

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2024/2**



Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 108

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 86

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (Editör)

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Arş. Gör. Hüsnüye Asena ÇOLAK

Arş. Gör. Yunus Emre ERDÖLEN

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Olivier DÉCIMA (Université de Bordeaux, France)

Prof. Dr. Mariavaleria DEL TUFO (Università Suor Benincasa, Italy)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (Kadir Has Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Gedik Üni.)

Prof. Dr. Tarsis Barreto OLIVEIRA (Université Fédérale de Tocantins et à l'Université d'État de Tocantins, Brésil)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK

Prof. Dr. Rıdvan AKIN

Prof. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

Prof. Dr. Güçlü AKYÜREK

Prof. Dr. Anlam ALTAY

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT

Prof. Dr. Serap AMASYA

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN

Prof. Dr. Selda ÇAĞLAR

Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ

Prof. Dr. Murat ENGİN

Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

Prof. Dr. Hasan KÖNİ

Prof. Dr. Selami KURAN
Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Ceren Zeynep PİRİM
Prof. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR
Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK
Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR
Prof. Dr. Oktay UYGUN
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN
Doç. Dr. Başak Başoğlu KAPANCI
Doç. Dr. Serkan KÖYBAŞI

Doç. Dr. Bleda KURTDARCAN
Doç. Dr. Elif KÜZECİ
Doç. Dr. Serkan MERAKLI
Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT
Doç. Dr. Melda TAŞKIN
Dr. Öğr. Üyesi Rifat CANKAT
Dr. Öğr. Üyesi Rağıp Barış ERMAN
Dr. Öğr. Üyesi Bilge ERSON ASAN
Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK
Dr. Öğr. Üyesi Pınar GÜZEL
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Gökçe KURTALAN GÜNER
Dr. Öğr. Üyesi Deniz TEKİN APAYDIN
Dr. Öğr. Üyesi Cem VEZİROĞLU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2024 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Mizanpaj : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş.

Sertifika No: 45644

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** ve **dergigsu@gmail.com** e-posta adreslerine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Dergiye gönderilen yazılar, özet ve kaynakça hariç, dipnotlar dahil olmak üzere en fazla 15000 kelime olmalıdır.
6. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatkı (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatkı (italik) olarak yazılmalıdır.
7. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

9. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

11. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

12. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlene yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayınevi, yayın yeri, yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek lisans ve doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: ALTAY Sıtkı Anlam, "Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 2, 2019, ss. 897-92.

Kitap içerisinde yer alan makaleler için:

EVİK Vesile Sonay, “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek Maksadıyla Örgütlenme Suçu”, **Özel Ceza Hukuku**, C. I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 92-113.

- d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POSTPN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

13. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

- a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece yazarın soyadı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiyazarlıktan fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.” ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın birden fazla yayını kullanılmışsa, yazar soyadı, eserin yayın yılı ve sayfa numarası; aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa da basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016/5823, K. 2016/13745, 30.05.2016, YKD, C. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

- c) İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

14. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

15. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Bleda R. KURTDARCAN**653

YAPAY ZEKANIN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA HEDEFLERİNE SÜRECİNDE
KULLANIMI: “LAVENDER” VE “GOSPEL” PROGRAMLARININ YARATTIĞI
KAMUOYU TEPKİSİ İŞİĞİNDA KISA BİR İNCELEME

*THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE TARGETING PROCESS DURING
ARMED CONFLICTS: A BRIEF REVIEW IN LIGHT OF THE PUBLIC REACTION
CREATED BY THE USE OF “LAVENDER” AND “GOSPEL” PROGRAMS*

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Berke ÖZENÇ**675

ANAYASA MAHKEMESİNİN TAKSİM YASAĞINA DAİR KARARLARI İŞİĞİNDA
ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI AÇISINDAN NORM DENETİMİNİN ÖNEMİ

*THE IMPORTANCE OF NORM REVIEW FOR THE PROTECTION OF FREEDOMS IN
LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT’S JUDGMENTS ON THE TAKSİM BAN*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Bilge ERSON ASAR**725

PARASAL ALTIN İLKESİ VE NİKARAGUA v. ALMANYA DAVASI: TAMAM MI
DEVAM MI?

*THE MONETARY GOLD PRINCIPLE AND NICARAGUA v. GERMANY CASE: DISMISS
OR PROCEED?*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Elif GÖKŞEN**775

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SAVCILIK TEŞKİLATININ FİLİSTİN
SORUŞTURMASINDA TUTUKLAMA TALEBİ

*INTERNATIONAL CRIMINAL COURT OFFICE OF THE PROSECUTOR’S APPLICATION
FOR ARREST WARRANT IN PALESTINE INVESTIGATION*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Nagehan GÜRBÜZ ERSOY**827

BLOKZİNCİRİ TEKNOLOJİSİNİN DEVLET, EGEMENLİK VE İNSAN HAKLARI
ÜZERİNDEKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİSİNE DAİR BİR İNCELEME

*AN ANALYSIS OF THE TRANSFORMATIVE IMPACT OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY
ON STATE, SOVEREIGNTY, AND HUMAN RIGHTS*

Araştırma Makalesi

- Dr. Öğr. Üyesi **Hasan İBA**863
KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI SUÇU (TCK m. 260)
CRIME OF ABANDONING OR FAILURE TO PERFORM PUBLIC DUTY (TPC art. 260)

Araştırma Makalesi

- Dr. Öğr. Üyesi **Fatma Gül KARAGÖZ**.....915
MODERNLEŞME DÖNEMİ ÖNCESİNDE OSMANLI FETVA ÖRNEKLERİNDE
FELAKET, AFET VE KAZALARIN SORUMLULUK KAVRAMINA ETKİSİ: VEDİA,
ARİYET, İCÂRE VE İTLAF
*THE IMPACT OF DISASTERS, CATASTROPHES, AND ACCIDENTS TO THE CONCEPT
OF RESPONSIBILITY BEFORE THE MODERNISATION PERIOD IN THE OTTOMAN
FATWA EXAMPLES: THE CASE OF CUSTODY, LOAN RENT AND DESTRUCTION*

Araştırma Makalesi

- Dr. **Ali Osman ONAR**.....973
HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ CEZA SORUMLULUĞUNA
ETKİSİ
*THE EFFECT OF THE LOW VALUE OF THE GOODS ON CRIMINAL LIABILITY IN THE
CRIME OF THEFT*

Araştırma Makalesi

- Ayşe Nur AFACAN**1003
SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASINDA
ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN ROLÜ
*THE ROLE OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN THE PRESERVATION OF
CULTURAL PROPERTY IN ARMED CONFLICT*

Araştırma Makalesi

- Av. **Buğra FINDIKLI**1047
CEZASIZLIK: 1982 ANAYASASI'NIN MÜLGA GEÇİCİ 15. MADDESİ İLE 6755
SAYILI KANUN'UN 37. MADDESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI
*IMPUNITY: COMPARİSON OF ABROGATED PROVISIONAL ARTICLE 15 OF THE 1982
CONSTITUTION AND ARTICLE 37 OF LAW NO. 6755.*

ÖZEL HUKUK*Araştırma Makalesi*

- Prof. Dr. **Murat BALCI - Muhammet Emirhan HAVAN**.....1089
COMPETITION LAW VIOLATIONS REGARDING BIG DATA EXPLOITATION IN
TURKEY
TÜRKİYE'DEKİ BÜYÜK VERİ KULLANIMINA İLİŞKİN REKABET HUKUKU İHLALLERİ

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Talat CANBOLAT** - Dr. Öğr. Üyesi **Fatih AYDIN**.....1125

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMINI BEĞENEN VEYA YENİDEN
PAYLAŞAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

*THE LIABILITY ARISING FROM THE EMPLOYMENT CONTRACT OF THE EMPLOYEE
WHO LIKES OR RE-SHARES THE SOCIAL MEDIA POST OF A THIRD PARTY*

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **K. Berk KAPANCI**.....1159

PARA BORÇLARI BAKIMINDAN TBK M. 120 F.2'DE ÖNGÖRÜLEN TEMERRÜT
FAİZİ ÜST SINIRI VE BUNUN SÖZLEŞME CEZASI İLE İLİŞKİSİ ÜZERİNE
DÜŞÜNCELER

*SOME REMARKS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN MAXIMUM STATUTORY
DEFAULT INTEREST RATE STIPULATED BY ART. 120 PARA. 2 TCO AND
CONTRACTUAL PENALTIES*

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Nedim MERİÇ** - Doç. Dr. **Ahmet Cahit İYİLİKLİ**.....1179

TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA İHTİYATİ HACİZ, HACZEDİLMEZLİK VE
AŞKIN HACİZ

*PRECAUTIONARY ATTACHMENT, NON-ATTACHABILITY AND EXCESSIVE
ATTACHMENT IN THE ACTION FOR ANNULMENT OF DISPOSITION*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Venüs CÖMERT**.....1203

YANGIN ZARARLARI BAKIMINDAN TAŞIYANIN MUTLAK SORUMSUZLUĞU
ABSOLUTE IMMUNITY OF THE CARRIER FROM LIABILITY FOR FIRE DAMAGES

Araştırma Makalesi

Dr. **Hande DENİZ**.....1251

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNİN
ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*EVALUATION OF THE CONDITIONS OF ADOPTION OF MINORS IN THE LIGHT OF
CURRENT DEVELOPMENTS*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Işık Aslı HAN**.....1297

SÖZLEŞMENİN İFASINDA YAPAY ZEKÂNIN KULLANILMASI HALİNDE YARDIMCI
KİŞİNİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA İLİŞKİN KURALLARIN
UYGULANABİLİRLİĞİ

*APPLICABILITY OF THE RULES ON THE LIABILITY ARISING FROM THE ACTS OF
THE AUXILIARY PERSON IN THE EVENT OF USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN
PERFORMANCE OF THE CONTRACT*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Baha Yiğit SAYIN**1313

ROMA HUKUKUNDA GANİMET

BOOTY IN ROMAN LAW

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. Dr. **Gizem ÖZKAN ŞAHİN**1367

THE LIABILITY ARISING FROM NON-PERFORMANCE OF THIRD-PARTY
PERFORMANCE ASSISTANT AND EXEMPTION FROM THIS LIABILITY UNDER
THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE
INTERNATIONAL SALE OF GOODS

*MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ANTLAŞMASI KAPSAMINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ İFA YARDIMCISININ İFA
ETMEMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE BU SORUMLULUKTAN
KURTULMA*

Araştırma Makalesi

Dilara BAĞCI ZEKİ - Kaan KARAMANLI1401

BANKA YÖNETİM KURULU VE KREDİ KOMİTELERİNİN TOPLANTILARININ
ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILMASI VE KARAR DEFTERLERİNİN
İMZALANMASI

*HOLDING THE MEETINGS OF THE BANK'S BOARD OF DIRECTORS AND CREDIT
COMMITTEES ELECTRONICALLY AND SIGNING THE DECISION BOOKS*

Araştırma Makalesi

Av. **Ecem SÜSOY UYGUN** - Stj. Av. **Doğukan KALINOĞLU**1437

KARŞILAŞTIRMALI REKABET HUKUKUNDA SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK
ANLAŞMALARI VE MUAFİYET REJİMİ

*SUSTAINABILITY AGREEMENTS AND EXEMPTION REGIME IN COMPARATIVE
COMPETITION LAW*

KAMU HUKUKU

YAPAY ZEKANIN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA HEDEFLEME SÜRECİNDE KULLANIMI: “LAVENDER” VE “GOSPEL” PROGRAMLARININ YARATTIĞI KAMUOYU TEPKİSİ IŞIĞINDA KISA BİR İNCELEME^(*)

Doç. Dr. **Bleda R. KURTDARCAN**^(**)

Öz: Hamas'ın 7 Ekim 2023'de gerçekleştirdiği terör saldırısının hemen akabinde İsrail'in başlattığı Demir Kılıçlar Operasyonu'nun yürütülmesinde hedef belirleme için kullanıldığı ortaya çıkan “Lavender” ve “Gospel” programları, yapay zekalı karar destek sistemlerine silahlı çatışmalarda başvurulması konusundaki tartışmaları alevlendirmiştir. Özellikle Gazze'de yaşanan yıkımın kaynağının bu programların kullanımından kaynaklandığı yönünde bir kamuoyu algısı oluşmuştur. Genel olarak silahlı kuvvetlerin kullandığı hedefleme süreci ve Tsahal'ın bu konudaki uygulamalarına yönelik bilgiler ışığında Gazze'de görülen sıkıntıların esas kaynağının bu tip programlar kullanımından değil, silahlı çatışmanın stratejik hedeflerini belirleyen siyasi kadrolar ile bu hedeflere uygun olarak saldırıları planlayan askeri kadroların bilinçli ya da umursamaz tercihlerinden kaynaklandığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hedefleme Süreci, Yapay Zekalı Karar Destek Sistemleri, Lavender, Gospel, Tsahal.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 27.10.2024.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: brkurdarcan@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0202-3041>.

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE TARGETING PROCESS DURING ARMED CONFLICTS: A BRIEF REVIEW IN LIGHT OF THE PUBLIC REACTION CREATED BY THE USE OF “LAVENDER” AND “GOSPEL” PROGRAMS

Abstract: The “Lavender” and “Gospel” programs, which were revealed to be used for target generation in the execution of Operation Iron Swords launched by Israel immediately after the terrorist attack carried out by Hamas on October 7, 2023, have fueled the discussions on the use of artificial intelligence decision support systems in armed conflicts. There has been a public perception that the source of the widespread destruction in Gaza, is due to the use of these programs. In light of the information about the targeting process used by the armed forces in general and Tsahal’s practices in this regard, it seems that the main source of the problems seen in Gaza is not the use of such programs *per se*, but rather the conscious or reckless actions of the political staff who determine the strategic goals of the armed conflict and the military staff who plan attacks in accordance with these goals.

Keywords: Targeting Process, Artificial Intelligence Decision Support Systems, Lavender, Gospel, Tsahal.

GİRİŞ

Hamas'ın 7 Ekim 2023'de gerçekleştirdiği terör saldırısının hemen akabinde İsrail'in başlattığı Demir Kılıçlar Operasyonu'nun büyük bir yıkımla devam ettiği günlerde Kasım ayında +972 Dergisi ve Local Call ortak bir araştırmacı gazetecilik çalışması neticesi İsrail Savunma Kuvvetlerinin (Tsayal) icra ettiği saldırıların hedeflerinin belirlenmesinde yapay zekaya dayalı bir hedefleme programının (Gospel) merkezi bir rol oynadığı; bunun belirli bir olasılıkla Hamas ve Filistin İslami Cihadı üyesi olduğu yönünde sonuca vardığı kişilere saldırılması ile aralıksız ve seri bir şekilde işleyen operasyonların tam anlamıyla bir 'suikast fabrikası'na dönüştüğü ifade edilmiştir.¹ Konu, hemen akabinde başka medya kuruluşları tarafından da ele alınmış ve kısa sürede uluslararası kamuoyunun tepkisini çekmiştir.² +972 Dergisi ve Local Call derinleştirdiği araştırmalarının 2. bölümünü Nisan 2024'de yayınlamış ve Tsahal'ın bir süredir geliştirmekte olduğu, farklı yapay zeka temelli programlarının üzerinde işleyen hedefleme sürecinin Gazze Operasyonlarında nasıl kullanıldığına yönelik oldukça karanlık bir tablo çizmiştir.³

Aşağıdaki satırlarda öncelikle silahlı çatışmalarda işletilen ve objelerden ziyade kişilerin hedeflendiği hedefleme süreçlerinde yapay zekâ ile güçlendirilmiş yardımların ve araçların kullanımı ihtiyacının kaynağını ve geçmişi incelenecektir. Akabinde bu ihtiyacın günümüzde neden arttığı ve bu ihtiyacı karşılamak üzere yapay zekanın yerleşik hedefleme süreçlerine nasıl entegre edilebildiği, hem genel hedefleme süreci işleyiş mekanizması hem de İsrail uygulaması özelinde ele alınacaktır. Son olarak mevcut süreçlerin, bu entegrasyon ile ortaya çıkabilecek sorunları engellemek ya da en aza indirmek için sahip olduğu ve silahlı çatışmalar hukukunun ilgili kuralları ile şekillenen hukuki çerçeve ele alınacak ve iddialar ve muharebe alanında gözlemlenen olgular ışığında İsrail'in uygulamalarının bu konudaki eksiklikleri orta-

¹ ABRAHAM Yuval, "A mass assassination factory": Inside Israel's calculated bombing of Gaza', **+972 Magazine**, November 30, 2023, <https://www.972mag.com/mass-assassination-factory-israel-calculated-bombing-gaza/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

² McKERNAN Bethan / DAVIES Harry / SABBAGH Dan, 'The Gospel': how Israel uses AI to select bombing targets in Gaza', **The Guardian**, December 1, 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/01/the-gospel-how-israel-uses-ai-to-select-bombing-targets> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

³ ABRAHAM Yuval, "Lavender": The AI machine directing Israel's bombing spree in Gaza', **+972 Magazine**, April 3, 2024, <https://www.972mag.com/lavender-ai-israeli-army-gaza/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

ya konulacaktır. Tüm bu açıklamalar neticesinde sorunun özünün teknik ve hukuki kaynaklı olmasından ziyade siyasi ve askeri etik kaynaklı olduğu sonucuna varılacaktır.

I. “BİR AĞI YOK ETMEK İÇİN BİR AĞ GEREKİR”⁴

İsrail’in Hamas’ın 7 Ekim 2023 tarihinde icra ettiği terör saldırılarına karşı başlattığı Gazze Harekâtında (Demir Kılıçlar Operasyonu) kullandığı Lavender ve Gospel (Habsora) adıyla anılan programların tam olarak nasıl tanımlanacağı tartışmalıdır. Kamuoyuna sızan sınırlı bilgiler üzerinden yapılan değerlendirmeler bu programların yapay zekâ ile işleyen karar destek sistemi (AI-DSS) olarak tanımlarken, Tsahal’ın resmî açıklamalarında ve de bunların ışığında yapılan değerlendirmelerde kullanılan ifadeler, bu programları yapay zekâ özelliğine atıf yapmadan bir sistem, araç (tool) ve yardım (aid) şeklinde sınıflandırmaktadır.⁵ Bununla beraber yapay zekanın bu araç ya da yardımların işleyişinde önemli bir rol oynadığı aşikardır.⁶ Dolayısıyla ‘çıktıları verilerin ilişkilendirilmesi olan sofistike istihbarat temizleme modellerine benzeyen bu istihbarat yönetim araçları, karar destek sistemi olarak değerlendirilebilir.’⁷

⁴ NAYLOR Sean, **Relentless Strike, The Secret History of Joint Special Operations Command**, St. Martin’s Press, New York City, 2015, s. 247.

⁵ KLONOWSKA Klaudia, “Israel-Hamas 2024 Symposium - Ai-Based Targeting In Gaza: Surveying Expert Responses And Refining The Debate”, **Articles of War**, June 7, 2024, <https://lieber.westpoint.edu/ai-based-targeting-gaza-surveying-expert-responses-refining-debate/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024);

BO Marta / DORSEY Jessica, Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: The ‘Need’ for Speed - The Cost of Unregulated AI Decision-Support Systems to Civilians, **Opinio Juris**, April 4, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/04/symposium-on-military-ai-and-the-law-of-armed-conflict-the-need-for-speed-the-cost-of-unregulated-ai-decision-support-systems-to-civilians/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024); **The IDF’s Use of Data Technologies in Intelligence Processing**, IDF, June 18, 2024, <https://www.idf.il/210062> (Erişim Tarihi: 25.09.2024); SCHMITT Michael N., “Israel - Hamas 2024 Symposium - The Gospel, Lavender, and the Law of Armed Conflict”, **Articles of War**, June 28, 2024, <https://lieber.westpoint.edu/gospel-lavender-law-armed-conflict/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

⁶ ELLIOT Christopher, ‘Expedient or Reckless? Reconciling Opposing Accounts of the IDF’s Use of AI in Gaza’, **Opinio Juris**, April 26, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/26/expedient-or-reckless-reconciling-opposing-accounts-of-the-idfs-use-of-ai-in-gaza/?s=03> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

⁷ NOAH Sylvia, ‘The Israel Defense Forces’ Use of AI in Gaza: A Case of Misplaced Purpose’, **RUSI**, 4 July 2024, <https://www.rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/israel-defense-forces-use-ai-gaza-case-misplaced-purpose> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

İlk kez 2021’de kullanılan Gospel programı, objeler söz konusu olduğunda bunların kullanımı, amaçları, nitelikleri ve yerleri gereği meşru ve hukuka uygun bir saldırının hedefi olup olmadığını belirlemekte; genel bir kullanım alanı olduğu ifade edilen Lavender ise Gazze’de hedef alınabilecek kişilerin tespitinde başvurulan, birçok istihbarat kaynağından gelen yüksek miktarda verinin birleştirildiği akıllı bilgi bankaları şeklinde tanımlanmaktadır.⁸

Bu açıdan yaklaşıldığında akıllı bilgi bankalarından oluşan işbu karar destek sistemleri, özellikle 2010’lu yılların başıyla uluslararası hukuk gündeminin üst sınırlarına yükselen otonom silah sistemlerine/ölümcül otonom silahlara (ya da daha yaygın adıyla katil robotlara) ilişkin teknik hukuk ve etik temelli tartışmaların doğrudan konusunu teşkil etmemektedir.⁹ Zira otonom silah sistemlerinde yapay zekâ silah sisteminin davranışını (hedefi saptama, silahı yöneltme ve ateşleme kararlarını) doğrudan belirlerken karar destek sistemleri (en azından teorik olarak) son kullanıcı olan insan operatöre karar alırken yararlanacağı ilgili bilgileri işlemek, filtrelemek ve sunmak üzere kullanılmaktadır.¹⁰

Gazze’de yürütülen askeri operasyonların kolay kolay meşru ve hukuka uygun olarak değerlendirilemeyecek yıkıcılığının etkisiyle olsa gerek,¹¹ uluslararası kamuoyunda büyük bir şok etkisi yaratmış gibi gözükse¹² de bu tip

⁸ **The IDF’s Use of Data Technologies in Intelligence Processing**; SCHMITT.

⁹ **Artificial Intelligence and Related Technologies in Military Decision Making on the Use of Force in the Armed Conflicts**, ICRC, 2024, ss. 10-11; ayrıca benzer yönde bkz. RENIC Neil / SCHWARZ Elke, ‘Inhuman-in-the-loop: AI targeting and the Erosion of Moral Restraint’, **Opinio Juris**, 19 December 2023, <https://opiniojuris.org/2023/12/19/inhuman-in-the-loop-ai-targeting-and-the-erosion-of-moral-restraint/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

¹⁰ “AI-DSS karar almaz. Bununla beraber insanların aldığı kararları doğrudan ve çoğunlukla da esaslı şekilde etkiler.” STEWART Ruben / HINDS Georgia, ‘Algorithms of War: The use of artificial intelligence in decision making in armed conflict’, **ICRC**, 24 October 2023, <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2023/10/24/algorithms-of-war-use-of-artificial-intelligence-decision-making-armed-conflict/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

¹¹ DYER Evan, ‘Israel’s Gaza bombing campaign is the most destructive of this century, analysts say’, **CBC**, December 30, 2023, <https://www.cbc.ca/news/politics/israel-gaza-bombing-hamas-civilian-casualties-1.7068647> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

¹² ROSEN Brianna, ‘Unhuman Killings: AI and Civilian Harm in Gaza’, **Just Security**, December 15, 2023, <https://www.justsecurity.org/90676/unhuman-killings-ai-and-civilian-harm-in-gaza/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024); McKERNAN Bethan / DAVIES Harry, ‘The machine did it coldly: Israel used AI to identify 37000 Hamas targets’, **The Guardian**, April 3, 2024, <https://www.theguardian.com/world/2024/apr/03/israel-gaza-ai-database-hamas-airstrikes> (Erişim Tarihi: 30.09.2024); ‘AI-assisted genocide’: Israel reportedly used database for Gaza kill lists, **Aljazeera**, April 4, 2024, <https://www.aljazeera.com/news/2024/4/4/ai-assisted-genocide-israel-reportedly-used-database-for-gaza-kill-lists> (Erişim Tarihi: 30.09.2024); PASCUAL Manuel, ‘Lavender, Israel’s artificial intelli-

sistemlerin silahlı çatışmalarda ve taktik seviyede (yaygın şekilde) kullanımı ne İsrail özelinde ne de en azından Orta Doğu'da ilk kez görülmemektedir. Nitekim Tsahal (İsrail Savunma Kuvvetleri) 2021 yılında icra ettiği Guardian of the Wall harekâtında Alchemist, Gospel, Depth of Wisdom gibi kod adları ile anılan yapay zekâ programları ile işleyen bir angajman ağı¹³ üzerinden saldırıları icra etmiş ve bu harekâtı ilk yapay zekâ savaşı olarak adlandırmaktan geri kalmamıştır.¹⁴

Bunula beraber bu uygulamaların öncülünün yaklaşık 20 yıl önce Irak'ta hayata geçirildiği söylenebilir. 2004 yılında, Irak'ın işgali sonrası oluşan kaotik ortamda Sünni İslamcı terör örgütleri ve bunlarla iş birliği yapan diğer yapılanmalar ile etkin bir mücadele için Amerikan Özel Kuvvetlerinin Birleşik Devletlerin başta istihbarat alanında faaliyet gösteren birçok hükümet kurumu ile sıkı bir ağ dahilinde bir araya gelmesi gerektiği fikrinden yola çıkan dönemin Müşterek Özel Kuvvetler (JSOC) komutanı Gen. Stanley McChrystal, günümüzde muharebe alanında yapay zeka temelli karar destek sistemleri kullanımının mimarı olarak değerlendirilebilir. Nitekim McChrystal hayata geçirdiği bu yapılanma ile iki temel amacı gerçekleştirmeyi hedeflemiştir: Bir yandan istihbarat kurumları ile özel kuvvetleri muharebe bölgesinde aynı çatı altında toplayarak (JIATF)¹⁵ mümkün olan en hızlı şekilde farklı kurumların farklı kaynaklarından gelen bilgilerin birleştirilerek üzerine harekete geçilebilir istihbarata (actionable intelligence) çevirebilmesi; diğer yanda da yeni gelişen ve yaygınlaşan cep telefonu ve insansız hava araçları gibi teknolojilerin sunduğu imkanlardan da hasma ilişkin mümkün olan en çok bilginin toplanması ve analiz edilmesi için yararlanıl-

gence system that decides who to bomb in Gaza”, **El Pais**, April 17, 2024, <https://english.elpais.com/technology/2024-04-17/lavender-israels-artificial-intelligence-system-that-decides-who-to-bomb-in-gaza.html> (Erişim Tarihi: 30.09.2024);

Ayrıca bkz. RENIC / SCHWARZ.

¹³ Yerleşik angajman zincirinden (kill chain) çok daha karmaşık bu yapı (kill web/kill matrix) için bkz. ANTAL John, **Next War: Reimagining How We Fight**, Casemate Publishers, Havertown, 2023, ss. 69-83.

¹⁴ ANTAL, s.59; AHRONHEIM Anna, “Israel’s operation against Hamas was the world’s first AI war”, **The Jerusalem Post**, May 27, 2021, <https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/gaza-news/guardian-of-the-walls-the-first-ai-war-669371> (Erişim Tarihi: 30.09.2024); Tsahal’ın 2021 harekâtı ve sonrasında tehdit uyarısı/durumsal farkındalık ve istihbarat analizi/hedef belirleme amacıyla kullandığı yapay zekâ temelli programlar hakkında bkz. MIM-RAN Tal / DAHAN Gal, “Artificial Intelligence in the Battlefield: A Perspective from Israel”, **Opinio Juris**, April 20, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/20/artificial-intelligence-in-the-battlefield-a-perspective-from-israel/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

¹⁵ Joint Inter-Agency Task Force

ması.¹⁶ 3 yıl içerisinde IMINT, COMINT, HUMINT gibi istihbarat kaynaklarından¹⁷ gelen bilgilerin, yeni geliştirilen birçok yazılım yardımıyla toplandığı, filtre ve analiz edildiği bu yapı, F3EAD diye kısaltılan hedefleme sürecini¹⁸ haftalarla ölçülen bir süreden sadece saatler içinde tamamlanan ve kendini çok hızlı bir şekilde besleyen dinamik bir döngüye dönüşmüştür.¹⁹

‘Görev gücünü destekleyen ve her tür istihbaratı, yüksek değerli hedeflerin yaşam rutini ve yerleri hakkında belirli ve üzerine harekete geçilebilir istihbaratı sağlamak üzere birbirine entegre edebilen çok sağlam bir istihbarat sistemi kurulmuştu. Görev gücü operatörleri bu istihbarata dayanarak saptanan hedeflere yönelik operasyonlar düzenlemekteydiler ki bu operasyonlarda elde edilen yeni bilgiler çoğunlukla aynı gece takip eden diğer operasyonların icra edilmesine olanak sağlamaktaydı. Zira oluşturulan yapı, operasyon alanında elde edilen istihbaratın hızlıca işlenmesine, eldeki bilgilerle entegre edilmesine ve üzerine harekete geçilebilir yeni istihbarat oluşturulmasına olanak sağlamaktaydı.’²⁰

21. Yüzyılın başında iletişim, sensör ve bilgi teknolojilerinde yaşanan gelişmelerle mümkün hale gelerek ilk olarak Irak ve Afganistan’da devlet dışı silahlı aktörlere karşı yürütülen çatışmalarda siviller arasına karışan savaşıncıları ve lider kadroları tespit ve etkisiz hale getirmek için özel kuvvetlerce hayata geçirilen, bu gerçek zamanlı istihbarata göre şekillenen hızlı, etkili, veri temelli ve sürekli işleyen hedefleme süreci bugün artık sadece gayri nizami harplerin değil konvansiyonel harplerin de yürütülüş şekli haline gelmiştir.²¹

¹⁶ NAYLOR, ss. 242, 249 ve 258.

¹⁷ IMINT (görüntü istihbaratı), COMINT (iletişim istihbaratı) ve HUMINT (İnsan istihbaratı) ve diğer istihbarat kaynakları hakkında bkz. LOWENTHAL Mark / CLARK Robert, **The 5 Disciplines of Intelligence Collection**, CQ Press, Washington, 2016.

¹⁸ Find, Fix, Finish, Exploit, Analyse & Disseminate: Bul, Sabitle (takip et), Vur, Yararlan, Analiz et ve Yay.

Taktik seviye ve özel kuvvet operasyonları için tavsiye edilen bu süreç gerek taktik gerekse de operatif seviyede benzer eylemleri içeren ancak farklı şekilde adlandırılan adımlardan oluşan hedefleme süreçleriyle ve genel olarak müşterek hedefleme döngüsü (JTC) olarak ifade edilen temel süreçle özünde örtüşmektedir. Bu farklı süreçlerin detayları için bkz. **AJP-3.9 Allied Joint Doctrine for Joint Targeting**, NATO Standardization Office, November 2021. ss.1-14, 3-1 - 5-10.

¹⁹ NAYLOR, ss. 264-265.

²⁰ PETRAEUS David / ROBERTS Andrew, **Conflict, The Evolution of Warfare from 1945 to Ukraine**, William Collins Publishers, Glasgow, 2023, s. 325.

²¹ MARTIN Mike, **How to Fight a War**, Hurst Publishers, London, 2023, ss. 198-199.

Dünya çapında silahlı kuvvetlerin C4ISR²² mimarisi üzerinde işleyen ağ tabanlı muharebe konseptine (network-centric warfare)²³ geçtiği dönemde sadece devlet dışı aktör ağlarıyla asimetrik mücadelelerin değil konvansiyonel harplerin de ağlar üzerinden icra edileceği açıktır.

II. BİR ASKERİ GEREKLİLİK OLARAK HEDEFLEME SÜRECİNDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI GEREKSİNİMİ

Gerçekten de Gen. McChrystal'ın zamanın teknolojik imkanlarını ve farklı kurumlar arasındaki etkileşimi en yüksek seviyede oluşturduğu ağ dahilinde işleyen hedefleme süreci, silahlı çatışmalarda her seviyede (stratejik, operatif ve taktik) hasmın yenilmesi için gerekli olan onun muharebe kabiliyetlerine saldırma ve yok etme faaliyetlerinin temelindeki eylemdir.²⁴ Bu süreç, potansiyel hedef(ler)in ve arzu edilen etkinin belirlenmesi, belirlenen hedeflerin askeri hedef olup olmadığının tespiti, arzu edilen (kinetik ya da kinetik olmayan) etkiyi üretecek en uygun kabiliyetin seçimi, seçilen muharebe kabiliyetinin uygulandığı askeri operasyonun icrası, bunun akabinde yaratılan etkilerin değerlendirilmesi ve elde edilen bilginin tekrar hedefleme sürecine dahil edilerek bir döngü halinde işlemesi şeklinde ilerler.²⁵

Yürürlükteki NATO AJP-3.9'a göre müşterek (temel) hedefleme döngüsü (süreci) (JTC)²⁶ aşağıdaki gibi işlemekte olup ayrılmaz bir şekilde müşterek istihbarat, gözlem ve keşif (JISR) sürecine bağlıdır.²⁷

²² Command, control, communications, computers, intelligence, surveillance, reconnaissance.

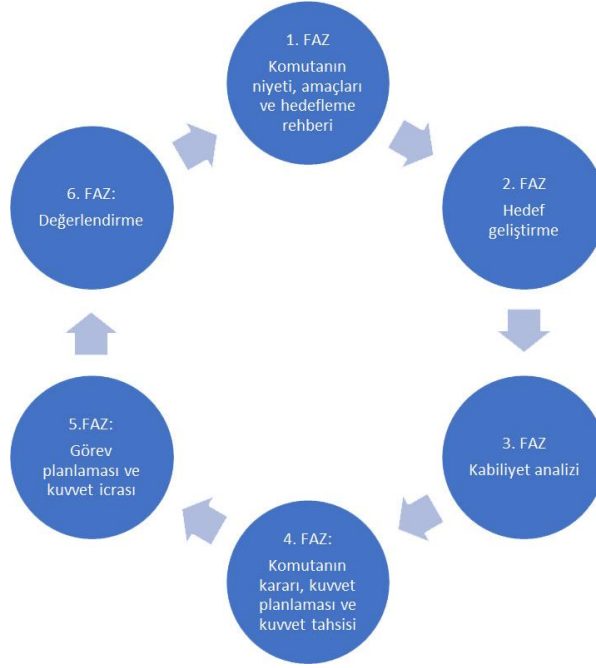
²³ SMITH Jr. Edward A., 'Network-centric Warfare', *Naval War College Review*, Vol. 54, No. 1, 2011, <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2391&context=nwc-review> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)

²⁴ CORN Geoffrey / HANSEN Victor / et al., *The Law of Armed Conflict, An Operational Approach*, Wolters Kluwer, Dordrecht, 2012, s. 161.

²⁵ CORN / HANSEN /et al., s. 161.

²⁶ Bu süreç, bir silahlı çatışmanın başlamasından çok önceden de yapılmaya başlanan planlanmış hedefleme süreci (deliberate targeting) gibi bir kez silahlı çatışma başladıktan sonra ortaya çıkan ve muharebe alanındaki değişikliklere göre şekillenen, F2T2EA fazlarından oluşan dinamik hedefleme sürecine (dynamic targeting) içerik olarak benzemektedir. *Air Force Operations & The Law, A guide for air, space & cyber forces*, 2nd ed., AFJAGS Press, Maxwell, 2009, ss. 253, 259.

²⁷ *AJP-3.9*, ss. 1-14.



Hedefleme sürecinin 1.'den 5. faza kadar olan adımları, saldırılacak hedeflerin belirlenmesi ve doğrulanmasına yönelik olarak çok farklı kaynaklardan gelen ve sürekli güncellenen yoğun istihbarat akışı ile şekillenmektedir. Bu sebeple özellikle 'hedef geliştirme' fazı ve buna mündemiç hedef doğrulama adımı dahilinde hedef istihbaratı üretim oldukça zaman alabilen bir faaliyettir.²⁸ Buna bir de hasmın hedef üretimini zorlaştırmak için uyguladığı maskeleye ve aldatma tedbirleri ile sivil yoğun meskûn mahale konuşlanma gibi yöntemleri²⁹ benimsemesi eklenince askerî harekâtın başarıya erişmesi için saldırılması gereken doğru hedeflerin siyasi, askeri ve hukuki mülahazalara uygun olarak belirlenmesi sürecinin çok zaman alacağı aşikardır.

Oysa Albay Antal'ın da ifade ettiği gibi savaşta zaman çok önemlidir. Çok geç algılamak ve harekete geçmek yenilgi demektir. Gözlemler, yönel,

²⁸ **AJP-3.9**, ss. 1-15, 1-16 ve özellikle 2-1 - 2-6.

"İstihbarat hedefleme sürecinin her fazında rol oynamaktadır. Bazı fazlarda (hedef geliştirme gibi) baş rolü oynarken diğerlerinde (planlama ve kuvvet tahsisi gibi) baş yardımcı roldedir." bkz. EKELHOF Merel, "Lifting the Fog of Targeting: "Autonomous Weapons" and Human Control through the Lens of Military Targeting", **Naval War College Review**, Vol. 71, No. 3, 2018, s. 75.

²⁹ Modern hareketlerde maskeleye, aldatma ve bu minvalde meskûn mahale konuşlanmanın önemi hakkında bkz. ANTAL, ss. 15-31, 138-139.

karar al ve uygula adımlarından oluşan karar alma döngüsünün (Observe - Orient - Decide - Act / OODA cycle) hasımdan daha hızlı kapatılması, inisiyatifin ele geçirilmesi ve korunması demek olup zaferi getirecek avantajı sağlamaktadır.³⁰

Günümüzün kara, hava, deniz, uzay, bilgi/elektromanyetik/siber uzaydan oluşan çoklu ortamda icra edilen hareketlerinde (multi domain operations) farklı ortamlardan farklı yöntemlerle toplanan istihbarattan ortak bir operasyonel resim oluşturularak tüm karşı tedbirlere rağmen hasmın savaş düzeninin, niyetinin ve olası planlarının en hızlı biçimde anlaşılması ve buna istinaden hasmın planlarını bozacak şekilde hızla hareket edilmesi (karar alma döngüsünün hızlıca kapatılması) ve böylece hasmın karar alma döngüsü için girilerek inisiyatifin ve operasyon temposunun ele geçirilmesi büyük önemi haizdir.³¹ Nitekim askeri doktrinlerin de bu yaklaşıma göre güncellendiği görülmektedir. Örneğin Birleşik Devletler Ordusu'nun Harekatlar Doktrin Belgesine göre, çoklu ortamda icra edilen modern askeri hareketlerin planlama ve icrasının temel ilkelerinden biri olan eşzamanlılık ilkesine uygun olarak kuvvetler, tüm ortamlarda (özellikle fiziksel ortamların yanında bilişsel ve siber alanda) eşzamanlı olarak, hasmı fiziksel ve psikolojik olarak tüketecek ikilemler yaratacak şekilde hareket etmelidir.³² Oysa hem hedeflerin belirlenmesi hem de belirlenen hedefler üzerinde çoklu ortamda kinetik ve kinetik olmayan etkilerin makine hızında bir araya getirilmesi ve senkronizasyonu, insan beyninin algılama ve karar alma kabiliyetinin sınırı dikkate alındığında ancak yapay zekâ yardımıyla mümkün olabilmektedir.³³

³⁰ ANTAL, ss. 30 ve 115; MARTIN, s. 206.

³¹ Bu durum ancak yakın zamanda mümkün olabilmiştir. Zira günümüze kadar sensör ve silahlar aracılığıyla karar alma döngüsünün sadece gözlemlerle ve harekete geç adımlarına odaklanılmış olsa da büyük veri, makine öğrenmesi ve yapay zekâ gibi teknolojilerdeki gelişmeler sayesinde bugün artık yönlenme ve karar adımlarında da önemli gelişmeler yapılabilir hale gelmiştir. GALDORISI George / TANGREDI Sam, **Algorithms of Armageddon**, Naval Institute Press, Annapolis, 2024, ss. 105-106.

³² Örnek olarak bkz. **Army Doctrine Publication 3-0, Operations**, Dept. of the Army, 2019, Washington D.C., ss. 3-12.

³³ Aynı yönde bkz. ANTAL, ss. 63, 70-71.

“Modern teknolojilerdeki gelişmeler silahlı kuvvetlerin faaliyetlerini yürütüş şekilleri üzerinde geniş ve derin değişimlere sebep olmuştur. Bu değişimler geçen yıllarda veri toplama teknolojisinde yaşanan kuantum sıçramalarıyla mümkün olmuştur. Bununla beraber bu büyük gelişme, elde edilen verileri hızlıca işleyebilmek için insan yeteneklerinde hayata geçirilen geliştirmeler ile desteklenmemektedir. Oysa birçok silahlı kuvvetin veri toplamadan maksimum şekilde yararlanması, komutanın ve kurmayının artık onların erişimde olan devasa büyüklükteki bilgiyi etkin şekilde toplama, işleme ve analiz etmek suretiyle harekete geçebilmesine

Modern savaş alanlarında yüksek değerli ve öncelikli hedeflerin, önemli silah sistemi ve platformların bulunması, takip edilebilmesi ve saldırı altına alınması (kısaca hedefleme döngüsünün işletilmesi) farklı kaynaklardan gelen ve birbirine benzemeyen veri setleri üzerinden analiz yapma yeteneğini sağlayan bilişim teknolojileri sayesinde gerçekleşmektedir.³⁴

Bu açıdan yaklaşıldığında Lavender ve Gospel sistemlerinin Tsahal için önemi aşıkardır: Zira asimetrik muharebe yöntemleri kullanan ve siviller arasına saklanan hasımların arz ettiği potansiyel hedefleri saptamak için objeler ve özellikle de kişiler üzerinde olabildiğince ayrıntılı ve yoğun bilgi toplamak zorunda olan ve Gazze, Batı Şeria ve Güney Lübnan gibi coğrafi açıdan sınırlı büyüklükteki potansiyel harekât bölgelerinde de sahip olduğu teknolojiler sayesinde bunları toplayabilen bir kuvvet,³⁵ çok büyük miktarlarda ilişkilendirilmesi ve işlenmesi gereken bilgiyi elde etmektedir. ‘İsrail, daha önce işgal altında tuttuğu Gazze’de herhangi modern bir çatışmadaki tesis edilmiş en yoğun istihbarat ağına sahiptir. İnsanlı ve insansız uçaklar bölgeyi neredeyse sürekli olarak izlemekte ve oldukça büyük miktarda iletişim ve elektronik istihbarat toplamaktadır. Diğer istihbarat toplama yöntemleri uydulardan görüntü elde etme, sahadaki askerlerden gelen operasyonel bilgiler ve birçok Batı hükümetinin sağladıklarından oluşmaktadır. Tsahal’in onlarca yıldır Filistinliler üzerindeki gözetlemelerden elde ettiği bilgi arşivi³⁶ ile birleştirildiğinde bu, modern muharebe ortamında sahip olunabilecek mükemmele en yakın istihbaratı teşkil etmektedir.³⁷ Elde bulunan bu aşırı miktardaki istihbarat ise, veriyi üzerinde harekete geçilebilir tarzda istihbarata çevirme yeteneğini ciddi şekilde sakatlamaktadır. Kameralardan, radardan, telefonlardan ve diğer sensörlerden gelen ham veri tasnif edilmeli, temizlenmeli ve uygun yerlere değerlendirme için gönderilmelidir. Filtreleme/tasnif etme ve temizleme-

bağlıdır... artık savaş alanında toplanabilen büyük hacimli veri, otomatize olmayan (yani insan) sistemlerin zamanında analiz ve bu analiz üzerine harekete geçme kabiliyetinin çok zurendendir.” STEWART Darren, “Maximising Compliance with IHL and the Utility of Data in an Age of Unlimited Information: Operational Issues”, in SAXON Dan (ed.), **International Humanitarian Law and the Changing Technology of War**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2013, ss. 172 ve 178.

³⁴ PETRAEUS / ROBERTS, s. 407.

³⁵ SCHMITT Michael N. / MERRIAM John J., “The Tyranny of the Context: Israeli Targeting Practices in Legal Perspective”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 37, 2015, ss. 67 ve 78.

³⁶ Blue Wolf ve Red Wolf programları üzerinde işleyen Wolf Pack sistemi altında Filistinlilerin tüm kişisel bilgilerinin toplandığı ve işlemek üzere depolandığı hakkında bkz. ROSEN.

³⁷ NOAH.

nin artık elle (insanlar tarafından) yapılması imkansızdır ve yapay zekanın bu aşamada devreye girmesi gerekmektedir. Temizlemeden sonra elde edilen istihbarat bir araya getirilir analiz edilir ve üzerinde harekete geçirilebilecek istihbarata çevrilir. Bu noktada da analiz için olasılıksal örgü tanıma (probabilistic pattern recognition) modeline göre çalışan yapay zekâ programları kullanılacaktır.³⁸ Böylece özellikle meskûn mahallerdeki muharebe alanlarında bu yapay zekâ araçları, objelerin tasnif edilmesinde, anormalliklerin tespitinde ve belirli bir güvenilirlik seviyesine kadar öngörüle bulunarak gördüklerinden ne anlamaları gerektiğine yönelik şüpheyi gidermede ve belirsizlik ortamında karar almaya yardımcı olacaklardır.³⁹

Bütün bu yapay zekalı karar destek araçlarının hedefleme sürecinin önemli faz/adımlarında esaslı roller oynayacağı açıktır.⁴⁰ Uzmanlar, Tsahal'ın (bu kapsamda özellikle hedefleme sürecine tabi tutularak önceden planlanan hedeflere -delibarete targeting- saldırma kabiliyeti olan İsrail Hava Kuvvetleri'nin) detayları açıklanmayan ve esasında 10 fazdan oluşan hedefleme sürecinin basitçe aşağıda gösterilen 4 fazda ifade edilebileceğini belirtmektedir.⁴¹

³⁸ NOAH.

Tsahal'ın gizli Birim 8200'ünün Veri Bilimleri ve Yapay Zekâ merkezi komutanı Albay Yoav'ın 2021 yılında Tel Aviv Üniversitesi'nde verdiği bir derste kullandığı yansılardan, elde edilen verilerin ilişkilendirilmesine istinaden programların nasıl kişilerin olasılıksal olarak Hamas'la bağlantısını kurduğu hakkında bkz. ABRAHAM.

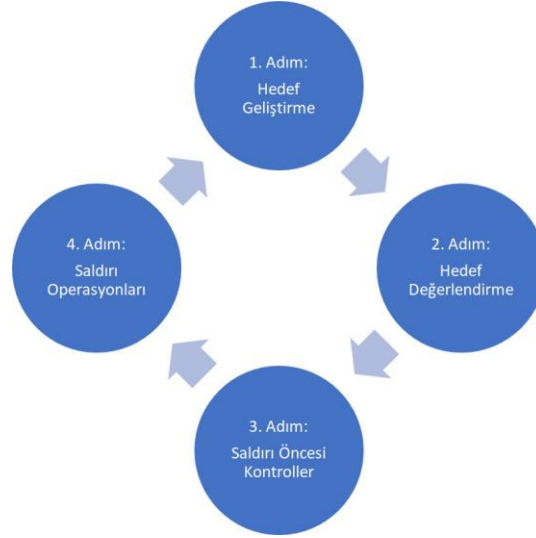
³⁹ Benzer bir tespit için bkz. DEEKS Ashley, "Coding the Law of Armed Conflict: First Steps", in WAXMAN Mathew / OAKLEY Thomas (eds.), **The Future Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2022, ss. 44-45.

⁴⁰ Bu karar destek sistemlerinin hedefleme sürecinin işletilme mekanizması üzerinde de etkileri olmuştur. Nitekim Tsahal'ın eski Genel Kurmay Başkanı Gen. Aviv Kochavi, yapay zekâ destekli hedefleme sürecinin işletilmesi için 2020 yılında yüzlerce asker ve subaydan oluşan Hedefleme Direktörlüğü'nün kurulduğunu ve 2021 tarihli 11 gün süren Guardian of Walls harekâtında 1 günde 100 hedef geliştirilip bunlardan 50 tanesine saldırıldığını; kıyaslamak açısından da sistemi kullanılmadığı önceki zamanlarda Gazze için yılda ancak 50 hedef geliştirilebildiğini açıklamıştır. LESHEM Ron, "IDF possesses Matrix-like capabilities, ex-Israeli army chief says", **Ynet News**, June 30, 2023, <https://www.ynetnews.com/magazine/article/ry0uzlhu3> (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

⁴¹ SCHMITT / MERRIAM, ss. 74-81.

