abuse: An Umbrella Review", Lancet Psychiatry, 2019, C. 6, s. 830-839.

Heger, Martin, Lackner/Kühl Strafgesetzbuch, 30. Auflage, CH Beck,

München 2023, (Editörler: Kühl, Kristian/ Heger, Martin).

Hörnle, Tatjana, "Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft", (Editörler: Müller, Henning Ernst/ Sander, Günther M./ Válková, Helena), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, CH Beck, München 2009, s. 321-336.

Hörnle, Tatjana, "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2015, C. 127, S. 4, s. 851-887.

Hörnle, Tatjana, "§§ 183–184h", Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage, CH Beck, München 2021, (Editörler: Erb, Volker/ Schäfer, Jürgen).

Hörnle, Tatjana, "Vor §§ 174–180, 182, 184i", Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin 2023, (Editörler: Cirener, Gabriele/ Radtke, Henning/ Saan, Ruth Rissing-van/ Rönnau, Thomas/ Schluckebier, Wilhelm).

İşten, İnanç, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, S. 9, s. 139-165.

Jäger-Helleport, Matthias, Konstruktive Tatverarbeitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Strafrecht: Normative und empirische Überlegungen zur Bedeutung eines opferorientierten Rechtsgüterschutzes für die Strafverfolgung, Duncker & Humblot, Berlin 2002.

Karaaslan, Reşit, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 4, S. 1, s. 1-20. (https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1280087, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Kemaloğlu, Çağrı Tuğşat, "Çocukların Cinsel İstismarı (TCK m. 103) ile Cinsel Taciz (TCK m. 105) Suçlarının Ayrımı: Fiziksel Temas Ölçütünün Eleştirisi", Ceza Hukuku Dergisi, 2024, C. 56, s. 601-648.

Keskin, A. Dilşad, Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht), Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Kett-Straub, Gabriele, "Ausweiskontrolle vor dem Urlaubsflirt? — Der einvernehmliche Missbrauch von Kindern durch Jugendliche",

Zeitschrift für Rechtspolitik, 2007, C. 40, S. 8, s. 260-263.

Kilian, Matthias, "Schadensersatz bei Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung: Der reformierte § 825 BGB", Juristische Rundschau, 2004, S. 8, s. 309-313.

Kinzig Jörg, "Vorbem. §§ 38 ff.–51", Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, CH Beck, München 2019, (Editör: Eser, Albin).

Koca, Mahmut/ Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Kusch, Roger/ Mössle, Karen Ilka, "Verschärfter Jugendschutz - Zur Auslegung des neuen § 182 StGB", Neue Juristische Wochenschrift, 1994, s. 1504-1508.

Laubenthal, Klaus, Handbuch Sexualstraftaten: Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Springer, Berlin, Heidelberg 2012.

Laubenthal, Klaus/ Baier, Helmut/ Nestler, Nina, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg 2015.

Lenz, Hannah, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht: Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen, Nomos, Baden-Baden 2017.

Li, Jiaqi/ Jin, Yu/ Xu, Schicun/ Luo, Xianyu/ Wilson, Amanda/ Li, Hui/ Wang, Xiaofeng/ Sun, Xi/ Wang, Yuanyuan, "Anxiety and Depression Symptoms among Youth Survivors of Childhood Sexual Abuse: A Network Analysis", BMC Psychology, 2023, C. 11, S. 278.

Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred/ Hoyer, Andreas/ Momsen, C, Strafrecht Besonderer Teil: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, Teilband 1, 11. Auflage, CF Müller, Heidelberg 2019.

Memiş Kartal, Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, 2014.

Molketin, Rüdiger, "Sexuelle Handlungen an schlafendem Kind: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.09.1991 - 5 StR 364/91", Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1992, s. 178-180.

Oetker, Hartmut, "§§ 249–255", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I: Band 2 §§ 241-310, 9. Auflage, CH Beck, München 2022, (Editör: Krüger, Wolfgang).

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel

Hükümler, 19. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.

Özgenç, İzzet, "Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar", C. 24, S. 1, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, s. 257-283. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/951491, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.