Bu temel sürecin ihdas edilen Hedefleme Direktörlüğü altında işletilen yeni yapılanmada geçerliliğini yitirdiğine yönelik bir bilgi bulunmamaktadır. Aksine Tsahal'ın resmî açıklamaları, bu sürecin devam ettiğini doğrular bir görünüm arz etmektedir. Bkz. **The IDF's Use of Data Technologies in Intelligence Processing**.

Açıklamada, istihbaratın öne çıktığı hedef geliştirme ve operasyonel mülahazaların öne çıktığı hedef değerlendirme adımlarının ve bu adımlardaki farklı karar alıcıların varlığının zımnen de olsa vurgulandığı dikkat çekmektedir.



Hedef geliştirme ve hedef değerlendirme adımları, üzerinde saldırı icra edilecek potansiyel hedeflerin tam olarak belirlenmesi ve bunların silahlı çatışmalar hukukunun hedefleme hukuku kurallarına uygun olarak hedef niteliğine sahip olduğunun doğrulanması amacıyla, diğerlerinin yanında, birçok kaynaktan gelen istihbarat birleştirilmesi ve analiz edilmesi faaliyetlerini de içermektedir.⁴² Dolayısıyla yeni bilgilerin elde edilmesini müteakiben makine hızında sürekli güncellenen Gospel ve Lavander'in bu adımlarda kullanılıyor olduğu kabul edilebilir.⁴³ Bu programlara ek olarak Fire Factory adlı başka bir aracın, hedefin hangi silahla ne zaman ve ne öncelikte vurulması gerektiği konusunda hedef geliştirme ve değerlendirme adımlarında (JTC kapsamında hedef geliştirme, kabiliyet analiz ve kuvvet planlaması, 2., 3. ve 4. Fazlar) kullanıldığı yönünde bilgiler de mevcuttur.⁴⁴ Hedefleme sürecinin en temel adımlarında bu sistemlerden yararlanılmasının hedefleme sürecinin işleyişini hızlandıracağı; bunun neticesinde tam da amaçlandığı üzere hedeflenen hasmın karar alma döngüsünün içine girilerek onun yenilmesi için gereken koşulları sağlayacağı açıktır.

⁴² SCHMITT / MERRIAM, ss. 74-78.

⁴³ "IDF tarafından hedefleme sürecinin bir parçası olarak geliştirilen, hizmete alınan ya da kullanılan teknolojik olanaklar da dahil tüm araçlar ve yardımlar...", **The IDF's Use of Data Technologies in Intelligence Processing**.

"Gospel ve Lavander gibi yapay zekâ hedefleme sistemlerinin IDF tarafından kullanımı hedefin hayat döngüsünün başlangıç aşamalarına özgülenmiştir." MIMRAN / DAHAN.

⁴⁴ MIMRAN / DAHAN.

Nitekim İsrail Hava Kuvvetlerinin açıklamalarına göre 8 Ekim’de hava hareketinin başlamasından 20 saat sonra 800 hedef, 100 saat sonra ise 3600 hedef (komuta kontrol hedefleri, stratejik askeri altyapı, silah üretim tesisleri, istihbarat araçları, lider kadrolar, denizde üstünlüğü ele geçirmeye yönelik hedefler ve roket sistemleri hedefleri gibi) imha edilmiştir.⁴⁵ Harekatın başlamasını müteakiben ilk 48 saatte askeri altyapı, silah üretim tesisi gibi uzun süreden beri hakkında istihbarat toplanan ve hedef geliştirmesi ve değerlendirilmesi çok büyük oranda önceden tamamlanmış yüksek öncelikli hedeflerin vurulduğu (planlı hedefleme) düşünülecek olsa bile ilerleyen saatlerde sürecin dinamik hedeflemeye döndüğü kabul edilmelidir.⁴⁶ Bu hibrid durumda dahi ilk 100 saatte 3600 hedefe ulaşılması 36 hedef/saat gibi bir ortalama işaret etmektedir.⁴⁷ Harekatın 840. saatinde (35. Gününde) vurulan hedef sayısı 15000 olarak açıklanmıştır ki bu da çok büyük oranda dinamik hedefleme yapılan bir durumda 17 hedef/saat gibi bir ortalamanın tutturulduğu anlamına gelmektedir.⁴⁸ Şüphesiz ki bu oran sadece 15 yıl önce yüksek başarı olarak değerlendirilen ve benzer hedeflere karşı işletilen JSOC’un hedefleme döngüsünün birkaç saatte 1 hedef olan dinamik hedefleme hızının kat be kat üzerine çıktığını açıkça ortaya koymaktadır.

İlk bakışta yüksek teknoloji kullanımıyla ulaşılmak istenen amaç hasıl olmuş, hedefleme süreci yapay zekâ ve bilgi işleme teknolojilerindeki gelişmeler sayesinde hasım karşısında askeri avantajı sağlayacak performansı sunmuş gibi gözükmektedir.⁴⁹

⁴⁵ <https://x.com/IAFsite/status/1712484259636846925> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

⁴⁶ Aynı yönde bkz. NOAH.

⁴⁷ ELLIOTT Christopher, “Expedient or Reckless? Reconciling Opposing Accounts of the IDF’s Use of AI in Gaza”, *Opinio Juris*, April 26, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/26/expedient-or-reckless-reconciling-opposing-accounts-of-the-idfs-use-of-ai-in-gaza/?s=03> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

⁴⁸ ABRAHAM, “A mass assassination factory”.

⁴⁹ Yapay zekalı hedefleme programları ile çalışan yeni hedefleme direktörlüğü Tsahal’ın daha önceki hareketlerde yaşadığı ve Hamas üyelerinin hızlıca yer altına çekilmesi neticesinde bir süre sonra saldırılacak hedef bulunamaması kronik sıkıntısını çözmüştür: bkz. DAVIES Harry / McKERNAN Bethan McKernan / SABBAGH Dan, “The Gospel’: how Israel uses AI to select bombing targets in Gaza”, *The Guardian*, December 1, 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/01/the-gospel-how-israel-uses-ai-to-select-bombing-targets> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

III. HEDEFLEME SÜRECİNDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMININ İNSANCILLIK İLKESİ KAYNAKLI SINIRLARI VE İSRAİL'İN UYGULAMALARI

Tüm bu 'başarı' tablosuna rağmen yapay zekalı askeri karar destek sistemlerinin askeri karar alma ve özellikle de hedefleme süreçlerinde kullanımının, sistemin mündemiç yetersizliklerinden, insan-makine etkileşimindeki zorluklardan, giderek artan hızda (makine hızında) işleyen karar alım süreçlerinin insana düşünme zamanı ve alanı bırakmamasından ve makinenin vardığı sonuca temayül etmeye sebep olmasından dolayı yaratabileceği sorunların altı bir süredir çizilmektedir.⁵⁰ Bu mülahazaların Gospel, Lavender ve diğer araç ve yardımların Gazze'de icra edilen harekatta kullanımında da geçerli olduğu kabul edilmelidir.⁵¹

Teorik olarak, silahlı çatışmalar hukukunun hedefleme ve silah hukuku alt branşlarının basit ve fakat muharebe koşullarında uygulaması çetrefilli⁵² kurallarıyla şekillenen hedefleme süreci, farklı adımlarda/fazlarda farklı kişilerin aldığı kararlar ve her fazda askeri hukuk müşavirinin gözetiminde işleyen bir döngüdür. Hedefleme hukukunun sadece askeri hedef ve muharriplerin doğrudan hedef alınabileceğine yönelik ayırt etme ilkesi, saldırılarda arızı zarar ve kayba neden olmamak ya da bunu en aza indirmek için gereken önlemleri alma yükümlülüğü ile saldırılarda oluşması kaçınılmaz olan arızı zarar ve kaybın bu saldırı ile elde edilmesi beklenen somut ve belirli askeri avantajla orantılı tutulması zorunluluğu bu sürecin hukuki rejimini oluşturmaktadır.⁵³ Batı doktrininde icra edilen hedefleme süreci boyunca askeri hukuk müşavirleri özellikle hedefin belirlenmesi, doğrulanması ve angajmanı adımlarında (JTC kapsamında özellikle 2., 3.ve 4. fazlar) hedefleme faaliyetlerinin silahlı çatışmalar hukuku kurallarına uygun olmasını sağlamak üzere görevlendirilmektedir.⁵⁴ Buna ek olarak kritik kararların

⁵⁰ Bkz. MICHEL Arthur Holland, **Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making**, ICRC, April 2024, ss. 4-7; **Artificial Intelligence and Related Technologies in Military Decision Making on the Use of Force in the Armed Conflicts**, ss. 15-18; ROSEN.

⁵¹ Benzer yönde bkz. MIMRAN / DAHAN.

⁵² Benzer bir tespit için bkz. SCHMITT.

⁵³ SCHMITT. Ayrıca bkz. **AJP-3.9**, ss. 1-23, 1-24; Detaylar için bkz. CORN / HANSEN et al., ss. 164-189.

⁵⁴ **AJP-3.9**, s. 1-23. Birleşik Devletler askeri doktrini özelinde aynı yönde bkz. CORN / HANSEN et al. s. 164.; Askeri hukuk müşavirinin planlı ve dinamik hedefleme süreçlerinin fazlarında görevleri hakkında örnek olarak bkz. **Air Force Operations & The Law, A guide for air, space & cyber forces**, ss. 253-263.

alınması, sürecin değişik aşamalarında farklı kişilerin sorumluluğundadır ve bu durum hedeflere saldırılmasında denge ve kontrol mekanizmasının birçok farklı noktada uygulanmasını sağlamaktadır.⁵⁵ Bu kapsamda tespit etme görevi olan istihbarat personeli ile bu tespit üzerine harekete geçecek olan harekât personelinin ayrı olması, yani kimin öldürüleceğine karar verenlerin öldürenlerle aynı kişiler olmaması, sürecin gerekçeli, mantıklı ve tutarlı işlemlerini sağlayan önemli bir tedbirdir.⁵⁶

Benzer bir mekanizmanın Tsahal'ın hedefleme sürecinde de işletildiği ifade edilmektedir.⁵⁷ Gospel ve Lavender programlarının istihbarat analizi neticesi ortaya çıkardığı potansiyel hedeflerin sadece birer öneri olduğu belirtilmektedir. Bu önerilerin bir hedef statüsüne girmesi ancak yetkili ve insancıl hukuk konusunda eğitilmiş bir analist incelemesi ve başka bir istihbarat subayının onayı sonucunda olmaktadır. Ayrıca Tsahal'ın yerleşik hedefleme prosedürlerine uygun olarak bu hedef geliştirme adımı sonrasında görev planlama hücrelerinde yapılan hedef değerlendirme ve sonrasındaki saldırı öncesi kontroller adımlarında farklı uzmanların (ki bunlar arasında askeri hukuk müşavirleri ve vardır) ve nihayetinde saldırı kararını alan ilgili komutanın özellikle saldırıda alınacak önlemler ve orantılılık yükümlülüklerine yönelik değerlendirmeleri ve kararı ile saldırı icra edilmektedir.⁵⁸ Lavender ve Gospel'in en uygun saldırı aracı ve yöntemi belirleme ve arızı zarar tahmini yapma özelliği bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.⁵⁹ Bununla beraber bu kabiliyeti haiz başka karar alma yardımlarının bu programlara beraber işletilmesi mümkün görülmektedir ve bu durumda hedefleme sürecini işleten personele hızlı ve hukuka uygun karar alma konusunda büyük kolaylık sağlayacağı açıktır.⁶⁰ Her halükârda, Tsahal'ın resmi açıklamaları ve yerleşik prosedürlerinden ortaya çıkan hedefin kesinleştirilmesi, buna saldırı kararı ve yöntemi ahlaki fail olan komutan ve uzmanlar tarafından alınmakta ve şekillendirilmekte olduğu, böylece sürecin işleyişinde anlamlı bir insan kontrolünün hâkim kılındığıdır.⁶¹

⁵⁵ EKELHOF, s. 83.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. ELLIOT.

⁵⁷ SCHMITT / MERRIAM.

⁵⁸ SCHMITT; *The IDF's Use of Data Technologies in Intelligence Processing*.

⁵⁹ Bkz. SCHMITT; NOAH.

⁶⁰ Genel olarak karar destek programlarının hedefleme sürecinde hukuka uygunluğu sağlamakta yararlı olacağı hakkında bkz. DEEKS, ss. 46-47.

⁶¹ MIMRAN / DAHAN.

Dolayısıyla Gospel, Lavander ve diğer kara alma yardımcılarının Tsahal'ın yerleşik ve hukuka uygun işleyen (ya da uzun yıllardır bu yönde kuvvetli bir algı yaratmaya çalıştığı) hedefleme sürecine entegrasyonunun başarılı olduğu; arzu edildiği gibi askeri gereklilik çerçevesinde hızlandırılan sürecin insancılık ilkesi ışığında hedefleme hukukunun öngördüğü rejime uygun olarak işlemesi için gerekli kontrol ve denge mekanizmalarına sahip olduğu rahatlıkla söylenebilir.⁶²

Bununla beraber gerek +972 Magazine'e konuşan Tsahal mensupları, gerek de sahada tanık olunan olgular teoride olanla harekatta hayata geçirilen arasında ciddi bir tutarsızlık olduğuna delalet etmektedir. Lakin Tsahal'ın önceki uygulamaları ışığında bu tutarsızlığın, yapay zekalı karar destek programlarının entegre edilmiş olduğu hedefleme sürecinin ortaya çıkardığı sistemik bir sorun kaynaklı olduğunu düşünmek için bir sebep bulunmamaktadır.

Nitekim hiç de yapay zekanın sağlayabileceği hesaplar ve önerilerden yararlanılmamış gibi gözükten, orantılı arızı kayıp ve zarar tahminine ilişkin daha ziyade keyfi ve genel geçer şekilde belirlenmiş değerlerin kabul edilmesi; özellikle psikolojik etki yaratması amacıyla, sağladığı askeri avantaj ve sebep olduğu arızı zarar dengesine bakılmaksızın çok katlı binaların hedef alınması (Dahiya Doktrini), silah seçiminde yüksek infilaklı ağır ve çoğu zaman da güdümsüz uçak bombalarının kullanımı⁶³ hedefleme süreci işletilirken, yerleşik mekanizmanın kontrol ve denge unsurlarının doğrudan devreden çıkacağı ya da dizayn edildiği gibi işleminin neredeyse imkansız olacağı bir amacın stratejik seviyede (hükümet politikası olarak) belirlenmiş olduğu; bu amaca ulaşmak için kullanılan yöntemlerin sebep olduğu yanlışlık ve hukuka aykırılıklarının da yetkili askeri personel tarafından askeri etik kuralları hiçe sayılarak göz ardı edildiği bir ortamın varlığına işaret etmektedir. Kısaca sorun insan-makine iş birliği ile işleyen bir sürecin yetersizliklerinden değil ve fakat insanın kötü niyeti ve umursamazlığından kaynaklanmakta gibi görünmektedir.

⁶² Aynı yönde bkz. SCHMITT.

⁶³ Detaylar için bkz. ABRAHAM, "A mass assassination factory" ve ABRAHAM, "Lavender".

SONUÇ

Gerçekten de Prof. Schmitt'in de ifade ettiği gibi 'her silahta olduğu gibi onların kullanımını destekleyen teknolojik altyapı da hukuku, belirlenen politikaları ve makul olanı ihlal edecek şekilde kötüye kullanılabilir.'⁶⁴ Görüldüğü kadarıyla 7 Ekim terör saldırıları travmasının etkisiyle stratejik seviyede Hamas'ı 'tamamen yok etme amacının' belirlenmesi neticesinde hedefleme ve saldırı süreci, hedef setinin büyük oranda Hamas'ın muharebe gücünü oluşturan, en alttan en üst seviyeye kadar her bir militandan müteşekkil bir yapıya büründüğü bir hal almıştır. Oysa Gazze gibi nüfus yoğunluğunun yüksek olduğu bir yerde, sayıları 10.000'lere ifade edilen bu tipte bir hedefi, yapay zekalı karar destek sistemlerinin hedefleme sürecini hızlandırdığı yüksek tempolu bir harekatta doğrulamak ve etkisiz hale getirmek, Hedefleme Direktörlüğü çerçevesinde yerleşik denge ve kontrol mekanizmalarının etkin işleyebilme koşullarının çok ötesindedir.⁶⁵ Belirlenen ve saldırılan hedef sayısı ve hedef /saat oranı, hedefleme sürecindeki denge ve kontrol mekanizmalarını oluşturduğu düşünülen makul sayıdaki yetkili personele ifa etmeleri gereken hukuki özen yükümlülüğünü yerine getirmek için makul kabul edilemeyecek bir zaman kaldığına işaret etmektedir.⁶⁶

Bu koşullarda Tsahal'ın Gazze operasyonlarında yapay zekâ temelli programların desteğinde yürüttüğü hedefleme süreci, stratejik seviyedeki belirlenen amaçlar ve buna bağlı olan hedef setinin etkisiyle hedeflemeyi rafine ederek hızlandırmaktan ziyade ne pahasına olursa olsun hedeflemeyi genişletmek ve hızlandırmak amacıyla işler hale gelmiştir.⁶⁷

Siyasilerin askeri hareketler için gerçekçi olmayan amaçlar belirlenmesi ve meslek etiğinin temel kurallarını içselleştirememiş askerlerin bu hedefe ulaşmak için elverişli olmayan yöntemleri, üstelik bunların eksikliklerini görmelerine rağmen uygulamaya geçirmekten geri durmamaları gibi açık hatalarda ve yanlışlarda ısrar etmelerinin ilk sonucu Gazze'deki mağdurların maalesef geri döndürülemeyecek ağır kayıplarıdır. Bununla beraber Tsahal'ın kendisine şiar edindiği 'dünyanın en etik ordusu' fikrine ve bunun

⁶⁴ SCHMITT.

⁶⁵ "OODA döngüsünün kısaltılması arzusu, Gazze gibi karmaşık meskûn mahal ortamları için uygun olmayabilir ve nihai bedeli sivillerin ödediği, ölümcül hata yapma mündemiç riskini taşımaktadır." BO / DORSEY.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. ELLIOTT; NOAH; ROSEN.

⁶⁷ NOAH.

üzerine inşa etmeye çalıştığı ethos'a⁶⁸ vurduğu ağır darbe aynı zamanda ortak değer ve idealler açısından dünyanın giderek bölündüğü, devletler arası rekabet ve çatışma riskinin arttığı bir dönemde silahlı çatışmalar hukukunun geleceği açısından da karanlık bir tablo çizmektedir.

⁶⁸ EASTWOOD James, **Ethics as a Weapon of War, Militarism and Morality in Israel**, Cambridge University Press, 2017, ss. 4-18.

KAYNAKÇA***Basılı Kaynaklar***

- Air Force Operations & The Law, A guide for air, space & cyber forces**, 2nd ed., AFJAGS Press, Maxwell, 2009
- AJP-3.9 Allied Joint Doctrine for Joint Targeting**, NATO Standardization Office, November 2021
- Army Doctrine Publication 3-0, Operations**, Dept. of the Army, 2019, Washington D.C.
- Artificial Intelligence and Related Technologies in Military Decision Making on the Use of Force in the Armed Conflicts**, ICRC, 2024
- ANTAL John, **Next War: Reimagining How We Fight**, Casemate Publishers, Havertown, 2023
- CORN Geoffrey / HANSEN Victor / et al., **The Law of Armed Conflict, An Operational Approach**, Wolters Kluwer, Dordrecht, 2012
- DEEKS Ashley, ‘Coding the Law of Armed Conflict: First Steps’, in WAXMAN Matthew / OAKLEY Thomas (eds.), **The Future Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2022, ss. 41-60
- EASTWOOD James, **Ethics as a Weapon of War, Militarism and Morality in Israel**, Cambridge University Press, 2017
- EKELHOF Merel, “Lifting the Fog of Targeting: “Autonomous Weapons” and Human Control through the Lens of Military Targeting”, **Naval War College Review**, Vol. 71, No. 3, 2018, ss. 61-94
- GALDORISI George / TANGREDI Sam, **Algorithms of Armageddon**, Naval Institute Press, Annapolis, 2024
- LOWENTHAL Mark / CLARK Robert, **The 5 Disciplines of Intelligence Collection**, CQ Press, Washington, 2016
- MARTIN Mike, **How to Fight a War**, Hurst Publishers, London, 2023
- MICHEL Arthur Holland, **Decisions, Decisions, Decisions: Computation and Artificial Intelligence in Military Decision Making**, ICRC, April 2024, ss. 4-7
- NAYLOR Sean, **Relentless Strike, The Secret History of Joint Special Operations Command**, St. Martin’s Press, New York City, 2015, s. 247
- PETRAEUS David / ROBERTS Andrew, **Conflict, The Evolution of Warfare from 1945 to Ukraine**, William Collins Publishers, Glasgow, 2023
- SCHMITT Michael N. / MERRIAM John J., “The Tyranny of the Context: Israeli Targeting Practices in Legal Perspective”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 37, 2015, ss. 53-139
- SMITH Jr. Edward A., ‘Network-centric Warfare’, **Naval War College Review**, Vol. 54, No. 1, 2011 ss. 59-75
- STEWART Darren, “Maximising Compliance with IHL and the Utility of Data in an Age of Unlimited Information: Operational Issues”, in SAXON Dan (ed.), **International Humanitarian Law and the Changing Technology of War**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2013, ss.171-186

İnternet Kaynakları

- “AI-assisted genocide’: Israel reportedly used database for Gaza kill lists”, **Aljazeera**, April 4, 2024, <https://www.aljazeera.com/news/2024/4/4/ai-assisted-genocide-israel-reportedly-used-database-for-gaza-kill-lists> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- <https://x.com/IAFsite/status/1712484259636846925> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- The IDF’s Use of Data Technologies in Intelligence Processing**, IDF, June 18, 2024, <https://www.idf.il/210062> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- ABRAHAM Yuval, “‘A mass assassination factory’: Inside Israel’s calculated bombing of Gaza”, **+972 Magazine**, November 30, 2023, <https://www.972mag.com/mass-assassination-factory-israel-calculated-bombing-gaza/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- ABRAHAM Yuval, “‘Lavender’: The AI machine directing Israel’s bombing spree in Gaza”, **+972 Magazine**, April 3, 2024, <https://www.972mag.com/lavender-ai-israeli-army-gaza/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- AHRONHEIM Anna, “Israel’s operation against Hamas was the world’s first AI war”, **The Jerusalem Post**, May 27, 2021, <https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/gaza-news/guardian-of-the-walls-the-first-ai-war-669371> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- BO Marta / DORSEY Jessica, “Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: The ‘Need’ for Speed - The Cost of Unregulated AI Decision-Support Systems to Civilians”, **Opinio Juris**, April 4, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/04/symposium-on-military-ai-and-the-law-of-armed-conflict-the-need-for-speed-the-cost-of-unregulated-ai-decision-support-systems-to-civilians/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- DAVIES Harry / McKERNAN Bethan McKernan / SABBAGH Dan, “The Gospel’: how Israel uses AI to select bombing targets in Gaza”, **The Guardian**, December 1, 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/01/the-gospel-how-israel-uses-ai-to-select-bombing-targets> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- DYER Evan, “Israel’s Gaza bombing campaign is the most destructive of this century, analysts say”, **CBC**, December 30, 2023, <https://www.cbc.ca/news/politics/israel-gaza-bombing-hamas-civilian-casualties-1.7068647> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- ELLIOT Christopher, “Expedient or Reckless? Reconciling Opposing Accounts of the IDF’s Use of AI in Gaza”, **Opinio Juris**, April 26, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/26/expedient-or-reckless-reconciling-opposing-accounts-of-the-idfs-use-of-ai-in-gaza/?s=03> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- KLONOWSKA Klaudia, “Israel-Hamas 2024 Symposium - Ai-Based Targeting In Gaza: Surveying Expert Responses And Refining The Debate”, **Articles of War**, June 7, 2024, <https://lieber.westpoint.edu/ai-based-targeting-gaza-surveying-expert-responses-refining-debate/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- LESHEM Ron, “IDF possesses Matrix-like capabilities, ex-Israeli army chief says”, **Ynet News**, June 30, 2023, <https://www.ynetnews.com/magazine/article/ry0uzlhu3> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- McKERNAN Bethan / DAVIES Harry / SABBAGH Dan, “‘The Gospel’: how Israel uses AI to select bombing targets in Gaza”, **The Guardian**, December 1, 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/01/the-gospel-how-israel-uses-ai-to-select-bombing-targets> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)

- McKERNAN Bethan / DAVIES Harry, “The machine did it coldly: Israel used AI to identify 37000 Hamas targets”, **The Guardian**, April 3, 2024, <https://www.theguardian.com/world/2024/apr/03/israel-gaza-ai-database-hamas-airstrikes> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- MIMRAN Tal / DAHAN Gal, “Artificial Intelligence in the Battlefield: A Perspective from Israel”, **Opinio Juris**, April 20, 2024, <https://opiniojuris.org/2024/04/20/artificial-intelligence-in-the-battlefield-a-perspective-from-israel/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- NOAH Sylvia, “The Israel Defense Forces’ Use of AI in Gaza: A Case of Misplaced Purpose”, **RUSI**, 4 July 2024, <https://www.rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/israel-defense-forces-use-ai-gaza-case-misplaced-purpose> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- PASCUAL Manuel, “Lavender, Israel’s artificial intelligence system that decides who to bomb in Gaza”, **El Pais**, April 17, 2024, <https://english.elpais.com/technology/2024-04-17/lavender-israels-artificial-intelligence-system-that-decides-who-to-bomb-in-gaza.html> (Erişim Tarihi: 30.09.2024);
- RENIC Neil / SCHWARZ Elke, “Inhuman-in-the-loop: AI targeting and the Erosion of Moral Restraint”, **Opinio Juris**, 19 December 2023, <https://opiniojuris.org/2023/12/19/inhuman-in-the-loop-ai-targeting-and-the-erosion-of-moral-restraint/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- ROSEN Brianna, “Unhuman Killings: AI and Civilian Harm in Gaza”, **Just Security**, December 15, 2023, <https://www.justsecurity.org/90676/unhuman-killings-ai-and-civilian-harm-in-gaza/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- SCHMITT Michael N., “Israel - Hamas 2024 Symposium - The Gospel, Lavender, and the Law of Armed Conflict”, **Articles of War**, June 28, 2024, <https://lieber.westpoint.edu/gospel-lavender-law-armed-conflict/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)
- STEWART Ruben / HINDS Georgia, “Algorithms of War: The use of artificial intelligence in decision making in armed conflict”, **ICRC**, 24 October 2023, <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2023/10/24/algorithms-of-war-use-of-artificial-intelligence-decision-making-armed-conflict/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024)

ANAYASA MAHKEMESİNİN TAKSİM YASAĞINA DAİR KARARLARI IŞIĞINDA ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI AÇISINDAN NORM DENETİMİNİN ÖNEMİ^(*)

Doç. Dr. Berke ÖZENC^(**)

Öz: Taksim Meydanı uzun yıllardan bu yana 1 Mayıs toplanmalarına kapalı. Bu yasakların dayanağını 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda yer alan, valilerin toplanma mekânlarını belirleme yetkisi oluşturuyor. Anayasa Mahkemesi, 2017 yılında verdiği norm denetimi kararında valilerin bu yetkisini anayasa uygun bulmakla beraber, yakın tarihli iki bireysel başvuru kararında 2014 ve 2015 yıllarında Taksim'de uygulanan yasakların başvuru sahiplerinin toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetti. Bu makalede ilk olarak Anayasa Mahkemesinin, valilerin toplanma mekânı belirleme yetkisini anayasaya uygun bulduğu norm denetimi kararı incelenecek ve bu kararın sorunlu yanları açıklanmaya çalışılacak. Ardından Anayasa Mahkemesinin Taksim yasaklarına dair yakın tarihli üç bireysel başvuru kararı değerlendirilecek. Bu bireysel başvuru kararları, valilerin mekân belirleme yetkisinin kapsamının anayasaya uygun yorumunu ortaya koyması bakımından önem taşıyor. Fakat burada dikkat çekici olan, Anayasa Mahkemesinin mekân yasaklarına dair bu bireysel başvuru kararlarında, aynı konuya dair norm denetimi kararına kıyasla çok daha özgürlükçü bir yaklaşım benimsesidir. Bu bağlamda makalenin son bölümünde, Mahkemenin norm denetimi ve bireysel başvuru kararları arasında gözlemlenen bu yaklaşım farklılığının yalnızca toplanma özgürlüğüne ilişkin konularla sınırlı olmadığı ileri sürülecek ve Mahkemenin, norm denetimi kararlarında benimsediği pasif tutumun yarattığı sorunlara dikkat çekmeye çalışılacak.

Anahtar Kelimeler: Toplanma Özgürlüğü, Taksim Yasakları, Mekân Belirleme Yetkisi, Bireysel Başvuru, Norm Denetimi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 18.09.2024 - Makale Kabul Tarihi: 19.10.2024.

^(**) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ozenc@tau.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4149-5567>.

THE IMPORTANCE OF NORM REVIEW FOR THE PROTECTION OF FREEDOMS IN LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGMENTS ON THE TAKSIM BAN

Abstract: Taksim Square has been closed to May 1st demonstrations for many years. The legal foundation for these restrictions can be found in the authority granted to city governors under Law No. 2911 on Meetings and Demonstrations, which empowers them to designate assembly locations. While the Constitutional Court upheld the constitutionality of this authority in its 2017 norm review decision, it found in two recent individual application judgments that the bans imposed on Taksim Square in 2014 and 2015 constituted violations of the applicants' right to freedom of assembly. In this article, the Constitutional Court's norm review decision, which affirmed the constitutionality of the governors' authority to designate assembly locations, will first be examined, and the problematic aspects of this ruling will be highlighted. Subsequently, three recent individual application judgments by the Constitutional Court concerning the bans on Taksim will be evaluated. These judgments are of particular importance as a constitutionally consistent interpretation of the scope of the governors' authority to designate assembly locations is provided. It is noteworthy that a markedly more liberal approach is adopted by the Court in these individual application judgments in comparison to its stance in the norm review of the same issue. In the final section of the article, it will be argued that this divergence in approach between the Court's norm review and individual application decisions is not confined to matters concerning the right to assembly. Attention will also be drawn to the broader issues arising from the Court's passive stance in its norm review decisions.

Keywords: Freedom of Assembly, Taksim Bans, Authority to Designate an Assembly Location, Individual Application, Norm Review.

GİRİŞ

Toplanma özgürlüğünün demokratik bir rejim açısından sahip olduğu varoluşsal değer, halkın doğrudan siyasi katılımını mümkün kılmasından kaynaklanır. Milli irade söylemi ya da çoğunluk ilkesi aracılığıyla demokrasinin, anlık çoğunlukların tahakküm biçimine indirgenmesi tehlikesi karşısında, tüm yurttaşların siyasi iradeyi şekillendirme gücünü güvence altına alan en önemli öğelerden biridir toplanma özgürlüğü. Bu açıdan toplanma özgürlüğünün, demokrasinin ayırt edici özelliği olan siyasi iktidarın kullanımına doğrudan katılım olanaklarının, modern toplumlardaki gerileyişini telafi eden bir işlevi vardır.¹ Bu işlev aynı zamanda, toplanma özgürlüğü ile bugün için popülist rejimlerde dahi sıklıkla başvurulmuş bir doğrudan demokrasi yöntemi olan referandum arasındaki temel farklılığı oluşturur. Referandum, her ne kadar halkın seçimler dışında siyasi katılımına imkân tanırsa da çoğu zaman yukarıdan aşağıya doğru inşa edilen bir süreçtir.² Bu tür referandumların yukarıdan belirlenen soru ya da sorularına kıyasla toplanma özgürlüğü, somut olay ve durumlara karşı siyasi iradenin aşağıdan yukarıya doğru şekillenmesini mümkün kılar.

Toplanma özgürlüğünün kolektif ve doğrudan niteliğinin siyasi iktidar üzerinde güçlü bir etki yaratma potansiyeli, özgürlüğün normatif alanı ve bu alana yönelik müdahaleler arasında dikkat çekici bir gerilim yaratır. Bu özgürlüğün niteliğinden kaynaklanan önceden izin almama ile mekân ve zamanı seçme hakkı, koruma alanında yer alan güvenceleri oluştururken, diğer yandan uygulamada bu hakları incelikli yöntemlerle baskılamanın örnekleri karşımıza çıkar. Özgürlüğün koruma alanı ve sınırlandırma rejimi arasındaki bu gerilim, özellikle son dönemde yükselen popülist iktidarlar karşısında, daha da sorunlu bir hâl alır. Halk adına ve halk için şiarıyla güçlerini pekiştiren popülist rejimler açısından referandum elverişli ve sıklıkla kullanılan bir araçken,³ halk tarafından yönetimi gerçekleştirmeyi sağlayan toplanma ve

¹ ULLRICH Norbert, *Das Demonstrationsrecht, Im Spannungsfeld von Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit*, Nomos, 2015, s. 82-89.

² Referandumlar “hareke geçirenlere” göre yönetim referandumu ya da halk referandumu olarak ikiye ayrılır. Referandumun türlerine ve özellikle otoriter rejimler tarafından kullanılan “manipülatif bir oylama” şekli olan plebisit ile farkına dair bkz. ANAYURT Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, Seçkin, 2023, s. 558-566.

³ TOPALOFF Liubomir, “The Rise of Referendums: Elite Strategy or Populist Weapon?”, *Journal of Democracy*, Vol: 28, No: 3, 2017, s. 127-140. Popülist partilerin referanduma yaklaşımlarındaki farklılıkları tartışmaya açan güncel çalışmalar için bkz. GHERGHINA Sergiu / PILET Jean-Benoit, “Do Populist Parties Support Referendums? A Comparative Analy-

protesto özgürlüğü, çoğulculuğu ve siyasi katılımı güvence altına alan nite-
liğiyle temel bir tehdit olarak görülür.⁴ Türkiye’de toplanma özgürlüğünün
geçmiş ve güncel durumunda da özgürlüğün bu özelliklerinin ve içerdiği
gerilimlerin yansımaları gözlemlenebilir.

1961 Anayasası’nın özgürlükçü yapısının sağladığı hukuki güvencelerin
de etkisiyle 1980 öncesinde serpilen toplumsal hareketlerin canlılığı karşı-
sında, 1982 Anayasası ile birlikte toplanma özgürlüğü, mülki amirlere tanı-
nan mekân belirleme, erteleme ve yasaklama yetkileriyle adeta cendereye
alınır. Süreç içinde bu yetkilerin anayasal dayanakları ortadan kaldırılrsa da,
1980 Darbesi’nin ürünü olan 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri
Kanunu’nun sistematığı ve uygulama, toplanma özgürlüğünün kullanımı
üzerinde ağır bir baskı oluşturmayı sürdürüyor.⁵ Toplanma özgürlüğüne dair
mücadeleler ve tartışmalar açısından ise Taksim Yasaklarının özel bir yeri

sis of Election Manifestos in Europe”, **Electoral Studies**, Vol: 74, 2021, s. 1-9; ANGELUC-
CI Davide / ROJON Sebastien / VITTORI Davide, “Do Populist Parties Promote Direct De-
mocracy? An Empirical Assessment in 29 Countries in the Last Two Decades”, **Contempo-
rary Politics**, Vol: 30, No: 4, 2024, s. 473-493.

⁴ Polonya ve Macaristan örneklerinde toplanma özgürlüğüne yönelik baskı ve sınırlamalar için bkz. DRINÓCZI Tímea / BIEN-KACALA Agnieszka, **Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law**, Routledge, 2022, s. 136-137.

⁵ TÜRKELİ Gözde, “Toplanma Hakkı İhlalleri ve Mekân Seçme Serbestisi Bağlamında Ana-
yasa Mahkemesi’nin 1 Mayıs Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesinin
Temel Kararları, Cilt 1**, Ed. KANADOĞLU Korkut ve diğerleri, On İki Levha, 2024, s.
237. Türkeli, toplanma özgürlüğünün ihlaline yol açan sistematik sorunların; bildirim usulüne
uymayan toplanmaların kanuna aykırı sayılması, 2911 sayılı Kanun’un barışçıl gösterilere
hoşgörü ilkesine göre düzenlememesi, münferit şiddet eylemlerinin toplanmaya müdahale için
yeterli görülmesi, spontane toplanmaların güvence altına alınmaması, idarenin erteleme ve
yasaklama yetkileri, kamu otoritelerinin ölçsüz müdahaleleri ve bunların etkin bir şekilde so-
ruşturulmaması ile kategorik mekân yasakları olduğunu vurguluyor. **A.e.**, s. 241-258. Anayurt
ise, toplanma özgürlüğü ihlaline yol açan sistematik sorunların kökenlerinin daha derinlerde
olduğunu vurgular. Anayurt’a göre, 12 Eylül Darbesi’ni gerçekleştiren cuntanın lideri Kenan
Evren’in bir konuşmasında izleri görülebilecek ve Türkiye’deki hukuk düzenini etkileyen bu
“zihniyet” dünyasında; “idareyi uğraştırmayacak, hiç sorun yaşanmayacak, gündelik yaşa-
mın akışında herhangi bir etkilenme olmayacak, trafik düzenini aksatmayacak, güle oynaya-
şenlik havasında gerçekleşecek” toplantı ve gösteriler tahayyül edilmektedir. Oysa bu ancak
“devlet güdümünde ve denetiminde gerçekleştirilen kınama mitingleri[nde], siyasi otoriteye
destek mahiyetli veya siyasi otoritelerce el altından örgütlenmiş toplantı ve gösteriler” de
mümkün olabilir.” Bu nedenle de Türkiye’de “her şeyden önce toplantı ve gösterilere ilişkin
bir paradigma değişimine gereksinim bulunmaktadır. Bu değişim gerçekleşmediği sürece hiç-
bir şey mevcut sonucu değiştirmeye ve yaşanan sorunları gidermeye yetmeyecektir.” ANA-
YURT Ömer, “Ankara ve Strasburg Pencerelerinden Toplanma Hakkına Farklı Bakışlar ve
Çatışma Alanları”, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Top-
lum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı**, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, 2014,
s. 61-63.

olduğu söylenebilir. Meydan, birkaç yıllık serbestliğin ardından valilik tarafından ısrarla toplanma alanları dışında bırakıldı. 1977 yılının 1 Mayıs'ı ile işçi sınıfı hareketinin sembolü haline gelen Meydan, 2010'lu yıllardan itibaren yasaklama ve özgürlüğün kullanımına dair sert mücadele sonucunda, bugün artık toplanma özgürlüğünün ve dolayısıyla demokrasinin varlığının ya da yokluğunun sembollerinden biri haline geldi aynı zamanda. Bu süreçte hukuki açıdan önem taşıyan gelişme ise, Anayasa Mahkemesinin (AYM) yakın tarihte Taksim'in yasaklanmasının toplanma özgürlüğünü ihlal ettiği-ne hükmetmesi oldu.

AYM'nin bu konudaki yakın tarihli iki bireysel başvuru kararının⁶ önemi kuşkusuz büyük. Bu kararlarda, sembolik öneme sahip Taksim Meydanı'nın toplanma özgürlüğüne kapatılmasının anayasaya aykırı olduğu açıkça tespit edildi. Fakat bu makalede, bu iki kararın hukuki boyutu ayrıntılı olarak değerlendirilmekle birlikte, bu kararlar üzerinden AYM'nin bireysel başvuru ve norm denetimi kararları arasında son dönemde gözlemlenen farklılığa dikkat çekmeye çalışılacak. Bu kapsamda AYM'nin, Taksim yasaklarına dair ihlal kararlarının öncesinde, mekân yasaklarının dayanağı olarak kullanılan kanuni düzenlemeyi anayasaya uygun bulduğu norm denetimi kararı⁷ ayrıntılı olarak ele alınacak. Mekân yasaklarına dair adeta iki farklı yaklaşımı yansıtan bireysel başvuru ve norm denetimi kararları, diğer kritik norm denetimi kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, AYM'nin son dönemdeki eğiliminin yargısal aktivizm değil, pasifizm olarak nitelendirilmesine imkân tanıyor. Anımsanacağı üzere Türkiye'de özellikle 2000'li yıllardan itibaren AYM'nin bazı kritik kararlarından hareketle, Mahkemenin anayasa yargısının hukuki sınırlarını aşarak, siyasi alana müdahale eden aktivist bir yaklaşım içinde olduğu ileri sürülüyordu.⁸ Son yıllarda ise AYM'nin kendini fazlasıyla sınırlandırıldığına, adli adınca pasifist bir yaklaşım içinde

⁶ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu, 2016/14517, 12.10.2023; Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu (2), 2016/14518, 12.10.2023.

⁷ E: 2014/01, K: 2017/142, 28.9.2017.

⁸ Bu alanda geniş bir literatür olmasına rağmen öncü niteliğindeki çalışmalar olarak bkz. ÖZBUDUN Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007, s. 257-268; ARSLAN Zühüdü, "Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II*, Yetkin, 2008, s. 59-88; HAKYEMEZ Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin, 2009; ATAR Yavuz, "Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013, s. 857-896.

olduğuna dair eleştirilerin dile getirilmeye başlandığı görülüyor.⁹ Bu bağlamda makalenin son bölümünde, AYM'nin kritik konulardaki norm denetimi ve bireysel başvuru kararları arasında gözlemlenen yaklaşım farklılığının, yargısal davranış literatürü çerçevesinde, siyasi ve yargısal tepkilerin etkisiyle şekillen stratejik bir tutumun yansıması olarak değerlendirilebileceği ileri sürülecek.

I. AYM'İN MEKÂN YASAKLARINA DAİR NORM DENETİMİ KARARLARI

1982 Anayasası'nda toplanma özgürlüğü, önceden izin almama gibi temel bir güvenceyi içermesine rağmen, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, fiili bir izin sistemi yarattığı ve özgürlüğe yönelik müdahalelerin süreklilik oluşturmaya yol açtığı söylenebilir.¹⁰ Bunun ana nedenlerinden biri, Kanun'da toplanma özgürlüğünün kullanılabilmesi için mekânlar açısından ikili bir yasaklama rejimi öngörülmesidir.¹¹ Kanun bir yandan mülki amirlerle, toplanma mekânlarını belirleme yetkisi tanırken,¹² diğer yandan parklar ya da kamu hizmeti binaları gibi bazı mekânları mutlak olarak yasaklıyor.¹³ Bu durum, önceden izin almama güvencesini tam anlamıyla geçersiz kılıyor.

⁹ SAĞLAM Fazıl, "Anayasa Mahkemesi bir vesayet kurumu mudur?", **Türkiye'nin Anayasa Gündemi**, Ed. İbrahim Kaboğlu, İletişim, 2016, s. 172; YANCI ÖZALP Nihan, **Türkiye'de Aktivism ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu**, On İki Levha, 2018, s. 315.

¹⁰ EKİNCİ Bezar Eylem, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 68, Sayı: 4, 2019, s. 779 vd.; DUYGUN Ahmet Mert, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 6, 2014, s. 150-159.

¹¹ Toplanma özgürlüğüne dair "en temel sorunların" mekân yasaklarıyla ilişkili olduğuna dair erken tarihli bir saptama için bkz. ANAYURT, 1994, s. 63-66.

¹² *Madde 6* - Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, tüm il ve ilçe sınırları içerisinde aşağıdaki hükümlere uyulmak şartıyla her yerde yapılabilir. İl ve ilçelerde toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhı, kamu düzenini ve genel asayişini bozmayacak, vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırmayacak şekilde ve 22'nci maddenin birinci fıkrasında sayılan sınırlamalara uyulması kaydıyla Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasi partilerin il ve ilçe temsilcileri ile güzergâhın geçeceği ilçe ve il belediye başkanlarının, en çok üyeye sahip üç sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının il ve ilçe temsilcilerinin görüşleri alınarak mahallin en büyük mülki amiri tarafından belirlenir. İl ve ilçenin büyüklüğü, gelişmişliği ve yerleşim özellikleri dikkate alınarak birden fazla toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhı belirlenebilir.

¹³ *Madde 22* - ... parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplanması yapılamaz.

Mülki amirlerin belirlediği sınırlı sayıda mekân dışındaki tüm alanlar, önceden bildirimde bulunulsa dahi, toplanma özgürlüğüne kapalı hale geliyor. Diğer bir deyişle, *mülki amirler böylelikle, aslında Anayasa gereği sözü bile edilmemesi gereken izin sürecini işletmeye dahi gerek duymadan, bir şehrin neredeyse tamamı açısından toplanmalara 'izin vermemiş' oluyor. Barışçıl olup olmadığına dair herhangi bir değerlendirmeye gerek duymadan...*

Taksim yasaklarıyla bağlantılı olarak İstanbul'u örnek vermek gerekirse, yakın bir tarihte yalnızca sekiz¹⁴ olan toplanma mekânının bugün kırka ulaşması¹⁵ da bu sonucu değiştirmiyor. Kadıköy ve Taksim gibi şehrin merkezinde yer alan mekânları dışarıda bırakan valilik kararları sonucunda, İstanbul'un neredeyse tamamı toplanma özgürlüğüne kapatılıyor. Kötü muamele iddialarına dayanıklık eden kolluk müdahalelerinin önemli bir bölümü, tam da valilikçe ilan edilen mekânlarda toplanılmadığı için kanuna aykırı olarak nitelendirilen protestolara yönelik olarak gerçekleştiriliyor. İşte AYM 2017 yılında, toplanma özgürlüğünü fiilen geçersiz kılan mekân belirleme yetkisini inceleme fırsatı elde etti somut norm denetimi aracılığıyla, fakat iptal kararı vermedi.

AYM'nin kararı her şeyden önce, toplanma özgürlüğünün kapsam ve niteliğiyle, mekân seçimi hakkı arasında yakın bir bağ kurduğu ilk karar olması nedeniyle önemliydi. Mahkemeye göre toplanma özgürlüğü, bireylerin kamuoyu oluşturma ve siyasi karar organlarını etkilemesini sağlar ve dolayısıyla, bu işlevleri yerine getirebilmek için büyük önem taşıyan "toplantı veya gösteri yürüyüşünün yapılacağı mekânı seçme serbestisini de kapsar". Bir araya gelen insanların fikir ve taleplerinin "muhataplarına ulaşabilmesi" ve "tesir oluşturmaları" için önem taşıyan mekânın seçimi, "kural olarak" özgürlüğü kullananların takdirindedir.¹⁶

AYM, göstericilerin mekân seçimine dair 'kuralı' bu şekilde ortaya koyduktan sonra, mekân seçim hakkına müdahale oluşturan, mülki amirlerin mekân belirleme yetkisinin anayasaya uygunluğunu inceledi. Burada ilk dikkat çekici husus, AYM'nin, bazı gösterilerin trafik düzeninde bozulmalara ya da aşırı ses ve gürültüye yol açma tehlikesini, mülki amirlerin mekân

¹⁴ İstanbul Valiliği, "İstanbul'da 2015 Yılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüş Alanları Duyurusu", 30.4.2015, www.istanbul.gov.tr.

¹⁵ İstanbul Valiliği, "2024 Yılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yer ve Güzergahları", 30.1.2024, www.istanbul.gov.tr.

¹⁶ E: 2014/01, K: 2017/142, 28.9.2017, § 23-25. Bundan sonra kararın paragraf numaralarına atıflar metin içinde yapılacak.

belirleme yetkisinin meşru dayanakları olarak nitelendirmesiydi. (§ 30) Mahkemenin, sınırlandırma rejimi açısından başlangıç noktası olarak, neredeyse toplanma özgürlüğünü kullanılamaz hale getirecek bu tür menfaatlere atıf yapması, mekân seçim hakkının varlığına ve anlamına dair ortaya koyduğu temel ilkeleri değersizleştirilmesi nedeniyle son derece sorunluydu. Bu sorunu daha da görünür kılan, AYM'nin aynı kararda, mülki amirlerin mekân belirlerken esas alması öngörülen “vatandaşın günlük yaşamını zorlaştırmama” ölçütünü, “demokratik toplumda hoşgörüsüyle karşılanması gereken birtakım zorluklar”ı, sınırlandırma gerekçesi haline getirme potansiyeli nedeniyle iptal etmesiydi. (§ 52) Bu ikircikli tutumun, aşağıda da aktarılacağı üzere, Mahkemenin mekân yasaklarına dair değerlendirmelerinin bütününde gözlemlenen bir olgu olduğunu not etmek gerekir.

AYM, mekân belirleme yetkisine dayanak olarak ayrıca, devletin pozitif yükümlülüklerine vurgu yaptı bu kararında. Bu kapsamda, bir yandan göstericilerin özgürlüğü etkili bir şekilde kullanabilmelerini sağlayacak, diğer yandan gösterilerin barışçıl niteliğini kaybedip kamu düzenini bozma tehlikesini önleyecek tedbirler alınması gerektiğini ve her mekânın bu tedbirlerin hakkıyla alınmasına elverişli olmayabileceğini ifade ederek, mülki amirlere mekân belirleme yetkisinin verilmesinin bu çerçevede demokratik toplumda gerekli olarak nitelendirilebileceğini ifade etti. (§ 34) Bu aşamadan sonra da, toplanma özgürlüğüne müdahale oluşturan bu yetkinin ölçülülüğü üzerine yoğunlaştı.

A. Mülki Amirlerin Mekân Belirleme Yetkisinin Ölçülülüğü

AYM, mekân belirleme yetkisinin ölçülü olduğu sonucuna ulaşırken *ilk olarak* Kanun'da; mülki amirlerin, sivil toplum örgütleri ve siyasi parti temsilcilerinin görüşünü aldıktan sonra karar vermesini öngören hükme işaret etti. (§ 36) Fakat söz konusu kurumların görüşlerinin hiçbir bağlayıcılığı olmadığı için bu usulü, karar sürecine katılım olanağı olarak nitelendirmek mümkün değil. AYM *ikinci olarak*, mekân belirleme yetkisinin, göstericilerin mekân seçimi hakkını “bütünüyle göz ardı etmediğini”, mülki amirlerin sahip olduğu yetkiyi “mekân tercih etme serbestisine saygı gösterecek şekilde” kullanması gerektiğini vurguladı. (§ 37) AYM'nin buradaki kavram tercihleri de, mülki amirlerin takdir payını fazlasıyla genişletmesi nedeniyle eleştiriye açık. Anayasa tarafından güvence altına alınmış bir özgürlük kapsamında yer alan bir hakkın göz ardı edilmemesi zaten açık bir zorunluluk iken, bir de “bütünüyle” vurgusunu kullanmak, valilerin, ilgili sivil toplum örgütlerinden görüş alma yükümlülüğüne benzer bir sonuç doğurur kaçınıl-

maz olarak. Diğer bir deyişle, görünüşte bir mekân seçim hakkı, çünkü yakın tarihli bir örnek olarak İstanbul ölçüt alındığında, valiliğin belirlediği 40 toplanma mekânı, göstericilere 40 farklı yerden birini tercih etme imkânı sunduğu için onların mekân seçimi hakkının “bütünüyle” göz ardı edilmediği şeklinde yorumlanabilir. Oysa kamu otoriteleri, toplanma özgürlüğü kapsamında yer alan hakları bütünüyle göz ardı etmemenin çok ötesinde, hakların etkin kullanımını sağlayacak pozitif yükümlülüklerle tabidir.¹⁷

AYM *üçüncü olarak*, mülki amirlerin mekân belirlerken, göstericilerin mekân seçimi sürecindeki bireysel yararı ile kamu düzeni ve üçüncü kişilerin korunmasındaki kamusal yarar arasındaki hassas dengeyi gözetmesi gerektiğini ifade etti ki (§ 37) hukuki sorun bireysel yarar ve kamusal yararın dengelenmesi olarak kavramsallaştırılınca, teraziye kamusal yararın ağır basması kaçınılmaz. Oysa toplanma özgürlüğü, AYM’nin kendi ifadesiyle, “*yönetime katılma araçlarından*” bir olarak “*demokratik toplumun temelini oluşturduğu için*”, (§ 22-23) göstericilerin mekân seçimi de siyasi katılımın etkili bir şekilde gerçekleştirilebilmesi ve böylelikle demokrasinin gerçek anlamda işleyebilmesi açısından kamusal yarara sahip. AYM bu bağlamda son olarak, mülki amirlere tanınan yetkinin “*mutlak ve sınırsız*” olarak kullanılmasını engelleyecek şekilde idari yargının ölçülülük denetimine tabi olduğuna işaret etti. Mülki amirlerin kararlarının, göstericilerin “*tercih hakkını aşırı biçimde kısıtlayacak, toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılımı caydırıcı hâle getirecek veya bu hakkın kullanımını zedeleyecek*” sonuçlar doğurması durumunda idari yargı tarafından iptal edilebilmesi AYM’ye göre yeterli bir güvence oluşturmaktaydı. (§ 38) AYM’nin, yargısal denetimin varlığını, normatif olarak anayasaya aykırı nitelikteki normları anayasaya uygun bulurken bir dayanak olarak kullanması yalnızca bu kararlar ile sınırlı değil ve bu durumun yarattığı sorunlar, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacak.

B. Kararın Eleştiriye Açık Yönleri

Bu ret kararında, toplanma özgürlüğüne ve bu özgürlüğün koruma alanında yer alan mekân seçimi hakkına dair başlangıçta özgürlükçü bir çerçeve çizen AYM’nin, sınırlandırma rejimi açısından ortaya koyduğu ilkelerle bu çerçeveyi *etkisiz* kıldığı söylenebilir. Bunun belki de temel nedeni,

¹⁷ Toplanma özgürlüğünün etkin kullanımını sağlamak açısından devletin pozitif yükümlülüklerine dair bkz. GÜVEN Murat, *Barışçıl Gösteri ve Toplanma Özgürlüğü*, On İki Levha, 2020, s. 40-48; ŞEN Murat, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı*, Seçkin, 2022, s. 363-380.

AYM'nin denetlediği yetkinin kapsam ve içeriğini hatalı bir şekilde somutlaştırmıştı. Yukarıda da vurgulandığı üzere, mülki amirlere tanınan, istisnai olarak bazı mekânların toplanma özgürlüğüne uygun olmadığını değil, sınırlı sayıda mekânın toplanma özgürlüğüne elverişli olduğunu belirleme yetkisi. Dolayısıyla bu yetki aracılığıyla belirlenen sınırlı sayıda alan dışında kalan her yer mutlak olarak toplanma özgürlüğüne kapatılıyor, AYM'nin hakkın özü açısından geliştirdiği ifadeleri kullanmak gerekirse, bir şehrin neredeyse tamamında *gösteri düzenlenmesini engelleniyor*, toplanma özgürlüğü süresiz ve koşulsuz olarak *tamamen ortadan kaldırılıyor*. (§ 32)¹⁸ Bu durum karşısında AYM'nin, mülki amirin, kamu yararı ile bireysel yarar arasında dengeyi sağlayarak toplanmanın büyüklüğüne ve amacına göre farklı alanlar belirleyebileceğine dair saptaması da (§ 34) anlamsız hale geliyor, çünkü mülki amir isterse 100, isterse 1000 farklı toplanma alanı belirlensin, böyle bir idari işlemin absürtlüğü bir yana, örneğin İstanbul gibi bir şehirde, bu alanların dışında kalan yekûn, şehrin oransal olarak neredeyse tamamını oluşturur. Oysa AYM, bir başka kararında, gece saatlerinde toplanılmasını mülki amirlerin iznine bağlayan düzenlemeyi iptal ederken “*kamu düzeni ile başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacını sağlayan tedbirlere başvurulurken toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyenlerin aleyhine hakkın kullanımını tamamen ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde zorlaştıran uygulamalardan kaçınılması ve uzlaştırıcı yöntemlere başvurulması gerek*”tiğini vurgulamıştı.¹⁹

AYM'nin kararındaki bir diğer önemli çelişki, toplanma özgürlüğü açısından Kanun'da öngörülen mekân yasakları arasında yer alan “*genel yollar*” (§ 121-122) ve ardından “*şehirlerarası yollar*” kavramlarını iptal ettiği kararlarda kullandığı argümanlar²⁰ anımsandığında ortaya çıkar. AYM, her iki kavramı da, toplanma özgürlüğü üzerinde *mutlak yasaklar oluşturması gerekçesiyle* iptal etti. Burada ilginç olan, AYM'nin yasama organı tarafından oluşturulan mutlak yasakları anayasaya aykırı bulurken, bundan daha geniş bir yetkinin mülki amirler tarafından kullanılmasını anayasaya uygun

¹⁸ AYM'ye göre ise “[d]ava konusu kuralla toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilecek alanlar, mahallin en büyük mülki amirince belirlenen yer ve güzergâhla sınırlandırılmak suretiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sınırlama getirilmiş ise de anılan hak tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Zira kural; toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlenmesini engellemekte, sadece bunların yapılabileceği alanların mahallin en büyük mülki amirince belirlenmesini öngörmektedir.” (§ 32)

¹⁹ E: 2018/137, K: 2022/86, 30.06. 2022, § 139.

²⁰ E: 2020/12, K: 2020/46, 10.9.2020, § 16.

bulması. Oysa yasama organı, sadece belirli mekânları toplanma özgürlüğüne kapatırken, mülki amirler sınırlı sayıda mekân için mutlak yasaklar koymuyor, sadece izin verilen yerleri belirleyerek, mekân seçim hakkını çok daha ağır bir şekilde sınırlandırıyor.²¹

AYM'nin kararında değinilen bu noktaları daha da eleştiriye açık hale getiren özellik, mekân belirleme yetkisinin somut norm denetimi aracılığıyla incelenmesiydi. Somut norm denetiminin ayırt edici özelliği, incelenen düzenlemenin uygulanış biçimini ve etkilerini dikkate alarak nitelendirme ve değerlendirme olanağı sunması. Toplanma özgürlüğünün Türkiye'deki uygulanış biçimini belirleyen de 2911 sayılı Kanun'dur. Kanun'un 24. maddesi uyarınca, toplanma özgürlüğüne yönelik müdahalelerin hukuki dayanağı toplanmaların kanuna aykırılığıdır. Mülki amirlerin belirlediği alanlar dışında kalan tüm mekânlar yasaklı olduğu için de pek çok olayda kanuna aykırılığın temel nedenini valilerin mekân belirleme yetkisi oluşturuyor. Nitekim AYM'ye yapılan bireysel başvurular da bu durumu teyit ediyordu. AYM, 2017 yılının Eylül ayının sonunda mekân yasaklarına dair yukarıda değinilen norm denetimi kararını verdiğinde, her ne kadar hâlihazırda az sayıda bireysel başvuruda ihlal sonucuna ulaşmış olsa da, toplanma özgürlüğüne dair *daha sonra ihlal kararı vereceği* yaklaşık 70 bireysel başvurunun bu dönemde önünde olduğu vurgulanmalıdır. Bu kararların önemli bir kısmı da mekân yasaklarından kaynaklanan ihlallere ilişkindi.²²

AYM'nin mekân yasaklarına dair norm denetimi kararında eleştiriye açık bir diğer özellik ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadını göz ardı etmesiydi. O tarihte Türkiye aleyhine pek çok toplanma özgürlüğü ihlali kararının yanı sıra, İHAM'ın mekân seçimi hakkına dair yerleş-

²¹ Karara muhalefet şerhi yazan Hasan Tahsin Gökcan'ın da haklı olarak belirttiği üzere böylelikle "güzergahı belirleme yetkisi, hakkı kullananlardan alınarak mülki amire veril"iyor. E: 2014/01, K: 2017/142, 28.9.2017, Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 1.

²² Mülki amirlerin mekân belirleme yetkisine dair norm denetimi kararı öncesinde AYM'nin önünde olan ve mekân yasaklarından kaynaklanan ihlallerle ilgili başvurular arasında örnek olarak bkz. Belkis Yurtsever ve Yılmaz Yıldız Başvurusu, 2016/10400, 25.9.2019; İlhan Yiğit Başvurusu, 2016/7532, 29.12.2021; Belkis Yurtsever ve Diğerleri Başvurusu, 2016/7537, 11.5.2022; Savaş Candemir ve Diğerleri Başvurusu, 2016/5116, 18.6.2020; Eylem Onuk Başvurusu, 2015/8018, 15.11.2018; İhsan Uğraş Başvurusu, 2015/5365, 3.4.2019; Cebail Bektaş ve Yüksel Şahin Başvurusu, 2015/4787, 25.9.2019; Ahmet Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/10265, 10.1.2018; Keziban Saçılık ve Veli Saçılık Başvurusu, 2018/5552, 11.7.2023; Figen Yüksekdağ Şenoğlu Başvurusu (5), 2017/24556, 14.9.2022; Mustafa Demiraydin Başvurusu, 2015/1051, 21.3.2019; İhsan Uğraş Başvurusu, 2015/5365, 3.4.2019; Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, 2017/32534, 21.1.2021; Savaş Candemir ve Diğerleri Başvurusu, 2016/5116, 18.6.2020.

miş bir içtihadı mevcuttu.²³ Fakat bu noktada İHAM'ın 2017 yılının başında verdiği ve toplanma mekânını seçme hakkına dair içtihadı birikimini geliştirdiği *Lashmankin v. Rusya* kararına özel olarak değinmek gerekir. AYM'nin, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının insan hakları sözleşmelerine öncelik tanıyan açık hükmüne ve bu hüküm uyarınca bir çatışma halinde ulusal kanunların uygulanma kabiliyetini yitireceğine dair kendi içtihadına²⁴ rağmen göz ardı ettiği bu karar, mekân yasaklarına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler içeriyordu.

II. LASHMANKIN KARARI: MEKÂN SEÇİM HAKKININ KAPSAMI VE HAKKA YÖNELİK MÜDAHALENİN SINIRLARI

Lashmankin ve diğerleri, Rusya'da toplanma özgürlüğüne yönelik idari engeller, keyfi müdahaleler ve ardından yaşanan kötü muamele pratikleri ve yargılama süreçlerine dair 15 farklı başvuru sonucunda verilmiş bir karar.²⁵ Rusya'da Toplanma Özgürlüğüne dair Kanun'a göre, bir toplanma için bildirim alan kamu otoriteleri, toplanmanın yeri ve zamanının değiştirilmesi için gerekçeli olmak kaydıyla öneriler getirebiliyor ve eğer bu öneriler, göstericiler tarafından kabul edilmezse, toplanma kanuna aykırı hale geliyor. (§ 228) Ayrıca Kanun'da toplanma özgürlüğüne kapalı mekânlar öngörüldüğü gibi, yerel otoriteler de belirli mekânları yasaklayabiliyor. Bu kararlara karşı yargı yolu açık olmak üzere... (§ 245-247)

Rusya'daki hukuki durum açısından ilk dikkat çekici husus, Kanun'da öngörülen düzenlemelerin Türkiye'deki kadar geniş bir yasaklama yetkisi içermemesidir. Rusya'da, Kanun'da öngörülen sınırlı sayıda mutlak yasak dışında, yerel otoritelere ayrıca yasak mekânları belirleme yetkisi tanınmış, Türkiye'de olduğu gibi sadece serbest mekânları değil... Nitekim İHAM'ın, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde mekân yasaklarını incelediği karşılaştırmalı hukuk bölümü de, Türkiye'de mülki amirlere tanınan kadar geniş bir yasaklama yetkisinin başka bir Avrupa ülkesinde söz konusu olmadığını gösteriyor. (§ 318-324)²⁶

²³ Eva Molnar v. Macaristan, 10346/05, 7.10.2008, § 42; Sáska v. Macaristan, 58050/08, 27.11.2012, § 21; Nosov and Diğerleri v. Rusya, 9117/04, 10441/04, 20.2.2014, § 55.

²⁴ Sevim Akat Ekşi Başvurusu, 2013/2187, 19.12.2013, § 44-45.

²⁵ *Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, 57818/09, 7.2.2017. Bundan sonra kararın paragraf numaralarına atıflar metin içinde yapılacak.

²⁶ Dolayısıyla, öğretide Şen'in ileri sürdüğü, "kamu güvenliği nedeniyle bir gösterinin belirli bir alan dışında yapılmasına izin verilmemesi"nin, toplanma özgürlüğüne dair sınırlandırma re-

İHAM, kararda değerlendirmesinin ilk bölümünü, toplanma özgürlüğüne yönelik müdahaleler karşısında etkili başvuru hakkının ihlali konusuna ayırdı. Bu kapsamda *ilk olarak*, toplanmalara yönelik müdahale ve yasaklar karşısında, toplanma tarihi öncesinde nihai kararın verilebileceği bir yargısal denetim olanağının varlığını, etkili başvuru hakkı açısından zorunlu bir öge olarak nitelendirdi. (§ 345) *İkinci olarak da* yargısal denetimi etkin kılacak, açık ve belirgin ölçütlere yer verilmesi ve yargısal denetimin de mutlaka, müdahalelerin *gerekliliği ve orantılığını denetleyecek şekilde* organize edilmesi gerektiğini vurguladı. Rusya'daki Kanun'un, öngördüğü karmaşık süre sınırları nedeniyle toplanmalar gerçekleşmeden yargısal denetimin sonuçlanmasını adeta olanaksız kılmasının ve yargısal denetimi de mekân ve zamana yönelik müdahalelerin yalnızca kanunda öngörülen usul ve esaslarla sınırlı tutmasının, toplanma özgürlüğüyle bağlantılı olarak etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine hükmetti. (§ 357-360)

A. Toplanma Mekânına Müdahaleler Açısından Keyfilik Yasağı

İHAM'ın *Lashmankin* kararında incelediği ikinci temel konu, kamu otoritelerinin toplanma mekân ve zamanını değiştirme yetkisinin kapsamıydı. İHAM, kamu otoritelerinin sahip olduğu bu yetkinin sınırının, mahkeme kararlarıyla belirli oranda somutlaştırılan *“sağlam bir şekilde gerekçelendirme”* ölçütü olduğunu, bunun ise bireye keyfi müdahalelere karşı yeterli koruma sağlamasının mümkün olmadığını tespit etti. Nitekim başvuruya konu olaylarda kamu otoritelerinin, aynı mekânda farklı bir gösterinin yapılmak istenmesi; trafiğin, ticari faaliyetlerin, yurttaşların gündelik yaşamının ya da bakım çalışmalarının engellenmesi; terör saldırısı olasılığına dair milli güvenlik kaygıları veya karşıt grupların çatışma ihtimali gibi sebeplere referans verdiğini gözlemleyen İHAM, bunların *“ilgili”* gerekçeler olduğunu kabul etmekle birlikte, toplanma özgürlüğünün demokratik toplumdaki işlevi dikkate alındığında, hiçbir somut olayda *“yeterli”* olarak nitelendirilemeyeceğini vurguladı. (§ 421)

Jimine uygun olabileceğine dair saptamasına katılmak olanaklı değil. Nitekim Şen'in bu tür sınırlamaların İHAM tarafından meşru görüldüğü örnekler olarak aktardığı *Molofeyeva v. Rusya* ya da *Disk ve Kesk v. Türkiye* kararlarının ilgili paragraflarında bu anlama gelebilecek bir ifade yer almıyor. ŞEN, s. 160. Aksine kararların Şen'in referans gösterdiği sırasıyla 136. ve 23. paragraflarında, taraf devletin kamu güvenliği nedeniyle toplanma özgürlüğüne sınırlamalar getirebilecekleri, fakat kamusal alandaki bir gösteriye, gündelik hayatta bir aksamaya yol açsa dahi barışçıl olduğu müddetçe hoşgörü göstermeleri gerektiğine dair İHAM'ın yerleşik içtihadı yer alıyor.

Türkiye’de 2024 yılındaki Taksim yasağına dair İçişleri Bakanı tarafından benzer gerekçelerin ileri sürüldüğü anımsandığında,²⁷ İHAM’ın bu saptamalarının önemi üzerinde ayrıca durmak gerekir. İHAM, aynı anda farklı gösterilerin yapılmasını mümkün kılacak ya da gösterinin gündelik yaşama yönelik olumsuz etkilerini en aza indirecek ya da karşıt grupların çatışma olasılığı karşısında barışçıl göstericilerin korunmasını sağlayacak çözüm yollarının aranmasının, toplanma özgürlüğü çerçevesinde *devletin yükümlülüğü* olduğunu hatırlattı kararında. (§ 422-423, 425) Milli güvenliğe dair riskler açısından, bu tür risklerin varlığını doğrulayan *somut kanıtların*, toplanma özgürlüğünü kısıtlamayı haklı gösterecek kadar *ciddi olduğunu* ortaya koymanın yine devletin yükümlülüğü olduğunu ifade etti. (§ 424) Kısacası, soyut gerekçelerin, toplanma özgürlüğüne yönelik müdahaleleri haklı kılmak için yeterli olmadığına dair içtihadını bir kez daha güçlü bir şekilde teyit etti.

İHAM bu genel saptamalardan hareketle, AYM’nin mekân belirleme yetkisine dair somut norm denetimi kararı açısından önem taşıyan bazı noktalara da işaret etti. Bunlardan ilki, Rusya’daki Kanun’un toplanma mekânına yönelik müdahalelerin çerçevesine dair öngördüğü “*sağlam gerekçe*” ölçütünün, daha sonra Rusya Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan ilkeler aracılığıyla somutlaştırılma çabasının, toplanma özgürlüğünün korunması açısından yeterli olmadığıydı. İHAM bu noktada, uygulamada ortaya çıkan ve yukarıda değinilen sorunların yanı sıra ilgili *kanunda*, yürütmelinin yetkilerini toplanma özgürlüğünün demokratik toplumdaki işlevine saygı gösterecek şekilde *sınırlandırılacak, öngörülebilir ölçütlere* yer verilmesi gerektiğini vurguladı. (§ 420) Bu vurgu, norm denetimi sonucunda verilen yorumlu ret kararında ortaya konan ilkelerin yol göstericiliğinin, Türkiye’de mülki amirlerin mekân belirleme konusunda sahip olduğu adeta sınırsız takdir yetkisi karşısında, toplanma özgürlüğünü korumak açısından yeterli olmayacağına dair bir tespit olarak okunabilirdi AYM tarafından.

²⁷ İçişleri Bakanı, 29 Nisan’da canlı yayında yaptığı basın duyurusunda Taksim yasağını şöyle gerekçelendirdi: “*Taksim meydanı ve çevresi, konumu itibarıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü için uygun değildir. Araç ve yaya akışının çok yoğun olduğu bu bölge, güvenlik tedbirlerinin alınmasını zorlaştırdığı gibi, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında da ciddi riskler barındırmaktadır. Bir hak ve özgürlüğü korumak adına; mülkiyet hakkı, serbest ticaret yapma hakkı, seyahat hak ve özgürlüğü ile diğer hak ve özgürlükler riske edilemez. Hele ki sosyal medyadan çağrı yapan terör örgütlerinin 1 Mayıs kutlamalarını bir eylem ve propaganda sahası haline getirmelerine asla ve asla müsaade etmeyeceğiz.*” T24, “İçişleri Bakanı Ali Yerlikaya: Taksim Meydanı, toplantı ve gösteri yürüyüşü için uygun değildir”, 29.4.2024, www.t24.com.tr.

Bu bağlamda Türkiye’de 2911 sayılı Kanun’da mekân belirlerken mülki amirlerin dikkate alması öngörülen “*kamu düzenini ve genel asayişini bozma ve vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılamaz şekilde zorlaştırma*” ölçütlerinin İHAM’ın belirlediği standartlar açısından yetersiz olduğunu vurgulamak gerekir. İHAM’ın bu noktada altını çizdiği husus, toplanma mekânına yönelik olarak önerilen alternatiflerin, göstericilerin ulaştırmak istedikleri mesajı iletmelerini sağlamaya elverişli olması ve ilgili *kanunda da özellikle bu menfaatin bir ölçüt olarak yer alması gerektiğidir*. İHAM’a göre, göstericilerin mesajlarını ulaştırmak istedikleri hedef kitlenin görüş ve duyuş alanı içinde olmayan (*within sight and sound of its target audience*) ve toplanmanın etkisini azaltan bir mekânın belirlenmesi, toplanma özgürlüğü hakkının gerekleriyle bağdaşmaz. (§ 426)²⁸ Dolayısıyla böyle bir tedbiri olanaklı kılan bir kanun da... Nitekim İHAM, *Lashmankin* kararında toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşırken, Rusya’daki Kanun’un, kamu makamlarına mekân belirleme konusunda tanıdığı geniş takdir yetkisinin yarattığı *açık keyfîlik riski* nedeniyle, Sözleşme’nin gerektirdiği kanun kalitesini karşılamadığı gerekçesine dayandı. (§ 430)

B. Yargısal Denetimin Tek Başına Yeterli Bir Güvence Oluşturmaması

Lashmankin kararı, tam da mekân belirleme yetkisinin *kanuni çerçevede* yer alması gereken ölçüt ve güvenceleri ortaya koyması nedeniyle önem taşıyordu. Üstelik İHAM’ın aradığı sıkı ölçüt ve güvenceler, Türkiye’deki gibi yalnızca toplanılabilecek mekânların belirlenmesi için değil, bir toplanma önerisinin reddine dair istisnai denilebilecek yetki kullanımına dairdi. Ayrıca karar, AYM’nin, mekân belirleme yetkisini anayasaya uygun bulurken dayandığı, yargısal denetimin varlığı argümanı hakkında da kritik bir saptama içeriyordu. Aynı argümanı Rusya devletinin ileri sürmesi karşısında İHAM, yargısal makamların, [Türkiye’de olduğu gibi], *tedbirin kanuni çerçeveye uyumluluğunu incelemekle sınırlı* bir denetim yetkisiyle donatılmalarını ve bu denetimin ölçülülüğe dair incelemeyi zorunlu kılmamasını, temel bir eksiklik olarak vurguladı. Ayrıca kamu otoritelerine, [Türkiye’de

²⁸ İHAM iki ayrı olayı incelediği yakın tarihli bir kararında bu çerçevede, göstericiler için özel anlamı olan bir mekân yerine önerilen parkın, göstericilerin hedef kitlesinden uzaklığı da dikkate alındığında, *kamuya açık* olmasının yeterli bir kriter olarak kabul edilemeyeceğini ve sembolik önemi haiz bir meydan yerine, 8 kilometre uzaklıkta bir parkın önerilmesinin toplanma özgürlüğüyle bağdaşmadığını ifade etti. Pleshkov ve Diğerleri v. Rusya, 29356/19-31119/19, 21.11.2023, § 64, 68-69. *Bu saptamalar aynı zamanda, Taksim Meydanı yerine önerilen Yenikapı toplanma alanının İHAS uyarınca uygun bir alternatif olarak nitelendirilemeyeceğini göstermesi bakımından önemli.*

çok daha fazlasıyla] tanınan *takdir yetkisinin genişliğinin*, mekân belirlenmesine dair idari işlemlerin hukuka aykırı olduğunun yargı makamları tarafından tespitini imkânsız kılmasa da aşırı derecede zorlaştırdığını ifade etti. (§ 428)²⁹

İHAM'ın çizdiği bu çerçeve, 2911 sayılı Kanun'da yer alan kamu düzeni, genel asayiş ve vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmama ölçütlerinin, bir yandan mekânın göstericiler için taşıdığı öneme dair suskun kalmaları, diğer yandan geniş kapsamları nedeniyle toplanma özgürlüğüyle bağdaşmazlığını ortaya koyuyordu. Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki, AYM'nin iptal kararı sonrası, vatandaşların günlük yaşamını “*aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırma*”nın, mekân belirlerken mülki amirler tarafından dikkate alınması gereken bir ölçüt olarak öngörülmesi de, İHAM'ın ortaya koyduğu kriterler açısından yeterli bir güvence değil. Kamu düzeni ve genel asayiş korumak, halen, *sadece sınırlı sayıda* toplanma mekânı belirleme yetkisinin dayanakları olarak varlığını koruyor.

C. Mutlak Yasakların İHAS'a Uygunluğuna Dair Sıkı Ölçütler

Türkiye'de mülki amirlerin sınırlı sayıda mekânı toplanma özgürlüğüne açarak, dolaylı olarak koydukları genel mekân yasakları açısından da önemli saptamalar içeriyordu *Lashmankin* kararı. İHAM bu vesileyle, Rusya'da Toplanma Özgürlüğüne dair Kanun'da, mahkeme binalarının yakını için öngörülen genel toplanma yasağını inceledi. Türkiye'de mülki amirlerin dolaylı olarak neredeyse şehrin bütününe kapsayan yasaklarıyla kıyaslandığında oldukça dar bir alanı kapsayan bu yasağa dair değerlendirmesinde İHAM *ilk olarak*, genel bir yasağın, ancak bir toplanmanın daha hafif tedbirlerle önlenmesi mümkün olmayan bir düzensizliğe yol açma tehlikesi yaratması durumunda

²⁹ Sever'in vurguladığı üzere, “[y]argısal denetimin etkililiği, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının durumu, yargıçların ve kararlarının nitelikli olması, yargılama usulü kurallarının etkililiği ve yeterliliği, yargısal denetimde kullanılan esasa ilişkin ölçü normların denetimi etkin kılacak nitelikte olması gibi unsurlara bağlıdır. Bu son koşulu bir örnekle açıklamak gerekirse, ... sebep unsuru belirlenirken daha somut ve ayrıntılı ya da kümülatif (... ve ..) koşullar belirlenmesi veya takdir yetkisi kullanılmasında belli kriterler belirlenmesi yargının daha aktif denetim yapabilmesini sağlar. Norm yoğunluğu (Alm. *Regelungsdichte*) olarak ifade edilebilecek bu durum yargısal denetimin yoğunluğunu da belirleyen unsurlardan biridir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale eden yetkiler tanıyan normların norm yoğunluğunun düşük olması özgürlüklerin güvencesinde bir azalmaya yol açar.” SEVER Çiğdem, “Genel Yetki Normları ile Olağanüstünün Olağanlaşması: Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı Örneği”, **Olağanüstü Rejimlerde İnsan Haklarını Savunmak - Kamu Hukukçuları Platformu 10. Toplantısı Bildiri Kitabı**, Ed: K. Burak Öztürk, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2024, s. 94-95.

meşru görülebileceğini belirtti. İHAM'a göre genel bir yasağa başvurulurken, kamu düzenin korunması kadar, kamu düzenine tehdit oluşturmayan barışçıl göstericiler üzerinde böyle bir yasağın etkisi de dikkate alınmalı ve dolayısıyla toplanmanın mekânı ve zamanına dair daha az kısıtlayıcı önlemler öncelikli olarak değerlendirilmelidir. (§ 434) *İkinci olarak* İHAM, genel yasağın, somut olayların koşullarını incelemeye izin veren ve yalnızca kamu düzenini bozma tehlikesi içeren toplanmaları engellemeyi öngören bir düzenlemeden daha elverişli olduğunu kanıtlamanın, devletin yükümlülüğü olduğunu ifade etti. *Üçüncü olarak*, genel yasağın ancak, olay bazlı karar verme usulünün suiistimal, ayrımcılık ve keyfilik riskine yol açma tehlikesini bertaraf etmek amacıyla konulabileceğine dair içtihadını anımsattı. (§ 436) *Son olarak* da daha önce ihlal bulmadığı,³⁰ iki ay süreyle Londra'da uygulanan toplanma yasaklarıyla kıyaslandığında, Rusya'daki düzenlemenin, [Türkiye'de olduğu gibi] süre sınırı olmaksızın Rusya'nın tümünde ve her türlü toplanma için yasaklama yetkisi öngördüğünün altını çizdi. (§ 437)

Sonuç olarak *Lashmankin* kararı, Türkiye'de mekân yasakları açısından geçerli olan hukuki çerçevenin, toplanma özgürlüğünün demokratik toplumdaki işlevi dikkate alındığında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile uyumsuzluğunu açıkça ortaya koyuyordu. İlginç bir şekilde AYM, 2911 sayılı Kanun'da yer alan bazı hükümleri iptal ederken İHAM'ın daha eski kararlarından kimi zaman yararlıya da³¹ mekân belirleme yetkisine dair norm denetiminde, *Lashmankin* kararında nihai haline ulaşan içtihadi birikimi yok saydı. Bunun en önemli sonucu, mülki amirlerin, toplanma özgürlüğünün kullanımını çok az sayıda mekânla sınırlı tutan kararlarının sürmesi ve OHAL sürecinde yasaklama kararlarının da yaygınlaşmasıyla birlikte,³² özgürlüğün adeta hukuki geçerliliği ve etkisini yitirmesi oldu. Bu durumu somutlaştıran en önemli örneklerden biri, Taksim'de uygulanan 1 Mayıs yasaklarıydı.

³⁰ Christians against Racism and Fascism v. Birleşik Krallık, 8440/78, 16.7.1980.

³¹ Mekân belirlemede dikkate alınması gereken vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırma ölçütünün iptalinin gerekçesinde İHAM içtihadını atf için bkz. E: 2014/101, K: 2017/142, 28.09.2017, § 51. Gece saatlerinde toplanılmasını mülki amirlerin iznine bağlayan düzenlemenin iptalinin gerekçesinde İHAM içtihadına atf için bkz. E: 2018/137, K: 2022/86, 30.06.2022, § 137.

³² SEVER, 2024, s. 67-110. Bu konuda, Türkiye İnsan Hakları Vakfının düzenli olarak yayınladığı "İfade, Toplanma ve Örgütlenme Özgürlükleri İhlalleri Rapor"ları önemli bir kaynak niteliğindedir. Bkz. "Özel Raporlar ve Değerlendirmeler", www.tihv.org.tr. Ayrıca Eşit Haklar İçin İzleme Derneğinin 2016, 2017 ve 2021 yıllarında yayınladığı üç "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Hakkı Raporu", toplanma özgürlüğü üzerinde OHAL ve COVID - 19 pandemisi ile ağırlaşan baskıları ayrıntılı olarak ortaya koyması bakımından önemlidir. www.esithaklar.org.

III. AYM'NİN TAKSİM YASAKLARINA DAİR BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

AYM'nin, toplanma özgürlüğüne dair bireysel başvuru kapsamında verdiği kararlarda, mekân yasaklarına dair norm denetimi kararının aksine, İHAM içtihadından yoğun bir şekilde yararlandığı göze çarpar. Hatta toplanma özgürlüğüne dair ilk ihlal kararını verdiği Ali Rıza Özer ve Diğerleri başvurusunda, bugüne değin uygulamayı sürdürdüğü temel ilkeleri, İHAM'ın yerleşik içtihadına referansla ortaya koydu AYM.³³ Ardından *yalnızca Kanun'da öngörülen koşullara aykırılıkların ya da kamu düzeni ve güvenliği gibi meşru amaçlara soyut referansların* toplanma özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılmak için yeterli olmadığına, kamu otoritelerinin somut bilgi ve olaylara dayanması gerektiğine ve barışçıl niteliği sürdürdüğü müddetçe, kamu otoritelerinin toplanmalara belirli bir hoşgörü göstermekle yükümlü olduklarına dair içtihadını,³⁴ mekân seçimi hakkına dair başvurularda da sürdürdü. Bu kapsamda, 2911 sayılı Kanun'da mutlak yasak olarak öngörü-

³³ Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, 2013/3924, 6.1.2015. Bu kararda AYM; toplanma özgürlüğünün “çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına” aldığı, (§ 115) “muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı veya rahatsız edici olması durumunda dahi korunarak güvence altına alınması[nin] çoğulculuğun, açık fikirliliğin, hoşgörünün ve demokratik bir toplumun gerekliliği” olduğunu vurguladı. (§ 116) “Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin, toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilmesi imkânı sunulma”sı gerektiğini ifade etti. (§ 117) AYM'ye göre “[b]ir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlenmesi de tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez.” (§ 119) AYM'nin toplanma özgürlüğüne dair içtihadına dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. KARAN Ulaş, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018, s. 43-187.

³⁴ “Yalnızca usulüne uygun olarak tertip edilmemiş bir toplantının veya gösteri yürüyüşünün varlığını”n toplanma özgürlüğüne müdahale için yeterli kabul edilemeyeceğini belirten AYM'ye göre, “ilk derece mahkemesinin başvuruya konu gösterinin usulüne uygun bir şekilde bildirimde bulunulmadan yapıldığı yönündeki gerekçesi, tek başına ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez”. Dilan Öğüz Canan Başvurusu, 2014/20411, 30.11.2017, § 49. “Barışçıl bir gösterinin veya basın açıklamasının ilke olarak cezai yaptırım tehdidinde maruz bırakılmaması gerekir... İdarenin kanuna aykırı olduğunu tespit etmesi veya katılanlarından bazılarının barışçıl olmayan davranışlar göstermesi bir toplantının barışçıl niteliğini kaybetmez. Dolayısıyla bazı bireylerin şiddet içeren davranışlar göstermesi, söz konusu şiddet eylemleri toplantıya katılanların veya diğer bireylerin güvenliğini tehlikeye sokmadıkça ve barışçıl özelliğini ortadan kaldıracak derecede toplantının bütününe sirayet etmedikçe toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların cezalandırılması şeklindeki bir müdahaleyi tek başına haklı kılmaz.” Osman Erbil Başvurusu, 2013/2394, 25.3.2015, § 68.

len, TBMM'ye bir kilometre mesafedeki alan ölçütünü ihlal eden bir gösteri hakkında, kamu otoritelerinin “*şekli bir bakış açısı ile mesafe sınırını gözeterek*”, toplanmanın kanuna aykırılığını tespit etmelerinin, özgürlüğe müdahale için tek başına yeterli bir gerekçe olmadığını vurguladı.³⁵ Bir başka kararında da toplanılan yerin yasak mekânlar arasında yer aldığı gerekçesiyle yapılan müdahalelerin anayasaya uygun olabilmesi için kamu düzeninin korunması açısından gerekli olduğunun ve eğer ardından bir ceza verilecekse de kamu düzeninin bozulduğunun ya da bozulma tehlikesinin ortaya çıktığının, idari ve yargısal makamlar tarafından “*gösterilmesi*” gerektiğini ifade etti.³⁶

AYM'nin Taksim yasaklarına dair yakın tarihte verdiği üç kritik bireysel başvuru kararı, bugüne kadar geliştirdiği içtihatla kıyaslandığında, mekân ve toplanma özgürlüğü ilişkisini kapsamlı bir şekilde ele alması nedeniyle önem taşıyor. Bu kararlar; 2014, 2015 ve 2016 yıllarında 1 Mayıs'ta Taksim'de gerçekleştirilmek istenen toplanmalara yönelik müdahalelere dair hemen hemen aynı olay silsilesini içeren başvurular hakkında. İlginç olan durum, *AYM'nin verdiği ilk kararın*, 2016 yılındaki yasak ve ardından gerçekleştirilen müdahaleler nedeniyle yapılan *son başvuru hakkında olmasıdır*. Bu son başvuruya giden süreçte DİSK, 1 Mayıs İşçi Bayramı'nı Taksim'de kutlamak amacıyla valiliğe bildirimde bulunur, fakat valilik, Taksim'in önceden duyurulan toplanma mekânları arasında yer almadığı gerekçesiyle ve ayrıca “*kamu düzeni ve güvenliğiyle ilgili değerlendirmeler*” neticesinde talebi uygun görmez. Başvurucuların açtığı dava sonucunda idare mahkemesi de Taksim Meydanı'nın 2016 yılı için belirlenen toplanma mekânları içerisinde olmadığını yanı sıra kamu düzeni ve güvenliği gerekçelerine dayanan idari işlemin hukuka uygun olduğuna hükmeder.³⁷

A. 2016 Yılındaki Taksim Yasağının Anayasaya Uygunluğu

AYM, başvuruya dair değerlendirmesine, mülki amirlerin mekân belirleme yetkisine dair norm denetimi kararında ortaya koyduğu genel ilkelere atıf yaparak başladı (§41-43, 49-50) ve bu çerçevede, mekân seçiminin toplanma özgürlüğünün koruma alanında yer aldığını, fakat kamu otoritelerinin

³⁵ Umut Şimşek ve Diğerleri Başvurusu, 2015/14310, 12.6.2018, § 66.

³⁶ Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, 2014/920, 25.5.2017, § 92.

³⁷ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Başvurusu, 2017/36889, 29.9.2022, § 13-15. Bundan sonra kararın paragraf numaralarına atıflar metin içinde yapılacaktır.

pozitif yükümlülüklerinin gereği olarak mekânlara sınırlı bir şekilde izin verebileceğini, mekânları yasaklayabileceğini ya da alternatif mekânlar önerebileceğini vurguladı. (§ 44) Somut olaya dair incelemesinde ise ilk olarak, “müdahalenin gerçekleştiği andaki genel koşullar” açısından o tarihte süregiden terör saldırıları dikkate alındığında,³⁸ Taksim Meydanı’nın geniş katılımlı toplanmalara kapatılmasına dair güvenlik gerekçelerinin somut ve haklı olduğunu belirtti. (§ 51) İkinci olarak, şehrin merkezinde gerçekleştirilmek istenen bir toplantının, farklı özgürlüklerin çatışmasına yol açmasının kaçınılmaz olduğunu ifade etti, fakat incelediği olay açısından bu çatışmaya neden olan anayasal değerlerin somut bir tartımını yapmadı. (§ 52) Son olarak da Taksim Meydanı’nın *sembolik öneminin valilik tarafından gözetilerek*, sınırlı sayıda temsilcinin alana alındığının ve ayrıca alternatif bir mekânın önerildiğinin ve başvuru sendikasının da bu alternatif mekânda toplanma özgürlüğü hakkını kullanabildiğinin altını çizdi. (§ 53-54) Bu olgular çerçevesinde AYM, valiliğin, güvenlik gerekçeleri ve toplanma özgürlüğünün korunması arasında bir tartım yaparak karar verdiğini, ayrıca sembolik önemi haiz Taksim Meydanı’nda sınırlı katılıma izin vererek ve alternatif bir mekân önererek, ölçülülük ilkesini gözetmediğini vurguladı ve toplanma özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaştı. (§ 55)

B. Karşı Oylar: İkame Gerekçe Eleştirisi

Kararın önemli bir özelliği, on dört üyeden altısının karşı oy kaleme almasıydı. Mahkeme Başkanı Arslan, Taksim yasağına dair idari işlemin ve ardından yargısal denetimin, iki temel gerekçeye dayandığına işaret etti bu kapsamda. Bunlardan ilki Taksim’in, valiliğin duyurduğu toplanma alanları içinde olmaması, diğeryse kamu düzeninin bozulma tehlikesidir. Arslan bu noktada, göstericilerin, tercihleri dışındaki bir mekâna yönlendirilmelerinin, somut ve haklı gerekçelere dayandırılması gerektiğini, kamu düzenine dair tehditlerin de benzer şekilde somut, gerçek, açık ve yakın bir tehlikenin varlığı durumunda müdahalenin gerekçesi olabileceğini vurguladı.³⁹ Karşı oylarda bu bağlamda vurgulanan kritik bir nokta, ne valilik kararında, ne de yargısal denetimde, Taksim yasağı ile güvenlik tehditleri arasında somut bir

³⁸ Karar’ın başlangıcında yer alan “Genel Açıklamalar” bölümünde, 2015 yılının Temmuz ayında Suruç’ta yaşanan bombalı saldırının ardından 2016 yılının Aralık ayına kadar geçen süreçte İstanbul’da çeşitli tarihlerde gerçekleşen sekiz bombalı saldırı kronolojik olarak sıralanıyor. (§ 7-9)

³⁹ Zühtü Arslan’ın Karşı Oyu, § 8-12.

ilişki kurulmasına rağmen, AYM'nin çoğunluk üyelerinin, bireysel başvuru kararında o dönemdeki terör saldırılarına işaret ederek, adeta "ikame" gerekçeler yaratmasıydı.⁴⁰ Bunun dışında, Taksim'in sembolik öneminin⁴¹ ve Taksim'in yasaklanmadığı dönemde gerçekleştirilen gösterilerin barışçıl ve sorunsuz niteliğinin,⁴² çoğunluk üyeleri tarafından göz ardı edilmesi de azınlıkta kalan üyeler tarafından eleştirilen olgulardı.

Karşı oylarda vurgulandığı üzere, bu ilk kararın eleştiriye açık yönü, valiliğin ve idare mahkemesinin kararlarında, Taksim'de kutlanmak istenen İşçi Bayramı'nın yaratacağı güvenlik riskine dair somut veri ve gerekçelerin yer almamasıydı. Öte yandan yasağın dayanağı ve yargısal denetimde hukuka uygun bulunmasının ikinci gerekçesi de Taksim Meydanı'nın, AYM'nin iptal etmediği mekân belirleme yetkisi çerçevesinde valilik tarafından duyurulan mekânlar dışında olmasıydı. Çoğunluk görüşünde, AYM'nin norm denetimi kararında yer alan ve bu çalışmanın önceki bölümlerinde eleştirilen; mülki amirlerin takdir payını genişleten ve devletin pozitif yükümlülüklerini, barışçıl göstericilerin haklarını korumaktan ziyade, kamu düzeninin korunması bağlamında ele alan saptamaların temel dayanaklar olarak kullanıldığı bu noktada vurgulanmalıdır. (§ 43, 49-50) Bu husus, norm denetimi sürecinde mülki amirlerin mekân belirleme yetkisinin iptal edilmemesinin ve buna dayanak olarak ortaya konan ilkelerin, toplanma özgürlüğünün kullanılmasını açısından yarattığı olumsuz hukuki sonuç olarak değerlendirilebilir.

C. 2014 ve 2015 Yılındaki Taksim Yasaklarının Anayasaya Aykırılığı

AYM yaklaşık bir yıl sonra yine, Taksim'de 1 Mayıs'ta gerçekleştirilmek istenen kutlamaların yasaklanmasına dair iki başvuruyu inceledi ve ilk kararının aksi yönde bir sonuca ulaştı ve ihlal kararı verdi. Bu iki başvuru, ihlal tespit etmediği Taksim yasağı başvurusunun yanı sıra, yine yukarıda ayrıntılı olarak değinilen norm denetimi kararından yaklaşık bir yıl önce yapılmıştı. Diğer bir deyişle mekân yasaklarının AYM'nin norm denetimi kararını verdiği süreçte de toplanma özgürlüğü üzerinde yarattığı etkinin ne kadar güncel olduğunu gösteren somut olaylara dayanıyordu bu iki başvuru.

⁴⁰ Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 6, M. Emin Kuz'un Karşı Oyu, Kenan Yaşar'ın Karşı Oyu, § 7-9. Hicabi Dursun ise M. Emin Kuz'un gerekçelerine katıldığını belirten kısa bir karşı oy yazısı kaleme almakla yetinde.

⁴¹ Zühtü Arslan'ın Karşı Oyu, § 14, Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 6, Engin Yıldırım'ın Karşı Oyu, § 29, Kenan Yaşar'ın Karşı Oyu, § 8.

⁴² Zühtü Arslan'ın Karşı Oyu, § 18, Engin Yıldırım'ın Karşı Oyu, § 27, M. Emin Kuz'un Karşı Oyu.

Her iki başvuruya konu olaylar, oldukça benzer.⁴³ DİSK, pek çok sendika ve meslek örgütüyle birlikte 2014 ve 2015 yıllarında, 1 Mayıs kutlamaları için valiliğe başvurur. Valilik ise, Taksim'in daha önce duyurulan mekânlar arasında yer almadığına ve ayrıca turistik, ekonomik faaliyetler ile araç ve yaya trafiğinin yoğun olarak yaşandığı bir bölge olduğuna; kamu düzenini bozabilecek olayların yaşanma ihtimaline ve toplanmanın kontrol edilememesi hâlinde müdahale ve tahliye zorlukları yaşanacağına işaret ederek kamu düzeni ve güvenliği gerekçeleriyle kutlamalara izin vermez. (§ 6-10) Sonuç olarak bu kararda da iki temel dayanağı vardır valiliğin: yasak mekân ile kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması. Taksim'de toplanmak istenen göstericilere TOMA ve biber gazı ile müdahale edilir ve sonuç olarak göstericilerin Taksim'de toplanması engellenir. Ardından başvuru sahipleri, keyfi ve ölçsüz müdahaleye maruz kaldıkları ve Taksim'de toplanmalarının engellenmesi nedeniyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunur, fakat savcılık, kovuşturmayaya yer olmadığını karar verir. (§ 11-16)

AYM'nin, değerlendirmesinde, toplanma özgürlüğüne dair yerleşik içtihadına atıf yapmakla birlikte, esas olarak iki ilkeyi öne çıkardığı söylenebilir. Bunlardan ilki, Kanun'da öngörülen koşullara aykırılıkların barışçıl bir toplanmaya müdahaleyi haklı kılmak için tek başına yeterli olmadığıdır. İkinci ise, toplanma özgürlüğüne müdahalenin her hâlükârda, demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyacı karşılaması ve bu ihtiyacın da yalnızca ilgili değil, aynı zamanda somut bilgi ve olaylarla desteklenen yeterli gerekçelere dayanması gerektiğidir. AYM daha sonra bu iki ilke çerçevesinde, somut olaydaki hukuki sorunun kaynağını oluşturan, valiliğin mekân belirleme yetkisini değerlendirdi. Kısacası AYM'nin kararının ağırlık noktası, valiliğin mekân belirleme yetkisinin anayasal sınırlarıydı. Bunun temel nedeni, Taksim Meydanı'nın valilik tarafından belirlenen mekânlar dışında yer almasının, hem başvuru sahiplerinin suç duyurusuna dair savcılık incelemesinde,⁴⁴ hem de bakanlığın olaya dair AYM'ye ilettiği görüşünde, (§ 43) müdahalenin meşruluğu açısından özellikle vurgulanmasıydı.