Öztan, Bilge, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Papathanasiou, Konstantina, "§§ 176-176e", Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/ Saliger Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, (Editörler: Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich/ Saliger, Frank), 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2023.

Pulverman, Carey S./ Kilimnik, Chelsea D./ Meston, Cindy M., "The Impact of Childhood Sexual Abuse on Women's Sexual Health: A Comprehensive Review", Sexual Medicine Reviews, C. 6, 2018, s. 188-200.

Putnam, Frank W., "Ten-Year Research Update Review: Child Sexual Abuse", Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 2003, C. 42, S. 3, s. 269-278.

Renzikowski, Joachim, "Vor § 174, §§ 174–182", Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 3: §§ 80-184k, 4. Auflage, CH Beck, 2021, (Editör: Schäfer, Jürgen).

Roxin, Claus/ Greco, Luís, Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, CH Beck, München 2020.

Sancar, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin, Ankara 2013.

Satzger, Helmut, "Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte", Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1998, s. 112-117.

Schäfer, Gerhard/ Sander, Günther M./ Van Gemmeren, Gerhard, Praxis der Strafzumessung, 7. Auflage, CH Beck, München 2024.

Schetsche, Michael, "Der 'Einvernehmliche Mißbrauch': Zur Problematik der Begründung des sexualstrafrechtlichen Schutzes von Kindern und

Jugendlichen", Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1994, C. 77, S. 4, s. 201-214.

Schroeder Friedrich-Christian, "Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG", Zeitschrift für Rechtspolitik, 1971, C. 4, S. 1, s. 14-21.

Schroeder Friedrich-Christian, "Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz §§ 175, 182 StGB", Neue Juristische Wochenschrift, 1994, s. 1501-1504.

Schulhofer, Stephen J., "Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of the Law", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London 1998.

Sick, Brigitte, "Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht – Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, C. 103, S. 1, 1991, s. 43-91.

Sick, Brigitte/ Renzikowski, Joachim, "Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung", Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, CF Müller, Heidelberg 2006, s. 603-619, (Editörler: Hoyer, Andreas/ Müller, Henning Ernst/ Pawlik, Michael/ Wolter, Jürgen).

Sturm, Richard, "Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts: 1. Teil", JuristenZeitung, 1974, C. 29, S. 1, s. 1-7.

Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.

Townsend, Catherine, "Prevalence and Consequences of Child Sexual Abuse Compared with Other Childhood Experiences", Darkness to Light, Charleston, S.C., 2013.

Turhan, Engin, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin, Ankara 2021.

Ünal, Osman Gazi, Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, Seçkin, Ankara, 2023.

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara 2003.

Ünver, Yener, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", Türk

Ceza Kanununun 2 Yılı: Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 294-342.

Wagner, Gerhard, "§§ 823–838", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV: §§ 705-853, 9. Auflage, CH Beck, München 2024, (Editör: Habersack, Mathias).

Wahrig-Burfeind, Renate, Wahrig Deutsches Wörterbuch, 9. Auflage, Wissenmedia, Gütersloh/München 2011.

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner/ Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 53. Auflage, CF Müller, Heidelberg 2023.

Wolters, Gereon, "§§ 174–176b StGB", Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV, (§§ 174-241a StGB), 10. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2024, (Editörler: Hoyer, Andreas/ Wolter, Jürgen).

Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015.

Yılmaz, Yeşim, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 18, S. 217, s. 1421-1505. (https://www.jurix.com.tr/article/36912, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Yokuş Sevük, Handan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005, C. 2, S. 5, s. 280-302.

Yokuş Sevük, Handan, "6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, C. 3, S. 2, s. 119-145. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331431, Erişim Tarihi: 12.9.2024)

Zerres, Thomas, Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Springer, Berlin 2022.

Ziegler, Theo, "§§ 172-184l", Beck'scher Online-Kommentar – Strafgesetzbuch, 64. Auflage, CH Beck, München 2025, (Editörler: Kudlich, Hans/ Von Heintschel-Heinegg, Bernd).