⁴³ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu, 2016/14517, 12.10.2023; Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu (2), 2016/14518, 12.10.2023. Her iki kararın konusu ve AYM'nin bu kararlardaki hukuki değerlendirmeleri neredeyse özdeş. Bu nedenle sadece 2016/14517 no.lu başvurunun paragraf numaralarına metin içinde atıf yapmakla yetinilecek.

⁴⁴ Savcılık incelemesine dair ayrıntılar yalnızca 2016/14518 no.lu başvuruda yer alıyor. Bkz. (§ 19)

AYM, mekân belirleme yetkisine dair norm denetimi kararında ortaya koyduğu temel ilkeleri, Taksim yasağına dair bir önceki bireysel başvuru kararında olduğu gibi, bu bireysel başvuru kararlarında da yineledi. Mekân seçiminin “*kural olarak*” göstericilerin takdirinde olduğunu, fakat pozitif yükümlülükler kapsamında, kamu otoritelerinin toplanma mekânını yasaklayabileceğini, mekâna erişime sınırlı olarak izin verilebileceğini ya da alternatif mekân sunulabileceğini belirtti. Bir farkla ki bu kararlarında söz konusu sınırlamaların anayasaya uygunluğunu belirleyen bir ölçüt olarak, Taksim Meydanı’na dair daha önceki bireysel başvuru kararından sonra geliştirdiği “*kaçınılmaz zorunluluk*” kavramını kullandı.⁴⁵ Buna göre, göstericilerin mekân seçim hakkına yönelik müdahaleler, “*ancak kaçınılmaz zorunluluklar ile haklı kılınabilecek*” durumlarda uygulanabilir ve bu süreçte, hakka yönelik olarak öngörülen sınırlamalar da “*dar*” yorumlanmalıdır. (§ 57)

D. Mekân Belirleme Yetkisinin Anayasaya Uygun Yorumu

AYM, mülki amirlerin mekân belirleme yetkisinin hukuki kapsamını ve etkisini, işte bu kaçınılmaz zorunluluk kavramı ışığında somutlaştırdı ve iki anayasal değer tartıma tabi tutulması gerektiğini ifade etti. AYM’ye göre hukuk devletinin bir gereği olarak göstericiler, Kanun’da öngörülen koşullara ve bu çerçevede alınan kararlara uymakla yükümlüken, toplanma özgürlüğünün demokratik toplumdaki işlevi, her bir somut olayda kamu otoritelerinin, kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla uyguladıkları yaptırımlarda dikkate almaları gereken anayasal değeri oluşturur. Dolayısıyla “*idari bir karara aykırı olsa dahi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale edilebilmesi için demokratik bir toplumda zorlayıcı nedenlerin varlığının yetkili mercilerce ortaya konulması gerekir.*” (§ 61-63)

AYM bu çerçeveden hareketle, bir mekânın, mülki amirler tarafından önceden belirlenen alanlar içinde yer almamasının, toplantı yapılmasını tamamen yasaklamak için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini ifade etti. Mahkemeye göre, toplanmanın hedeflenen amaçlara ulaşabilmesi için mekânın önemi gözetildiğinde “*mekân seçme serbestisinin kategorik olarak yasaklanması anayasal hak bakımından kabul edilemez*”. Bu nedenle, göstericilerin tercih ettiği mekân, valiliğin belirlediği alanlar dışında yer alıyor olsa bile, toplanmaya müdahale için ayrıca “*somut ve haklı gerekçe*le-

⁴⁵ Kaçınılmaz zorunluluk kavramının kullanıldığı kararlar için bkz. Filiz Kerestecioğlu Demir Başvurusu, 2020/11218, 19.10.2002, § 77; Şerafettin Can Atalay Başvurusu, 2021/9387, 19.1.2023, § 33.

rin ortaya konması” zorunludur. (§ 76) Böylelikle AYM, mülki amirlerin mekân belirleme yetkisine dair kanuni düzenlemenin anayasaya uygun yorumunun, bu yetkinin dolaylı olarak mutlak mekân yasakları koymayı dışladığını ve toplanma özgürlüğünün kullanımına yönelik olarak kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için elverişli mekânların öngörülmesiyle sınırlı bir şekilde anlaşılması gerektiği sonucuna ulaştı. AYM’yi bu sonuca ulaştıran argüman silsilesi, daha ayrıntılı olarak, 2023 yılının başında verdiği Can Atalay kararında yer alıyordu.

Can Atalay başvurusunun konusu, 2014 yılında Kadıköy İskele Meydanı’nda gerçekleştirilmek istenen “Marmara Kent ve Doğa Mitingi” için valiliğe yapılan bildirim, söz konusu meydanın duyurulmuş toplanma mekânları arasında yer almadığı gerekçesiyle reddedilmesi ve bu kararın, idari yargı sürecinde hukuka uygun bulunmasıydı. AYM, değerlendirmesine, 2911 sayılı Kanun’un lafzından hareket ederek başladı. Kanun’un 6. maddesinin ilk fıkrasında,⁴⁶ toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin “her yerde” yapılabileceğinin öngörülmesi nedeniyle Mahkemeye göre, “tüm kamusal alanlar toplantı düzenlenmesi için açık ve mevcut olmalıdır. Toplantı düzenleme alanlarının idare tarafından belirlenmesi, diğer yerlerde toplantı gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir anlatımla mahallin en büyük mülki amirlerince toplantı ve gösteri mekânı olarak belirlenen yerler toplantı ve gösteri yürüyüşleri için hakkın kullanımını kolaylaştıracak bir alternatif olup bu durum bu mekânlar dışında toplantı ve gösteri yapılmasının yasaklandığı sonucunu doğurmaz.”⁴⁷

AYM, Kanun’un lafzından hareketle geliştirdiği sistematik yorum uyarınca, mekân belirleme yetkisinin, göstericiler açısından “gizli bir engel” ya da “örtülü bir sınırlandırma” amacıyla kullanılmasının anayasaya aykırı olacağını, bu yetkinin “asıl amacının toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının etkin kullanımının sağlanması” olduğunu ve belirlenen mekânlar dışında gerçekleştirilen toplanmalar için de “güvenlik riski taşıyıp taşımadığı, gündelik yaşamı aşırı ve katlanılamaz düzeyde zorlaştırıp zorlaştırmayacağı ve ... alternatif bir mekânın toplanma hakkını etkisiz hâle getirip getirmeyeceği esas alınarak bir değerlendirme” yapılması gerektiğini vurguladı.⁴⁸

⁴⁶ Madde 6 - Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, tüm il ve ilçe sınırları içerisinde aşağıdaki hükümlere uyulmak şartıyla her yerde yapılabilir.

⁴⁷ Şerafettin Can Atalay Başvurusu, 2021/9387, 19.1.2023, § 37.

⁴⁸ Aynı Karar, § 38, 40.

E. Mekânın Sembolik Değeri Karşısında Müdahale Ölçütleri

AYM'nin, mülki amirlerin mekân belirleme yetkisinin anayasaya uygun yorumunu ortaya koyarken, toplanma özgürlüğünün mekân ile olan ilişkisini esas aldığı söylenebilir. Toplanmanın amacına ulaşabilmesi için belirli bir mekânın taşıdığı kritik değer ya da anlam, Mahkemenin kararında da vurgulandığı üzere, kamu otoritelerinin mekân seçimi hakkına yönelik müdahaleler kapsamında sahip olduğu takdir payını daraltır. AYM'nin bu yaklaşımı, Taksim Meydanı'nın taşıdığı sembolik anlam nedeniyle, yasaklanmasına yönelik müdahalelerin sıkı bir denetime tabi tutulmasını zorunlu kılar. Nitekim AYM Taksim yasaklarına ilişkin bireysel başvuru kararlarında bu çerçevede, 1977 yılının kitlesel 1 Mayıs'ında, silahlı müdahale ve yaşanan kargaşa sonucunda çok sayıda göstericinin yaralanmasının ve ölmesinin ardından, Taksim Meydanı'nın sembolik değer kazandığını, emekçilerin yalnızca dayanışmasının değil, ortak hafızasının mekânı haline geldiğini tespit etti. Ardından da bu nedenle *“kendisini o kültürün bir parçası olarak gören her kişinin 1 Mayıs günlerinde Taksim Meydanı'nın ifade ettiği anlamı doğrudan tecrübe etmek ve edindiği tecrübeyi kuşaklar boyunca aktarmak için orada bulunma hakkı”* olduğunu ifade etti. (§ 66-67)

Mekân belirleme yetkisinin, mutlak yasaklar koyma şeklinde yorumlanamayacağını ve Taksim Meydanı'nın, taşıdığı sembolik değer nedeniyle, göstericilerin bu Meydan'da bulunma hakkının varlığını saptadıktan sonra AYM, ölçülülük denetimi kapsamında, Taksim'in yasaklanması ile ulaşılmak istenen meşru amaçları değerlendirdi. Valilik, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında, Taksim'in ekonomik, sosyal ve kültürel etkinliklerin merkezi olduğuna, diğer yandan da büyük ölçekli bir gösterinin kamu düzenini aksatabileceğine ve olası şiddet hareketlerine karşı alınması gereken tedbirler açısından Meydan'ın elverişsiz olduğuna işaret etmişti. (§ 69) AYM bu noktada; toplanılmak istenen mekânın, toplanmanın amacına ulaşması için önem taşıması ya da sembolik değere sahip olması durumunda, toplanma özgürlüğüne yönelik müdahalelerde ve bu müdahalelerin denetiminde *özellikle* esas alınması gereken temel ilkeleri somutlaştırdı.

Bunlardan *ilki*, toplanmanın kamu düzeni açısından *“somut bir tehlike ya da açık ve yakın bir tehdit”* oluşturduğunun ortaya konmasıdır. *İkinci* olarak kamu otoriteleri; bu tehlike ya da tehdidin, *“tüm tedbirlere rağmen engellenemeyecek nitelikte olduğunu somut delillere dayalı, ikna edici ve yargısal denetime açık olacak şekilde göstermelidir.”* Bu kapsamda ayrıca,

göstericilerin, özgürlüğün kullanımının gerektirdiği, [barışçıl davranmak gibi] ödev ve sorumluluklarına uygun davranmadıkları da kanıtlanmalıdır. *Üçüncüsü*, ölçülülük ilkesi uyarınca, toplanma özgürlüğünün etkin kullanımı için kamu otoritelerinin tabi olduğu pozitif yükümlülükler dikkate alınarak, “*daha az katı tedbirler*” alma imkânı değerlendirilmeli ve nihayetinde somut olayın koşulları içinde “*zorunlu*” tedbirlerle yetinilmelidir. *Son olarak*, toplanma özgürlüğü ile kamu düzeni ya da başkalarının özgürlükleri arasında adil bir denge kurulmaya çalışıldığına dair gerekçeler, ilgili ve yeterli bir şekilde ortaya konmalı, diğer bir deyişle çatışan anayasal değerlerin tartımı yapılmalıdır. (§72)

AYM, bu temel ilkeler çerçevesinde, Taksim yasaklarına karar veren valiliğin dayandığı ve idare mahkemelerinin de kabul ettiği, başkalarının özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına dair gerekçelerin tamamen soyut düzeyde kaldığını vurguladı. AYM'nin altını çizdiği üzere, “[s]omut olayda başvurucuların eylemlerinin kamu düzenini bozdukları veya alınan güvenlik önlemlerini zaafa uğrattıkları” (§ 70) ya da müdahaleyi gerektirecek düzeyde, “*ödev ve sorumluluklarına aykırı*” hareket ettiklerine dair bir tespit ve değerlendirme bulunmuyordu. (§ 74) Ayrıca kamu otoriteleri, müdahale edilmeyen dört yıl boyunca Taksim'deki 1 Mayıs kutlamalarının barışçıl bir şekilde gerçekleştiğini de yok saymıştı. (§ 68) Toplanmanın amacı, mahiyeti ve katılımcı sayısını dikkate alarak, Taksim Meydanı'nda 1 Mayıs kutlamalarının gerçekleştirilmesine yönelik olanakları değerlendirmeyen valilik, bunun yerine yasaklama kararına gitmiş, ardından kolluk, henüz toplanma başlamadan müdahale etmiş ve nihayetinde de yargı organları, toplanma özgürlüğü ve mekân arasındaki ilişkiyi dikkate almayan bir yaklaşımla bu kararı ve süreci hukuka uygun bulmuştu. (§ 73-74, 77) AYM, bu durumun toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğini saptarken, daha önceki bireysel başvuru kararında çoğunluk görüşünde, ölçülülük açısından dikkate alınan, *sınırlı sayıda kişiye açılma* ve *alternatif mekân önerisinin* de Taksim Meydanı'nın taşıdığı sembolik değer göz önüne alındığında, göstericilerin 1 Mayıs kutlamaları ile hedefledikleri amaçlarına ulaşabilmeleri için yeterli olmadığını ifade etti. (§ 68)

AYM'nin 2014 ve 2015 yıllarındaki Taksim yasaklarına dair kararları her şeyden önce, mülki amirlerin *mekân belirleme yetkisinin anayasaya uygun yorumunu ortaya koyması bakımından önem taşır*. Buna göre, belirlenen mekânlar, devletin pozitif yükümlülüklerinin gereği olarak, göstericilerin toplanmaları için kolaylaştırıcı alternatifler niteliğindedir ve bu alanlar di-

şında gerçekleşen toplanmalar, kendiliğinden kanuna aykırı hale gelmez, dolayısıyla belirlenen mekânlar dışında toplanılması, kolluk müdahalesine gerekçe oluşturmaz. AYM kararındaki *ikinci önemli özellik, toplanmalara yönelik müdahalelerin dayanağı olarak “kaçınılmaz zorunluluk” ölçütünün geliştirilmesi* ve böylelikle kamu otoritelerinin takdir yetkisinin daraltılmasıdır. Bununla bağlantılı *üçüncü özellik*, toplanılmak istenen mekânın göstereciler için taşıdığı anlam ya da sembolik değer, takdir yetkisini ayrıca daraltan öğeler olarak kabulüdür.

2016 yılındaki yasağın anayasaya uygun bulunması, bu üç ilkenin içtihat haline geldiği saptamasıyla çelişkili değil, çünkü 2016 yasağına dair AYM’nin üye çoğunluğunu ihlal olmadığı sonucuna götüren, o dönemde yaşanan terör saldırılarının kamu düzeni üzerinde yarattığı etkiyi esas olarak. Burada, 2016 yasağında ihlal olmadığı yönünde oy kullanan üç üyenin, 2014 ve 2015 yasağının ihlal teşkil ettiği yönünde oy kullandığı da akılda tutulmalıdır.⁴⁹ Fakat 2016 yılındaki yasak için terör saldırılarının dayanak olarak gösterilmesi açısından da, karara muhalif kalan üyelerin *“ikame gerekçe”* eleştirisinin haklılığını teslim etmek gerekir. Muhalif üyelerin vurguladığı üzere valilik ve yargı kararında yalnızca mekân yasağına ve kamu düzeni kavramı çerçevesinde soyut mülahalazalara atıfla yetiniliyordu ve yasaklama kararıyla somut olayın koşulları arasında herhangi bir bağ kurulmuyor, somut gerekçe ve riskler açıklanmıyordu. Valilik kararındaki bu eksikler nedeniyle, terör saldırılarının 1 Mayıs kutlamaları üzerinde yaratacağı ileri sürülen riskin, daha sonra yargısal denetimin konusu olması da imkânsız hale geldi. Bu durum karşısında, AYM’nin, bireysel başvuru kararında bu riske yol açabilecek özgül olaylara dair *kendiliğinden* saptamalarda bulunması, bireysel başvurunun ikincil niteliğiyle ve ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi sonucunda işletilebilmesine dair usuli ilkeyle de bağdaşmıyordu.⁵⁰

⁴⁹ Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç ve Selahaddin Menteş; 2016 yılındaki yasağın ihlal olmadığı görüşüne katılırken, 2014 ve 2015 yıllarındaki yasakların ihlal oluşturduğu yönünde oy kullandı.

⁵⁰ *“Bir ihlal varsa bunu ilk planda giderme yetki ve görevi derece mahkemelerine ait olduğundan, derece mahkemelerindeki yargılamalar esnasında ileri sürülmeyen iddialar AYM önünde dile getirilemez. Öte yandan derece mahkemelerinin meseleleri değerlendirmesi esnasında bu mahkemelere sunulmayan bilgi ve belgeler de ilk kez AYM’ye sunulamaz”* KAPLAN Recep, *“Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi”*, **Haşim Kılıç’a Armağan**, Cilt I, Ed. ÇOBAN Ali Rıza ve diğerleri, 2015, s. 1532-1533. AYM’nin konuya dair içtihadını oluşturduğu karar için bkz. Bayram Gök Başvurusu, 2012/946, 26.3.2013, § 20.

F. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Tartışması

2014 ve 2015 yıllarındaki Taksim yasaklarına dair bireysel başvuru kararlarında da ilginç bir usul tartışması oldu. Öyle ki karara muhalif kalan üyelerin çoğu, toplanma özgürlüğünün ihlal edilmediği gerekçesiyle değil, esasen iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasıyla itirazlarını dile getirdi. Bu noktada, 2016 yılındaki Taksim yasağına dair başvuru süreciyle, 2014 ve 2015 yıllarındaki yasaklar için yürütülen süreç arasındaki farklılığa değinmek gerekir. 2016 yılında yaşanan olayların ardından başvuru sahipleri, valiliğin yasaklama kararını idare mahkemesine taşıyarak iç hukuk yollarını tüketti.⁵¹ 2014 ve 2015 yıllarına dair süreçte ise başvuru sahipleri, 1 Mayıs'ta Taksim'e ulaşmaya çalışırken karşılaştıkları keyfi ve orantısız müdahale sonucunda toplanmalarının engellendiği gerekçesiyle başbakan, içişleri bakanı, vali, emniyet genel müdürü ve il emniyet müdürü hakkında suç duyurusunda bulundu. Fakat cumhuriyet başsavcılığı ilgili kişilerin sorumluluğunu doğuracak bir illiyet bağının oluşmadığına ve ayrıca ceza sorumluluğunun şahsiliğine işaret ederek kovuşturmayaya yer olmadığına karar verdi.⁵²

AYM, 2014 ve 2015 yıllarındaki yasaklar ve ardından gerçekleştirilen müdahaleler hakkında verilen takipsizlik kararlarının kesinleşmesi sonucunda yapılan bireysel başvurulara dair değerlendirmesinde, yerleşik içtihadına atıfla, *"toplantı veya gösterilere hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiği iddia edilen müdahalelerden sorumlu tutulan kamu görevlileri hakkında ceza soruşturması ve/veya kovuşturması yolunun tüketilmesini, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı yönünden inceleme yapılması için yeterli görmüş ve olağan kanun yollarının tüketildiğini kabul etmiştir."* (§ 48) Topal, Bağcı ve Fidan, ortak karşı oylarında; somut olayda valiliğin, Taksim Meydanı'nın önceden ilan edilen mekânlar dışında olduğu ve kamu düzeninin bozulması tehlikesi gerekçeleriyle yasaklama kararı verdiğini, fakat başvuru sahiplerinin bu karar aleyhine idare mahkemesine dava açmadan bireysel başvuru yaptıklarını vurguladı. *Buna rağmen, çoğunluk üyesi yargıçların temel hukuki sorun olarak, Taksim Meydanı'nın 1 Mayıs kutlamaları için valilik tarafından ya-*

⁵¹ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Başvurusu, 2017/36889, 29.9.2022, § 14-16.

⁵² Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu, 2016/14517, 12.10.2023, § 13-16; Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) ve Diğerleri Başvurusu (2), 2016/14518, 12.10.2023, § 18-20. Kabul edilebilirliğe dair değerlendirmeler her iki kararda özdeş olduğu için, bundan sonra sadece 2016/14517 no.lu başvurunun paragraf numaralarına metin içinde atf vermekle yetinilecek.

saklanması kararını değerlendirmeleri muhalif yargıçların itirazının ağırlık noktasını oluşturur. Muhalif yargıçlara göre başvuru yollarının iç hukuk yolu sürecinde savcılığa yaptıkları suç duyurusunun konusu, kötü muamele iddialarıdır. Bu suç duyurusu ile karşılan savcının, toplanma mekânının elverişliliğine dair bir inceleme yapması ceza usul hukuku uyarınca mümkün değildir, dolayısıyla valiliğin mekânın elverişliliğine dair değerlendirmesi ve yasaklama kararının da AYM tarafından incelenmesi ikincillik ilkesine aykırılık oluşturur, çünkü iç hukuk yollarında tartışmaya açılmamış bir hukuki sorun, doğrudan AYM tarafından incelenemez.⁵³ Seferinoğlu da benzer bir şekilde, savcılarının soruşturma sürecinde suç isnadının konusunu oluşturan eylemler hakkında araştırma yapmakla sınırlı bir yetkiye sahip olduklarını, kural olarak idari makamların suç teşkil etmeyen kararlarının hukukiliğini denetleyemeyeceklerini belirtir. Valiliğin toplantıyı yasaklama yönündeki idari kararı tam da böyle bir idari işlemdir.⁵⁴ İnce de bu görüşe katılır.⁵⁵

Azınlıkta kalan yargıçların görüşleri, kamu otoritelerinin toplanma özgürlüğüne yönelik müdahalelerinin mekân yasaklarıyla ilişkisini ve ceza yargılaması sürecinde savcılığın soruşturması gereken hususları hatalı bir şekilde değerlendirmeleri nedeniyle eleştiriye açıktır. *Muhalif yargıçların gözden kaçırdığı nokta, valiliğin mekân belirleme kararının, toplanma özgürlüğünün yanı sıra sonu kötü muamele iddialarına varan idari işlemlerin ve kolluk müdahalelerinin kaynağını oluşturmasıdır.* Nitekim AYM'nin 2015 tarihli Onur Cingil başvurusunda geliştirdiği yerleşik içtihadı bu noktaya işaret eder. AYM'ye göre bu tür başvurularda, bir yandan kötü muamele, diğer yandan toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğine dair iddialar söz konusudur ve savcılığın yükümlülüğü de her iki iddiayı da birlikte değerlendirmektir. Bu iddialar karşısında da savcılık, *“faillerin kimliği, toplantıya müdahalenin haklı olup olmadığı, müdahalenin ölçülü olup olmadığı ve suç oluşturup oluşturmadığının tespitine yönelik”* bir soruşturma yürütmekle yükümlüdür. Dolayısıyla toplanmaya yönelik müdahalelere ilişkin savcılıklara yapılacak şikâyetler, kötü muamele yasağının yanı sıra toplanma özgürlüğüne ilişkin iç hukuk yolunun tüketilmesi için yeterlidir.⁵⁶

⁵³ Muammer Topal, Basri Bağcı ve İrfan Fidan'ın Ortak Karşı Oyu, § 7-11. Özdeş nitelikteki muhalefet şerhleri açısından 2016/14517 no.lu başvuruya atıf vermekle yetinilecek.

⁵⁴ Yıldız Seferinoğlu'nun Karşı Oyu, § 2-5.

⁵⁵ Muhterem İnce'nin Karşı Oyu, § 1.

⁵⁶ Onur Cingil Başvurusu, 2013/7836, 16.4.2015; § 61-62

AYM'nin bu yerleşik içtihadının, azınlıkta kalan üyelerin iddiasının aksine, ceza muhakemesinin niteliği ile uyum içinde olduğunu belirtmek gerek. İlk olarak, suç duyurusunda bulunulması durumunda, gerekli araştırmaları yaparak ve kanıtları toplayarak soruşturmayı yürütmek savcının görevidir.⁵⁷ Başvurucuların 1 Mayıs'ta yaşananların ardından yaptıkları suç duyurusunun konusu da, valilik tarafından belirlenen mekânlar dışındaki bir alanda toplanmak istemelerinin kanuna aykırı olduğu ve kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle yapılan polis müdahalesi sonucunda, kötü muameleyle maruz kaldıkları ve toplanma özgürlüklerinin ihlal edildiğidir. Bu suç duyurusu karşısında savcılık, tam da AYM'nin işaret ettiği üzere, polis müdahalesinin ve buna dayanak oluşturan işlem ve eylemlerin bir suç teşkil edip etmediğini araştırmakla yükümlüdür.

Savcılığın soruşturma sürecinde incelediği eylemlerin suç tiplerine uygunluğunun yanı sıra, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı da hazırlayacağı iddianame açısından önem taşır. Taksim yasakları ve ardından gerçekleşen kolluk müdahalelerin değerlendirirken bu bağlamda dikkate alınacak düzenleme, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'dur. Kanun'a göre valilik tarafından belirlenen mekânlar dışında gerçekleştirilen toplanmalar kanuna aykırı hale gelir⁵⁸ ve kanuna aykırı toplanmaları dağıtmak da kolluk kuvvetlerinin yükümlülüğüdür.⁵⁹ *Valiliğin mekân belirlemeye dair kararı nedeniyle* kanuna aykırı hale gelen toplanmayı düzenleyen, yöneten ya da bunlara katılanların eylemleri de aynı Kanun'da suç olarak öngörülmüştür.⁶⁰ Fakat yine ceza kanunu ve hukuku açısından, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı durumunda, suç tipine uygun eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri de hakkın kullanımıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinde açıkça düzenlediği üzere, "[h]akkını kullanan bir kişiye ceza verilmez." Hukuk normları ve hatta yargısal ya da idari iş-

⁵⁷ ÖZTÜRK Bahri (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, 2021, s. 217-218; CENTEL Nur / ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 2018, s. 123-124.

⁵⁸ *Madde 23 - d) 6 ve 10 uncu maddeler gereğince belirtilen yerler dışında, ... yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır.*

⁵⁹ *Madde 24 - ... Toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin Kanuna aykırı olarak başlaması hallerinde; güvenlik kuvvetleri mensupları, olayı en seri şekilde mahallin en büyük mülki amirine haber vermekle beraber, mevcut imkanlarla gerekli tedbirleri alır ve olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılabilecekleri ihtiarında bulunur ve topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır.*

⁶⁰ *Madde 28 - Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenler bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

lemler çerçevesinde tanınan ve de kullanımı için herhangi bir yetkili makamın kararı gerekli olmayan bir hakkın sınırları içinde hareket eden kişinin eylemleri hukuka uygun sayılır.⁶¹

Hukuka uygunluk nedenlerinin, somut olayda Taksim yasaklarına dair suç duyurusu ve ardından yürütülen savcılık soruşturması açısından kritik önemde olduğu söylenebilir. Bireysel başvuruçular açısından, her ne kadar Taksim’de toplanmak istemeleri 2911 sayılı Kanun’da öngörülen suç tipine uygunsuz da Anayasa’da güvence altına alınan toplanma özgürlüğü hakkını kullanmaları, eylemlerini hukuka uygun hale getirir.⁶² Savcılık, bu yönde bir değerlendirme yapması durumunda, toplanma özgürlüğü hakkını kullanan bireylerin önce idari karar aracılığıyla engellenmeye çalışılmasını ve ardından kolluk müdahalesini hukuka aykırı olarak nitelendirebilir. Valilik ve kolluk kuvvetlerinin işlem ve eylemlerin, böylelikle hukuki yetki sınırları içinde gerçekleşmediği sonucuna ulaşırsa, bir diğer hukuka uygunluk nedeni olan “*kanun hükmünü icra*”, somut olaya uygulanma olanağını yitirir ve ilgililerin cezai sorumluluğu doğabilir.

Bu çerçevede başvuruçuların, toplanma özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini, suç duyurusu aracılığıyla iç hukuk yoluna taşınmaları, iç hukuk yolunda savcılık tarafından valiliğin mekân belirleme kararının tartışılmasını, 2911 sayılı Kanun’un sistematığı nedeniyle kaçınılmaz olarak gündeme getirir. AYM’nin toplanma özgürlüğü hakkına ilişkin geliştirdiği içtihadındaki temel ilkelerin de, kararlarının bağlayıcılığı nedeniyle, savcılığın değerlendirme sürecinde göz önüne alınmasını gerekir. Bu açıdan iki temel ilke öne çıkar. Bunlardan ilki, yukarıda aktarıldığı üzere, toplanma özgürlüğü hakkının kullanımı sürecinde göstericiler açısından öngörülmüş herhangi bir kanuni yükümlülüğe riayet edilmemesinin, söz konusu toplanmanın yasaklanması için tek başına yeterli bir gerekçe olmadığıdır. Bununla bağlantılı ikinci temel ilke de, toplanma özgürlüğü hakkına yönelik müdahalelerin gerekçesi

⁶¹ ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Ceza Hukuku**, Seçkin, 2020, s. 263, 288-289; İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku**, 2021, Beta, s. 309-310, 372-373; KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Ceza Hukuku**, Seçkin, 2022, s. 273-275, 288-289.

⁶² “...Anayasa m. 34’te herkesin önceden izin almaksızın silahsız ve saldırısız bir şekilde toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleyebileceği belirtilmiş; bu durumda da toplanma hakkının kullanımı için herhangi bir yetkili makam veya mülki amirden toplanma düzenleyebilmek için izin alınmasına gerek olmadığı, sadece ihbar niteliğindeki bir bildirim yapılmasının bu hakkı kullanmak isteyenler açısından yeterli olduğu öngörülmüştür. Sonuç itibarıyla, failin doğrudan doğruya kullanabildiği bir hak olarak toplanma hakkı, bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.” TÜRKELİ Gözde, **Toplanma Hakkı Bağlamında Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Suçu**, On İki Levha, 2020, s. 144.

olarak, demokratik toplumda zorunlu olduğu kabul edilebilecek, somut olgu ve olayların kamu otoriteleri tarafından ortaya konmasıdır.

Somut olayda valiliğin, bir toplanmayı yasaklarken, sadece önceden ilan edilmiş mekânlar dışında gerçekleştirilmek istenmesi gerekçesine dayanması ve ayrıca soyut bir şekilde düzen ve güvenlik kavramlarına atıf yapması, toplanma özgürlüğünü kullanmak isteyen bireylere karşı hukuka aykırı bir müdahalenin varlığını gündeme getirir. Böyle bir durumda da savcılık; valiliğin ve kolluk kuvvetlerinin işlemlerinin, “*toplama özgürlüğü hakkının kullanımının engellenmesi*”⁶³ ya da “*kolluğun yetki aşımı*” gibi suçlara vücut verdiği kanaatine ulaşarak iddianame düzenleyebilir. Sonuç olarak bir toplanmanın, önceden ilan edilen mekânlar dışında yapılmak istenmesi nedeniyle engellenmesi, savcılığın inceleme sürecinde üzerinde özel olarak durması gereken bir gerekçe oluşturur ve inceleme sonucunda verilen takipsizlik kararına karşı bireysel başvuru yapılması durumunda, AYM de mekân yasaklarına dair ayrıntılı bir değerlendirme yapabilir, çünkü ancak “*hak ihlaline yönelik şikâyetler daha önce dava konusu yapılmamışsa, başvuru yollarının tüketildiği söylenemez.*”⁶⁴

IV. AYM’NİN TAKSİM KARARLARI IŞIĞINDA NORM DENETİMİNİN İŞLEVİ

AYM’nin Taksim yasaklarının toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğini saptadığı son iki kararı, toplanma mekânını seçme hakkının kapsamına dair özgürlükçü bir içeriğe sahip olsa da, norm denetimi ve bireysel başvuru kararları arasındaki yaklaşım farklılığını ortaya koyması bakımından çarpıcı bir örnek oluşturuyor. Bu çalışmanın önceki bölümlerinde açıklandığı üzere AYM, somut norm denetimi kararında, anayasal güvencelere aykırı bir şekilde mutlak ve süresiz yasaklara imkân tanıyan mekân belirleme yetkisini, yıllar boyu süregelen uygulamasını da dikkate almayarak anayasaya uygun buldu. Oysa norm denetimi, tam da valilere tanınan mekân belirleme yetkisi gibi sınırları belirsiz ve dolayısıyla keyfi uygulamalara olanak tanıyan düzenlemeleri hukuk sisteminden ayıklamak için öngörülmüş bir usul.

⁶³ 2911 sayılı Kanun’un 29. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşüne engel olma suçunun faili, kamu görevlileri de olabilir. Bkz. ÖZDEMİR Emrah, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşüne Engel Olma Suçu”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 212, 2020, s. 3647.

⁶⁴ KANADOĞLU Korkut, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha, 2015, s. 103.

Norm denetimi, anayasaların ardındaki hukuk politikası olarak tanımlanabilecek siyasi iktidarı sınırlandırma gayesini ve bu gayenin kavramsal karşılığı olan ve 1982 Anayasası'nda da devletin nitelikleri arasında sayılan hukuk devletini gerçekleştirme işleviyle ayırt edilebilir.⁶⁵ Bu anlamda norm denetimi, hukuk devletinin karşıtı olan keyfiliğin, kanunlar aracılığıyla anayasal düzene sızmasını engellemeyi amaçlar. *Somut norm denetimi özelinde ise, belirli bir normun uygulamada somutlaşan içerik ve kapsamı dikkate alınarak, anayasal düzenin ihlallerden korunması sağlanır.*⁶⁶ Valilere tanınan toplanma mekânı belirleme yetkisi bu bağlamda, ilk olarak keyfiliği kural haline getirme potansiyeliyle, ikinci olarak da bu potansiyelin Türkiye'de olguya dönüşmesi karşısında, tam da somut norm denetimi sürecinde hukuk düzeninden çıkarılması gereken bir örnek oluşturuyordu.

Norm denetimi ile kıyaslandığında, bireysel başvuru usulünün en temel farklılığı, bireylerin özgürlüğüne yönelik somut ihlallerin tespitini ve başvurucular açısından giderimini sağlamasıdır. Bu nedenle ilk olarak başvurucular açısından sübjektif bir etki yaratır bu usul. Fakat tabii ki kararların etkisi bununla sınırlı değil. AYM'nin bireysel başvuru kararları ve bu kararlar aracılığıyla özgürlükleri somutlaştırma biçimi, yalnızca giderici değil, aynı zamanda parlamento ile idari ve yargısal organlar açısından da bağlayıcı ve yol gösterici niteliktedir. AYM'nin bireysel başvuru kararlarının etkisini tekil başvuru ile sınırlı olarak kavramak, Anayasa'nın açık hükmünün⁶⁷ yanı sıra bireysel başvurunun ana gayesi olan anayasal özgürlükleri etkin kılmayla da bağdaşmaz. Öyle ki AYM, anayasal hakların kapsam ve içeriğini, norm denetimine kıyasla bireysel başvuru kararlarında çok daha ayrıntılı ve istikrarlı bir şekilde somutlaştırır. Bu çerçevede bireysel başvuru kararlarında ortaya konan temel ilkeler, benzer konu ve olaylarda mutlaka göz önüne alınması ve uygulanması gereken ölçütler sunar.⁶⁸ Fakat Türkiye'deki uygu-

⁶⁵ KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, Platon Hukuk, 2024, s. 29.

⁶⁶ HILLGRUBER Christian / GOOS Christoph, **Verfassungsprozessrecht**, C. F. Müller, 2015, s. 240.

⁶⁷ *Madde 153 - Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*

⁶⁸ *"AYM'nin bireysel başvuru kararları objektif ve sübjektif iki farklı etki doğurmaktadır. Bu durumun kabulü, kararların icrası bakımından da değer taşımaktadır. Kararların sübjektif yönü başvuru sahibinin kendisine dair bireysel düzeyde somut bir önlem alınması veya işlem yapılmasını gerektirir. AYM bu nedenle ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için bazı kararlar vermektedir. Kararın objektif yönü ise, gelecekte benzer nitelikli ihlallerin önlenmesi için yasama, yürütme ve yargı organları tarafından genel nitelikte önlemler alınmasını gerektirir. Devletin tüm makam ve mahkemeleri benzer olaylarda AYM tarafından belirlenmiş olan*

lamada, bireysel başvurunun bu objektif etkisinin idari makamlar tarafından dikkate alınması açısından büyük sorunlar olduğu bir gerçek. İşte Taksim yasakları bu noktada güncel bir örnek olarak nitelendirilebilir.

AYM'nin Taksim yasaklarına dair bireysel başvuru kararlarının hukuki sonucu; valiliğin belirlediği mekânlar dışında gerçekleştirilen toplanmalara, yalnızca bu nitelikleri nedeniyle müdahale edilmemesinin ve toplanmalara yönelik müdahalelerin mutlaka somut gerekçelerle temellendirilmesinin, anayasal yükümlülük olduğunu açıkça ortaya koymasındır. Fakat 2024 yılının 1 Mayıs'ının Taksim'de kutlanması talebi, AYM'nin ihlal kararlarındaki olaylarla birebir örtüşmesine rağmen; içişleri bakanlığı, valilik ve kolluk kuvvetleri, AYM'nin saptadığı ilke ve ölçütleri dikkate almadı, Taksim Meydanı yine yasaklandı ve toplanan göstericilere müdahale edildi. Olayların ardından yargılananlar da AYM'nin kararlarını tanımayan kamu otoriteleri değil, göstericiler oldu.⁶⁹

ölçütlere uymak zorundadır. Bu gereklilik kendisini yasama organı açısından mevzuat değişikliği, yürütme organı açısından işlem ve eylemlerinde değişikliğe gitme, yargı organları bakımından ise içtihat değişikliğine gidilmesi anlamına gelmektedir. Bireysel başvuru usulünün başarısı sadece kararın bireysel düzlemde yerine getirilmesi ile değil, kararın gereğinin diğer organlar tarafından da yerine getirilmesi ile ölçülebilir. Kararların sadece geçmiş ihlalleri ortadan kaldırma ile sınırlı değil, gelecekte benzer şekilde ortaya çıkabilecek ihlalleri önleme biçiminde programatik bir yönü de söz konusudur. Bu sebeple ... kararların sadece inter partes nitelikte olduğunun kabulüne dair bir argüman geçerli görülmemektedir.” KARAN Ulaş, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası**, On İki Levha, 2018, s. 169-170. Aynı doğrultuda bkz. GÖKCAN Hasan Tahsin, “Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 41, Sayı: 1, 2024, s. 15-16. AYM'ye göre de kendisinin “Anayasa'yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir... Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa'ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır.” K. V. Başvurusu, 2014/2293, 1.12.2016, § 53. Öğretide bireysel başvuru kararlarının objektif etkisi üzerine yürütülen tartışmalara ve bireysel başvuru kararlarının objektif bağlayıcılığından söz edilemeyecek olsa da bireysel başvuru kararlarında ortaya konan temel ilkelerin benzer olaylarda kamu otoriteleri tarafından dikkate alınması anlamında objektif etkisi olduğuna dair ayrıca bkz. BAĞCI Basri, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif İşlevi (Etkisi)”, **Zühtü Arslan'a Armağan**, Cilt: 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1007-1036; KOCA Mahmut / BULUT Nihat, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Objektif Etkisi”, **Zühtü Arslan'a Armağan**, Cilt: 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1443-1464.

⁶⁹ **Birgün**, “İstanbul'da 1 Mayıs ablukası: Taksim'e yürüyenlere polis müdahalesi!”, 1.5.2024, www.birgün.net; **T24**, “Yasakların Gölgesinde 1 Mayıs”, 21.6.2024, www.t24.com.tr.

Ortaya çıkan bu tablo karşısında, AYM'nin bireysel başvuru kararlarını dikkate almayan kamu otoritelerinin tutumu kuşkusuz öncelikli olarak eleştirilmeyi hak ediyor. Fakat tüm bu ihlallere kaynaklık eden mekân belirleme yetkisinin AYM tarafından iptal edilmemesi de bu sonucun ortaya çıkmasında rol alan ikinci ve en az ilki kadar önem taşıyan etken olarak nitelendirilebilir. Burada ilginç olan AYM'nin, bireysel başvuru kararlarında mekân belirleme yetkisinin kapsam ve içeriğini, norm denetimi kararından oldukça farklı bir şekilde somutlaştırmasıydı. AYM, valilere tanınan yetkiyi norm denetimi sürecinde iptal etmezken, bireysel başvuru kararlarında, bu defa kanunun açık lafzını zorlayarak, anayasaya uygun yorumun, adeta 'valilere tanınan yasaklama yetkisinin, yasaklama şeklinde kullanılmasını dışladığı' sonucuna ulaştı. *Oysa bireysel başvuru kararlarında, mekân belirleme yetkisi aracılığıyla bir şehrin neredeyse tamamının toplanmalara kapatılmasının toplanma özgürlüğüyle bağdaşmayacağına dair AYM tarafından yapılan haklı tespitler, valilere bu yetkiyi tanıyan Kanun'un 6. maddesinin lafzının, anayasaya uygun bir yoruma elverişli olmadığını ve dolayısıyla iptal kararı verilmesi gerektiğini kanıtlıyordu.*⁷⁰ AYM, konuya dair bireysel başvuru sürecinde geliştirdiği içtihadını, norm denetimi sürecinde de kullansaydı, Türkiye'de demokrasi açısından temel bir sorun teşkil eden keyfi toplanma yasaklarının hukuki zemini ortadan kaldırılmış olacaktı.⁷¹

A. AYM'nin Bireysel Başvuru ve Norm Denetimi Kararları Arasındaki Yaklaşım Farklılığı

Burada vurgulanması gereken, AYM'nin norm denetimi ve bireysel başvuru kararları arasında var olan içtihadı farklılığın, yalnızca toplanma özgürlüğüne dair kararlarıyla sınırlı olmamasıdır. *Bu açıdan ilk dikkat çekici*

⁷⁰ "Yorumlu ret kararlarında AYM, esas olarak anayasaya uygun yorum yöntemini kullanmaktadır... Anayasaya uygun yorum yapılabilmesi için en temel koşul, denetlenen norma anayasaya uygun bir yorum verme olanağının bulunmasıdır. Sözü ve anlamı açık ve belirli olan bir yasaya yorum yoluyla farklı bir anlam kazandırılmamalıdır... Sözü ve amacına yönelik hiçbir yorumun normun anayasaya uygunluğunu sağlayamaması durumunda AYM'nin tek yapabileceği, normun anayasaya aykırılığına karar vermektir." KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, Beta, 2004, s. 241-242.

⁷¹ Burada özel olarak vurgulanması gereken husus, norm denetimi kararında mekân belirleme yetkisinin anayasaya aykırı olduğunu yalnızca Hasan Tahsin Gökcan ve Engin Yıldırım'ın tespit etmesiydi. Hem 2016 yasağında ihlal olduğu gerekçesiyle karşı oy yazan hem de 2014 ve 2015 yasaklarının ihlal oluşturduğu görüşüne katılıp, anayasaya uygun yorum uyarınca mekân belirleme yetkisinin, yasaklama şeklinde kullanılmayacağı yönündeki karara imza atan Zühtü Arslan, Emin Kuz ve Yusuf Şevki Hakyemez, norm denetimi kararında, bu yetkinin anayasaya uygun olduğu yönünde oy kullanmıştı.

durum, İHAM içtihadının kullanım yoğunluğudur. Yukarıda da değinildiği üzere bireysel başvuru kararlarında AYM, İHAM'ın çoğulcu özgürlükçü demokrasiyi esas olarak geliştirdiği temel ilkeleri aynen benimsiyor. Bu ilkelerin somut olaylara uygulanması bakımından eleştiriye açık kararlar olsa da; örneğin inanç, ifade ve toplanma özgürlüklerinin ana gayesinin farklı düşünenleri ve azınlıkları korumak olduğuna dair ana hat, AYM tarafından da başlangıç noktası olarak kabul ediliyor. Hatta bu noktadan hareketle, İHAM'ın ortaya koyduğu ölçütleri aşarak özgürlüklerin koruma alanını genişleten kararları da var AYM'nin.⁷² Norm denetimi kararlarında ise İHAM'ın geliştirdiği standartların sistematik olarak kullanılması ya da özgürlükçü bir yönde aşılması bir yana, çoğu zaman *göz ardı edildiği ya da seçici olarak kullanıldığı* söylenebilir.

Bu çalışmada ele alınan mekân yasaklarına dair norm denetimi kararı bu yaklaşımın bir örneğini oluşturuyor. İptal istemine dair dilekçede ayrıntılı olarak aktarılmasına rağmen AYM, mekân yasaklarına dair değerlendirmesinde İHAM içtihadına hiç değinmedi. Fakat aynı kararda, mekân belirlerken mülki amirler tarafından dikkate alınması öngörülen *vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmama* ölçütünü iptal ederken, konuya dair İHAM içtihadına referans verdi. AYM'nin norm denetimi kararlarında, İHAM içtihadının bu istikrarsız kullanımı dışında dikkat çeken *ikinci eğilim*, özgürlüklerin sınırlandırılması açısından keyfiliğe alan açan kanuni düzenlemelerin, bu düzenlemelere dayanarak gerçekleştirilecek işlem ve eylemlerin *yargısal denetime tabi olduğu gerekçesiyle iptal edilmemesidir*. Bu gerekçe de bu çalışmanın önceki bölümlerinde aktarıldığı üzere, mekân yasaklarına dair norm denetimi kararında AYM tarafından kullanıldı.

⁷² İnanç özgürlüğü açısından Tuğba Arslan kararına değinilebilir bu noktada. Bu kararda AYM; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararlarına referanslarla, karşılaştırmalı hukuk perspektifiyle, inancın açığa vurulması kavramını tartışmaya açtı. Ardından, İHAM'ın, hangi eylemlerin inanç özgürlüğünün açığa vurulması olarak değerlendirilebileceğine dair geliştirdiği ölçütlerin yerine, bireyin irade ve inancını esas alan özgürlükçü bir yaklaşım geliştirdi. İnanç özgürlüğüne müdahalelerin denetiminde, inancın meşruiyetinin tartışılmasına yol açabilecek tanım ölçütlerinin geliştirilmesi yerine, inancın açığa vurulmasının kamu düzenini ya da başkalarının özgürlüklerini ihlal edip etmediği gibi hukuki ölçütlere yoğunlaşılması gerektiğini vurguladı. Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.6.2014, § 63-73. İfade özgürlüğü alanında da bu bağlamda Barış Akademisyenleri kararı örnek verilebilir. Kararın konusu akademisyenlerin ifade özgürlüğü olsa da, AYM akademik özgürlüklere dair kapsamlı değerlendirmelere yer verdi bu kararda. İHAM'ın da benimsediği ve evrensel düzeyde kabul gören, üniversite sınırları ve akademik faaliyet odaklı tanımını aşarak, akademisyenlerin, üniversite sınırları ve uzmanlık alanları dışındaki görüş açıklama ve eylemde bulunma özgürlüklerini de akademik özgürlüğün bir bileşeni olarak kabul etti. Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri Başvurusu, 2018/17635, 26.7.2019, § 110-113.

AYM'nin özellikle 15 Temmuz Darbe Girişimi ardından ilan edilen OHAL sürecinde, Türkiye'de *rejimin demokratik niteliği açısından geriye gidişi temsil eden düzenlemelere ilişkin kararlarında, değinilen iki eğilimi benimseyerek norm denetimi yetkisini çok çekingен kullandığı gözlemlenebilir*. Bu noktada öncelikli olarak, siyasi iradenin biçimlenmesine katılım ve iktidarı denetleme işleviyle demokrasinin can suyu niteliğindeki ifade özgürlüğüne ilişkin kararlara değinmek gerekir. Bu açıdan en kritik kararlardan biri, ifade özgürlüğüne müdahale açısından sıklıkla kullanılan cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkindir. Her yıl gittikçe artan oranda mahkûmiyet kararına dayanak oluşturan bu suç, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle birlikte yasama, yargı ve yürütme üzerinde kontrolü artan ve siyasi iktidarın zirvesinde yer alan cumhurbaşkanı adeta siyasi eleştiriden azade kalan niteliğiyle, ifade özgürlüğü üzerinde büyük bir caydırıcı etki yaratıyor. Fakat AYM bir yandan kendisinin ve İHAM'ın ifade özgürlüğüne dair yerleşik içtihadındaki temel ilkeleri, diğer yandan İHAM'ın, devlet başkanlarını özel olarak koruyan düzenlemelerin, İHAS'ın ruhuna aykırı olduğu yönündeki yerleşik içtihadını yok sayarak,⁷³ bu suçu *oybirliğiyle* anayasaya uygun buldu.⁷⁴ Benzer bir durum *halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun* anayasal denetiminde yaşandı. AYM, muğlak nitelikteki kavramlardan oluşan bu suçu da, basın ve bireyler üzerinde yaratabileceği caydırıcı etkiyi dikkate almaksızın anayasaya uygun buldu.⁷⁵ Kararda İHAM'ın konuya dair içtihadına hiç değinmedi ve ölçülülük denetimi açısından da yine, verilecek cezalara ilişkin yargı yolunun açık olduğuna işaret etti.⁷⁶ Her iki karar için hazırlanan dava dilekçelerinde, İHAM içtihadına ayrıntılı olarak yer verilmesine rağmen AYM'nin bu sonuçlara ulaştığı vurgulanmalıdır.⁷⁷

AYM'nin norm denetimi sürecindeki çekingен tutumunun gözlemlenebileceği bir diğer karar grubu demokrasinin işleyişi açısından önem taşıyan hukuk devletine ilişkindir. Demokrasinin siyasi eşitlik ilkesine dayanması, yal-

⁷³ DEMİR Özge, “Yeni Rejimde Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuna İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Suç ve Ceza*, Sayı: 3, 2018, s. 43-80; DUYMAZ Erkan, “Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ile İmtihani”, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı-Cilt I*, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2020, s. 409-438.

⁷⁴ E: 2016/25, K: 2016/186, 14.12.2016.

⁷⁵ KÜÇÜK Tefik Sönmez, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçunun Anayasallığı”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2024, s. 37-38.

⁷⁶ E: 2022/129, K: 2023/189, 8.11.2023, § 39.

⁷⁷ Dava dilekçeleri, AYM'nin internet sayfasından ulaşılabilen kararların sayfalarının hemen başında yer alıyor.

nızca çoğunlukların değil, o an için azınlıkta kalanlarından da siyasi irade oluşumuna katılım olanaklarının hukuk kuralları aracılığıyla korunmasını zorunlu kılar. Ayrıca demokratik bir rejimin çoğunluklar tarafından yok edilmemesi, iktidarın hukukla çerçeveslendirilmiş sınırlara tabi olmasıyla mümkün olur. En yalın haliyle, yönetilenlerin yanı sıra yönetenlerin de hukukla bağlı olduğu bir rejimi ifade eden hukuk devletinin içerdiği kuvvetler ayrılığı gibi kurumsal ve hukuk güvenliği gibi temel ilkeler, bu nedenle, demokrasinin sürekliliğine ve istikrarına katkı sunar. Yönetenlerin eylem ve işlemlerinin denetlenmesini sağlayan ve bu sayede yönetilenlerin ve yönetilenler arasında da özellikle çoğunluğun dışında kalan azınlıkların siyasi katılım olanaklarının ve özgürlüklerinin güvencesi ise *bağımsız* bir yargının varlığıdır.

Türkiye özelinde 2010 anayasa değişiklikleriyle başlayan ve bugüne değin süren, özellikle yüksek yargının kurumsal yapısına yönelik müdahaleler bu bağlamda önemli bir sorun olarak göze çarpar. AYM'nin bu konudaki kritik bir kararı, 15 Temmuz Darbe girişiminin ardından Yargıtay ve Danıştay'ın üye sayısını düşürerek, üyelerinin büyük kısmını tasfiye eden kanuni düzenlemeye dairdir. Fakat AYM, kararında İHAM içtihadından⁷⁸ hiç yararlanmadığı gibi kuvvetler ayrılığı ve hukuk güvenliği ilkelerine aykırılıklar içeren bu düzenlemeyi anayasaya uygun buldu.⁷⁹ Oysa Türkiye'de yüksek mahkeme yargıçlarının dahi anayasanın öngördüğü yargıçlık teminatlarının sağladığı korumadan yoksun olduğunu ortaya koyuyordu bu düzenleme.

Anayasa uyarınca bağımsızlığı anayasal düzeyde kurumsal güvencelerle tahkim edilmiş olan yargının en üst kademelerine yönelik bu müdahalenin etkisi, yalnızca görevlerine son verilen yargıçlarla sınırlı olarak değerlendirilmemelidir. *Bu güvencesizlik halinin, anayasa uyarınca hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar vermesi beklenen yargıçların tutum ve hükümleri üzerinde de siyasi bir etki doğurması kaçınılmazdır.* Hukuk devletinin asgari ögesi olan hukuk güvenliğinin Türkiye'deki durumu açısından bir gösterge niteliğindedir bu durum. Benzer fakat bu defa tüm toplum üzerinde etki doğuran bir örnek olarak, 15 Temmuz Darbe Girişimi'nin ardından kamu hukuku alanına giren başta *"iltisak"* olmak üzere muğlak kavramlar verilebilir. Başlangıçta binlerce kamu görevlisinin ihracı için kullanılan bu kavram;

⁷⁸ Yargı bağımsızlığına dair İHAM içtihadı için bkz. İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018, s. 81-82.

⁷⁹ E: 2016/144, K: 2020/75, 10.12.2020.

suçta ve cezada kanunilik, masumiyet karinesi ve yargılamasız ceza olmaz gibi hukuk devletinin pek çok alt ilkesine aykırılık oluşturuyor.⁸⁰ Fakat AYM, ilk olarak kendi üyelerinin ihracında iltisak kavramını, içeriğini belirli hale getirmeye yönelik herhangi bir çaba sarf etmeden kullandı,⁸¹ ardından da iltisak⁸² kavramının yanı sıra aynı muğlaklıkta olan “*terör örgütleriyle eylem birliği içinde olmak*” kavramlarının olağan dönem kanunlarında yer verilmesini anayasaya uygun buldu.⁸³ Kuşkusuz öngörülebilirlikten yoksun belirsiz kavramların kamu hukuku alanında bu denli yaygın kullanımı başlı başına bir sorun. Fakat en az bunun kadar üzerinde durulması gereken husus AYM’nin, bu kavramları anayasaya uygun bulurken yine, kavramlara dayanan uygulamalar karşısında, yargısal denetimin varlığına işaret etmesiydi.⁸⁴

AYM’nin, ucu açık kavramlar aracılığıyla idareye sınırları belirsiz yetkiler tanıyan kanuni düzenlemeler karşısında, yargısal denetimin varlığını yeterli görerek iptal kararı vermemesi, yalnızca bu kritik konularla sınırlı değil. 2010’lu yılların ilk yarısından itibaren, özellikle idarenin takdir yetkisini sınırlandırmaya yönelik belirgin ölçütler içermeyen kanuni düzenlemeler, çoğu kez yargısal denetimin yeterli bir güvence oluşturduğu gerekçesiyle AYM tarafından anayasaya uygun bulunuyor. Oysa bu çalışmanın önceki bölümlerinde aktarılan İHAM’ın *Lashmankin* kararında da vurgulandığı üzere, yargısal denetimin etkililiği kanun kalitesiyle doğrudan bağlantılıdır. İlk olarak idari yargı denetimi, kanunda yer alan ölçütler çerçevesinde gerçekleştirilebilir ve bu ölçütlerin belirsizliği, denetimi işlevsiz hale getirir. İkinci olarak yargısal denetim sonucunda verilen iptal kararları her ne kadar geriye yürüme etkisine sahip olsa da yargısal sürecin zorlukları ve uzun bir zaman dilimine yayılması, hak ihlalinin yarattığı sonuçların giderimi ya da olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması açısından yargısal denetimin “*tek başına yeterli bir güvence*” oluşturmamasına neden olur.⁸⁵

⁸⁰ YAZICI Serap, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı-Cilt II**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2020, s. 1502.

⁸¹ SAĞLAM Fazıl, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı 13, 2018, s. 59-60.

⁸² E: 2018/89, K: 2019/84, 14.11.2019, § 18-38.

⁸³ E: 2018/73, K: 2019/65, 24.7.2019, § 174-187.

⁸⁴ E: 2018/73, K: 2019/65, 24.7.2019, § 186; E: 2018/89, K: 2019/84, 14.11.2019, § 37.

⁸⁵ SEVER Çiğdem, “İdarenin Kanunda Yer Alan Ucu Açık Hukuki Kavramlarla Yetkilendirilmesi Sorunu”, **Prof. Dr. Fazıl Sağlam’a Armağan**, Ed. GÖZTEPE Ece / ERGÜL Ozan / ÇAĞLAR Selda, Seçkin, 2022, s. 415.

B. AYM'nin Pasif Tutumuna Etki Edebilecek Bir Olgu Olarak Siyasi Konjonktür

AYM'nin norm denetimi ve bireysel başvuru kararları arasındaki farklılığın hukuki sonucu, yoğun bir şekilde insan hakları ihlallerine yol açan kanuni düzenlemelerin hukuk düzeni içinde varlığını korumalarıdır. Öte yandan AYM'nin içtihadındaki çelişkili tutumun bu alanla sınırlı kalmadığını da belirtmek gerekir. Oder'in yakın tarihli çalışmasında ifade ettiği üzere AYM'nin; hak savunucularının ya da gazetecilerin bireysel başvurularında ya da cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dair norm denetimi kararlarında, otoriter politikaları kısıtlayan ya da kendi içtihadından ayrılmak pahasına bu tür politikalara alan açan kararları arasındaki çelişkiler, muhalif kesimler üzerinde dikkate değer bir caydırıcı etki oluşturuyor.⁸⁶ AYM'nin içtihadında gözlemlenen; Oder'in mukavemet-ihtiyat çelişkisi (*resistance-deference paradox*) olarak kavramsallaştırdığı olgunun ya da bu çalışmada örnekleri aktarılan, norm denetimi kararlarındaki pasif tutumun, Türkiye'de çoğulcu ve özgürlükçü demokrasinin niteliği açısından yarattığı olumsuz etkiler, bu durumun nedenleri üzerine düşünmeyi gerektiriyor. Bunun için, bu çalışmanın sınırlarını aşan kapsamlı araştırmalara gereksinim olduğu bir gerçek. Fakat bu çalışma kap-

⁸⁶ Oder bu çalışmasında mukavemet-ihtiyat çelişkisinin örneklerinin, Türkiye'de siyasi rejimin temel çıkarlarıyla ilişkili olan milli güvenlik, cumhurbaşkanının otoritesi ve muhalefete dair AYM kararlarında görülebileceğini ifade eder. Bu çerçevede AYM'nin *insan hakları alanında*, bağımsız gazeteciliğe ve sivil toplum hareketlerine dair içtihadını inceleyen Oder, ilk olarak Şahin Alpay ve Mehmet Altan ile Cumhuriyet gazetesi çalışanlarının bireysel başvuruları sonucunda verilen kararlar arasında basın özgürlüğünün korunması açısından gözlemlenen yaklaşım farklılığına işaret eder. Bu kapsamda ayrıca genel olarak gazetecilerin bireysel başvurularının inceleme sürecindeki gecikmeleri değerlendiren Oder, bu süreçte yaşananların basın özgürlüğü üzerinde yarattığı caydırıcı etkinin altını çizer. Sivil toplum açısından ise gündem oluşturan iki örnek olarak, Barış Bildirisi imzacılarına verilen cezaları ve Kavala'nın tutukluluğuna dair bireysel başvuru kararlarını değerlendiren Oder, Barış Bildirisi kararını, imzacıların karşılaştıkları haksız yaptırımlar açısından ancak kısmen etki doğurmasına rağmen özgürlükçü içeriği nedeniyle istisnai bir konuma yerleştirir. Buna karşın Kavala kararını, Gezi protestolarına dair AYM'nin diğer kararlarından farklı bir yaklaşım içermesi ve genel olarak sivil toplum hareketlerinin meşruluğunun tartışmaya açılması ve marjinalize edilmesi sürecine sunduğu katkı nedeniyle eleştirir. Oder son olarak *iktidarın denetlenmesi alanında* AYM'nin cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dair norm denetimi içtihadını analiz ettiği çalışmasında, AYM'nin devlet ihaleleri gibi iktidarın siyasi ve iktisadi politikaları açısından önem taşıyan bir konudaki kararnameleri iptal ederken, dış politika ve idari organizasyona dair kararnameleri anayasaya uygun bulan kararlarına dikkat çeker. Oder, AYM'nin kararlarında gözlemlenen bu çelişkili yaklaşımın, rejimin otoriter politikalarını meşrulaştırıcı bir işleve sahip olmakla birlikte, Mahkemenin kurumsal kökenlerinden kaynaklanan birikimin ve kamuoyu nezdindeki güvenilirliğinin sağladığı özerkliğin, özgürlükçü kararlarda yansımaları bulduğunu ve bu durumun da hak mücadeleleri açısından imkânlar sunduğunu tespit eder. ODER Bertil Emrah, "The Turkish Constitutional Court and Turkey's Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure", *ICL Journal*, Vol: 18, Issue: 1, 2024, s. 139-163.

samında, yargıçların davranışlarını etkileyen dinamikleri inceleyen yargısal davranış literatüründen yararlanarak bazı saptamalar yapmak mümkün.

Yargısal davranış literatüründe, yargıçların karar verme süreçlerinin dinamiklerini, sayısal ve istatistiksel verilere dayalı olarak *niceliksel ya da kararların bağlam ve içerikleri çerçevesinde niteliksel araştırma yöntemleri aracılığıyla* inceleyen üç temel yaklaşım modeli öne çıkar.⁸⁷ *Yasal modelin* formalist ve katı versiyonları, olması gerekeni esas alır; yargıçların karar verme süreçlerinde pozitif hukukun, içtihatların ve bunların uygulanmasına dair metodolojinin ve hukuk öğretisinin belirleyiciliğini vurgular, bu hususların analizine yoğunlaşır.⁸⁸ Bu modelin eleştiriye açık yanı, aynı somut vakaya dair farklı sonuçlara ulaşan mahkeme heyeti üyelerinin yaklaşımlarını ya da normatif yapının aynı kalmasına rağmen yaşanan içtihadi dönüşümleri açıklamakta yetersiz kalabilmesidir. Yorum faaliyetinin, hukukun bir üst norm çerçevesinde uygulanmasının yanı sıra aynı zamanda hukuk yaratıcı bir niteliği olduğuna dair hukuki pozitivistlerin de altını çizdiği olgu⁸⁹ çerçevesinde geliştirilen *tutumsal model* araştırmaları; yargıçların ideolojilerinin, siyasi görüş ve tercihlerinin, somut olayı değerlendirme ve kararlarını verme süreçlerindeki etkisini inceler.⁹⁰ *Stratejik model* ise, yargıçların kararlarını etkileyen temel öğeler olarak, parçası oldukları devlet aygıtının ve özel olarak da yargı kuvvetinin diğer bileşenlerinin ya da kamuoyunun mevcut ya da olası tepkilerini dikkate almayı önerir. Buna göre, yürütme ya da yasama organının yargı kararları karşısında alabilecekleri tedbirleri, kritik bir karara tepki olarak mahkemenin işleyişine ya da örgütlenişine dair gerçekleştirebilecekleri düzenlemeleri ya da kararların uygulanması noktasında diğer mahkemelerin olası tutumlarını dikkate alan karar verici konumdaki yargıçlar, kurumsal meşruiyetlerini ve kendi konumlarını da gözeterek, en rasyonel kararları vermeyi hedefler.⁹¹ Burada çizilen çerçevenin, çok kapsamlı olan

⁸⁷ BAUM Lawrence, **Judges and Their Audiences**, Princeton University Press, 2008, s. 5-6.

⁸⁸ PICKERILL J. Mitchell / BROUGH Christopher, "Law and Politics in Judicial and Supreme Court Decision Making", **Routledge Handbook of Judicial Behavior**, Ed. HOWARD Robert M. / RANDAZZO Kirk A., 2018, s. 34-35.

⁸⁹ KELSEN Hans, **Reine Rechtslehre** [1934], ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, 2008, s. 101 vd.

⁹⁰ SEGAL Jeffrey A. / CHAMPLIN Alan J., "The Attitudinal Model", **Routledge Handbook of Judicial Behavior**, Ed. HOWARD Robert M. / RANDAZZO Kirk A., Routledge, 2018, s. 17-18.

⁹¹ EPSTEIN Lee / WEINSHALL Keren, **The Strategic Analysis of Judicial Behavior**, Cambridge University Press, 2021, s. 1-36.

bu literatürün sadece ana hatlarının basitleştirilmiş bir hali olduğunu vurgulanmalıdır. Yargısal davranışa dair çalışmalarda, bu öğeler birbiriyle ilişkili olarak ele alınarak melez modeller geliştirildiği gibi bu modellerden birinin ağırlığı vurgulanarak özgün kavramsal çerçeveler de ortaya konuyor.

Bu çalışmada bazı örnekleri aktarılan, AYM'nin bireysel başvuru ve norm denetimi kararları arasındaki içtihat farklılığı açısından bu kuramsal çerçeve bağlamında yapılabilecek ilk saptama, yasal modelin bu durumu açıklamakta yetersiz kaldığıdır. Mülki amirlerin mekân belirleme yetkisi hakkındaki norm denetimi ve bireysel başvuru kararları arasındaki içtihat farklılığına zemin oluşturabilecek bir hukuki değişiklik bu süreçte yaşanmadı. Bu çalışmada değinilen diğer somut örnekler açısından da benzer bir saptama yapılabilir. Bu süreçte ne Anayasa'da güvence altına alınan hakların koruma alanına ne de İHAS'ın bağlayıcılığına dair anayasal normlar değişikliğe uğradı. İchtihat farklılığının gözlemlendiği dönemde AYM'nin benzer bir üye kompozisyonuna sahip olması da, tutumsal modelin bu durumu açıklayabilme olanağını azaltıyor. Bu olgular karşısında, yargıçların karar verme süreçlerinde stratejik davranmalarına yol açabilecek etkiler üzerine düşünmek sağlam bir başlangıç noktası oluşturabilir. Bu açıdan AYM'nin özgürlükçü kararları karşısında uzun bir süreden bu yana dile getirilen yoğun siyasi eleştiriler ve bunlara eşlik eden bir şekilde alt derece mahkemelerinin yargısal direnci, AYM üyelerinin yargısal tutumlarına etki edebilecek dışsal etmenler olarak değerlendirilebilir.

2010 anayasa değişikliklerinin ardından üye kompozisyonu büyük ölçüde yenilenen AYM'ye yönelik yürütme kuvvetinden gelen eleştirilerin sertleşmesi açısından dönüm noktası, 2014 yılında, dönemin başbakanı Erdoğan'ın, AYM'nin, *Twitter*'in kapatılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit eden kararının "*milli*" olarak nitelendirilemeyeceğini ve bu karara saygı duymadığını vurgulamasıydı.⁹² AYM'nin 2016 yılında Can Dündar ve Erdem Gül'ün tutuklanmalarının kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarını ihlal ettiğine hükmetmesinin ardından ise Erdoğan bu karara saygı duymadığını tekrarladıktan sonra bu defa yerel mahkemelerin bu karara direnebileceklerini ifade etti.⁹³

⁹² **Bianet**, "Başbakan Erdoğan: Anayasa Mahkemesi Kararına Saygı Duymuyorum", 4.4.2014, www.bianet.org.

⁹³ **Anadolu Ajansı**, "Cumhurbaşkanı Erdoğan: AYM'nin kararına saygı duymuyorum", 28.2.2016, www.aa.com.tr.

Cumhurbaşkanının uyarısı, yerel mahkemeler düzeyinde önce Şahin Alpay ve ardından Enis Berberoğlu kararlarında yansımaları buldu ve yerel mahkemeler AYM'nin kararlarını uygulamadı. Kararların gereklerinin yerine getirilmesi ancak AYM'nin yerel mahkemelerin tutumlarının yeni birer ihlal teşkil ettiğini saptadığı kararlarının ardından mümkün oldu.⁹⁴ Fakat çok yakın bir tarihte AYM'nin, milletvekili Can Atalay hakkında verdiği ihlal kararının ardından konu çok çarpıcı bir boyuta evrildi. Yerel mahkeme AYM'nin kararına uymadığı gibi, Yargıtay 3. Dairesi de AYM kararına "hukuki değer ve geçerlilik" tanınmayacağını vurgulayarak, AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulundu⁹⁵ ve sonuçta AYM kararının anayasa uyarınca kesin nitelikteki gerekleri yerine getirilmedi. Bu son krize giden süreçte, kimi zaman AYM üyeleri, kararları nedeniyle hedef gösterildiği gibi⁹⁶ siyasi iktidarı kontrol eden cumhur ittifakının bileşeni Milliyetçi Hareket Partisinin genel başkanı tarafından AYM'nin kapatılması gerektiği sürekli olarak dile getirildi.⁹⁷ *Bu siyasi baskıların var olduğu bir konjonktürde*

⁹⁴ Şahin Alpay Başvurusu (2), 2018/3007, 15.3.2018, Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3), 2020/32949, 21.1.2021.

⁹⁵ E. 2023/12611, 2023/Değişik İş Karar, 8.11.2023. Suç duyurusunun içeriğindeki eksiklere ve AYM'nin etkili bir iç hukuk yolu olma niteliğini tartışmalı hale getirmesi gibi olumsuz sonuçlarına dair değerlendirmeler için bkz. TAŞ Burak, "Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar Sayılı ve 8.11.2023 Tarihli Kararının Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulması Noktasında İncelenmesi", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2024, s. 150-171.

⁹⁶ Dönemin içişleri bakanı Soylu, AYM'nin, memuriyete girişte güvenlik soruşturması öngören düzenlemeleri, esasa dair bir denetim yapmadan, yalnızca kanunilik ilkesine atıfla iptal etmesinin ardından, "terör örgütü üyelerinin kamuda görev yapabilmelerine imkân tanınacağını" ileri sürmüştü. Aynı günkü konuşmasında, AYM'nin şehirlerarası yollarda toplanmayı yasaklayan kanun maddesini iptali nedeniyle de AYM başkanı Zühtü Arslan'a yönelik olarak "Polis koruması almana gerek yok. Bisikletle işe git gel bakalım. Hadi git gel, özgürüz ya. Tamamen her şey güvenlik altında, hadi git. Niye polis koruması alıyorsun, niye eskortlarla geziyorsunuz. Ben varım sen var mısın, Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanı?" ifadelerini kullanmıştı. **Anadolu Ajansı**, "İçişleri Bakanı Soylu, Anayasa Mahkemesi'nin son kararlarına tepki gösterdi", 14.9.2020, www.aa.com.tr. Arslan bu eleştiriye bir açılış konuşmasında dolaylı olarak yanıt verdi ve kişilerin değil kararların eleştirilmesinin daha yerinde olacağını, kararların da eleştirilmeden önce iyi okunması ve eleştirinin üslubuna dikkat edilmesi gerektiğini vurguladı. **NTV**, "AYM Başkanı'ndan Soylu'ya Yanıt", 23.9.2020, www.ntv.com.tr. Soylu ertesi gün katıldığı televizyon programında bu açıklamalara yanıt olarak, Arslan'ın Polis Akademisi Başkanı olduğu dönemde göreve getirilen komiser yardımcılarının önemli bir kısmının Fethullah Gülen Terör Örgütü (FETÖ) mensubu olduğunu ileri sürdü. **Cumhuriyet**, "Bakan Soylu: AYM Başkanı'nın aldığı komiser yardımcılarının yüzde 41'ini FETÖ'den ihraç ettim", 24.9.2020, www.cumhuriyet.com.tr.

⁹⁷ MHP Genel Başkanı Bahçeli 2021 yılının başından itibaren AYM'ye yönelik ağır eleştiriler getirdi ve Mahkemenin kapatılması gerektiğini ileri sürdü. İlk çıkışını, AYM'nin HDP hakkındaki iddianameyi usulî eksiklikler nedeniyle iade etmesinin ardından yapan Bahçeli,

AYM üyelerinin, bir yandan bireysel başvuru kararları aracılığıyla anayasanın lafzının asgari gereklerine uygun kararlar verirken, diğer yandan anayasal düzeni korumanın en etkili yöntemi olan norm denetimde oldukça pasif bir tutum benimsemesi, karşılaştırmalı anayasa hukukunun bulguları çerçevesinde, şaşırtıcı olarak nitelendirilemez.⁹⁸ Nedeni ne olursa olsun so-

AYM'nin kapatılmasını "ertelenemez bir hedef olarak" ortaya koydu. **Cumhuriyet**, "Devlet Bahçeli: AYM'nin kapanması ertelenemez bir hedef", 31.3.2021, www.cumhuriyet.com.tr. Birkaç ay sonra da AYM'nin HDP milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu hakkında verdiği hak ihlali kararının "milletin hakkına riayet ve hürmet değil, terörizme örtülü destek" olduğunu dile getirdi. **Hürriyet**, "Bahçeli'den AYM'ye sert tepki", 17.7.2021, www.hurriyet.com.tr. Aynı yılın sonlarına doğru eleştirilerini aynı sertlikte sürdürdü Bahçeli: "Anayasa Mahkemesi öyle bir hale gelmiştir ki, nerede bir hain, nerede Türkiye'nin kuyusunu kazmak için faal halde bulunan bir çapulcu varsa onlarla yan yanadır." **Birgün**, "Bahçeli grup toplantısında konuştu: Hedefinde AYM, muhalefet ve Osman Kavala var!", 26.10.2021, www.birgun.net. 2023 yılına gelindiğinde Bahçeli, bir açık hava toplantısında, HDP hakkında hala kapatma kararı vermemesi nedeniyle eleştirdiği AYM'nin yeniden yapılandırılması gerektiğini vurguladı. **TRT Haber**, "Bahçeli'den Anayasa Mahkemesi'ne HDP Tepkisi: Yeniden Yapılandırılmalıdır", 29.4.2023, www.trthaber.com. AYM ve Yargıtay krizinin ardından yaptığı konuşmada ise, "nerede bir suçlu varsa, Türkiye'ye nefret kusan, ihanet eden bir hain varsa AYM tarafından hak ihlali kararıyla ödüllendiril"diğini ileri süren Bahçeli suçlamalarını şu şekilde dile getirdi: "Kafası zehirlenmiş AYM Başkanına hatırlatırım ki Türkiye'de kuvvetler ayrılığı netleştirilmiştir. AYM Başkanı, zillet ittifakının yüksek yargıya yuvalanmış hastalıklı koludur. Bu kişinin haddini ve hududunu çok açık şekilde aştığını düşünüyoruz. Türk devleti ile uğraşma, cesaretin varsa Kandil'e git. Mahkeme başkanı objektifliğini kaybetmiş, milli birlik ve kardeşliğe cephe almıştır. Karşımıza iki seçenek çıkmaktadır; ya AYM kapatılmalı ya da yeniden yapılandırılmalıdır." **Bianet**, "Bahçeli AYM'yi hedef aldı: AYM kapatılsın, AYM Başkanı Kandil'e gitsin", 14.11.2023, www.bianet.org. 2024 yılında AYM'ye yönelik eleştirilerini sürdüren Bahçeli, Mahkemenin "artık milli güvenlik sorunu" olduğunu vurguladı. Bahçeli'ye göre "mahkeme başkanı ve mahut üyeler devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, toplumsal huzur ve güvenliğin muarızı haline gelmişlerdir. Böyle gidemez, böyle bir mahkeme yapısı Türkiye'de yüksek yargı organları içinde yer alamaz, almamalıdır. Verdiği skandal hak ihlali kararlarıyla iç barış ve huzur ortamını sarsan ve kaos üretim merkezi olduğunu teyit eden Anayasa Mahkemesi, tekrar ifade ediyorum ki ya kapatılmalı ya da yeni baştan yapılandırılmalıdır." **Anadolu Ajansı**, "MHP Genel Başkanı Bahçeli: Anayasa Mahkemesi artık milli güvenlik sorunudur", 9.2.2024, www.aa.com.tr. Bahçeli, çok yakın bir tarihte de "Anayasa Mahkemesi statüsünün, üye yapısının, yargılama usullerinin radikal şekilde ele alınarak yeniden yapılandırılması ya da bu mahkemenin kapatılması" önerisini tekrarladı. **Birgün**, "Devlet Bahçeli, Ahmet Şık ve DEM Parti'yi hedef gösterdi: 4 önerim var", 21.8.2024, www.birgun.net.

⁹⁸ Ginsburg ve Moustafa, *otoriter rejimlerde yargının işlevini inceledikleri çalışmalarında*, yargıçların, siyasi rejim içindeki güvencesiz ve yürütme kuvveti karşısındaki zayıf konumlarının yanı sıra rejimin temel çıkarlarını zedeleyen kararlarının kişisel ve siyasi sonuçlarının farkında olarak hareket ettiklerini vurgular. Bu durum, özgürlükçü yargıçların dahi rejimin temel çıkarlarını ilgilendiren kararlarda çekingen ve ancak siyasi etkisi görece düşük konularda etkin bir tutum benimsemelerine neden olur. Yazarlar bu bağlamda Mısır Anayasa Mahkemesinin, temel hakların koruma alanını genişletmeye ve yürütmenin keyfiliğini sınırlandırmaya yönelik çok sayıda karar vermesine rağmen, siyasi iktidarın hâkimiyetinin temel dayanaklarını oluşturan olağanüstü hal kanunlarını ya da sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasına izin veren kanunları iptal etmemesini örnek olarak gösterir. Literatürde bu durumu te-

nuç, AYM'nin, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasinin koruyuculuğunu işlevini gün geçtikçe yitirmesi oldu.

SONUÇ

AYM'nin yakın tarihli iki bireysel başvuru kararı, Türkiye'de çoğulcu ve özgürlükçü demokrasinin gerileyişinin sembolleri arasında yer alan Taksim yasaklarının anayasaya aykırı olduğunu tespit etmesi bakımından önem taşıyor. Bireysel başvuru kararlarının objektif etkisi nedeniyle, mülki amirlerin her yıl ilan ettikleri toplanma ve gösteri yürüyüşü mekân ve güzergâhlarının, hakkı sınırlandırıcı değil, hakkın kullanımını kolaylaştırıcı alternatifler olarak nitelendirilmesi artık anayasal bir yükümlülük. Fakat geçtiğimiz 1 Mayıs kutlamaları için Taksim'de toplanmak isteyen göstericilere yönelik içişleri bakanlığı, İstanbul valiliği ve kolluk güçlerinin yaklaşımı, bu anayasal yükümlülüğün yok sayıldığını gösteriyor.

AYM'nin bağlayıcı kararlarının siyasi irade tarafından yok sayılması aynı zamanda hukuk ve siyaset ilişkisine dair üzerinde durulması gereken bir örnek. Bu örneğin bir kez daha teyit ettiği üzere, hukuk düzeni, siyaseti sınırlandırma işlevini, siyasi iradeye ve bu iradeyi yansıtan devlet aygıtlarına rağmen yerine getiremez. Bu, Türkiye'ye özgü bir durum değil. Türkiye özelinde yapılabilecek saptama, bu durumu yansıtan bir şekilde AYM'nin gün geçtikçe anayasanın etkinliğini sağlama işlevini yerine getirme kapasitesinin düştüğüdür. AYM'ye yönelik önce siyasi baskılar ve muhtemelen bunun etkisiyle güçlenen yargısal direnç, AYM'nin özellikle norm denetimi kararlarında pasif bir tutum almasına yol açan önemli etkenler olarak nitelendirilebilir. Fakat AYM üyelerinin tutumlarından ziyade, bu tutumlar üzerinde etki doğuran yapısal nedenlerin, sorunun kaynağını oluşturduğu akılda tutulursa, gerçekçi çözümlere ulaşmak mümkün olabilir. Bu temel sorunun kurumsal boyutu, siyasi iktidarın merkezileşmesi ve cumhurbaşkanlığı makamında yoğunlaşmasıdır. Bir yandan bizatihi AYM üyelerinin çoğunluğu-

yit eden örneklerdeki ortak özelliğin otoriter rejimlerin, yargı kuvvetinin uyumlu davranmasını sağlayabilmek için doğrudan ve açık müdahalelere ihtiyaç duymaması olduğunu vurgulayan yazarlar, siyasi açıdan hassas konulardaki mahkeme kararlarına uyulmamasının ve siyasi iktidarın muhtemel bir misilleme tehdidinin, yargının, rejimin temel çıkarlarına uyması için yeterli olduğunu ifade eder. Yazarlara göre *bu durumun ironik sonucu, otoriter bir rejimde bir mahkemenin yürütme kuvvetine saygı gösterdiği ölçüde, kurumsal özerkliğini genişletebilmesidir*. GINSBURG Tom / MOUSTAFA Tamir, "Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics", **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**, Ed. GINSBURG Tom / MOUSTAFA Tamir, Cambridge University Press, 2008, s. 14-16.

nu doğrudan atayan, diğer yandan dilediği zaman geçebileceği olağanüstü hal rejimi aracılığıyla siyaseti, yargıyı ve hatta toplumu yeniden dizayn edebilme kudretine sahip iktidar odağı karşısında, AYM'nin tek başına anayasal düzeni koruyabilmesi gerçekçi bir beklenti değil. Bunun için demokratik anayasal düzenin, yalnızca anlık çoğunlukların değil, herkesin özgürlüğünün korunmasını ve siyasi katılımını mümkün kılacak şekilde yeniden inşası gerekiyor. Aksi halde AYM'nin norm denetimi kararlarındaki pasif tutumunun, yakın bir zaman içinde bireysel başvuru kararlarına da sirayet etmesi kaçınılmaz gözüküyor.

KAYNAKÇA

- ANAYURT Ömer, “Ankara ve Strasburg Pencerelerinden Toplanma Hakkına Farklı Bakışlar ve Çatışma Alanları”, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı**, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, 2014, s. 57-80.
- ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku: Genel Kısım**, Seçkin, 2023.
- ANGELUCCI Davide / ROJON Sebastien / VITTORI Davide, “Do Populist Parties Promote Direct Democracy? An Empirical Assessment in 29 Countries in the Last Two Decades”, **Contemporary Politics**, Vol: 30, No: 4, 2024, s. 473-493.
- ARSLAN Zühtü; “Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II**, Yetkin, 2008, s. 59-88.
- ATAR Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013, s. 857-896.
- BAĞCI Basri, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif İşlevi (Etkisi)”, **Zühtü Arslan’a Armağan, Cilt: 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1007-1036.
- BAUM Lawrence, **Judges and Their Audiences**, Princeton University Press, 2008.
- CENDEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 2018.
- DEMİR Özge, “Yeni Rejimde Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuna İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, **Suç ve Ceza**, Sayı: 3, 2018, s. 43-80.
- DRINÓCZI Tímea / BIENÍ-KACAŁA Agnieszka, **Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law**, Routledge, 2022.
- DUYGUN Ahmet Mert, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 6, 2014, s. 133-161.
- DUYMAZ Erkan, “Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ile İmtihanı”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı-Cilt I**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2020, s. 409-438.
- EKİNCİ Bezar Eylem, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 68, Sayı: 4, 2019, s. 753-794.
- EPSTEIN Lee / WEINSHALL Keren, **The Strategic Analysis of Judicial Behavior**, Cambridge University Press, 2021.
- GHERGHINA Sergiu / PILET Jean-Benoit, “Do Populist Parties Support Referendums? A Comparative Analysis of Election Manifestos in Europe”, **Electoral Studies**, Vol: 74, 2021, s. 1-9.
- GINSBURG Tom / MOUSTAFA Tamir, “Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics”, **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**, Ed. GINSBURG Tom / MOUSTAFA Tamir, Cambridge University Press, 2008, s. 1-22.

- GÖKCAN Hasan Tahsin, “Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 41, Sayı: 1, 2024, s. 1-94.
- GÜVEN Murat, **Barışçıl Gösteri ve Toplanma Özgürlüğü**, On İki Levha, 2020.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin, 2009.
- HILLGRUBER Christian / GOOS Christoph, **Verfassungsprozessrecht**, C. F. Müller, 2015.
- İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku**, 2021, Beta.
- İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018.
- KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, Platon Hukuk, 2024.
- KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, Beta, 2004.
- KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, 2015.
- KAPLAN Recep, “Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi”, **Haşim Kılıç’a Armağan, Cilt I**, Ed. ÇOBAN Ali Rıza ve diğerleri, Kalkan Yayıncılık, 2015, s. 1511-1556.
- KARAN Ulaş, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası**, On İki Levha, 2018.
- KARAN Ulaş, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018.
- KELSEN Hans, **Reine Rechtslehre** [1934], ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, 2008.
- KOCA Mahmut / BULUT Nihat, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Objektif Etkisi”, **Zühtü Arslan’a Armağan, Cilt: 2**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1443-1464.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Ceza Hukuku**, Seçkin, 2022.
- KÜÇÜK Tefik Sönmez, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçunun Anayasallığı”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2024, s. 3-48.
- ODER Bertil Emrah, “The Turkish Constitutional Court and Turkey’s Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure”, **ICL Journal**, Vol: 18, Issue: 1, 2024, s. 127-163.
- ÖZBUDUN Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007, s. 257-268.
- ÖZDEMİR Emrah, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşüne Engel Olma Suçu”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 212, 2020, s. 3641-3658.
- ÖZTÜRK Bahri (Ed.), **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 2021

- ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Ceza Hukuku**, Seçkin, 2020.
- PICKERILL J. Mitchell / BROUGH Christopher, “Law and Politics in Judicial and Supreme Court Decision Making”, **Routledge Handbook of Judicial Behavior**, Ed. HOWARD Robert M. / RANDAZZO Kirk A., 2018, s. 34-47.
- SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Mahkemesi bir vesayet kurumu mudur?”, **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, Ed. İbrahim Kaboğlu, İletişim, 2016, s. 170-176.
- SAĞLAM Fazıl, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı 13, 2018, s. 21-102.
- SEGAL Jeffrey A. / CHAMPLIN Alan J., “The Attitudinal Model”, **Routledge Handbook of Judicial Behavior**, Ed. HOWARD Robert M. / RANDAZZO Kirk A., Routledge, 2018, s. 17-33.
- SEVER Çiğdem, “Genel Yetki Normları ile Olağanüstünün Olağanlaşması: Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı Örneği”, **Olağanüstü Rejimlerde İnsan Haklarını Savunmak - Kamu Hukukçuları Platformu 10. Toplantısı Bildiri Kitabı**, Ed: K. Burak Öztürk, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2024, s. 67-110.
- SEVER Çiğdem, “İdarenin Kanunda Yer Alan Ucu Açık Hukuki Kavramlarla Yetkilendirilmesi Sorunu”, **Prof. Dr. Fazıl Sağlam’a Armağan**, Ed. GÖZTEPE Ece / ERGÜL Ozan / ÇAĞLAR Selda, Seçkin, 2022, s. 401-432.
- ŞEN Murat, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı**, Seçkin, 2022.
- TAŞ Burak, “Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin 2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar Sayılı ve 8.11.2023 Tarihli Kararının Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulması Noktasında İncelenmesi”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2024, s. 150-171.
- TOPALOFF Liubomir, “The Rise of Referendums: Elite Strategy or Populist Weapon?”, **Journal of Democracy**, Vol: 28, No: 3, 2017, s. 127-140.
- TÜRKELİ Gözde, “Toplanma Hakkı İhlalleri ve Mekân Seçme Serbestisi Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin 1 Mayıs Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesinin Temel Kararları**, Cilt 1, Ed. Korkut Kanadoğlu ve diğerleri, On İki Levha, 2024, s. 235-274.
- TÜRKELİ Gözde, **Toplanma Hakkı Bağlamında Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Suçu**, On İki Levha, 2020.
- ULLRICH Norbert, **Das Demonstrationsrecht, Im Spannungsfeld von Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit**, Nomos, 2015.
- YANCI ÖZALP Nihan, **Türkiye’de Aktivism ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu**, On İki Levha, 2018.
- YAZICI Serap, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı-Cilt II**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2020, s. 1501-1554.

PARASAL ALTIN İLKESİ VE NİKARAGUA v. ALMANYA DAVASI: TAMAM MI DEVAM MI?*

Dr. Öğr. Üyesi **Bilge ERSON ASAR****

Öz: Nikaragua 1 Mart 2024'te, İsrail'e silah ve yardım sağlayarak uluslararası hukuku çeşitli yönlerden ihlal ettiği iddiasıyla Almanya aleyhine Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) başvurmuştur. Buna karşılık Almanya, İsrail'in davanın vazgeçilmez tarafı olduğunu savunarak UAD'nin bu davada yargı yetkisini kullanamayacağını ileri sürmüş ve böylece *parasal altın* ilkesini tekrar gündeme getirmiştir. Bu makale, UAD'nin 1954 yılında '1943'te Roma'dan Çıkarılan Parasal Altın' davasında geliştirdiği ve aynı isimle anılan *parasal altın* ilkesini incelemektedir. Bu ilke, davanın kilit noktasının üçüncü bir devletin eylem ve işlemlerinin değerlendirilmesini teşkil ettiği durumlarda UAD'nin yargı yetkisini kullanmaktan kaçınmasına ilişkindir. Çalışma, ilkenin kapsamını ve UAD kararlarındaki uygulamalarını analiz ederek, Nikaragua v. Almanya davasında ilkenin uygulanabilirliğini tartışmaktadır. Çalışmada, soykırımı önleme ve insancıl hukuka riayet etme yükümlülüklerinin kapsamı incelenerek, Almanya'nın yükümlülüklerinin İsrail'in eylemlerinden bağımsız olarak ele alınıp alınmayacağı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Parasal Altın İlkesi, Cenevre Sözleşmeleri, Soykırım Sözleşmesi, Özen Yükümlülüğü, Önleme Yükümlülüğü.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 28.10.2024.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ersonb@mef.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8483-2925>.

THE MONETARY GOLD PRINCIPLE AND NICARAGUA v. GERMANY CASE: DISMISS OR PROCEED?

Abstract: On March 1, 2024, Nicaragua applied to the International Court of Justice (ICJ) against Germany alleging that she had violated international law in various ways by providing arms and aid to Israel. In response, Germany contended that the ICJ could not exercise jurisdiction in this case, asserting that Israel was an indispensable party to the case. This assertion reintroduces the *monetary gold* principle, which stipulates that the ICJ should refrain from exercising jurisdiction when the *very subject matter* of the case involves the assessment of the acts and transactions of a third state. This paper examines the *monetary gold* principle, developed by the ICJ in its 1954 ruling in the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* case. It analyzes the scope of the principle and its applications in ICJ judgments discussing its relevance to the Nicaragua v. Germany case. The paper further evaluates the obligations to prevent genocide and to adhere to humanitarian law, examining whether Germany's obligations can be addressed independently of Israel's actions.

Keywords: Monetary Gold Principle, Geneva Conventions, Genocide Convention, Due Diligence, Obligation of Prevention.

GİRİŞ

7 Ekim 2023 tarihinde Hamas'ın İsrail'e saldırısıyla başlayan silahlı çatışma, Orta Doğu'daki gerilimi yeni bir boyuta taşıyarak uluslararası toplumun dikkatini bir kez daha bu bölgeye çekmiştir. Bu çatışma, sadece İsrail ve Filistin topraklarını değil, tüm bölgeyi ve hatta küresel diplomasiyi derinden etkilemiştir. İsrail-Filistin sorununun çözümüne yönelik umutlar zayıflarken, bölgesel dengeler de yeniden şekillenmeye başlamıştır. Diplomasi alanında yürüyen çabaların yanında, uluslararası mahkemelere de bölgede yaşanan ve özellikle İsrail'in eylemlerinin soykırım ve uluslararası insancıl hukukun ağır ihlalini teşkil ettiği iddialarıyla bağlantılı başvurular yapılmıştır.¹

Bunlardan biri de İsrail'e silah ticareti yaptığı iddiasıyla Nikaragua tarafından Almanya aleyhine UAD'ye yapılan başvurudur.² Bu dava ile, üçüncü devletlerin³ hak ve yükümlülüklerini ilgilendiren davalarda UAD'nin yargılama yetkisini kullanması meselesi tekrar gündeme gelmiştir. Nikaragua, Almanya'nın İsrail'e askeri, mali ve siyasi destek sağlayarak uluslararası hukuku ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nikaragua'nın iddiasına göre Almanya, sağladığı askeri teçhizatın İsrail tarafından uluslararası hukuku ciddi şekilde ihlal etmek için kullanılacağını ve bu durumun kendi uluslararası yükümlülüklerine aykırı olacağını bilmekteydi.⁴ Almanya, yaptığı ön itirazlardan birinde İsrail'in davanın vazgeçilmez bir üçüncü tarafı olduğunu ileri sürmüştür. Bu iddiasını, davanın esasının incelenmesinin İsrail'in uluslararası sorumluluğunun araştırılmasını gerektireceği gerekçesine dayandırmıştır. Almanya'ya göre bu durum, Divan'ın *parasal altın* ilkesini uygulayarak

¹ Örneğin bkz. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application Instituting Proceedings and Request for the Indication of Provisional Measures, 29 December 2023, I.C.J. 2023; "State of Palestine | International Criminal Court", <https://www.icc-cpi.int/palestine>, (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

UAD'nin kararları, Divan'ın yayın olan "ICJ Reports"ta yayımlandığı için atıflar bu kaynağa yapılmaktadır. Ancak henüz bu kaynakta yayımlanmayan kararlara doğrudan web sitesinden erişim sağlanmıştır (www.icj-cig.org). UAD kararlarına ilişkin atıflarda metin içinde yeknesaklık sağlamak için yeni kararlarda web adreslerine atıf yapılmamıştır.

² ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, Application Instituting Proceedings and Request for the Indication of Provisional Measures, 1 March 2024.

³ Buradaki *üçüncü devlet* ifadesini davanın tarafı olmayan bir devlet anlamında kullanıyoruz.

⁴ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Application Instituting Proceedings, par.13.

üçüncü vazgeçilmez tarafın yokluğunda yargılama yetkisini kullanmaktan kaçındığı önceki davalarla benzerlik göstermektedir.⁵

Nikaragua'nın Almanya'ya ilişkin başvurusuyla öne çıkarılan bu konu UAD'nin, 1954 yılında verdiği *1943'te Roma'dan Çıkarılan Parasal Altın Davası*'nda⁶ (*Parasal Altın*) ortaya koyduğu bir ilkeye ilişkindir. Buna göre devletlerarası çekişmeli yargılamalarda, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü bir devletin hukuki menfaatlerinin verilecek karardan etkilenmesi söz konusu olabilir. Eğer bu menfaatler aynı zamanda davanın temelini oluşturuyorsa ve üçüncü devlet davanın tarafı olmayı kabul etmemişse, Divan davanın esasına geçemeyecektir.⁷ Yani Divan, davaya taraf olmayan ve yargılama yetkisini kabul etmemiş bir devletin hukuki durumu davanın kilit noktasını oluşturuyorsa, yargılama yetkisini kullanmaktan kaçınacaktır. Peki Divan Nikaragua'nın Almanya'ya karşı yaptığı başvuruda bu ilkeyi uygulayarak davayı red mi edecektir yoksa bunu bir yana bırakarak davaya devam mı diyecektir?

Bu çalışmada, *parasal altın* ilkesinin⁸ kapsam ve sınırları UAD'nin içti-hatları çerçevesinde⁹ ele alınarak Nikaragua'nın Almanya'ya karşı açtığı

⁵ ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)* Verbatim Record CR 2024/16, 09 Nisan 2024, par. 19-23.

⁶ ICJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, (Preliminary Question), Judgment, 15 June 1954, I.C.J. Reports 1954..

⁷ BRANT Leonardo Nemer Caldeira, "Finality of Judgments: International Court of Justice (ICJ)", **The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**, 2023, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1566.013.1566/law-mpeipro-e1566?rskey=ILYFsr&result=1&prd=OPIL>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024), par. 25; THIENEL Tobias, **Drittstaaten und die Jurisdiktion des Internationalen Gerichtshofs: die Monetary Gold-Doktrin**, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, s. 19.

⁸ Aslında bu ilke "*vazgeçilmez (olmazsa olmaz/zorunlu) taraf*" olarak türkçeleştirebileceğimiz "*indispensable party*" kavramına karşılık gelmekle birlikte literatürde davanın ismi, kavramın isminden daha fazla kullanılmakta ve "*parasal altın*" ilkesi olarak ifade bulmaktadır. Biz de makalede bu ilkeyi "*vazgeçilmez taraf*" değil "*parasal altın*" ilkesi ifadesiyle kullanacağız. Bu ifade tercihinin bir başka nedeni de, "*vazgeçilmez taraf*" ilkesinin ABD, İngiltere gibi devletlerin iç hukuk sistemlerinde yer alan bir ilke olması nedeniyle konuyu özellikle uluslararası hukuk sınırlarında tutma amacımızdır. Benzer yaklaşım için bkz. MOLLENGARDEN Zachary / ZAMIR Noam, "The Monetary Gold Principle: Back to Basics", **American Journal of International Law**, C. 115, S. 1, 2021, ss. 41-77, s. 42 dn.7. UAD'nin da kararlarında benzer bir tercihte bulunması ile ilgili bkz. BONAFÉ Beatrice I., "Indispensable Party", **The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**, 2018, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1638.013.1638/law-mpeipro-e1638>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024), par. 13. Ayrıca bkz. ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, Separate Opinion of Vice-President Sebutinde, 30 April 2024, I.C.J. 2024, par. 13.

davada, İsrail'in doğrudan menfaatlerinin etkilenmesi argümanı karşısında, ilkenin uygulanabilirliği değerlendirilecektir. Çalışmanın ilk bölümünde *parasal altın* ilkesinin anlamı ve dayanakları ele alınacak, bunu yaparken öncelikle söz konusu ilkeye temel teşkil eden *Parasal Altın* davası incelenecektir. İkinci bölümde, *Parasal Altın* kararının UAD'nin sonraki davalarında nasıl uygulandığı ele alınacaktır. Son bölümde ise Nikaragua'nın Almanya'ya karşı açtığı davada *parasal altın* ilkesinin uygulanabilirliği, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi¹⁰ (Soykırım Sözleşmesi) 1. madde ve Cenevre Sözleşmeleri¹¹ ortak 1. maddede öngörülen yükümlülükler ekseninde tartışılacaktır.

⁹ Söz konusu ilke *Parasal Altın* karardan çok önce başka uluslararası mahkemelerce de uygulanmış olmakla birlikte, bu makale yalnızca UAD önüne gelmiş davalar ekseninde konuyu ele almaktadır. Diğer uluslararası mahkemelerin kararları için bkz. THIENEL, ss. 379-397; POMSON Ori, "Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally?", **Journal of International Dispute Settlement**, C. 10, S. 1, 2019, ss. 88-125, ss. 92 ve 104-107; PAPANINSKIS Martins, "Revisiting the Indispensable Third Party Principle", **Rivista di Diritto Internazionale**, C. 1, 2020, ss. 49-84, s. 55 vd; QI Xu, "Reviving the Monetary Gold Principle? A Case Note on the Judgment of Preliminary Objections in the Mauritius/Maldives Case", **Ocean Development & International Law**, C. 54, S. 1, 2023, ss. 1-25, ss. 4-6.

¹⁰ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277.

¹¹ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 31; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85; Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 135; Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 609; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (adopted 8 December 2005, entered into force 14 January 2007) 2404 UNTS 261 (Protocol III) Türkçe çevirileri için bkz. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (yayıma hazırlayanlar) BATUR YAMANER Melike/ ÖKTEM Emre / KURTDARCAN Bleda R. /UZUN Mehmet, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:42, 2008.

I. PARASAL ALTIN (MONETARY GOLD) İLKESİNİN ANLAMI VE DAYANAKLARI

Bir usul kuralı olan¹² *parasal altın* ilkesine göre, devletler arasındaki uyuşmazlığın UAD'ye taşındığı bir davada, üçüncü bir devletin hukuki menfaatleri karardan sadece etkilenmekle kalmayacak, aynı zamanda kararın konusunu da oluşturacaksa Divan, yargılama yetkisini kullanmayacaktır. Bu ilkenin temelinde Divan'ın kullandığı bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹³ Divan, bağlayıcı kararlar verme yetkisine sahip olması nedeniyle, davada yer almayan ancak davanın vazgeçilmez tarafı konumundaki üçüncü bir devleti etkileyecek kararlar vermekten kaçınmaktadır. Böylece Divan bir uyuşmazlığın taraflarının menfaatleri ile yargılamada yer almayan üçüncü devletlerin menfaatleri arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır.¹⁴ Burada yargılamaların iki taraflılık özelliği ve Divan'ın yargı yetkisinin rızaya dayalı olması göz önüne alınmaktadır.¹⁵ Elbette bu, üçüncü devletin davaya müdahil olması durumunda geçerli değildir. Üçüncü devletin Divan'ın yargılama yetkisine rıza göstermemesi, Divan'ın yargı yetkisini kullanmasının önünde bir engel olarak görülmektedir. Söz konusu ilke, UAD'nin Statüsü'nde¹⁶ açıkça yazmamakla birlikte, önüne gelen çekişmeli davalarda¹⁷ verdiği kararlarla ortaya çıkmış bir usulî engel¹⁸ veya kabul edilebi-

¹² MCINTYRE Juliette, "Rules Are Rules: Reconceiving Monetary Gold as a Rule of Procedure", *AJIL Unbound*, C. 115, 2021, ss. 144-148, s. 146.

¹³ ROSENNE Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005 (4 Vols)*, Brill | Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2006, s. 543. (Yazar bu takdir yetkisini bir mahkeme önünde tarafların iddialarının dinlenmesi ve değerlendirilmesi için eşit fırsata sahip olmaları ilkesine (*audiatur et altera pars*) dayandırmaktadır. *Parasal altın* ilkesi açısından bu dayanakla ilgili aksi yönde bkz. POMSON, s.113.

¹⁴ ORAKHELASHVILI Alexander, "The Competence of the International Court of Justice and the Doctrine of the Indispensable Party: From Monetary Gold to East Timor and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, C. 2, S. 2, 2011, ss. 373-392, s. 390; BONAFÉ, 2018, par. 1.

¹⁵ ROSENNE, s. 539; BONAFÉ Beatrice I., "Adjudicative Bilateralism and Community Interests", *AJIL Unbound*, C. 115, 2021, ss. 164-169, s. 167.

¹⁶ Statute of the International Court of Justice Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, XV UNCIO 355.

¹⁷ Söz konusu ilkenin Divan'ın özellikle çekişmeli yargılamalarda benimsediği bir ilke olduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim *Batı Sahra Danışma Görüşü*'nde ve sonraki başka danışma görüşlerinde Divan, bir devletin tarafı olduğu uyuşmazlıkları rızası dışında yargısal çözüme sunmak zorunda bırakılamayacağı ilkesini bertaraf etme etkisi olacaksa, danışma görüşü vermeyi reddedeceğini belirtmiştir. (Bkz. ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion, 16 October 1975, I.C.J. Reports 1975, par. 33; ICJ, *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, 15 December 1989, I.C.J. Reports 1989, par. 37; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, par. 47; ICJ, *Le-*

lirlik kriteri¹⁹ olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla bu ilke, Divan'ın UAD Statüsü'nün çeşitli maddelerinden ortaya çıkan bir yorumun ürünü olarak görülebilir.²⁰ Bu bölümde önce ilkenin ortaya koyulduğu *Parasal Altın* davası ve Divan'ın bu davadaki tespitleri ele alınacak; sonrasında ilkenin UAD Statüsü'ndeki olası hukuki dayanakları değerlendirilecektir.

A. Parasal Altın Davası

UAD'nin 1954 yılında karara bağladığı *Parasal Altın* davasının²¹ ismiyle anılan ilke, Divan'ın yargılama yetkisini kullanabilmesi için tarafların rızalarının bulunmasına ilişkin temel kuralın bir yansımasıdır.²² Arnavutluk'un İtalyanlara ait varlıkları kamulaştırması üzerine gelişen olaylarla ilgili olan bu davada UAD, davanın tarafı olmayan Arnavutluk'un hukuki menfaatlerinin davadaki etkisi ve üçüncü devletleri ilgilendiren konularda yargı yetkisini kullanıp kullanamayacağı sorununu ele almıştır. Davada Divan'dan, 1943 yılında Almanlar tarafından Roma'dan çıkarılan ve Almanya'da ele geçirilen ve Arnavutluk'a ait olduğu tespit edilen bir miktar parasal altının İtalya'ya mı yoksa Birleşik Krallık'a mı teslim edileceğine ilişkin hukuki sorunları değerlendirmesi talep edilmiştir.²³

gal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, par. 85; ICJ, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024, I.C.J. 2024, par. 34. Ancak, devletlerin hak ve yetkileri konusunda açıkça görüş bildirdiği durumlarda da rıza eksikliği nedeniyle görüş vermeyi reddetmediği gözlenmiştir. POMSON, s. 112; MONTAL Florencia, "Does Consent Engender Compliance? Insights from Empirical Research on International Tribunals", **AJIL Unbound**, C. 115, 2021, ss. 160-163, s. 162.

¹⁸ BONAFÉ, 2018, par. 1.

¹⁹ "Kabul edilebilirliğe yönelik itirazlar genellikle, Divan'ın yargı yetkisine sahip olduğu ve başvuru devlet tarafından belirtilen olguların doğru olduğu varsayılabilir, Divan'ın davanın esasını incelemeye geçmemesi için nedenler olduğu iddiası şeklinde ortaya çıkar." ICJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, 6 November 2003, I.C.J. Reports 2003, par. 29; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, 18 November 2008, I.C.J. Reports 2008, par. 120.

²⁰ Andrian bu ilkeyi rıza kuralının bir ürünü olarak görmektedir. Bkz. ANDRIAN Dylan Jesse, "Corroded Monetary Gold: Impurities in the 2023 Arbitral Award Judgment", **Opinio Juris**, <http://opiniojuris.org/2023/06/19/corroded-monetary-gold-impurities-in-the-2023-arbitral-award-judgment/>, (Erişim Tarihi: 19 Eylül 2024).

²¹ ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954.

²² ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 32.

²³ ICJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, Summary of the Judgment of 15 June 1954, s. 29.

Davaya konu olan olaya göre, 1925 yılında Arnavutluk hükümeti ve İtalyan finansörler, Arnavutluk Ulusal Bankası'nı kurmuştur. Bu bankanın, Roma'daki altın rezervleri ile desteklenen banknotları ihraç etme konusunda münhasır hakları bulunmaktadır. 1943 yılına gelindiğinde İtalya, altın rezervleri de dahil olmak üzere bankanın %88,5'ine sahiptir. Ne var ki Eylül 1943'te Almanya, bankanın 2339 kilogram altınına el koymuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrasında müttefik güçler,²⁴ Almanya'dan alınacak tazminata karar vermek üzere Paris'te toplanmıştır. Bu toplantı sonucunda, yağmalanan altının zararlar oranında dağıtılmasını öngören Paris Konferansı Nihai Senedi²⁵ imzalanmıştır. Nihai Senet'in 2. bölümü m.7 uyarınca görevlendirilen hakem tarafından, el konulan altınların Arnavutluk'a ait olduğuna karar verilmiştir.²⁶ Nihai Senet'in 3. bölümü uyarınca kurulan Üçlü Komisyon, tarafların payları oranında dağıtılması için altının bir havuza dahil edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.²⁷ Burada İngiltere ve İtalya'nın Arnavutluk'un payı üzerinde iki çatışan talebi mevcuttu.

Birleşik Krallık'ın *Korfu Boğazı* davasında²⁸ Arnavutluk'un mayınlardan zarar gören İngiliz gemileri için tazminat ödemesine ilişkin verilen kararın yerine getirilmemesi nedeniyle Arnavutluk'tan alacağı bulunmaktaydı. İtalya'nın talebi ise farklı bir gerekçeye dayanmaktaydı: Arnavutluk'un yeni hükümeti Ocak 1945'te Arnavutluk Ulusal Bankası'nı kamulaştırmış, ancak İtalya'ya kamulaştırma bedelini ödememişti. Bu durum, kamulaştırma karşısında tazminat ödenmesini öngören uluslararası yapılageliş hukukuna aykırıydı. İtalya ve Birleşik Krallık, Arnavutluk'un her iki talebi karşılamaya yetmeyecek miktarda olan, yaklaşık 400.000 Sterlin değerindeki altın payı üzerinde hak iddia etmekteydi. Fransa, Birleşik Krallık ve ABD tarafından 25 Nisan 1951'te yapılan *1943'te Roma'da Almanlar Tarafından Yağmalanan Altınla İlgili Bazı Taleplerin Hakeme Sunulmasına İlişkin Anlaşmanın Yayınlanmasına Eşlik Eden Bildiri* (Washington Bildirisi)²⁹ uyarınca, İtal-

²⁴ Fransa, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

²⁵ "United States, France, United Kingdom, Netherlands, Belgium, Yugoslavia, Luxembourg: Final Final Act and Annex of the Paris Conference on Reparation: January 14, 1946", **American Journal of International Law**, C. 40, S. S4, 1946, ss. 117-134.

²⁶ ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 26.

²⁷ ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 25.

²⁸ ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment, 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949.

²⁹ "Statement to Accompany Publication of the Agreement between the Governments of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United

ya'nın ve Arnavutluk'un UAD'ye başvurmaması halinde altının Birleşik Krallık'a verilmesi öngörülmüştü. Bunun üzerine İtalya, Washington Bildirisi'ne dayanarak, sorunu Divan'a taşımıştır.³⁰

Divan, davanın esası hakkında karar vermesi halinde İtalya ile Arnavutluk arasındaki uyuşmazlık hakkında karar vermesi gerektiği ve Arnavutluk'un davaya katılma iradesini göstermediğini ortaya koydu. Dolayısıyla da Arnavutluk'un yargı yetkisine rıza vermemesi karşısında Divan, esasa ilişkin karar verme yetkisi olmadığına hükmetti.³¹ Divan'a göre;

“Bu soruların -Arnavutluk'un İtalya karşısındaki bazı eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin sorular- belirlenmesinde sadece iki devlet, İtalya ve Arnavutluk, doğrudan ilgilidir. Bu tür soruların esasına girmek, İtalya ve Arnavutluk arasındaki bir ihtilafı karara bağlamak anlamına gelecektir.³² [...] Mevcut davada olduğu gibi, çözülmesi gereken en önemli meselenin üçüncü bir devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili olduğu durumlarda, Divan, bu üçüncü devletin rızası olmaksızın, bu konuda herhangi bir devleti, üçüncü devleti ya da önündeki taraflardan herhangi birini bağlayıcı bir karar veremez.”³³

Divan, İtalya'nın başvurusunun özünde Arnavutluk'a karşı olduğunu tespit etmiştir. Zira başvuru Arnavutluk'un gerçekleştirdiği iddia edilen uluslararası bir ihlali konu almaktadır.³⁴ Sözlü aşamada Birleşik Krallık'ın savunmasına göre Divan'ın kararı, Arnavutluk'u bağlamayacaktır çünkü Arnavutluk bu davaya taraf değildir. Ayrıca, bu davanın konusu Arnavutluk'un tazminat ödemesi veya başka bir eylemde bulunması değil, sadece belirli altınların Birleşik Krallık'a mı yoksa İtalya'ya mı transfer edileceğidir.³⁵ Ancak bu savunma, esas ihtilafın Arnavutluk ile olduğu gerçeğini göz

States of America for the Submission to an Arbitrator of Certain Claims with Respect to Gold Looted by the Germans from Rome in 1943”, <https://treaties.fdo.gov.uk/data/Library2/pdf/1951-TS0039.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

³⁰ Ancak başvuruyu yaptıktan sonra İtalya, Divan'ın yargı yetkisi konusunda bazı şüpheler hissetmiş olacak ki, Divan'dan yargı yetkisi sorununu bir ön mesele olarak karara bağlamasını talep etmiştir. ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 28.

³¹ Bkz. ICJ, *Monetary Gold*, Summary of the Judgment of 15 June 1954 s. 29.

³² ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 32.

³³ ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 33.

³⁴ ICJ, *Monetary Gold*, I.C.J. Reports 1954, s. 32.

³⁵ ICJ, *Monetary Gold removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)*, Verbatim Record 1954, 10 May - 14 ve 15 June 1953.

ardı etmektedir.³⁶ Çünkü Divan'ın vereceği karar Arnavutluk'un bu altınlar üzerindeki haklarını doğrudan etkileyecek niteliktedir. Bu durum, Arnavutluk'un Divan'ın yetkisine ilişkin rızası bulunmadığından, UAD Statüsü'nün 59. maddesindeki 'kararların yalnızca tarafları bağlayacağı' hükmünü de işlevsizleştirebilecektir. Nihayetinde davanın temel meselesi, Arnavutluk'un mülkiyetindeki altınların kime verileceğidir.³⁷

B. UAD Statüsü Uyarınca İlkenin Olası Dayanakları

UAD Statüsü bakımından ilke ile ilgili hükümlerden ilki madde 36'dır.³⁸ Buna göre UAD'nin önündeki çekişmeli davalarda yargılama yetkisinin varlığı, tarafların bu yönde bir rıza vermelerine bağlıdır. Bu rıza, uyuşmazlığın çıkmasından sonra taraflarca yapılan bir tahkimname (m.36/1); daha önce akdedilmiş bir andlaşmanın, tarafları arasında o andlaşmadan kaynaklanan bir uyuşmazlık halinde Divan'a yargı yetkisi tanıyan bir maddesi (m.36/1); yetkinin genel olarak (veya kimi sınırlandırmalar ile) tanınmasına ilişkin uyuşmazlık tarafı devletlerin tek taraflı bildirimleri (m.36/2) veya kendisine karşı Divan'a başvuru devletinin yetki itirazında bulunmak yerine esasa yönelik savunma yapmak yoluyla zımnî rıza vermesi yani *forum prorogatum*³⁹ yoluyla mümkün olabilmektedir. Rızanın yokluğunda Divan

³⁶ ORAKHELASHVILI, s. 378.

³⁷ THIENEL, s. 34

³⁸ Madde 36: 1. *Divan'ın yargı yetkisi, tarafların kendisine havale ettiği tüm davaları ve Birleşmiş Milletler Şartı'nda veya yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülen tüm konuları kapsar.*

2. *Bu Statüye taraf devletler, herhangi bir zamanda, aynı yükümlülüğü kabul eden diğer herhangi bir devletle ilgili olarak, özel bir anlaşma olmaksızın ve ipso facto zorunlu olarak, aşağıdaki konularla ilgili tüm hukuki uyuşmazlıklarda Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıdıklarını bildirebilirler:*

bir antlaşmanın yorumlanması;

herhangi bir uluslararası hukuk sorunu;

tespit edilmesi halinde uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini teşkil edecek herhangi bir olgunun varlığı;

uluslararası bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle yapılacak telafinin niteliği veya kapsamı.

3. *Yukarıda belirtilen bildirimler kayıtsız şartsız yapılabileceği gibi, birkaç veya belirli devlet tarafından karşılıklılık koşuluyla veya belirli bir süre için de yapılabilir. [...]*

³⁹ Bir devlet, kendisine karşı dava açılması için başvuruda bulunulduğu sırada Divan'ın yargı yetkisini tanımamışsa, bu devletin daha sonra Divan'ın, davaya bakmasını sağlamak için yargı yetkisini kabul etme imkanı bulunmaktadır. Divan bu sayede *forum prorogatum* kuralı uyarınca kabul tarihi itibarıyla yargı yetkisine sahiptir. Bu yöntem, UAD İç Tüzüğü m.38/5 hükmünden yola çıkılarak içtihatlarla geliştirilmiştir. (m.38/5: "*Başvuran devlet, aleyhine başvuruda bulunulan devlet tarafından henüz verilmemiş veya gösterilmemiş bir muvafakat üzerine Divan'ın yargı yetkisini tesis etmeyi önerdi-*

kendiliğinden bir uyuşmazlığı ele alma yetkisine sahip değildir.⁴⁰ Bu hüküm, yetkinin varlığını ortaya koymaktadır. *Parasal altın* ilkesi ise, var olan yetkinin Divan tarafından nasıl kullanılacağıyla ilgilidir.⁴¹ Divan, yetkisi olsa bile üçüncü bir devletin esaslı menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda bu yetkiyi kullanmaktan kaçınabilmektedir.⁴² Dolayısıyla burada tarafların *parasal altın* ilkesine dayanarak yaptıkları itiraz yetkinin varlığına değil, var olan yetkinin kullanılmasına ilişkindir.⁴³ Divan'ın yetkisinin varlığı ve tarafların rızası, *parasal altın* ilkesinin uygulanması için bir ön koşuldur.

İkinci hüküm davaya müdahillikle ilgilidir. Statü'nün 62. maddesi uyarınca bir devlet, hukuki menfaatleri Divan'ın önündeki bir davada verilecek karardan etkilenecekse, davaya müdahillik talebinde bulunabilir.⁴⁴ Burada

ğinde, başvuru bu devlete iletilir. Ancak, aleyhine başvuruda bulunulan devlet davanın amaçları doğrultusunda Divan'ın yargı yetkisine rıza göstermedikçe, başvuru genel listeye kaydedilmez ve yargılamada herhangi bir işlem yapılmaz.”) Ayrıca yine İç Tüzük m.40/2 uyarınca Divan'ın yetkisini daha önceden kabul etmemiş olan bir devlet, davaya ajan ataması durumunda da *forum prorogatum* yoluyla Divan'ın yetkisini kabul etmiş sayılmaktadır. (m.40/2: 2. Bir başvuru üzerine dava açıldığında, başvurunun temsilcisinin adı belirtilir. Davalı, başvurunun onaylı suretini aldıktan sonra ya da mümkün olan en kısa süre içinde, temsilcisinin adını Divan'a bildirir.) “Rules of the Court (1978)”, <https://www.icj-cij.org/rules>, (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2024). Bu yetki türü ertelenmiş yetki olarak da anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, 4. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, ss. 61-62; GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi”, **TBB Dergisi**, C. 117, 2015, ss. 379-418, ss. 392-97; THIENEL, s. 22. Burada yeri gelmişken konumuzla ilgili olarak belirtilmesi gereken husus, davanın kendisine karşı açılmadığı bir durumda, üçüncü bir devletin *forum prorogatum* yöntemiyle davaya müdahil olmasının mümkün olamayacağıdır.

⁴⁰ Örneğin bkz. ICJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application to Intervene, Judgment, 21 March 1984, I.C.J. Reports 1984, par. 40; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua v. United States of America*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 26 November 1984, I.C.J. Reports 1984, par. 88; ICJ, *The Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment, 22 December 1986, I.C.J. Reports 1986, par. 49; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, 11 September 1992, I.C.J. Reports 1990 122, par. 54-56 ve 73; ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, 26 June 1992, I.C.J. Reports 1992, par. 50-55; ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995, par. 26.

⁴¹ ARGENT Pierre D', “The Monetary Gold Principle: A Matter of Submissions”, **AJIL Unbound**, C. 115, 2021, ss. 149-153, s. 150.

⁴² MOLLENGARDEN ZAMIR, s. 43.

⁴³ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984, par. 88; ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, par. 55; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, par. 116; ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)* Preliminary Objection, Judgment, 6 April 2023, I.C.J. Reports 2023, par. 64.

⁴⁴ Madde 62: *Bir devlet, davadaki karardan etkilenebilecek hukuki nitelikte bir menfaati olduğunu düşünüyorsa, Divan'dan müdahil olmasına izin verilmesini talep edebilir.*

Divan'ın talebi kabul edip etmeme konusunda bir takdir yetkisi olduğu ve bu yetkinin UAD'nin İç Tüzüğü'nün 81. maddesindeki koşullar⁴⁵ çerçevesinde değerlendirileceği öngörülmektedir.⁴⁶ Müdahilikte, hukuki menfaatleri etkilenecek devletin talebi ve rızası esastır. Bu nedenle Divan kendiliğinden veya dava taraflarının talebiyle üçüncü bir devleti davaya taraf haline getiremez.⁴⁷

Üçüncü olarak Statü'nün 59. maddesine göre Divan'ın kararları yalnızca tarafları bağlar ve ilgili uyumsuzlukla sınırlıdır.⁴⁸ Dolayısıyla Divan'ın, davanın tarafı olmayan bir devlet bakımından karar verme yetkisi yoktur; kararları da üçüncü devletleri ve başka davaları bağlamaz.⁴⁹ Başka bir açıdan bakıldığında, Divan'ın kararlarının tarafları bağladığı gibi taraflar da Divan açısından bağlayıcıdır. İşte bu nedenle Divan, önüne gelmemiş bir devletin hak ve yükümlülükleri davanın temelini oluşturuyorsa, yargı yetkisini kullanmaktan kaçınmaktadır.

Peki bu ilke, ne olursa olsun Divan'ın üçüncü devletleri ilgilendiren her durumda kendisini davaya bakmaktan alıkoyması olarak mı değerlendirilmektedir? Bunun cevabını, UAD'nin çeşitli davalarda yaptığı saptamalarda bulmak mümkündür.

Benzer biçimde çok taraflı bir uluslararası andlaşmadan doğan uyumsuzlukta da, davaya taraf olan devletler dışındaki devletlerin taraf olduğu bir andlaşmanın yorumlanması söz konusu olduğunda müdahilik talep etme hakkı mevcuttur. (Bkz. Madde 63: *Davaya taraf olan devletler dışındaki devletlerin taraf olduğu bir sözleşmenin yorumlanması söz konusu olduğunda, Yazı İşleri Müdürü bu devletleri derhal bilgilendirir.*

Bu şekilde bilgilendirilen her devletin davaya müdahil olma hakkı vardır; ancak bir devlet bu kural uyarınca davaya müdahil olursa, kararla verilen yorum bu devlet için de aynı derecede bağlayıcı olacaktır.)

⁴⁵ Madde 80/5: *Başvuruda bir temsilcinin adı belirtilir. Başvuru, ilgili olduğu davayı belirtir ve aşağıdaki hususları ortaya koyar: (a) müdahilik için başvuran devletin söz konusu davadaki karardan etkilenebileceğini düşündüğü hukuki nitelikteki menfaat; (b) müdahalenin kesin amacı; (c) müdahil olmak için başvuran Devlet ile davanın tarafları arasında var olduğu iddia edilen herhangi bir yargı yetkisi temeli.*

⁴⁶ GÜLGEÇ, s. 398.

⁴⁷ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984, par. 88; ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, par. 53. Aynı yönde bkz. BONAFÉ, 2021, s. 167.

⁴⁸ Madde 59: *Divan'ın kararı, yalnızca davanın tarafları arasında ve söz konusu davayla ilgili olarak bağlayıcı niteliktedir.*

⁴⁹ THIENEL, s. 129.

II. PARASAL ALTIN İLKESİNİN DİVAN'IN DİĞER KARARLARINDAKİ UYGULAMASI

Divan, *Parasal Altın* davasından sonraki yıllarda verdiği bazı kararlar da, davaya taraf olmayan ancak uyuşmazlıkla ilgili olduğu ileri sürülen üçüncü devletlerin durumunu incelemiştir. *Parasal Altın* davası, aslında UAD'nin bu konuyla ilk karşılaştığı dava değildir. *Korfu Boğazı* davasında⁵⁰ da Divan, üçüncü bir devletin menfaatleri sorunuyla karşılaşmış,⁵¹ ancak bunu bir tarafa bırakarak önündeki devletler bakımından davayı ele almıştır. Karara konu olan olayın bizi ilgilendiren yanı, İngiltere'nin Yugoslavya'ya ilişkin iddiasına dayanmaktadır. Buna göre, Arnavutluk karasularına döşenen mayınlar Arnavutluk'un rızası dahilinde Yugoslavya tarafından döşenmişti. Bu durum Yugoslavya'nın hak ve yükümlülüklerini davanın bir parçası haline getirmekteydi. Divan kendisini mayınların kim tarafından döşendiğinden bağımsız olarak Arnavutluk'un mayınların varlığından haberdar olduğu verisi ile sınırlandırarak, Yugoslavya'ya ilişkin iddiayı ele almaktan kaçınmıştır.⁵² Bu nedenle bu bölümde *Parasal Altın* davasından sonraki davalar değerlendirilecektir. Divan'ın müdahillik taleplerini değerlendirdiği kimi davalarda *Parasal Altın* davasına atıf yapılmış olsa da,⁵³ bu bölümde biz özellikle *Parasal Altın* davasındakine benzer biçimde üçüncü devletlerin haklarının ve sorumluluklarının kararın esas konusu olduğuna ilişkin iddiaları içeren davalara odaklanacağız.

A. Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davası

Parasal Altın davasından sonra Divan'ın konuyu yeniden değerlendirdiği ilk dava *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler* davası⁵⁴ olmuştur. Davaya konu olan olayda Nikaragua, ABD'nin Nikaragua'daki hükümet karşıtı gruplara maddi destek sağladığını, silah ve eğitim verdiğini ve bu grupların Nikaragua'da saldırılar düzenlediğini; ayrıca Nikaragua'nın limanlarını mayınladığını ve ticaret gemilerini hedef aldığını iddia etmiştir. Nikaragua'ya göre ABD'nin doğrudan ve dolaylı olarak giriştiği bu eylemler kuvvet kullanma yasağına ve içişlerine karışma yasağına

⁵⁰ ICJ, *Corfu Channel*, I.C.J. Reports 1949.

⁵¹ MOLLENGARDEN ZAMIR, s. 45.

⁵² ICJ, *Corfu Channel*, I.C.J. Reports 1949, s. 17.

⁵³ Örneğin ICJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, I.C.J. Reports 1990, par. 56.

⁵⁴ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984.

aykırıdır.⁵⁵ Davanın konumuzla ilgili kısmı ise komşu devletler Honduras, El Salvador ve Kosta Rika'nın davanın tarafı olmamaları ve haklarının karardan doğrudan etkileneceğine ilişkin ABD'nin iddialarıdır.⁵⁶ Bu iddiaları reddeden Divan'a göre;

“[...] etkilenebileceklerini düşünen diğer devletler ayrı bir dava açmakta ya da müdahale usulünü kullanmakta serbesttirler. Ne Statü'de ne uluslararası mahkemelerin uygulamalarında, Birleşik Devletler tarafından savunulan türden bir 'vazgeçilmez taraflar' kuralının izine rastlanmamaktadır; böyle bir kural ancak üçüncü bir devleti davaya taraf yapma yetkisine paralel olarak düşünülebilir, ki Divan'ın böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Parasal Altın davasının koşulları, Divan'ın yargı yetkisini kullanmayı reddetme yetkisinin muhtemel sınırını temsil etmektedir ve atıfta bulunulan devletlerden hiçbiri, bu davada Arnavutluk ile aynı konumda kabul edilemeyeceğinden yargılamaların sürdürülmesi için gerçekten vazgeçilmez değildir.”⁵⁷

Görüldüğü üzere Divan, üçüncü devletleri ilgilendiren her durumda davayı reddetmemektedir. *Nikaragua* davasındaki kıstas, davadan etkileneceklerini düşünen devletlerin davaya müdahillik talebi iletme haklarını kullanmamaları olmuştur. Nitekim, üçüncü devletlerin menfaatleri, UAD Statüsü'nün müdahillikle ilgili 62. ve 63. maddeleri ile kararların yalnızca taraflar açısından bağlayıcılığı konusundaki 59. maddesi ile yeterince korunmuş kabul edilmektedir.⁵⁸ Yani Divan bu davadaki üçüncü devletlerin uyuşmazlık ile ilişkilerini, Arnavutluk'un *Parasal Altın* davasındaki konumundan farklı bir şekilde ele almış ve üstü kapalı olarak bu davada anılan üç devletin hukuki menfaatlerinin davanın temel konusunu teşkil etmediği çıkarımında bulunmuştur. Hal böyle olunca da ilkenin uygulanması bakımından üçüncü devletlerin hak ve menfaatlerinin davanın sonucundan etkilenmesi ile davanın doğrudan konusunu oluşturması arasında bir kademelendirme yapıldığı söylenebilir. Her iki durum da müdahillik talebi için uygun olmakla birlikte,

⁵⁵ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984, par. 85.

⁵⁶ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984, par. 87.

⁵⁷ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984, par. 88.

⁵⁸ CRAWFORD James, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v United States of America)”, **The Max Planck Encyclopedia of International Law**, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e170?rskey=Z4X14j&result=1&prd=OPIL>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024), par. 20.

yalnızca ikincisi davanın yetkisizlik nedeniyle reddedilmesine imkân tanımaktadır. Öte taraftan Divan, hangi koşullarda üçüncü devletlerin hukuki menfaatlerinin davanın reddi için uygun olacağı ve ‘vazgeçilmez taraf’ olabileceklerine ilişkin bir kıstas getirmemiş; bu hususlardaki soru işaretlerini gidermeyi sonraki davalara bırakmıştır.⁵⁹

B. Nauru’daki Belli Fosfat Alanları Davası

Konunun tekrar Divan’ın önüne gelmesi, *Nauru’daki Belli Fosfat Alanları* davasında⁶⁰ olmuştur. *Nikaragua* davasından 5 sene sonra Nauru tarafından Divan’ın önüne getirilen uyuşmazlıkta, Avustralya’nın, Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda ile hareket ederek, Nauru’nun kaynaklarını sömürdüğü ve bunun sonunda oluşan çevresel zararlar için yeterli tazminat veya onarım sağlamadığı; ayrıca fosfat arazilerinin ıslah edilmesi konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle uluslararası hukuku ihlal ettiği iddia edilmiştir.

Davaya konu olan olayda zengin fosfat yataklarına sahip bir ada olan Nauru’nun 20. yüzyılın başlarından itibaren fosfat yatakları, Birleşik Krallık, Avustralya ve Yeni Zelanda tarafından işletilmiştir. Bu üç devlet, Nauru’yu önce Milletler Cemiyeti döneminde manda altında ve daha sonra ise Birleşmiş Milletler döneminde vesayet altında yönettiği süreçte fosfat madenciliği faaliyetlerinden büyük ekonomik kazançlar elde etmiştir.⁶¹ Ne var ki bu süreçte Nauru’nun büyük bir kısmı çevresel olarak tahrip olmuş ve adanın doğal yapısı bozulmuştur. Nauru, 1968’de bağımsızlığını kazanarak fosfat işletmelerini devralmış; ancak önceki yönetim döneminde yapılan çevresel tahribat ve ekonomik zararlar büyük bir sorun olarak kalmıştır.⁶²

Divan, *Nikaragua* davasındaki gibi, uyuşmazlığın karara bağlanmasının üçüncü bir devlet için belli sonuçlarının olduğu durumlarda bile, eğer üçüncü devletin hukuki menfaati yargılamanın esasını oluşturmuyorsa, parasal altın ilkesinin uygulanmayacağını teyit etmektedir.⁶³ Divan’a göre;

⁵⁹ MOLLENGARDEN ZAMIR, s. 50.

⁶⁰ ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992.

⁶¹ ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, Application instituting proceedings, 19 May 1989, pars. 6, 10

⁶² ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, Application instituting proceedings, 19 May 1989, pars. 14-15.

⁶³ ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, par. 55.

“Mevcut davada, Divan’ın Nauru tarafından Avustralya’ya atfedilen sorumluluğun varlığına veya içeriğine ilişkin olarak yapacağı bir tespitin, ilgili diğer iki devletin hukuki durumu üzerinde etkileri olabilir, ancak[...] kararının temeli olarak bu hukuki duruma ilişkin bir tespit gerekmeyecektir. (...) üçüncü devletin etkilenmesi muhtemel hukuki menfaatlerinin kararın konusunu oluşturmaması koşuluyla, üçüncü bir devletin davadaki karardan etkilenebilecek hukuki nitelikte bir menfaatinin bulunduğu bir davada kendisine sunulan talepler hakkında karar vermekten alıkonulmaz.”⁶⁴

Böylelikle, karardan etkilenecek devletlerin varlığı, UAD’nin yargı yetkisinin kullanmasını engellemeyecektir. Divan’a göre *Parasal Altın* davasının düğüm noktası, Arnavutluk’un İtalya’ya karşı uluslararası yükümlülüklerini ihlal edip etmediğinin bir *ön koşul* olarak belirlenmesiyken eldeki davada Avustralya’nın sorumluluğunun tespiti için Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık’ın sorumluluğunun tespit edilmesine gerek yoktur.⁶⁵

Divan bu davada, *Nikaragua* davasında açıkta bıraktığı bazı hususları cevaplamış gözükmektedir. *Parasal altın* ilkesinin uygulanabilmesi için, üçüncü devletin sorumluluğunun tespiti bir *ön koşul* teşkil etmelidir.⁶⁶ Divan buna dayanarak Avustralya’nın, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık’ın sorumluluğunun öncelikli değil eş zamanlı biçimde değerlendirilmesi gerekeceği

⁶⁴ ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, par. 55.

⁶⁵ ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, par. 55. Karara muhalefet şerhi koyan dönemin Divan Başkanı Yargıç Jennings’e göre üç devletin Nauru’nun idaresini yürüten ortak otoriteyi oluşturması nedeniyle, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık’ın bu konudaki hukuki menfaatleri, kararın konusunu oluşturacak şekilde Avustralya’nın menfaatleriyle iç içe geçmiştir. Dolayısıyla Avustralya’nın kısmen veya tamamen sorumluluğunun değerlendirilmesi diğer devletleri de etkileyecektir. Bu durum da Divan’ın yargı yetkisinin rızaya dayalı olması ilkesine aykırılık teşkil eder. (ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, ss. 301-302.) Yargıç Ago da muhalefet şerhinde benzer şekilde, Nauru üzerindeki vesaletin tam bir hukuki eşitlik temelinde üç güce ortaklaşa verildiğini ve Divan’ın davada taraf olmayan diğer iki devletin (Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda) yükümlülüklerini belirlemeden Avustralya’nın yükümlülüklerini belirleyemeyeceğini ifade etmiştir. (ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, ss. 327-328). Yargıç Schwebel ise muhalefet şerhinde yine, UAD’nin Avustralya’nın sorumluluğuna ilişkin bir kararının, Divan önünde olmayan Yeni Zelanda ve İngiltere’nin sorumluluğuna ilişkin bir kararla eşdeğer görüneceğini belirtmiştir. (ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, s. 342).

⁶⁶ “Arnavutluk’un sorumluluğunun belirlenmesi, İtalya’nın talepleri hakkında bir karar alınabilmesi için bir ön koşuldur. Mevcut davada, Yeni Zelanda veya Birleşik Krallık’ın sorumluluğunun belirlenmesi, Nauru’nun talebinin tek konusu olan Avustralya’nın sorumluluğunun belirlenmesi için bir ön koşul değildir.” ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, I.C.J. Reports 1992, par. 55.

için *parasal altın* ilkesinin uygulanması gerektiği argümanını da reddetmiştir. Kararın etkisi kaçınılmaz olarak sadece taraflar üzerinde olan etkiyi aşabilir.⁶⁷ Ancak buradan çıkan sonuç uyarınca Divan, davalı devletin sorumluluğunu, diğer uyuşmazlık tarafı devlet(ler)in sorumluluğundan ayrı biçimde değerlendirebilecek konumda ise, *parasal altın* ilkesini uygulamayacak ve davaya devam edebilecektir. Divan bu kararla, ilkenin uygulanmasına ilişkin bir kriter olarak üçüncü devletin sorumluluğunun değerlendirilmesini bir *ön koşul* olarak eklemiştir.⁶⁸

C. Doğu Timor Davası

UAD'nin *Parasal Altın* davasından sonra ilk defa yargı yetkisini kullanmayı reddettiği dava *Doğu Timor* davasıdır.⁶⁹ Dava, Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 384 sayılı ve 22 Aralık 1975 tarihli kararı ile⁷⁰ Doğu Timor'un kendi kaderini tayin sürecinde idari makam olarak tayin edilen Portekiz tarafında Avustralya'ya karşı açılmıştır. Uyuşmazlık, Avustralya ile Endonezya arasında 1989'da yapılan '*Timur Boşluğu*'na ilişkin anlaşma ile Avustralya'nın, Doğu Timor halkının kendi kaderini tayin hakkını ve Doğu Timor kıyılarına bitişik deniz alanlarındaki doğal kaynaklara erişim ve bu kaynaklar üzerindeki doğal egemenlik hakkını ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır. Portekiz'e göre Endonezya'nın Doğu Timor üzerinde bir hakkı ve onu ilgilendiren bir konuda anlaşma yapma yetkisi bulunmadığından, Avustralya'nın böyle bir anlaşma ilişkisine girmesi Doğu Timor'un haklarını ihlal etmektedir.⁷¹ Avustralya ise, Endonezya ile imzaladığı anlaşmayı ilgilendiren bu yargılamanın Endonezya'nın haklarını ilgilendirmesi nedeniyle *parasal altın* ilkesi kapsamında Divan'ın yargı yetkisini kullanmasına itiraz etmiştir.⁷²

UAD bu davada Portekiz'in talebinin esasını incelemeyi reddetmiştir. Çünkü böyle bir inceleme kaçınılmaz olarak üçüncü devlet olan Endonez-

⁶⁷ BRANT, par. 26. Taraflar daha sonra uzlaştıkları için davanın esasına geçilmemiştir. ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Order, 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993.

⁶⁸ Bu koşul "zamansal kriter" olarak ifade edilmektedir.

⁶⁹ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995.

⁷⁰ United Nations Security Council, Resolution on the East Timor question, S/RES/384, 22.12.1975.

⁷¹ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par. 19.

⁷² ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par.24.

ya'nın hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesini gerektirecektir ve bu devletin Divan'ın yargı yetkisini kabul etmeye rızası yoktur. Divan'a göre;

“[...] Avustralya için mevcut davadaki temel soru, 1989 yılında Doğu Timor adına kıta sahanlığı ile ilgili bir anlaşma yapma yetkisinin Portekiz'de mi yoksa Endonezya'da mı olduğudur.⁷³ (...) Avustralya'nın davranışı, Endonezya'nın neden 1989 Anlaşmasını hukukten akdedemezken Portekiz'in bunu yapabileceği sorusuna girilmeden değerlendirilemez; Divan'ın kararının temel konusu, Endonezya'nın Doğu Timor'a girdiği ve orada kaldığı koşullar göz önüne alındığında, Doğu Timor adına kıta sahanlığı kaynaklarıyla ilgili anlaşmalar yapma yetkisine sahip olup olamayacağının belirlenmesi olacaktır. Divan, Endonezya'nın rızası olmadan böyle bir tespitte bulunamaz.”⁷⁴

Bu nedenle Divan, kararının başka bir devletin davranışının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi anlamına geleceği durumlarda böyle bir değerlendirmeyi yapamayacağı sonucuna varmıştır.⁷⁵ Portekiz, Avustralya'nın halkların kendi kaderini tayin hakkını ihlal ettiği, bu hakkın *erga omnes* nitelikte olduğu ve bu nedenle başka bir devletin hukuka aykırı davranıp davranmadığına bakılmaksızın, bu haklara saygı gösterilmesini talep edebileceğini iddia etmiştir. Buna karşılık Divan, bir normun *erga omnes* niteliği ile yargı yetkisine rıza gösterme kuralının birbirinden farklı olduğunu ve davadaki yükümlülüklerin niteliği ne olursa olsun üçüncü bir devletin rızasının yokluğunda Divan'ın onun davranışının hukuka uygunluğunu denetleyecek bir karar veremeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁶ Dolayısıyla aslında ihlal iddiası uluslararası hukukun en temel kurallarına ilişkin bile olsa, eğer üçüncü devletin davranışlarının değerlendirilmesi davanın temelini oluşturursa, *parasal altın* ilkesi yetkinin kullanılmasına engel teşkil edecektir.

Davada ayrı görüş bildiren Yargıç Shahabuddeen, *Parasal Altın* davası ile ilgili yaptığı şu karşılaştırmada, Endonezya'nın konumunu, kararın kendisinden daha net biçimde ortaya koymaktadır:

⁷³ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par. 27.

⁷⁴ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par. 28.

⁷⁵ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par. 35.

⁷⁶ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par. 29.

“Bu teorik bir menfaat meselesi değildir; Endonezya, Parasal Altın davasında talep edilen kararın Arnavutluk’u o davada söz konusu olan mülk üzerindeki hakkından mahrum bırakması gibi, olası mali faydalar da dahil olmak üzere, anlaşma uyarınca hak sahibi olduğu somut faydalardan mahrum kalacaktır.”⁷⁷

Bu halde Divan davanın temel konusunu oluşturan üçüncü devletin hak ve menfaatlerini veya sorumluluğunu ön koşul olarak⁷⁸ değerlendirirken, o devletin rızasının bulunmasının yanında, potansiyel olarak mahrum kalabileceği faydaları da gözetecektir. Böylece Divan ilkenin uygulanmasına, Nauru’daki ön koşul kriterine ilaveten, üçüncü devlet açısından kararın hukuki sonuçları/etkileri kriterini de eklemiştir.⁷⁹

D. Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler Davası

2005’te karara bağlanan *Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler*⁸⁰ davasında parasal altın ilkesi bir kez daha gündeme getirilmiştir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti, kendi topraklarında Uganda’nın askeri müdahale, işgal ve isyancı gruplara destek sağlamaktan sorumlu olduğu iddiasıyla UAD’ye başvurmuştur. Olaylar, Laurent-Désiré Kabila’nın 1997’de Zaire’deki Mobutu rejimini devirmesiyle başlamış; Kabila, Uganda ve Ruanda’nın desteğiyle başa geçmiş, ancak kısa süre sonra bu iki ülkenin etkisini azaltmaya çalışmıştır. Kongo’ya göre, 1998’de Kabila’ya karşı düzenlenen başarısız darbe girişiminin ardından Uganda Kongo’ya akeri müdahalede bulunmuş;⁸¹ Uganda, Ruanda ile birlikte, Kongo’daki isyancı grupları desteklemiş ve bu gruplara eğitim, ekipman ve lojistik yardım sağlamıştır.⁸² Uganda ise, meşru müdafaa amacıyla müdahale ettiğini iddia etmiştir. Uganda’ya göre, Kongo ve Sudan, Uganda’ya karşı saldırı hazırlığındadır ve bu sebeple Uganda, sınır güvenliğini sağlamak amacıyla Kongo’daki stratejik noktaları ele geçirmiştir.⁸³ Ruanda ve Uganda, 1999 ve 2000 yıllarında Kongo’nun Kisanгани şehrinde askeri çatışmalara girmiştir. Uganda, davada *Parasal Altın*

⁷⁷ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, s. 124.

⁷⁸ ICJ, *East Timor*, I.C.J. Reports 1995, par. 33.

⁷⁹ TRIVEDI, s. 389.

⁸⁰ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, I.C.J. Reports 2005.

⁸¹ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, I.C.J. Reports 2005, par. 29-30.

⁸² ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, I.C.J. Reports 2005, par. 32.

⁸³ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, I.C.J. Reports 2005, par. 39.

kararına atıfta bulunarak, Kisangani'deki çatışmalara ilişkin olarak karar verilirken, Ruanda'nın hukuki menfaatlerinin kararın esas konusu olacağını savunmuştur. Uganda'ya göre, Ruanda'nın sorumluluğu belirlenmeden, Uganda'nın Kisangani'deki çatışmalardan sorumluluğu değerlendirilemez.⁸⁴ Divan, Kisangani'deki olayların değerlendirilmesinde Ruanda'nın menfaatlerinin kararın esas konusu olmadığını şu şekilde ifade etmiştir:

*“Uganda tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen bazı uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin Uganda ile Ruanda arasındaki çatışmalar sırasında meydana gelmiş olması bu tespiti etkilemez. Dolayısıyla, Mahkeme'nin Uganda'nın davranışının bu uluslararası hukuk kurallarını ihlal edip etmediğini belirleyebilmesi için Ruanda'nın bu davaya taraf olması gerekli değildir.”*⁸⁵

Burada da Divan'ın, devletlerin sorumluluklarını birbirinden ayırt edebilecek pozisyonda olduğu noktada ilkeyi uygulamayı gerekli bulmadığı görüşünü teyit ettiği görülmektedir.

E. Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası

Parasal altın ilkesinin değerlendirildiği başka bir dava da *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması*⁸⁶ davasıdır. Davaya konu olan olayda, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılma sürecinde Hırvatistan'ın 25 Haziran 1991'deki bağımsızlık ilanını müteakiben Hırvat güçleri ile Sırp azınlıklar arasında silahlı çatışmalar patlak vermiştir. Çatışmalar sırasında birçok sivil hayatını kaybetmiş ve yerinden edilmiştir.⁸⁷

1999 yılında Hırvatistan, Sırbistan'a karşı UAD'ye Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin⁸⁸ (Soykırım Sözleşmesi) ihlal edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Hırvatistan, Sırbistan'ın 1991-1995

⁸⁴ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, I.C.J. Reports 2005, par. 198.

⁸⁵ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, I.C.J. Reports 2005, par. 204.

⁸⁶ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, 3 February 2015, I.C.J. Reports 2015.

⁸⁷ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2015, pars. 60-73.

⁸⁸ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277.

yılları arasında Hırvat nüfusuna karşı soykırım suçu işlediğini ileri sürmüştü; buna karşılık Sırbistan da 2010 yılında karşı dava açarak, Hırvatistan'ı 1995 yılındaki "Fırtına Operasyonu" sırasında Krajina Sırplarına karşı soykırım yapmakla suçlamıştır.⁸⁹ Sırbistan, Divan'ın Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin kuruluş tarihi olan 27 Nisan 1992'den önceki olaylar hakkında yargı yetkisine sahip olmadığını öne sürmüştü ve bu iddiasını *Parasal Altın* kararına dayandırmıştır.⁹⁰ Divan, Sırbistan'ın bu karara dayanan itirazını reddetmiştir. Divan'a göre *Parasal Altın* davasındaki durum bu davada söz konusu değildir. Divan, artık var olmayan bir devlet olan Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin haklarının vereceği karardan etkilenmeyeceğini vurgularken *Parasal Altın* davasından farklı olarak, üçüncü bir devletin menfaatlerinin bu davanın "temel konusu" olmadığını belirterek 27 Nisan 1992 öncesi olaylar hakkında da yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. UAD kararına göre, bu ilke artık var olmayan bir devlet için geçerli değildir, çünkü "böyle bir devlet artık herhangi bir hakka sahip değildir ve Divan'ın yargı yetkisine rıza gösterme veya göstermeme yeteneğine sahip değildir."⁹¹ İlkenin kişi yönünden uygulanması bakımından Divan'ın bu yaklaşımına göre, *parasal altın* ilkesinin işlenmesi için üçüncü devletin belirli koşullara sahip olması gereklidir. Buna göre üçüncü devlet halen haklara sahip olmalıdır. Bununla birlikte, Divan'ın yargı yetkisini kabul etme kapasitesi bulunmalıdır.⁹² Yani, üçüncü devletin mevcut ve Divan'ın yetkisine rıza gösterebilecek bir durumda olması gerekir ki bu ilke uygulanabilsin. Divan'ın *parasal altın* ilkesiyle ilgili değerlendirmesi, bir devletin varlığı sona erdiğinde o devletin artık yargı sürecinde taraf olamayacağını ve ancak mevcut bir üçüncü devletin haklarının korunması için bu ilkenin devreye girebileceğini ortaya koymaktadır.

F. 3 Ekim 1899 tarihli Hakem Kararı Davası

Parasal altın ilkesinin Divan'ın önüne geldiği yakın tarihli bir dava da 3 Ekim 1899 tarihli *Hakem Kararı* davasıdır. Davaya konu olan uyuşmazlığın kökenleri 19. yüzyıla dayanmaktadır. 1890'larda, ABD'nin teşvikiyle Birle-

⁸⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2015, par. 51.

⁹⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2015, par. 91.

⁹¹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2015, par. 116.

⁹² POMSON, s.104.

şik Krallık ve Venezuela, toprak iddialarını tahkime sunmayı kabul etmiştir.⁹³ 2 Şubat 1897'de Washington Anlaşması imzalanmış ve bu anlaşma uyarınca kurulan hakemlik mahkemesi 3 Ekim 1899'da kararını vermiştir. Ancak 14 Şubat 1962'de Venezuela, BM Genel Sekreteri'ne bir mektup göndererek 1899'da verilen hakem kararını tanımadığını bildirmiş ve kararın Venezuela'nın arkasından yapılan siyasi bir anlaşmanın sonucu olduğunu iddia etmiştir.⁹⁴ Bunun üzerine Birleşik Krallık ve Venezuela arasında müzakereler başlamış ve sonuçta 17 Şubat 1966'da Cenevre Anlaşması imzalanmıştır.⁹⁵ Anlaşma, uyuşmazlığın çözümü için bir Karma Komisyon kurulmasını ve belirli bir süre içinde çözüm bulunamazsa tarafların BM Şartı'nın 33. maddesindeki barışçıl çözüm yollarından birini seçmesini öngörmektedir. Anlaşma'ya göre eğer taraflar bir çözüm yolu seçemezlerse, üzerinde anlaşacakları bir uluslararası organın bu seçimi yapacaktır. Bu da gerçekleşmezse uyuşmazlığın hangi yolla çözüleceğine BM Genel Sekreteri'nin karar vermesi kabul edilmiştir.⁹⁶ Nihayetinde konu BM Genel Sekreterine intikal etmiş ve Genel Sekreter, her iki tarafa da gönderdiği 30 Ocak 2018 tarihli mektupla, uyuşmazlığın çözümü için UAD'yi seçtiğini bildirmiştir.⁹⁷ Buna dayanarak Guyana, 18 Mart 2018'de 3 Ekim 1899 tarihli Hakem Kararı'nın hukuki etkisinin değerlendirilmesi talebiyle UAD'ye başvuruda bulunmuştur.

Venezuela, ön itirazlarından biri olarak *parasal altın* ilkesi gereğince, İngiltere'nin davada bulunmayan vazgeçilmez bir üçüncü taraf olduğunu ve Divan'ın Birleşik Krallık'ın yokluğunda 1899 tarihli Hakem Kararı'nın geçerliliği konusunda karar veremeyeceğini iddia etmiştir. Venezuela, Birleşik Krallık'ın davranışının hukukiliği değerlendirmenin, davanın ön koşulu olacağını savunmuştur. Zira Venezuela'ya göre 1899 tarihli Hakemlik Kararı'nın geçersizliği iddiasının temelinde Birleşik Krallık'ın hileli davranışları bulunmaktadır. Ayrıca, Birleşik Krallık'ın Washington Anlaşması'nın, 1899 tarihli Hakemlik Kararı'nın ve 1966 Cenevre Anlaşması'nın tarafı olduğunu belirterek, Birleşik Krallık'ın taahhütlerinin ve sorumluluklarının incelenmesinin gerektiğini öne sür-

⁹³ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana V. Venezuela)* Preliminary Objection, Judgment, 6 April 2023, I.C.J. Reports 2023, par. 33.

⁹⁴ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, pars. 33-34.

⁹⁵ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, pars. 39-40.

⁹⁶ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, par. 42. 26 Mayıs 1966' da bağımsızlığını kazandıktan sonra Guyana Anlaşma'ya taraf olmuştur. Bkz. par. 41.

⁹⁷ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, par. 51.

müştür.⁹⁸ Guyana ise, Birleşik Krallık'ın davanın konusu olan toprak üzerinde herhangi bir mevcut hukuki menfaati veya iddiası olmadığını, çünkü 1966'da Guyana'ya bağımsızlık verirken tüm toprak iddialarından vazgeçtiğini savunmuştur. Ek olarak Birleşik Krallık'ın Cenevre Anlaşması'nı müzakere edip taraf olmakla, bu davada Divan'ın yargı yetkisini kullanmasına da rıza gösterdiğini iddia etmiştir.⁹⁹ Guyana'ya göre, Birleşik Krallık'ın rızasının varlığı, Venezuela'nın *parasal altın* ilkesine dayanan itirazını geçersiz kılmaktadır.¹⁰⁰

Divan, iki tarafın argümanlarını inceledikten sonra, 1966 Cenevre Anlaşması'nın ilgili hükümlerini yorumlamış ve Birleşik Krallık'ın anlaşmaya taraf olarak, uyuşmazlığın Guyana ve Venezuela arasında, kendisinin katılımı olmaksızın çözülebileceğini kabul ettiği sonucuna varmıştır. Divan'a göre, Anlaşma'nın imzalandığı sırada İngiltere “böyle bir çözümün ihtilaflı tahkim sırasında Birleşik Krallık yetkilileri tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırılıklara ilişkin Venezuela'nın bazı iddialarının incelenmesini içerebileceğinin farkında”dır.¹⁰¹ Böylece Divan, “Cenevre Anlaşması'na taraf olması nedeniyle Birleşik Krallık'ın Guyana ve Venezuela arasındaki ihtilaflı [UAD] tarafından çözülebileceğini ve bu usulde hiçbir rolü olmayacağını kabul ettiği” kanaatine varmıştır.¹⁰² Sonuç olarak da, *parasal altın* ilkesinin bu davada geçerli olmadığına karar vermiştir.¹⁰³ Divan burada 1966 Cenevre Anlaşması'nda uyuşmazlıkların çözümüne yönelik hükmü geniş yorumlayarak, Birleşik Krallık'ın uyuşmazlığın UAD nezdinde çözümüne rıza gösterdiği sonucuna varmıştır.

Karara sunduğu beyanında *ad hoc* Yargıç Wolfrum, bu davadaki ayırt edici unsurun Cenevre Anlaşması'nın varlığında yattığını açıklamıştır. Birleşik Krallık, 1966 Cenevre Anlaşması'na katılarak, Guyana ve Venezuela arasındaki uyuşmazlığın kendi katılımı olmadan çözülmesinin, kendisiyle ilgili eylem ve ihmallerin tartışılmasını gerektirebileceğini kabul etmiştir. Bu şekilde yorumlandığında, Yargıç Wolfrum'a göre, 1966 Cenevre Anlaşması Birleşik Krallık'ın davadaki menfaatlerini göz ardı edebilecek nitelikte bir *lex specialis* oluşturmaktadır.¹⁰⁴

⁹⁸ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, pars. 75-76.

⁹⁹ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, pars. 81 ve 83.

¹⁰⁰ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, par. 84.

¹⁰¹ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, par. 97.

¹⁰² ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, par.107.

¹⁰³ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899*, I.C.J. Reports 2023, par. 107.

¹⁰⁴ ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, Preliminary Objection, Judgment, Declaration of Judge ad hoc Wolfrum, 6 April 2023, I.C.J. Reports 2023, s. 301 par.4.

Divan bu kararında, önceki kararlarından farklı bir durumla karşılaşmıştır. Eğer bir anlaşma, taraflar arasındaki uyuşmazlık için çözüm yolu öngörüyorsa, bu yol uygulandığında karardan doğrudan etkilenecek anlaşma tarafı üçüncü devletlerin varlığı, *parasal altın* ilkesinin uygulanmasını gerektirmeyecektir. Burada aslında önceki davalarından ayrılan temel nokta üçüncü devletin, kendi sorumluluğunun değerlendirilmesine dava tarafı devletlerle yaptığı ve Divan'ın yetkisine dayanak teşkil eden anlaşma ile rıza gösterdiği varsayımdır. Divan, üçüncü devletin kendi eylemlerinin hukukiliğinin değerlendirilebileceğini bildiği halde bu yolu kabul etmiş olmasından hareketle, *parasal altın* ilkesini uygulamama kararı vermiştir.¹⁰⁵ Böylece ilkenin kapsamını daraltarak rızayı geniş yorumlayan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu yorumla Divan, çok taraflı bir andlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkta, andlaşmanın tarafı olup UAD'a yetki veren hükme çekince de koymamış üçüncü devletler bakımından *parasal altın* ilkesini uygulamama olasılığına kapı aralamıştır. Bu olasılık, *Nikaragua v. Almanya* davasında İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'nde UAD'a yetki veren klozu kabul ettiği gözönüne alındığında davanın devamı için önemlidir.¹⁰⁶

III. PARASAL ALTIN İLKESİNİN NIKARAGUA V. ALMANYA DAVASINDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Parasal Altın davasından beri geçen 70 senelik süreçte UAD, *parasal altın* ilkesini çeşitli davalarla ele alarak içtihadını geliştirmiştir. İlkenin uygulanabilmesi için üçüncü devletin hak ve menfaatleri veya sorumluluğu davanın *esas konusunu* oluşturmalı, üçüncü devletin sorumluluğunun değerlendirildi-

¹⁰⁵ Karara koyduğu Kısmî Ayrı Görüş ve Kısmî Muhalefet Şerhi'nde ad hoc Yargıç Couvreur bu yorumu eleştirmiştir. Yargıç'a göre üçüncü bir tarafı ilgilendiren toprak uyuşmazlığını çözmek için öngörülen genel nitelikli bir uyuşmazlık çözüm yoluna rıza göstermekle, yarım asır sonra kendi hukuka aykırı eylemlerinin hakkında detaylandırılmamış bir konuda Divan'ın karar vermesine rıza göstermek arasında büyük bir mantıksal boşluk vardır. Bu boşluk, basit varsayımlar veya zımni kabullerle doldurulamayacak kadar geniştir. ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, Preliminary Objection, Judgment, Partially Separate And Partially Dissenting Opinion of Judge ad hoc Couvreur, 6 April 2023, I.C.J. Reports 2023, s. 319 par.36.

¹⁰⁶ Bu yorum *Nikaragua v. Almanya* davasının geçici tedbirler kararına koyduğu muhalefet şerhinde ad hoc Yargıç Khasawneh tarafından da benimsenmiştir. ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Al-Khasawneh, par. 15. Benzer bir yaklaşım için bkz. ROB Paulina / ABKEN Fiona, "A Complex Relationship: The Interplay Between the Monetary Gold Principle and the Genocide Convention in Nicaragua v. Germany" **Völkerrechtsblog**, <https://voelkerrechtsblog.org/de/a-complex-relationship/#>, (Erişim Tarihi: 24 Ekim 2024).

rilmesi, uyuşmazlığın çözümünde bir *ön koşul* teşkil etmeli ve davalı devletin sorumluluğu bu ön koşuldan ayrı ele alınamamalıdır. Ayrıca son olarak konuyu ele aldığı *3 Ekim 1899 tarihli Hakem Kararı* davasına göre de, dava tarafları arasında daha önce Divan'a yetki tanıyan bir andlaşma ile Divan'ın yetkisini kabul etmiş ancak davanın tarafı olmayan üçüncü devlet açısından artık *parasal altın* ilkesi uygulanmayacaktır. İlkenin yeniden gündeme geldiği *Nikaragua v. Almanya* davası, Divan'ın konuyu değerlendirmesini gerektirerek *parasal altın* ilkesiyle ilgili içtihadını geliştirecek yeni bir fırsat yaratmıştır.¹⁰⁷

Nikaragua, Divan'a başvurusunda, Almanya'nın İsrail'e silah sağlayarak ve Birleşmiş Milletler Yakın Doğu'daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Çalışma Ajansı'na (UNRWA) sağladığı fonu askıya alarak, Soykırım Sözleşmesi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1977 Ek Protokoller ve diğer uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine ve bunların çiğnenemez ilkelerine uymadığını ileri sürmüştür. Nikaragua'ya göre, Almanya sadece Soykırım Sözleşmesi ve insancıl hukuku ihlal etmekle kalmayıp, bu suçların işlenmesine iştirak etmiştir.¹⁰⁸ Ayrıca, Almanya Hükümeti 2023 yılında,

¹⁰⁷ Nikaragua'nın başvurusundan beri akademik çevrelerde davanın akıbeti ve devletlerin yükümlülükleri ekseninde çeşitli tartışmalar yapılmaktadır. Örneğin bkz. ZANGENEH Parisa, "The ICJ's Insufficient Engagement with Germany's Interpretation of the External Dimension of Common Article 1 in the Nicaragua v Germany Proceedings", **Opinio Juris**, <https://opiniojuris.org/2024/09/25/the-icjs-insufficient-engagement-with-germanys-interpretation-of-the-external-dimension-of-common-article-1-in-the-nicaragua-v-germany-proceedings/>, (Erişim Tarihi: 26 Eylül 2024); ANDRIAN Dylan Jesse, "Corroded Monetary Gold (Part II): A Nicaragua-Germany-Israel Boogaloo", **Opinio Juris**, <http://opiniojuris.org/2024/06/10/corroded-monetary-gold-a-nicaragua-germany-israel-boogaloo/>, (Erişim Tarihi: 19 Eylül 2024); BECKER Michael A, "Nicaragua Comes Up Empty", **Verfassungsblog**, <https://verfassungsblog.de/nicaragua-comes-up-empty/>, (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024); QUIGLEY John B., "Nicaragua's Suit against Germany May Be Good as Gold (Part I)", **Völkerrechtsblog**, <https://voelkerrechtsblog.org/nicaraguas-suit-against-germany-may-be-good-as-gold-part-i/>, (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024); QUIGLEY John B., "Nicaragua's Suit against Germany May Be Good as Gold (Part II)", **Völkerrechtsblog**, <https://voelkerrechtsblog.org/nicaraguas-suit-against-germany-may-be-good-as-gold-part-ii/>, (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024); SAUNDERS Imogen, "Interventions and Inadmissibility: Nicaragua v Germany, the Monetary Gold Principle and the Genocide Convention at the International Court of Justice", <https://law.anu.edu.au/interventions-and-inadmissibility-nicaragua-v-germany-monetary-gold-principle-and-genocide/>, (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024); TRIVEDI, ss. 387-397; MIMRAN Tal, "Israel - Hamas 2024 Symposium - Reflections on the Invocation of Common Article 1", <https://lieber.westpoint.edu/reflections-invocation-common-article-1/>, (Erişim Tarihi: 26 Eylül 2024) ROB Paulina / ABKEN Fiona, "A Complex Relationship: The Interplay Between the Monetary Gold Principle and the Genocide Convention in Nicaragua v. Germany" **Völkerrechtsblog**, 2024.

¹⁰⁸ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Application Instituting Proceedings, par. 3.

2022 yılında izin verilen miktarın on katından fazla olmak üzere, 326 milyon Avro'yu aşan değerde askeri teçhizat ve savaş silahı ihracatına izin vermiştir. Bu meblağın yaklaşık 300 milyon Avroluk kısmı İsrail'in Gazze Şeridi'ndeki askeri operasyonunun başlangıcından bu yana verilen askeri teçhizat lisanslarıdır. Ayrıca Nikaragua, 2024 yılı başlarında Alman Hükümeti'nin 9 milyon Avro'dan fazla değerde askeri teçhizat ve savaş silahları için ihracat lisansı verdiğini kaydetmiştir.¹⁰⁹ Nikaragua'ya göre, Almanya'nın Gazze'deki durumdan veya sağlanan askeri teçhizat ve savaş silahlarının İsrail tarafından binlerce Filistinli çocuk, kadın ve erkeği bombalamak ve öldürmek için kullanılma olasılığından olamaz ve sağladığı askeri ekipmanın uluslararası hukukun ciddi ihlallerinde kullanılacağını bilmektedir.¹¹⁰

Buna karşılık Almanya ilk olarak, Gazze'deki durumu iyileştirmek ve oradaki nüfusa insani yardım sağlamak amacıyla İsrail üzerinde etki yaratmak için elindeki tüm makul araçları sürekli olarak kullanarak Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki soykırımı önleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ifade etmiştir.¹¹¹ İkinci olarak, Cenevre Sözleşmeleri'nin silahlı bir çatışmada taraf olmayanlar için geçerli olan ortak 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğün, bir devletin böyle bir çatışmaya dahil olan bir devlete askeri destek sağlamaktan tamamen kaçınmasını gerektirmediğini savunmuştur.¹¹² Almanya'ya göre bu yükümlülük, silahlı çatışma bölgesine silah tedarik eden devletlerin, askeri teçhizat ve silah ihracatına ilişkin kararlarında 'uygun bir risk değerlendirmesi yapmaları gerektiğini belirtmekten öteye gidemez'.¹¹³ Almanya ayrıca, alıcı devlet tarafından Soykırım Sözleşmesi'nin, uluslararası insancıl hukukun veya uluslararası hukukun diğer emredici normlarının ciddi bir şekilde ihlal edilme riskinin değerlendirilmesi için sıkı lisanslama standartlarına sahip olduğunu dile getirmiştir.¹¹⁴ Almanya'ya göre, kendisi tarafından İsrail'e sağlanan askeri teçhizatın iddia

¹⁰⁹ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Application Instituting Proceedings, par. 53.

¹¹⁰ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Application Instituting Proceedings, par. 12-13.

¹¹¹ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/16, ss. 37-38 par. 21.

¹¹² ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/16, ss. 38-39 par. 26.

¹¹³ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/16, s. 39 par. 27.

¹¹⁴ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/16, ss. 39-41 pars. 30-40.

edilen bir soykırıma veya uluslararası insancıl hukuk ihlallerine katkıda bulunduğu dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır.¹¹⁵

Parasal altın ilkesiyle ilgili olarak ise 8 Nisan’da yapılan sözlü duruşmada Nikaragua, Almanya’nın *Parasal Altın* davasına ilişkin olası¹¹⁶ dayanağını çürütmeye çalışmıştır. Nikaragua, *Parasal Altın* davasında taraf olmayan devletin hukuki durumunun davanın “kilit meselesi” olduğunu, bu davada ise böyle bir durumun söz konusu olmadığını savunmuştur.¹¹⁷ Zira bu davada esas mesele İsrail’in değil, Almanya’nın uluslararası yükümlülüklerini ihlal edip etmediğidir.¹¹⁸ Almanya ise, 9 Nisan 2024’teki duruşmada, *Parasal Altın* davasına atıfta bulunarak Almanya’nın sorumluluğunun tespiti için öncelikle İsrail’in sorumluluğunun tespit edilmesi gerektiği ve İsrail’in bu davanın tarafı olmadığını ifade etmiştir.¹¹⁹

Divan 30 Nisan 2024’te verdiği ara kararda geçici tedbire hükmetmeyi gerekli görmediğini açıklarken¹²⁰ Almanya’nın yetki itirazını da açık bir yetkisizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiş;¹²¹ bununla birlikte *parasal altın* ilkesinin uygulanabilirliği veya İsrail’in bu davadaki konumu ile ilgili sessiz kalmıştır.¹²² Divan’ın yargı yetkisinin taraflarca tanınmış olduğu gö-

¹¹⁵ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/16, s. 35 par. 10.

¹¹⁶ ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)* Verbatim Record CR 2024/15, 8 April 2024, s. 38 par. 8.

¹¹⁷ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/15, s. 39 par. 10.

¹¹⁸ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Application Instituting Proceedings, I.C.J. 2024, s. 40 par. 11.

¹¹⁹ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Verbatim Record CR 2024/16, s. 25 par. 7 ve s. 29 par. 19-20.

¹²⁰ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, I.C.J. 2024, par. 20.

¹²¹ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, I.C.J. 2024, par. 21.

¹²² Karara ayrı görüş sunan Başkan Yardımcısı Sebutinde Divan’ın yargı yetkisini uygulamaması gerektiğini, çünkü Almanya’ya atfedilen eylemlerin değerlendirilmesi için öncelikle İsrail’in eylemlerinin hukukiliğinin değerlendirilmesi gerektiğini; İsrail’in ise davanın tarafı olmaması nedeniyle rızasının da bulunmadığını ifade etmiştir. ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, Separate Opinion of Vice-President Sebutinde, I.C.J. 2024, par. 27. Ad hoc Yargıç Khasawneh, karara sunduğu muhalefet şerhinde şu hususları dile getirmiştir: *Parasal altın* ilkesinin geçici tedbirler aşamasında başarıyla kullanıldığı bir örnek bulunmamaktadır ve Divan bu ilkeyi dar yorumlamakta, üçüncü devletlere veto gücü vermek için kullanmamaktadır. Soykırımı önleme yükümlülüğü, bir devletin soykırımın olası olduğunu öğrenmesiyle başlamaktadır. Divan’a yargı yetkisi veren bir anlaşmanın varlığı ha-

zönüne alındığında, davanın esasına girilmesinin önündeki tek engel *parasal altın* ilkesinin uygulanarak Divan'ın yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi olabilir. Nikaragua'nın iddiaları gözönüne alındığında, Almanya'nın soykırım ve insancıl hukukun ağır ihlallerini önleme ve özen yükümlülüğünün İsrail'in eylemlerinin hukuka uygunluğundan bağımsız olarak ele alınması durumunda Divan'ın davaya devam etmesi mümkündür.¹²³ Peki Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Cenevre Sözleşmeleri ortak 1. madde böylesi müstakil yükümlülükler öngörmekte midir? Bu yükümlülüklerin kapsamı nedir ve soykırım veya insancıl hukuk bakımından bunlar hangi andan itibaren tetiklenir? Çalışmanın bu kısmında, bu iki yükümlülüğün kapsamını, genel çerçevesiyle açıklayacağız. Burada öncelikle Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri, ardında da Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerini inceleyeceğiz.

A. Soykırım Sözleşmesi'nin 1. Maddesinden Doğan Yükümlülük

Nikaragua'nın iddialarından biri Almanya'nın Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini, özellikle de madde 1'de öngörülen önleme yükümlülüğünü ihlal ettiğine dayanmaktadır.¹²⁴

Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesi, devletlerin yalnızca soykırım suçunu cezalandırmakla değil, aynı zamanda soykırımı önlemekle de yükümlü olduklarını açıkça belirtmektedir.¹²⁵ Burada bireysel cezai sorumluluğun

linde bu ilke farklı değerlendirilmelidir. Devletlerin artan karşılıklı bağımlılığı göz önüne alındığında *parasal altın* ilkesine gereğinden fazla ağırlık vermek yanlış olacaktır ve UAD Statüsü'nün ilgili maddeleri üçüncü devletlerin menfaatlerini zaten korumaktadır. ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Al-Khasawneh, I.C.J. 2024, par. 11-17.

¹²³ Divan yukarıda belirttiğimiz gibi, 3 Ekim 1899 tarihli *Hakem Kararı* davasındaki yorumunu benimseyerek de davaya devam edebilir. Bu durumda yükümlülüklerin müstakil oluşmadığını değerlendirmesine gerek kalmayacaktır. Bu kısımdan sonraki açıklamalar, Divan'ın yükümlülükleri değerlendirmesi halinde bu yükümlülüklerin *parasal altın* ilkesinin uygulanmasını bir yana bırakmaya imkan tanıyıp tanımadığını belirlemeye ilişkindir.

¹²⁴ ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*, Application Instituting Proceedings, par. 67.

¹²⁵ “Sözleşmeciler taraflar, ister barış zamanında ister savaş zamanında işlenmiş olsun, soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu ve bunu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettiklerini kabul ederler.” Sözleşme'deki bu yükümlülük aynı zamanda yapılageliş hukukunun da bir parçası olarak görülmektedir. ZIMMERMANN Andreas, “The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect?”, **From Bilateralism to Community Interest**, FASTENRATH Ulrich / GEIGER Rudolf / KHAN Daniel-Erasmus vd. (Editörler), 1. Basım Oxford University Press, New York, 2011, ss. 629-646, s. 632; FORLATI Serena, “The Legal Obligation to Prevent Genocide: Bosnia v Serbia and Beyond”, **Polish Yearbook of International Law**, S. 31, 2011, ss. 189-205, s. 194.

yanında devletlerin uluslararası sorumluluğuna da işaret edilmiştir.¹²⁶ Ayrıca önleme yükümlülüğü, *erga omnes* nitelikte bir yükümlülük olarak görülmektedir ve ihmalî bir davranışla gerçekleşir.¹²⁷ Hatta soykırımın önlenmesindeki ihmalî davranışın, UAD'nin saptamasının aksine,¹²⁸ soykırıma iştirak sonucunu doğurabileceği de kabul edilmektedir.¹²⁹

Sözleşme'nin 1. maddesi, diğer maddelerden ayrı bir yükümlülük yaratmaktadır.¹³⁰ Bu yükümlülük, bir devletin yalnızca kendi toprakları içinde meydana gelen olayları değil, başka devletlerin topraklarındaki soykırım tehditlerini de kapsar.¹³¹ Nitekim Bosna-Hersek'in 1993 yılında Sırbistan'a karşı açtığı davada UAD, bu yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğini incelerken, devletlerin yalnızca içlerinde değil, diğer devletlerde meydana gelen soykırım eylemlerini de engellemek için uygun tedbirler almakla yükümlü olduklarını belirtmiştir.¹³² Bu, sonuç garantisi vermeyen ancak devletlerin ellerinden gelen çabayı göstermelerini gerektiren bir özen yükümlülüğüdür (*due diligence*).

Yükümlülüğün başlangıç anı kritik öneme sahiptir: UAD'ye göre bu yükümlülük, “soykırım eylemleri başladığında veya devlet soykırım işleneceğine dair ciddi bir risk olduğunu öğrendiğinde veya normalde öğrenmiş olması gerektiğinde” ortaya çıkar.¹³³ Yani soykırımın önlenmesine ilişkin yükümlülük, soykırım tehlikesinin varlığıyla aktifleşir.¹³⁴ Burada iki koşul birarada bulunmaktadır: Nesnel bir gereklilik olarak soykırım eylemlerinin

¹²⁶ TAMS Christian J. / BERSTER Lars / SCHIFFBAUER Björn, **The Genocide Convention: Article-by-Article Commentary**, 2. Basım, Beck, München, 2024, s. 48.

¹²⁷ BEN-NAFTALI Orna, “The Obligations to Prevent and to Punish Genocide”, **The UN Genocide Convention**, (Editör) Paola Gaeta, 1. Basım, Oxford University Press, New York, 2009, ss. 27-57, s. 37.

¹²⁸ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, par. 432.

¹²⁹ PALCHETTI Paolo, “State Responsibility for Complicity in Genocide”, **The UN Genocide Convention**, Paola Gaeta (Editör), 1. Basım, Oxford University Press, New York, 2009, ss. 381-394, s. 386; LANOVOY Vladyslav, **Complicity and its limits in the law of international responsibility**, 1. Basım Hart Publishing, Oxford ; Portland, Oregon, 2016, s. 96.

¹³⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, par. 427.

¹³¹ TAMS et al., s. 53; ZIMMERMANN, 634.

¹³² ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, par. 430.

¹³³ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, 431.

¹³⁴ TAMS et al., s. 51.

işleneceğine dair ciddi bir risk (*objektif koşul*); taraf devletin ciddi soykırım riskinin farkında olması yani başka bir deyişle ciddi soykırım riskine ilişkin (potansiyel) bilginin varlığı (*subjektif koşul*).¹³⁵

Bununla birlikte, belirli bir sonucu önleyememe sorumluluğunun ancak, soykırım eylemleri ve madde III'te atıfta bulunulan diğer eylemler gibi, yasaklanan sonucun gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkacağı öne sürülmektedir.¹³⁶ Bu çıkarımın Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler'den (DSM)¹³⁷ 14. maddenin 3. fıkrasıyla uyumlu olduğu söylenmektedir.¹³⁸ İlgili hükme göre bir yükümlülük ancak olayın gerçekleşmesi halinde ortaya çıkar. Oysa bu hükmü böyle dar yorumlamak, kanaatimizce özen yükümlülüğünün doğasına aykırıdır. Çünkü özen yükümlülüğü başlı başına olayın gerçekleşmemesini hedefler ve sonuçtan bağımsız olarak mevcuttur. Başka bir deyişle soykırımı ilişkin eylemlerin gerçekleşme riski dahi devletlerin yükümlülüklerini harekete geçirmek için yeterli görülmelidir. Divan'ın sözleriyle;

“[b]u, soykırımı önleme yükümlülüğünün yalnızca soykırımın işlenmeye başlamasıyla ortaya çıktığı anlamına gelmez; bu saçma olurdu, çünkü yükümlülüğün tüm amacı fiilin gerçekleşmesini önlemek veya önlemeye çalışmaktır. Aslında, bir devletin önleme yükümlülüğü ve buna karşılık gelen harekete geçme görevi, devletin soykırım işleneceğine dair ciddi bir riskin varlığını öğrendiği veya normalde öğrenmiş olması gerektiği anda ortaya çıkar.”¹³⁹

Buradaki nüans şudur: Divan, yükümlülüğü soykırım riskinin bilinebilmesine bağlamış gözükmekle birlikte, aslında burada bir risk değerlendirmesine işaret etmektedir.¹⁴⁰ Yani bir devlet objektif olarak soykırımın işlenece-

¹³⁵ TAMS et al., ss. 54-55.

¹³⁶ “[B]ir Devlet soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal etmekten ancak soykırım fiilen işlenmişse sorumlu tutulabilir.” ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, par. 431.

¹³⁷ ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission* V.II/2, United Nations, 2001.

¹³⁸ TAMS et al. ss. 51-52.

¹³⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, par. 431.

¹⁴⁰ van den HERIK, Larissa / IRVING Emma, “Due Diligence and the Obligation to Prevent Genocide and Crimes Against Humanity”, *Due Diligence in the International Legal Order* KRIEGER Heike / PETERS Anne / KREUZER Leonhard (Editörler), Oxford University Press, New York, 2020, 200-216, s.201. Yazarlar, risk değerlendirmesi için elde edilecek bil-

ğine dair riski öngörebiliyor ise, o riskin gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak gereken tüm çabayı göstermiş olmalıdır. Soykırımın işleme ihtimali, özen yükümlülüğünü tetikleyen bir risk olarak ele alınmalıdır.

Somutlaştıracak olursak, örneğin soykırım yapılması konusunda ciddi şüpheler doğduğunda, Sözleşme tarafı devletlerin bu şüpheye neden olan devletlere silah ticareti yapmaması gerekir. Soykırımı ilişkin gerçek ve ciddi bir tehlike mevcutsa,¹⁴¹ suçun gerçekten işlenip işlenmediğini belirlemek önemsizdir. Buradaki soykırım ihtimali bile, devletlerin gerekli özeni göstererek hareket etme yükümlülüklerini bağımsız biçimde tetiklemelidir. UAD'nin "*soykırım suçunun işlenmesini önleme yükümlülüğünün, Soykırım Sözleşmesi tarafından, belirli bir durumda, soykırımın işlenmesini herhangi bir ölçüde engellemeye katkıda bulunma gücüne sahip olan herhangi bir taraf devlete yüklediğini*" ifade etmesi de¹⁴² aslında sonuç değil araç yükümlülüğüne, yani gerekli özenin gösterilmesine işaret etmektedir. Dolayısıyla soykırım olup bittikten sonra değil, soykırımın varlığıyla ilgili bir tehdidin su yüzüne çıkması halindeki davranış yükümlülüğünün var olup olmadığı, asıl ele alınması gereken noktadır. Aksi bir okuma, soykırımı önleme yükümlülüğünü sonuca bağlayacak ve 'soykırımın önlenmesi' kavramının içeriğini boşaltacaktır. *Parasal altın* ilkesinin uygulanması açısından da bu bağımsız yükümlülük önem taşımaktadır. Aslında UAD, bu bağımsız yükümlülüğü *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasındaki geçici tedbirlere karar verirken ortaya koymuş gözükmektedir.

Nisan 1993'te Bosna Hersek, Yugoslavya'ya karşı geçici tedbirler alınması için talepte bulunduğu, Divan tarafların ihtilaflı haklarını korumak için ilk bakışta yargı yetkisine sahip olduğuna karar vererek üç geçici tedbir öngörmüştür.¹⁴³ Bu bağlamda, Sözleşme'nin 1. maddesinin her iki tarafa da

ğinin teknolojik araçlar kullanılarak elde edilebileceğini söylemektedir. Örneğin uydu görüntüleri, askeri hareketleri, birliklerin toplanmasını ve altyapı güçlendirmelerini gösterebilirken sosyal medya ve radyo izleme ile nefret söylemindeki artışları tespit edebilir. Cep telefonu teknolojisi kullanılarak, yerinden edilmiş kişilerden doğrudan bilgi toplamak kolaylaşabilir. Bu sayede yazarlara göre dijital teknolojilerle devletlerin erişebileceği bilgi miktarı ve çeşitliliği artarak, "*normalde öğrenmiş olması gerekirdi*" standardının uygulanması daha geniş bir alana yayabilir. van den HERIK / IRVING, s. 210-211

¹⁴¹ GATTINI Andrea, "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *European Journal of International Law*, C. 18, S. 4, 2007, ss. 695-713, s. 704.

¹⁴² ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 2007, par. 461.

¹⁴³ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order, 8 Nisan 1993, I.C.J. Reports 1993, par. 3-4, 7 ve 21.

gelecekte bu tür eylemlerin gerçekleşmesini önlemek için ellerinden gelen her şeyi yapma konusunda açık bir yükümlülük getirdiğini tespit etmiştir.¹⁴⁴ Böylece Divan, önleme yükümlülüğünü hukuki bir görev olarak kabul etmiş¹⁴⁵ ve bu bağlamda verilen çeşitli kararlar bu yükümlülüğün doğasını, kapsamını ve maddi içeriğini ortaya koymuştur.

Geçici tedbir kararına eklediği bireysel görüşünde devlet uygulamalarından önleme yükümlülüğü çıkarımında bulunamayacağı sonucuna varan *ad hoc* yargıç Lauterpacht'ın bu yaklaşımı,¹⁴⁶ aslında tam da eldeki davanın önemini göstermektedir. Sözleşme tarafı devletler soykırımın önlenmesi ile ilgili hem bundan sorumlu olduğu düşünülen devlet bakımından (İsrail) hem özen yükümlülüğü altında olan devlet açısından (Almanya) sorumluluğu gündeme getirmişlerdir. Bu noktada kullanılan yol, yargısal aktivizm aracı olarak görülebilecek *erga omnes* yükümlülükler ve bunun yanı sıra özen yükümlülüğüdür. Bu yolla, işte tam da Lauterpacht'ın söyleminin ötesine geçen bir durum ortaya çıkmıştır: devletler soykırımın önlenmesi konusundaki yükümlülükleri giderek daha fazla önemsemektedir.

Son dönemde özellikle UAD'deki davalar bunun göstergesi kabul edilebilir. Örneğin 2019'da açılan Gambia ve Myanmar arasındaki *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanması* davasına 7 devlet;¹⁴⁷ 2022'de açılan Rusya ve Ukrayna arasındaki *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Kapsamında Soykırım İddiaları* davasına ise 32 devlet müdahil olmuştur.¹⁴⁸ 2023'te Güney Afrika tarafından

¹⁴⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 1993, par. 45.

¹⁴⁵ GATTINI, s. 703.

¹⁴⁶ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 1993, Order, Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, I.C.J. Reports 1993, par. 115.

¹⁴⁷ Müdahillik talepleri de kabul edilen bu devletler şunlardır: Almanya, Danimarka, Fransa, Hollanda, Birleşik Krallık, Kanada, Maldivler. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v Myanmar)*, Admissibility of the Declarations of Intervention, Order, 3 July 2024 I.C.J. 2024.

¹⁴⁸ Müdahillik talebi kabul edilen devletler alfabetik sırayla şunlardır: Almanya, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Birleşik Krallık, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, Hırvatistan, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kanada, Kıbrıs, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Yeni Zelanda, Yunanistan. ABD tarafından sunulan Statü'nün 63. maddesi kapsamındaki müdahillik beyanı, yargılamanın ön itirazlar aşamasıyla aşamasıyla ilgili olduğu için kabul edilemez bulunmuştur. ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Admissibility of the Declarations of Intervention, Order, 5 June 2023, I.C.J. Reports 2023, par. 102.

İsrail'e karşı açılan davaya da 10 devlet müdahillik talebinde bulunmuştur.¹⁴⁹ Bu çalışmanın konusunu oluşturan *Nikaragua v. Almanya* davası da yukarıda sözünü ettiğimiz yargısal aktivizm yoluyla yükümlülüklerin gündeme getirilmesine ilişkin son derece önemli bir örnektir. Başka bir güncel örnek olarak da Roma Statüsü'ne taraf 42 devletin¹⁵⁰ Ukrayna'daki durumu; 7 devletin¹⁵¹ de Ekim 2023'teki çatışmalardan sonra Filistin'deki durumu UCM'ye havale etmesi gösterilebilir. Doğrudan devletin sorumluluğuna ilişkin olmasa da soykırım suçuna ilişkin iddialar içerdiği için UCM nezdindeki girişimler de söz konusu yükümlülüklerin dikkate alındığına işaret etmektedir. Bu nedenle, soykırım suçunun önlenmesi bağlamında *erga omnes* yükümlülükler ve özen yükümlülüğü konusundaki devlet uygulamalarının bir gereği olarak *parasal altın* ilkesinin bu davada uygulanmaması gerekir.

B. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak 1. Maddeden Doğan Yükümlülük

Nikaragua'nın bir diğer iddiası, Almanya'nın 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır biçimde ihlaline ilişkin olarak özellikle ortak 1. maddede öngörülen yükümlülüklerle bağlantılıdır.¹⁵²

Cenevre Sözleşmeleri ortak 1. madde uyarınca¹⁵³ devletler Cenevre Sözleşmeleri'ne "riayet etme" ve "riayet edilmesini sağlama" yükümlülüğü al-

¹⁴⁹ Bu devletler alfabetik sırayla şöyledir: Bolivya, Filistin, İspanya, Kolombiya, Libya, Maldivler, Meksika, Nikaragua, Şili, Türkiye. Divan henüz müdahillik talepleriyle ilgili bir karar vermemiştir. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, I.C.J. 2023.

¹⁵⁰ Almanya, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, Birleşik Krallık, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Karadağ, Kıbrıs, Kolombiya, Kosta Rika, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Kuzey Makedonya, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Şili, Yunanistan. "Ukraine | International Criminal Court", <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>, (Erişim Tarihi: 23 Ekim 2024).

¹⁵¹ Bangladeş, Bolivya, Cibuti, Comor Adaları, Güney Afrika, Meksika, Şili. "State of Palestine | International Criminal Court", <https://www.icc-cpi.int/palestine>, (Erişim Tarihi: 23 Ekim 2024)

¹⁵² ICJ, *Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory, Application Instituting Proceedings*, I.C.J. 2024, par. 67.

¹⁵³ "Yüksek Akit Taraflar, işbu Sözleşme'ye her koşulda riayet etmeyi ve edilmesini sağlamayı taahhüt ederler." Bu kural Uluslararası İnsancıl Hukuk Teamülleri'nin 139. ve 144. kurallarında yer bulmuştur. HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, ALVERMANN Carolin, vd., **Customary International Humanitarian Law 1: Rules**, 1. Basım, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005, Kural 139 (ss. 496-498) ve Kural 144 (ss. 509-513)

tındadırlar.¹⁵⁴ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin¹⁵⁵ 26. maddesinde¹⁵⁶ öngörülen *pacta sunt servanda* ilkesine dayanan¹⁵⁷ bu *erga omnes* yükümlülüklerin,¹⁵⁸ taraf devletlerin hem kendi yetki alanlarındaki eylemler bakımından iç (*internal*); hem üçüncü devletlerle ilgili dış (*external*) boyutu vardır.¹⁵⁹ İç yükümlülük, taraf devletlerin silahlı kuvvetleri ve devlet yetkililerinin ve ayrıca bir bütün olarak halkın Cenevre Sözleşmeleri'ne riayet edilmesini sağlamasını öngörmektedir.¹⁶⁰ Bu yükümlülük, devlet kurumlarından veya özel kişilerden kaynaklanabilecek ihlallere karşı negatif ve pozitif önlemleri kapsamaktadır.¹⁶¹ Dış yükümlülük ise belirli bir silahlı çatışma-

¹⁵⁴ Wall, I.C.J. Reports 2004 par. 156-160. Divan, devletlerin buradaki negatif yükümlülüklerinin *erga omnes* nitelikte olduğunu ifade etmektedir. a.g.e., 157. Ayrıca bkz. CRAWFORD Emily / PERT Alison, **International Humanitarian Law**, 3. Basım, Cambridge University Press, New York, 2024, s. 297; TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 4. Basım, Beta, 2019, s. 163; DÜLGER Kenan, **Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, 1. Basım, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 209.

¹⁵⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

¹⁵⁶ Madde 26: "Yürürlükte olan her andlaşma tarafları bağlar ve taraflarca iyi niyetle yerine getirilmelidir."

¹⁵⁷ DÖRMANN Knut / SERRALVO Jose, "Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations", **International Review of the Red Cross**, C. 96, S. 895-896, 2014, ss. 707-736, s. 727; SCHMITT Michael / WATTS Sean, "Common Article 1 and the Duty to 'Ensure Respect'", **International Law Studies**, C. 96, S. 1, 2020, ss. 674-706, s. 677; HILL-CAWTHORNE Lawrence, "Common Article 1 of the Geneva Conventions and the Method of Treaty Interpretation", **International and Comparative Law Quarterly**, C. 72, S. 4, 2023, ss. 869-908, s. 871; FOCARELLI Carlo, "Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?", **European Journal of International Law**, C. 21, S. 1, 2010, ss. 125-71, s. 137; HENCKAERTS Jean-Marie / ICRC, (ICRC) 'Respect for the Convention', **Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Commentaries on the 1949 Geneva Conventions**, 1. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, ss. 35-67, s. 48 par. 154. (Yazar dış boyutun *pacta sunt servanda* ilkesinin de ötesine geçtiği ifade edilmektedir.) ROBSON Verity, "The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions", **Journal of Conflict and Security Law**, C. 25, S. 1, 2020, ss. 101-115, s. 111.

¹⁵⁸ HATHAWAY et al., s. 575

¹⁵⁹ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1984, par. 220; ICJ, *Wall*, I.C.J. Reports 2004, par. 158-159.

¹⁶⁰ DÖRMANN / SERRALVO, s. 709.

¹⁶¹ SASSÖLI Marco, "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", **International Review of the Red Cross**, C. 84, S. 846, 2002, ss. 401-434, ss. 411-12; GEISS Robin, "The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions", **The 1949 Geneva Conventions**, CLAPHAM Andrew / GAETA Paola / SASSÖLI Marco (Editörler), Oxford University Press, 2015, ss. 111-134, s. 117. LONGOBARDO Marco, "Alleged Violations of the Duty to Ensure Respect for IHL and the Monetary Gold Principle", **EJIL: Talk!**, <https://www.ejiltalk.org/all>

ya dahil olmayan üçüncü devletlerin ve uluslararası örgütlerin, çatışma taraflarının Cenevre Sözleşmeleri'ne uymalarını sağlamak için harekete geçme görevi olduğuna ilişkindir.¹⁶² Böylece Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olan devletler, Sözleşme hükümlerinin ihlal edilmemesi için çift boyutlu bir yükümlülük altındadırlar. Bu yükümlülüklerle aykırılık, yalnızca ihlallerin gerçekleştirilmesi sırasında değil, ihlallerin gerçekleşmesi öngörülebilir olduğunda da devletin sorumluluğunu tetikleyebilir.¹⁶³

Devletlerin iç yükümlülükleri genel olarak tartışma götürmezken, dış yükümlülükleri konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır.¹⁶⁴ Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin benimsediği yorumda dış yükümlülük, devletin kendi yetki alanında gerçekleşmeyen eylemlerin önlenmesi bağlamında negatif ve pozitif yükümlülükler içermektedir.¹⁶⁵ Böylece taraf devletler diğer devletlerin Sözleşme'ye riayeti için gerekli tedbirleri alma görevi altındadırlar.

Devletlerin dış boyutta ortaya çıkan özen yükümlülükleri savaş ve barış zamanında,¹⁶⁶ uluslararası nitelikli olan ve olmayan tüm çatışmalar bakımın-

eged-violations-of-the-duty-to-ensure-respect-for-ihl-and-the-monetary-gold-principle/, (Erişim Tarihi: 25 Eylül 2024).

¹⁶² DÖRMANN/SERRALVO, "Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations", ss. 708-709; GÜRLEYEN Beyza / ÖZDAN Selman, "Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayetin Sağlanmasında Uluslararası Mekanizmalar", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, 2022, ss. 568-595, s. 571.

¹⁶³ ICJ, *Wall*, I.C.J. Reports 2004, par. 158.

¹⁶⁴ Dış yükümlülüğü kabul eden yazarlar için örneğin bkz. GEISS, s. 115; HATHAWAY Oona A., CHERTOFF Emily, DOMÍNGUEZ Lara, MANFREDI Zachary, TZENG Peter, "Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors", *Texas Law Review*, C. 95, 2017, ss. 539-90; ZWANENBURG Marten, "The 'External Element' of the Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions: A Matter of Treaty Interpretation", *International Law Studies*, C. 97, S. 1, 2021, ss. 621-651; WIESENER Cornelius / KJELDGAARD-PEDERSEN Astrid, "Ensuring Respect by Partners: Revisiting the Debate on Common Article 1", *Journal of Conflict and Security Law*, C. 27, S. 2, 2022, ss. 135-157, s.152; HILL-CAWTHORNE, s. 874. Dış yükümlülüğü reddeden yazarlar için örneğin bkz. FOCARELLI, "Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions", s. 133; SCHMITT WATTS, ss. 686-687; ROBASIOMON, s. 114.

¹⁶⁵ "Başkaları tarafından saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü hem negatif hem de pozitif bir yükümlülüktür. Negatif yükümlülük kapsamında, Yüksek Akit Taraflar Sözleşmelerinin bir çatışmanın Tarafları tarafından ihlal edilmesini ne teşvik edebilir ne de bu ihlallere yardım ve yataklık edebilir. Pozitif yükümlülük kapsamında ise, bu tür ihlalleri önlemek ve sona erdirmek için ellerinden gelen her şeyi yapmalıdırlar. Sözleşmelere saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğünün bu dış boyutu, *pacta sunt servanda* ilkesinin ötesine geçmektedir." HENCKAERTS / ICRC, s. 48 par.156. Komite, dışsal pozitif yükümlülüklerin kapsamını belirsiz bırakmakla da eleştirilmiştir. Bkz. *Wall*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, I.C.J. Reports 2004, para 50; WIESENER / KJELDGAARD-PEDERSEN, s. 153.

¹⁶⁶ GÜRLEYEN / ÖZDAN, s. 574.

dan,¹⁶⁷ çatışmaya taraf olup olmamalarından bağımsız,¹⁶⁸ objektif ve müteka-bilyete dayanmayan bir yükümlülüktür.¹⁶⁹ Bu aynı zamanda bir sonuç değil araç yükümlülüğü niteliğindedir.¹⁷⁰ Her halükârda, gerekli özeni gösterme yükümlülüğünün, olası bir insancıl hukuk ihlalinin belirli bir öngörülebilirlik düzeyinde olduğu durumlarda ortaya çıkacağı açıktır. Yani, uluslararası hukuk bakımından bir olayla ilgili önleme yükümlülüğü, o olay öngörülebilir olduğunda tetiklenecektir.¹⁷¹

Peki o zaman olayın öngörülebilirliği nasıl tespit edilecektir? Burada insancıl hukuku ihlal eden devletin davranışını, riayet etme ve edilmesini sağlama konusunda diğer devletlere öğöreceğimiz yükümlülükle nasıl bağlamak gerekir? Negatif yükümlülükler söz konusu olduğunda, insancıl hukuku ağır biçimde ihlal etme riski olan bir devlete yardım ve destekten kaçınılmadığı anda, yükümlülük ihlal edilmiş sayılacaktır.¹⁷² Ciddi bir riskin varlığıyla tetiklenen bu yükümlülükte, riskin üçüncü devlet tarafından insancıl hukukun ihlaliyle sonuçlanmasından ziyade, riskin farkında olunması ihlali belirleyen en önemli noktadır. Bu konularda verilen en tipik örnek, çatışma taraflarına silah ve askeri teçhizat sağlanmasına ilişkindir.¹⁷³ Buna göre silahlı çatışmanın taraflarına silah ve

¹⁶⁷ HILL-CAWTHORNE, s. 902.

¹⁶⁸ ICJ, *Wall*, I.C.J. Reports 2004, par. 158.

¹⁶⁹ VÖNEKY Silja, "Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law", **The Handbook of International Humanitarian Law**, FLECK Dieter (Editör), 4. Basım, Oxford University Press, New York, 2021, ss. 690-752, s. 693; MILANOVIC, s. 1331.

¹⁷⁰ DÖRMANN/SERRALVO, s. 724. Yazarlar BM kararları dışında alınabilecek hukuka uygun önlemlerin protesto, eleştiri, geri adım atma, askeri olmayan misillemeler ve tanınamama olarak belirtmektedir. Bkz. DÖRMANN/SERRALVO, s. 726-727.

¹⁷¹ DÖRMANN/SERRALVO, ss. 729-730.

¹⁷² MILANOVIC, s. 1325.

¹⁷³ CRAWFORD/PERT, s. 297; TÛTÛNCÛ, s. 163. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Cenevre Sözleşmeleri'ne ilişkin hazırladığı 2016 tarihli şerhte de 2013 Silah Ticareti Andlaşması'ndaki açık kurala gönderme yapılmıştır. HENCKAERTS / ICRC, s. 49 par. 156.

2013 tarihli Silah Ticareti Andlaşması giriş bölümündeki ana ilkelerin 5. paragrafında açıkça, silah transferi kararlarını alanların insancıl hukuka riayet etme ve edilmesini sağlama yükümlülüklerine atıfta bulunmaktadır. ("*Diğerlerinin yanı sıra 1949 Cenevre Sözleşmeleri uyarınca uluslararası insancıl hukuka riayet etmek ve riayet edilmesini sağlamak [...]*") Andlaşma'nın 6. maddesinin 3. fıkrasında da taraf bir devletin, silahların 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, sivillere veya sivil nesnelere yönelik saldırılar veya taraf olduğu uluslararası andlaşmalarda tanımlanan diğer savaş suçlarının işlenmesinde kullanılacağına dair bilgisi olması halinde, konvansiyonel silahların transferine izin vermemesi gerektiği ortaya konulmuştur. (Madde 6/3: "*Bir taraf devlet, madde 2 (1) kapsamındaki konvansiyonel silahların veya madde 3 veya madde 4 kapsamındaki malzemelerin transferine, bu silahların veya malzemelerin soykırım, insanlığa karşı suçlar, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, sivil nesnelere veya bu şekilde korunan sivillere yönelik saldırılar veya taraf olduğu uluslararası*

askeri teçhizat sağlamaktan kaçınmak bir negatif yükümlülüktür. Bu negatif yükümlülük ciddi bir riskin farkındalığıyla tetiklendiğinden,¹⁷⁴ diğer devletlerin silah ve askeri teçhizat sağlamama yükümlülüğü,¹⁷⁵ çatışma tarafı devletin insancıl hukuku ihlal edip etmediğinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Yani buradaki temel nokta, ihlalin gerçekleştiği an değil, ciddi bir riskin farkındalığının ortaya çıktığı andır.¹⁷⁶ İşte bu andan itibaren doğan yükümlülük, *parasal atın* ilkesinin uygulanmaması için göze önüne alınması gereken yükümlülüktür.

Öte yandan bu yükümlülüğü, DSM m.16'da¹⁷⁷ ön görülen yardım etme yükümlülüğünden ayırmak gerekir. Madde 16 uyarınca yardım veya

andlaşmalarda tanımlanan diğer savaş suçlarının işlenmesinde kullanılacağına dair bilgi sahibi olması halinde izin vermeyecektir.)

Andlaşma'nın 7. maddesi de silahların uluslararası insancıl hukukun ağır ihlalinde kullanılacak veya bunu kolaylaştıracak nitelikte ciddi bir riskin varlığı halinde silah ihracatını yasaklamaktadır. (Madde 7: 1. *İhracatın madde 6 kapsamında yasaklanmamış olması halinde, her ihracatçı taraf devlet, madde 2 (1) kapsamındaki konvansiyonel silahların veya madde 3 veya madde 4 kapsamındaki malzemelerin kendi yetkisi altında ve ulusal kontrol sistemi uyarınca ihracatına izin vermeden önce, madde 8 (1) uyarınca ithalatçı devlet tarafından sağlanan bilgiler de dahil olmak üzere ilgili faktörleri dikkate alarak, objektif ve ayrımcı olmayan bir şekilde, konvansiyonel silahların veya malzemelerin ihraç edilme potansiyelini değerlendirecektir: [...] (b) aşağıdaki amaçlarla kullanılabilmesi (i) uluslararası insancıl hukukun ciddi bir ihlalinin gerçekleştirilmesi veya kolaylaştırılması [...] 3. Bu değerlendirmeyi yaptıktan ve mevcut hafifletici önlemleri göz önünde bulundurduktan sonra, ihracatçı taraf devlet 1. paragrafta belirtilen olumsuz sonuçlardan herhangi birinin ağır basan bir risk olduğuna karar verirse, ihracatçı taraf devlet ihracata izin vermeyecektir.[...]*" Bkz. Arms Trade Treaty (adopted 2 April 2013, entered into force 24 December 2014) 3013 UNTS 269.)

Burada da aslında bir özen yükümlülüğüne (*due diligence*) işaret edildiği gözlenebilir.

¹⁷⁴ LONGOBARDO, 2024. (Yazara göre bu durum, üçüncü devletin eyleminde bağımsız olarak, DSM m. 14/1 kapsamında değerlendirilmektedir. ('bir devletin devamlılık arz etmeyen bir eylemi ile uluslararası bir yükümlülüğün ihlali, etkileri devam etse bile, eylemin gerçekleştirildiği anda meydana gelir'))

¹⁷⁵ Silah ticareti konusundaki risk değerlendirmesi için Uluslararası Kızılhaç Komitesi alıcının geçmişte ve mevcut insancıl hukuk sicilini, alıcının ilgili andlaşmalara taraf olmak, ulusal düzeyde kuralları adapte etmek, bunlarla ilgili politika ve uygulamalar geliştirmek gibi resmi taahhütlerini, alıcının silahların kontrolüne ilişkin güvenlik durumlarını, alıcının durumunu değerlendirmek üzere kullanılacak bilgi kaynaklarını içeren çeşitli göstergeler önermiştir. ICRC, **Arms Transfer Decisions Applying International Humanitarian Law And International Human Rights Law Criteria- A Practical Guide**, 2. Basım, Cenevre, 2016, <https://www.icrc.org/en/publication/0916-arms-transfer-decisions-applying-international-humanitarian-law-criteria> (Erişim Tarihi: 27 Eylül 2024), s.14-21. BM İnsan Hakları Konseyi de, devletin insancıl hukuka ilişkin sicilini ciddi riskin varlığı için bir ispat aracı olarak değerlendirmektedir. United Nations Human Rights Council, 'Detailed Findings of the Group of Eminent International and Regional Experts on Yemen' (29 Eylül 2020) A/HRC/45/CRP.7, par. 413.

¹⁷⁶ LONGOBARDO, 2024. Aksi görüş için bkz. MILANOVIC, s. 1338.

¹⁷⁷ Madde 16: *Başka bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunmasına yardım eden ya da destek olan bir devlet, aşağıdaki hallerde bu eylemden uluslararası düzeyde sorumludur:*

destek, ancak yardım eden devletin davranışı hukuka aykırı kılan koşulları bilmesi ve ihlali kolaylaştırmak amacıyla bu tür bir davranışta bulunmaya karar vermesi halinde hukuka aykırıdır.¹⁷⁸ Yani burada ikincil bir yükümlülük söz konusudur.¹⁷⁹ Cenevre Sözleşmeleri'ne riayet edilmesini sağlama yükümlülüğü ise, yardım veya destekteki devlet sorumluluğuna ilişkin ikincil kurallardan daha kapsamlı,¹⁸⁰ bağımsız ve birincil niteliktedir.¹⁸¹

Dörmann/Serralvo DSM, m.16 uyarınca ortaya çıkan yükümlülük ile Cenevre Sözleşmeleri ortak 1. maddenin öngördüğü yükümlülük arasındaki ayrımı, ihlali bilmek ile ihlal ihtimaline ilişkin risk değerlendirmesi yapmak şeklinde belirlemişlerdir.¹⁸² Yazarların benimsediği yöntem *Nikaragua v. Almanya* davasına uygulanması şöyle bir sonuç çıkaracaktır: Almanya, DSM m.16 bakımından ancak, Filistin'e yönelik insancıl hukuk ihlalleri için veya bunu kolaylaştırmak amacıyla kullanılacağını *bilerek* İsrail'e silah satarsa, uluslararası sorumluluk altına girecektir. Ancak bu durumda Almanya'nın sorumluluğu, İsrail'in sorumluluğunun tespitine bağlıdır; yani ancak İsrail'in insancıl hukuku ağır biçimde ihlal ettiği kanıtlandığında Almanya'nın uluslararası sorumluluğu bulunacaktır. Ortak 1. maddeden kaynaklanan yüküm-

(a) söz konusu devletin bunu uluslararası hukuka aykırı eylemin koşulları hakkında bilgi sahibi olarak yapması; ve

(b) eylemin söz konusu devlet tarafından işlenmesi halinde uluslararası hukuka aykırı olması.

Maddenin kapsamı hakkında bilgi için bkz. CRAWFORD James, **State Responsibility: The General Part**, 1. Basım, Cambridge University Press, New York, 2013, ss. 395-412; ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2024, ss. 150-151; UZUN Elif, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2021, ss. 103-104.

¹⁷⁸ DÖRMANN/SERRALVO, s. 734; MILANOVIC, s. 1330. (Yazara göre bu anda devletin yapacağı yardım, ihlalin tespiti halinde sorumluluğunu doğuracaktır ve bu, o devletin aldığı hukuki bir risk olarak ele alınmaktadır. Bkz. MILANOVIC, s. 1338)

¹⁷⁹ UZUN, bunu kısmi/sınırlı bir sorumluluk olarak ifade etmektedir. Bkz. UZUN, ss.103-104

¹⁸⁰ HILL-CAWTHORNE, s.907; MILANOVIC, s. 1328. Burada yaptığımız açıklamalar, Soykırım Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerde de geçerlidir.

¹⁸¹ HATHAWAY et al., s. 576. (Yazarlar devlet dışı aktörlerle ilgili yaptıkları saptamada, bunların eylemleri devletin sorumluluğuna ilişkin isnat eşliğini aşamasa bile ortak 1. madde yükümlülüğünün ayrı bir sorumluluk yaratacağını dile getirmektedirler.)

¹⁸² Yazarlar durumu şu şekilde örneklendirmiştir: C Devleti, A Devleti'ne silah satarsa ve bunların A'nın silahlı bir çatışmada olduğu B Devleti'ne karşı insancıl hukukun ihlalinde veya bunu kolaylaştırmak amacıyla kullanılacağını biliyorsa, DSM m.16 çerçevesinde uluslararası sorumluluk altına girecektir. Buna karşılık Cenevre Sözleşmeleri ortak 1. maddeden yükümlülük gereğince C'nin silahların A tarafından B'ye karşı insancıl hukuku ihlal etmek için kullanıp kullanmayacağını değerlendirmesi ve bu şekilde kullanılacaklarına dair önemli veya ciddi bir risk varsa silahları transfer etmekten kaçınmasını gerekecektir. DÖRMANN/SERRALVO, s. 734. Benzer bir örnek için bkz. MILANOVIC, s. 1334-1335.

lülükte ise Almanya, İsrail'in silahları uluslararası insancıl hukuku ihlal etmek için kullanıp kullanmayacağını değerlendirmeli ve buna ilişkin *önemli veya ciddi bir risk* ihtimalinde silahları transfer etmekten kaçınmalıdır. İsrail'in uluslararası insancıl hukuku ihlal edip etmediğinden bağımsız olan bu birincil yükümlülük başlı başına Almanya'nın eylemlerine ilişkindir. Bu yolla Almanya'nın yükümlülüğü müstakil biçimde ele alınabilecektir.

Silahlı çatışma içindeki İsrail'in insancıl hukuku ihlal edebilme ihtimalinin herhangi bir çatışma içinde bulunmayan örneğin Singapur'dan daha ciddi bir risk oluşturduğu söylenebilir. Buradaki özen yükümlülüğü, çatışmanın varlığı ve çatışma taraflarının durumu ile orantılı biçimde değerlendirilmelidir. *İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları* ve yakın zamanda verdiği *İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarındaki Politika ve Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuki Sonuçlar* davanın görüşlerin UAD tüm devletlerin İsrail'in uluslararası insancıl hukuka riayet etmesini sağlama yükümlülüğüne dikkat çekerken aslında İsrail'in uluslararası insancıl hukuk ihlallerini de kabul etmiş gözükmektedir.¹⁸³ Bu açıdan bakıldığında, insancıl hukukun ağır ihlalleri bağlamında İsrail'in eylemlerinin sorgulanması gerektiğine dayanarak *parasal altın* ilkesinin uygulanması yersiz olacaktır.

SONUÇ

Parasal altın ilkesi, Divan'ın önüne gelen bir uyuşmazlığın vazgeçilmez tarafı olan ve yargı yetkisini kabul etmemiş üçüncü devletlerin haklarını korumak amacıyla geliştirilmiş bir ilkedir. Bu ilkenin iki temel durumu yansıttığı söylenebilir. Bunlardan ilki, ilkenin yetkinin varlığıyla değil, yetkinin kullanılmasıyla ilgili olduğudur. Diğer ise davanın kilit noktasının üçüncü bir devletin eylem ve işlemlerinin değerlendirilmesini teşkil etmesidir. Buna göre, davanın üçüncü devletleri ilgilendirecek unsurlar içermesi yeterli değildir; o üçüncü devletlerle ilgili karar verilmesi ve verilecek bu kararın davaya doğrudan yön vermesi gerekir. Dolayısıyla ilkenin uygulanması bakımından üçüncü devletlerin hak ve menfaatlerinin, davanın sonucundan etkilenmesi ile davanın doğrudan konusunu oluşturması arasında bir kademeleme yapıldığı söylenebilir. Bu durumda Divan üçüncü devletlerin dava ile ilgili menfaatlerinin türü, niteliği veya önemine değil verilecek kararın

¹⁸³ ICJ, *Wall*, I.C.J. Reports 2004 par. 158; ICJ, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory*, s. 79.

üçüncü devlet bakımından etki ve sonucunun ne olacağına göre ilkeyi uygulayacaktır.

Nikaragua'nın açtığı davada Divan, İsrail'in konumunu 'karardan etkilenebilecek üçüncü devlet'in ötesine taşırsa, *Parasal Altın ve Doğu Timor* davalarındaki içtihadını takip etmiş olacak ve yargı yetkisini kullanmayı reddedecektir. Eğer Divan İsrail'i, yukarıda incelediğimiz diğer davalarda, özellikle *Nauru'daki Belli Fosfat Alanları* davasındaki gibi, 'karardan etkilenebilecek üçüncü devlet' konumunda bırakırsa davaya devam edebilecektir. Öte yandan Divan, Soykırım Sözleşmesi'nin IX. maddesindeki yetki klozunu esas alarak İsrail'in rızasının var olduğu kanaatine varabilir. Bu halde *3 Ekim 1899 tarihli Hakem Kararı* davasındaki yorumunu, belki biraz da genişleterek, benimsemiş olacak ve *parasal altın* ilkesini bir yana bırakarak davaya 'devam' diyecektir. Böylelikle de yükümlülüklerin birbirinden bağımsız biçimde mevcut olup olmadığını incelemesine gerek kalmayacaktır. Aksi halde Divan'ın, Almanya'nın İsrail'den ayrı biçimde yükümlülüklerinin bulunduğunu ortaya koyması gerekmektedir.

Kanaatimizce Divan'ın İsrail'in eylemlerinin soykırım ve insancıl hukukun ağır ihlalini teşkil ettiğini saptamasına ihtiyacı yoktur. Çünkü Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Cenevre Sözleşmeleri ortak 1. madde devletlere birincil yükümlülükler getirmektedir. Bu, *parasal altın* ilkesini bir yana bırakmak ve Almanya'nın eylemlerini İsrail'den ayrı biçimde değerlendirebilmek için yeterli görülmelidir. Ayrıca Divan'ın Güney Afrika'nın İsrail'e karşı açtığı davada geçici tedbirler aşamasında soykırım iddialarını makul bulması da¹⁸⁴ söz konusu risk değerlendirmesi bakımından önemli bir veri sağlamaktadır. Nitekim soykırımın varlığının değil soykırım riskinin varlığı ile devletlerin yükümlülükleri ortaya çıktığından, İsrail'i davanın odağına alacak bir yorum yapılmasına gerek kalmamaktadır. İnsancıl hukuk yükümlülükleri bakımından benzer bir sonuç, verdiği son danışma görüşünde Divan'ın Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf tüm devletlerin, İsrail'in uluslararası insancıl hukuka uymasını sağlama yükümlülüklerini açıkça vurgulamasından çıkarılabilir.¹⁸⁵

¹⁸⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, 26 January 2024, I.C.J. 2023, par. 54.

¹⁸⁵ ICJ, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory*, I.C.J. 2024, par. 279.

Sonuç olarak, devletlerin soykırımı önleme yükümlülüğü ile insancıl hukukun ihlalinin önlenmesi (dış) yükümlülüğünün geniş yorumlanması gerektiği ve mümkün olan her türlü yasal aracı kullanarak soykırımı engellemeye çalışmalarının önemi vurgulanmalıdır. *Nikaragua v. Almanya* davası, üçüncü devletlerin soykırımı ve insancıl hukukun ihlalinin önleme yükümlülüğünün kapsamını genişletme potansiyeline sahiptir. Bu noktada Ben-Naftali'nin şu ifadesi, UAD'nin konuyla ilgili pozisyonunu daha da açık hale getirmektedir:

“Soykırım Sözleşmesi imzalandığında, madde I'deki ‘önleme yükümlülüğü’ ahlaki açıdan hamile ancak normatif açıdan boş bir kavramdı. Ancak boş bir kavram boş bir fikirle karıştırılmamalıdır: aksine, bir potansiyele işaret eder ve yaratıcı bir gelişim için davetiye çıkarır.”¹⁸⁶

Dolayısıyla bu davada *parasal altın* ilkesi uygulanmayarak davaya devam edilmesi, İkinci Dünya Savaşı'ndan beri uluslararası hukuktaki soykırımı ve insancıl hukukun ihlallerini önlemeye yönelik çabalar bakımından da muazzam bir fırsat olarak görülmelidir. Divan'ın üçüncü devletlerin rızalarına ve esaslı menfaatlerine atfettiği değer, uluslararası hukukun evrensel menfaatler doğrultusunda gelişiminin önüne geçmemelidir.

¹⁸⁶ BEN-NAFTALI, s. 33.

KAYNAKÇA

Kitaplar/Kitap Bölümleri ve Makaleler

- ANDRIAN Dylan Jesse, “Corroded Monetary Gold: Impurities in the 2023 Arbitral Award Judgment”, **Opinio Juris**, <http://opiniojuris.org/2023/06/19/corroded-monetary-gold-impurities-in-the-2023-arbitral-award-judgment/>, (Erişim Tarihi: 19 Eylül 2024).
- ANDRIAN Dylan Jesse, “Corroded Monetary Gold (Part II): A Nicaragua-Germany-Israel Boogaloo”, **Opinio Juris**, <http://opiniojuris.org/2024/06/10/corroded-monetary-gold-a-nicaragua-germany-israel-boogaloo/> (Erişim Tarihi: 19 Eylül 2024).
- ARGENT Pierre D’, “The Monetary Gold Principle: A Matter of Submissions”, **AJIL Unbound**, C. 115, 2021, ss. 149-153.
- BECKER Michael A, “Nicaragua Comes Up Empty”, **Verfassungsblog**, <https://verfassungsblog.de/nicaragua-comes-up-empty/> (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024).
- BEN-NAFTALI Orna, “The Obligations to Prevent and to Punish Genocide”, **The UN Genocide Convention**, (Editör) Paola Gaeta, 1. Basım, Oxford University Press, New York, 2009, ss. 27-57.
- BONAFÉ Beatrice I., “Adjudicative Bilateralism and Community Interests”, **AJIL Unbound**, C. 115, 2021, ss. 164-169
- BONAFÉ Beatrice I., “Indispensable Party”, **The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**, 2018, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1638.013.1638/law-mpeipro-e1638>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024).
- BRANT Leonardo Nemer Caldeira, “Finality of Judgments: International Court of Justice (ICJ)”, **The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**, 2023, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1566.013.1566/law-mpeipro-e1566?rskey=ILYFsr&result=1&prd=OPIL>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024).
- CRAWFORD Emily / PERT Alison, **International Humanitarian Law**, 3. Basım, Cambridge University Press, New York, 2024.
- CRAWFORD James, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v United States of America)”, **The Max Planck Encyclopedia of International Law**, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e170?rskey=Z4X14j&result=1&prd=OPIL>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024).
- CRAWFORD James, **State Responsibility: The General Part**, 1. Basım, Cambridge University Press, New York, 2013
- DÖRMANN Knut / SERRALVO Jose, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations”, **International Review of the Red Cross**, C. 96, S. 895-896, 2014, ss. 707-736.
- DÜLGER Kenan, **Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, 1. Basım, Beta Basım, İstanbul, 2015.
- ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2024

- FOCARELLI Carlo, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, C. 21, S. 1, 2010, ss. 125-71.
- FORLATI Serena, “The Legal Obligation to Prevent Genocide: Bosnia v Serbia and Beyond”, *Polish Yearbook of International Law*, S. 31, 2011, ss. 189-205.
- GATTINI Andrea, “Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ’s Genocide Judgment”, *European Journal of International Law*, C. 18, S. 4, 2007, ss. 695-713.
- GEISS Robin, “The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions”, *The 1949 Geneva Conventions*, CLAPHAM Andrew, GAETA Paola, SASSOLI Marco (Editörler), Oxford University Press, 2015, ss. 111-134.
- GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Uluslararası Adalet Divanı’nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi”, *TBB Dergisi*, C. 117, 2015, ss. 379-418.
- GÜRLEYEN Beyza / ÖZDAN Selman, “Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayetın Sağlanmasında Uluslararası Mekanizmalar”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, 2022, ss. 568-595.
- HATHAWAY Oona A., CHERTOFF Emily, DOMÍNGUEZ Lara, MANFREDI Zachary, TZENG Peter, “Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors”, *Texas Law Review*, C. 95, 2017, ss. 539-90.
- HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, ALVERMANN Carolin, vd., *Customary International Humanitarian Law 1: Rules*, 1. Basım, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005.
- HENCKAERTS Jean-Marie / International Committee of the Red Cross (ICRC), “Respect for the Convention”, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Commentaries on the 1949 Geneva Conventions*, 1. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, ss. 35-67.
- HILL-CAWTHORNE Lawrence, “Common Article 1 of the Geneva Conventions and the Method of Treaty Interpretation”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 72, S. 4, 2023, ss. 869-908.
- ICRC, *Arms Transfer Decisions Applying International Humanitarian Law And International Human Rights Law Criteria- A Practical Guide*, 2. Basım, Cenevre, 2016, <https://www.icrc.org/en/publication/0916-arms-transfer-decisions-applying-international-humanitarian-law-criteria> (Erişim Tarihi: 27 Eylül 2024)
- LANOVOY Vladyslav, *Complicity and its limits in the law of international responsibility*, 1. Basım Hart Publishing, Oxford ; Portland, Oregon, 2016.
- LONGOBARDO Marco, “Alleged Violations of the Duty to Ensure Respect for IHL and the Monetary Gold Principle”, *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/alleged-violations-of-the-duty-to-ensure-respect-for-ihl-and-the-monetary-gold-principle/>, (Erişim Tarihi: 25 Eylül 2024).
- MCINTYRE Juliette, “Rules Are Rules: Reconceiving Monetary Gold as a Rule of Procedure”, *AJIL Unbound*, C. 115, 2021, ss. 144-48.

- MILANOVIC Marko, "Intelligence Sharing in Multinational Military Operations and Complicity under International Law", **International Law Studies**, C. 97, 2021, ss. 1296-1403.
- MIMRAN Tal, Israel - Hamas 2024 Symposium - Reflections on the Invocation of Common Article 1, <https://lieber.westpoint.edu/reflections-invocation-common-article-1/> (Erişim Tarihi: 26 Eylül 2024).
- MOLLENGARDEN Zachary / ZAMIR Noam, "The Monetary Gold Principle: Back to Basics", **American Journal of International Law**, C. 115, S. 1, 2021, ss. 41-77.
- MONTAL Florencia, "Does Consent Engender Compliance? Insights from Empirical Research on International Tribunals", **AJIL Unbound**, C. 115, 2021, ss. 160-163.
- ORAKHELASHVILI Alexander, "The Competence of the International Court of Justice and the Doctrine of the Indispensable Party: From Monetary Gold to East Timor and Beyond", **Journal of International Dispute Settlement**, C. 2, S. 2, 2011, ss. 373-392.
- PALCHETTI Paolo, "State Responsibility for Complicity in Genocide", **The UN Genocide Convention**, Paola Gaeta (Editör), 1. Basım, Oxford University Press, New York, 2009, ss. 381-394.
- PAPARINSKIS Martins, "Revisiting the Indispensable Third Party Principle", **Rivista di Diritto Internazionale**, C. 1, 2020, ss. 49-84.
- PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, 4. Basım., Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- POMSON Ori, "Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally?", **Journal of International Dispute Settlement**, C. 10, S. 1, 2019, ss. 88-125.
- QI Xu, "Reviving the Monetary Gold Principle? A Case Note on the Judgment of Preliminary Objections in the Mauritius/Maldives Case", **Ocean Development & International Law**, C. 54, S. 1, 2023, ss. 1-25.
- QUIGLEY John B., "Nicaragua's Suit against Germany May Be Good as Gold (Part I)", **Völkerrechtsblog**, <https://voelkerrechtsblog.org/nicaraguas-suit-against-germany-may-be-good-as-gold-part-i/> (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024).
- QUIGLEY John B., "Nicaragua's Suit against Germany May Be Good as Gold (Part II)", **Völkerrechtsblog**, <https://voelkerrechtsblog.org/nicaraguas-suit-against-germany-may-be-good-as-gold-part-ii/> (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024).
- ROB Paulina / ABKEN Fiona "A Complex Relationship: The Interplay Between the Monetary Gold Principle and the Genocide Convention in Nicaragua v. Germany" **Völkerrechtsblog**, <https://voelkerrechtsblog.org/de/a-complex-relationship/#>, (Erişim Tarihi: 24 Ekim 2024).
- ROBSON Verity, "The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions", **Journal of Conflict and Security Law**, C. 25, S. 1, 2020, ss. 101-115.
- ROSENNE Shabtai, **The Law and Practice of the International Court, 1920-2005 (4 Vols)**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2006.

- SASSÒLI Marco, “State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law”, **International Review of the Red Cross**, C. 84, S. 846, 2002, ss. 401-34.
- SAUNDERS Imogen, Interventions and Inadmissibility: Nicaragua v Germany, the Monetary Gold principle and the Genocide Convention at the International Court of Justice, <https://law.anu.edu.au/interventions-and-inadmissibility-nicaragua-v-germany-monetary-gold-principle-and-genocide> (Erişim Tarihi: 17 Eylül 2024).
- SCHMITT Michael / WATTS Sean, “Common Article 1 and the Duty to ‘Ensure Respect’”, **International Law Studies**, C. 96, S. 1, 2020, ss. 674-706.
- SCHRIJVER Nico, “Certain Phosphate Lands in Nauru Case (Nauru v Australia)”, **The Max Planck Encyclopedia of International Law**, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e110>, (Erişim Tarihi: 09 Eylül 2024).
- TAMS Christian J. / BERSTER Lars / SCHIFFBAUER Björn, **The Genocide Convention: Article-by-Article Commentary**, 2. Basım, Beck, München, 2024.
- THIENEL Tobias, **Drittstaaten und die Jurisdiktion des Internationalen Gerichtshofs: die Monetary Gold-Doktrin**, 1. Basım, Duncker & Humblot, Berlin, 2016.
- TRIVEDI Abhishek, “Monetary Gold Principle and the Case of Nicaragua v. Germany”, **Chinese Journal of International Law**, C. 23, S. 2, 2024, ss. 387-397.
- TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 4. Basım, Beta, İstanbul, 2019.
- UZUN Elif, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2021
- van den HERIK, Larissa / IRVING Emma, “Due Diligence and the Obligation to Prevent Genocide and Crimes Against Humanity”, **Due Diligence in the International Legal Order** KRIEGER Heike / PETERS Anne / KREUZER Leonhard (Editörler), Oxford University Press, New York, 2020, 200-216.
- VÖNEKY Silja, “Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law”, **The Handbook of International Humanitarian Law**, FLECK Dieter (Editör), 4. Basım, Oxford University Press, New York, 2021, ss. 690-752.
- WIESENER Cornelius / KJELDGAARD-PEDERSEN Astrid, “Ensuring Respect by Partners: Revisiting the Debate on Common Article 1”, **Journal of Conflict and Security Law**, C. 27, S. 2, 2022, ss. 135-157.
- ZANGENEH Parisa, “The ICJ’s Insufficient Engagement with Germany’s Interpretation of the External Dimension of Common Article 1 in the Nicaragua v Germany Proceedings”, **Opinio Juris**, <https://opiniojuris.org/2024/09/25/the-icjs-insufficient-engagement-with-germanys-interpretation-of-the-external-dimension-of-common-article-1-in-the-nicaragua-v-germany-proceedings/> (Erişim Tarihi: 26 Eylül 2024).
- ZIMMERMANN Andreas, “The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect?”, **From Bilateralism to Community Interest**, (Editör) Ulrich Fastenrath vd., 1. Basım, Oxford University Press, 2011, ss. 629-646.
- ZWANENBURG Marten, “The ‘External Element’ of the Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions: A Matter of Treaty Interpretation”, **International Law Studies**, C. 97, S. 1, 2021, ss. 621-651.

Uluslararası Belgeler

- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (yayıma hazırlayanlar BATUR YAMANER Melike/ ÖKTEM Emre / KURTDARCAN Bleda R. /UZUN Mehmet, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:42, 2008.
- Arms Trade Treaty (adopted 2 April 2013, entered into force 24 December 2014) 3013 UNTS 269.
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277. (1948).
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 31.
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85.
- Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287.
- Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 135.
- ILC, "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries", Yearbook of the International Law Commission V.II/2, United Nations, 2001.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 609.
- Rules of the Court (1978), <https://www.icj-cij.org/rules> (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2024).
- United Nations Security Council, Resolution on the East Timor question, S/RES/384, 22.12.1975.
- State of Palestine | International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/palestine> (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Statement to Accompany Publication of the Agreement between the Governments of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America for the Submission to an Arbitrator of Certain Claims with Respect to Gold Looted by the Germans from Rome in 1943.
- Statute of the International Court of Justice Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, XV UNCIO 355 (1946).
- United Nations Human Rights Council, 'Detailed Findings of the Group of Eminent International and Regional Experts on Yemen' (29 Eylül2020) A/HRC/45/CRP.7

United States, France, United Kingdom, Netherlands, Belgium, Yugoslavia, Luxembourg: Final Final Act and Annex of the Paris Conference on Reparation: January 14, 1946, **American Journal of International Law**, C. 40, S. S4, 1946, ss. 117-134.

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

Mahkeme Kararları

ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Admissibility of the Declarations of Intervention, Order, 5 June 2023, I.C.J. Reports 2023.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Application Instituting Proceedings, 1 March 2024, I.C.J. 2024.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Verbatim Record CR 2024/15, 8 April 2024.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Verbatim Record CR 2024/16, 9 April 2024.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Application Instituting Proceedings and Request for the Indication of Provisional Measures, 1 March 2024, I.C.J. 2024.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, 30 April 2024, I.C.J. 2024.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Al-Khasawneh, 30 April 2024, I.C.J. 2024.

ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v Germany)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, Separate Opinion of Vice-President Sebutinde, 30 April 2024, I.C.J. 2024.

ICJ, *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, 15 December 1989, I.C.J. Reports 1989.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, Order, 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, Order, Separate Opinion of Judge Ad Hoc Lauterpacht, 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993.

- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, I.C.J. Reports 2007.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, 18 November 2008, I.C.J. Reports 2008.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, 3 February 2015, I.C.J. Reports 2015.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v Myanmar)*, Admissibility of the Declarations of Intervention, Order, 3 July 2024 I.C.J. 2019.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua, 23 January 2024, I.C.J. 2023.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application Instituting Proceedings and Request for the Indication of Provisional Measures, 29 December 2023, I.C.J. 2023.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, 26 January 2024, I.C.J. 2023.
- ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, Preliminary Objection, Judgment, 6 April 2023, I.C.J. Reports 2023.
- ICJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, Preliminary Objection, Judgment, Declaration of Judge Ad Hoc Wolfrum, 6 April 2023, I.C.J. Reports 2023.
- ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, I.C.J. Reports 2005.
- ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, 26 June 1992, I.C.J. Reports 1992. ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Order, 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993.
- ICJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application to Intervene, Judgment, 21 March 1984, I.C.J. Reports 1984.
- ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment, 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949.
- ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995.
- ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995.
- ICJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, 11 September 1992, I.C.J. Reports 1990.
- ICJ, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024.
- ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004.

- ICJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, 25 February 2019, I.C.J. Reports 2019.
- ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 26 November 1984, I.C.J. Reports 1984.
- ICJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, (Preliminary Question), Judgment, 15 June 1954, I.C.J. Reports 1954.
- ICJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)*, Verbatim Record, 10 May- 14 and 15 June 1953.
- ICJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, 6 November 2003, I.C.J. Reports 2003.
- ICJ, *The Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment, 22 December 1986, I.C.J. Reports 1986.
- ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion, 16 October 1975, I.C.J. Reports 1975.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SAVCILIK TEŞKİLATININ FİLİSTİN SORUŞTURMASINDA TUTUKLAMA TALEBİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Elif GÖKŞEN^(**)

Öz: Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 2021'de beri Filistin üzerinde soruşturması devam etmektedir. Ancak 7 Ekim 2023 tarihinde gerçekleşen HAMAS saldırısı İsrail-Filistin çatışması kapsamında yaşananlar sonucunda 20 Mayıs 2024 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Teşkilatı bazı HAMAS yetkilileri ve İsrail devlet başkanı ile savunma bakanı hakkında insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları işlediklerine dair makul gerekçeler olması sebebiyle tutuklama talebinde bulunmuştur.

Bu makale Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Savcılık Teşkilatının tutuklama talebi kapsamında Mahkeme'nin Filistin üzerindeki yargı yetkisi ve potansiyel davaların kabul edilebilirlik şartlarını incelemekte, Roma Statüsü kapsamında tartışılan suçları ve bireysel ceza sorumluluğunu değerlendirmektedir. Bu makale adil yargılanma ilkesi dahilinde soruşturmanın ve tutuklama talebinin mevcut içeriğinin genişletilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Gazze, Filistin, İsrail, Uluslararası Suçlar, Tutuklama Talebi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 16.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 30.09.2024.

^(**) Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: elif.goksen@bilkent.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0000-6103-0842>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT OFFICE OF THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR ARREST WARRANT IN PALESTINE INVESTIGATION

Abstract: Since 2021, the International Criminal Court (ICC) has been conducting an investigation regarding Palestine. However, following the HAMAS attack on October 7, 2023, and the subsequent events in the context of the Israel-Palestine conflict, on May 20, 2024, the ICC Prosecutor's Office issued arrest warrants for certain HAMAS officials, the President of Israel, and the Israeli Minister of Defense on reasonable grounds of having committed crimes against humanity and war crimes.

This article examines the ICC's jurisdiction over Palestine and the admissibility criteria for potential cases within the context of the Prosecutor's arrest warrants. It also evaluates the crimes discussed under the Rome Statute and individual criminal responsibility. The article argues that, in accordance with the fair trial principle, the investigation and the current content of the application for the arrest warrant should be expanded.

Keywords: International Criminal Court, Gaza, Israel, Palestine, International Crimes, Application for Arrest Warrant.

GİRİŞ

İsrail ve Filistin arasındaki çatışma uzun yıllardır uluslararası hukuk çalışmalarının gündeminde olmuştur. Ancak özellikle 7 Ekim 2023 tarihinde HAMAS'ın İsrail'de gerçekleştirdiği saldırı ve akabinde İsrail'in askerî harekâtı ile başlayan süreç İsrail-Filistin çatışmasının boyutunu değiştirmiştir. Yaşanan gelişmelerle birlikte uluslararası ceza hukukunun görevi ve uluslararası ceza adaleti tartışılır hale gelmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) 2021 yılından beri Filistin durumu üzerine soruşturması devam etmektedir. Son dönemdeki gelişmelerle birlikte 20 Mayıs 2024'de Mahkeme'nin Savcılık Teşkilatı bazı HAMAS yetkilileri ve İsrail devlet başkanı ile savunma bakanı hakkında insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını işlediklerine dair makul gerekçeler olması sebebiyle tutuklama talebinde bulunmuştur.¹ Bu çalışma tutuklama talebini merkeze alarak Filistin soruşturmasında sırasıyla UCM'nin yargı yetkisini, kabul edilebilirlik şartlarını, Roma Statüsü kapsamında tartışılan ve tutuklama talebine konu olan suçları ve bireysel ceza sorumluluğunu incelemektedir.

Yapılan değerlendirmeler sonucunda, bu çalışmanın ulaştığı temel görüş, UCM'nin tutuklama talebinin ve Filistin soruşturmasının, soruşturma aşamasında kullanılan ispat standardı göz önünde bulundurularak genişletilmesi yönündedir. Tutuklama talebi, makul gerekçelerin varlığı sebebiyle soykırım suçunun eklenmesi; zaten talepte yer alan savaş suçları ve insanlığa karşı suçların ise işkence ve cinsel saldırı fiillerinin de dahil edilmesiyle genişletilmelidir. Bu görüş doğrultusunda öncelikle UCM'nin usulüne ve tartışılan suçlara ilişkin genel bilgiler aktarılıp ardından her bir alt başlık için Filistin soruşturması ve tutuklama talebi değerlendirilecektir. UCM Savcılık Teşkilatı'nın hukuki savın kuvvetli olduğu noktalarda oluşabilecek potansiyel davaları geliştirme çabası dava seçimlerinin önceliklendirilmesi açısından anlaşılabilir bir yaklaşımdır. Ancak UCM'nin farklı süreçleri için belirlenen farklı ispat eşikleri kapsamında, hukuki nitelendirmenin doğru yapılmaması adil yargılanma ilkesi dahilinde beklenen uluslararası ceza adaletini getirmeyecektir.²

¹ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

² Adil yargılanma ilkesi uluslararası ceza hukuku için oldukça önemli bir ilkedir. Bu ilke dahilinde suçların ve vakaların doğru tahliline dayanan adil etiketlendirme prensibi de yer almaktadır. Adil etiketlendirme prensibi (*fair labelling*) İngiliz Ceza Hukukçusu Andrew Ashworth

I. UCM'NİN FİLİSTİN SORUŞTURMASINDA YARGI YETKİSİ

A. UCM'nin Yargı Yetkisine İlişkin Genel Açıklamalar

UCM günümüzde faaliyetlerini Lahey, Hollanda'da sürdüren ve daimi olan bir uluslararası ceza mahkemesidir. Ancak Mahkeme sınırlı yargı yetkisi³ ve kabul edilebilirlik şartlarıyla donatılmış, uluslararası ceza adaletinin öncelikle ulusal makamlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi istenmiştir. Bu kapsamda UCM'nin kurucu metni olan Roma Statüsü, temelde mülkiyet ve kişisel hakları üzerine kurulmuş⁴ toplamda dört tür yargı yetkisi tanımaktadır. Mahkeme'nin yargı yetkisi konu, yer, kişi ve zaman olarak sınırlandırılmıştır.

Öncelikle, Mahkeme'nin konu itibarıyla sadece çekirdek suçlar olarak adlandırılan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçuna dair yargı yetkisi (*ratione materiae*) vardır. Roma Statüsü'nün 5. maddesine göre mahkeme bu sayılan suçlar dışında bir suç üzerinde yargı yetkisini kullanamaz.⁵ Mahkeme yargı yetkisini kuruluş tarihi olan 1 Temmuz 2002'den sonra gerçekleşen olaylar için kullanabilir (*ratione temporis*).⁶ Mahkeme

tarafından geliştirilmiş bir görüştür. Bu prensip temelinde suçların doğasının ve ihlalin büyüklüğünün adil bir şekilde yansıtılmasına dayanmaktadır. Ashworth orijinal ifadesiyle şöyle açıklamaktadır: “*Its concern is to see that widely felt distinctions between kinds of offences and degrees of wrongdoing are respected and signalled by the law, and that offences are subdivided and labelled so as to represent fairly the nature and magnitude of the law-breaking*” Bkz. ASHWORTH Andrew, **Principles of Criminal Law**, 6. Bası, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 78. Ancak bu ilkenin uluslararası ceza hukuku bağlamında uygulaması tartışmalıdır. Bkz. DIAS DE SOUZA, Talita, “Recharacterisation of Crimes and the Principle of Fair Labelling in International Criminal Law” **International Criminal Law Review**, Cilt 18, Sayı 5, 2018, ss. 788-821. s. 792.

³ CRYER Robert / ROBINSON Darryl / VASILIEV Sergey, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 4. Bası. Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 148.

⁴ CRYER ve diğ., s.149.

⁵ Roma Statüsü m. 5: “1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü'ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir: (a) Soykırım suçu; (b) İnsanlığa karşı suçlar; (c) Savaş suçları; (d) Saldırı suçu. 2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkeme'nin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra yerine getirir. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.” Roma Statüsü'nün resmi olmayan çevirisi için bkz. AYDIN Devrim (gözden geçiren), **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, 1. Bası, Ankara 2006, s. 3 (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁶ Roma Statüsü m. 11: “1. Mahkeme, bu Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. 2. Eğer bir Devlet, Statü yürürlüğe girdikten sonra bu Statü'ye taraf olursa; 3. paragrafına göre devlet tarafından bir bildirimde bulunulmadıkça, Mahkeme o devlet için yargı yetkisini sadece Statü'ye taraf olduktan sonra işlenen suçlar için kullanabilir.” Bkz. AYDIN, s.10.

kuruluşundan önce gerçekleşen olaylar için yargı yetkisini kullanamaz. Üye devletler ise üye oldukları tarih itibarıyla Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmiş olacaklardır. Ancak bir üye devlet geriye dönük, Mahkeme'nin kuruluş tarihi ile üye olunan tarih arasındaki zaman için de Mahkeme'nin yetkisini tanıyabilir.⁷

Yukarıda açıklanan mülkiyet ve kişisel ilkeleri çerçevesinde, Mahkeme üye devletlerin vatandaşlarının işlediği suçlar üzerinde yargı yetkisini (*ratione personae*) kullanabilir.⁸ Roma Statüsü m. 12/2(b) kapsamında ifade edildiği üzere, bu durum üye devlet vatandaşlarının üye olmayan devletlerde işledikleri suçlar açısından da soruşturma ve kovuşturmayaya tabii olabilecekleri anlamına gelmektedir.⁹ Son olarak ise devletlerin kendi kararlarıyla dahil oldukları Roma Statüsü sistemi kapsamında Mahkeme yer yönünden yargı yetkisini üye devletlerin topraklarında kullanabilir. Failin üye devlet vatandaşı olmadığı durumlarda dahi, suçun üye devletin sınırları içinde gerçekleşmesi sebebiyle üye olmayan devletlerin vatandaşları UCM tarafından yargılanabilecektir.¹⁰

Yargı yetkisinin kullanılması ise Roma Statüsü m. 13'de düzenlenmiştir. Bu durum UCM'nin yargı yetkisine giren bir durumun Mahkeme'ye intikal etmesi olarak da ifade edilmektedir.¹¹ Roma Statüsü'nde açıklandığı

⁷ CRYER ve diğ., s.150.

⁸ Roma Statüsü m. 12: "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 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 bildiri ile suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır." Bkz. AYDIN, s. 10.

⁹ GÖKŞEN Elif. **Uluslararası Ceza Hukukunda Bireysel Ceza Sorumluluğu**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 121. Bu konuda UCM'nin Irak/Birleşik Krallık durumu hakkında yayınladığı son raporda, Irak'ın üye devlet ya da mahkemenin yargı yetkisini ad hoc olarak kabul etmiş bir devlet olmaması sebebiyle Irak üzerinde işlenen tüm suçlara Mahkeme'nin bakamayacağı ancak Birleşik Krallık'ın bir üye devlet olması ve Roma Statüsü m. 12/2(b) kapsamında üye devletlerin vatandaşlarının işledikleri suçlar hakkında Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabileceği belirtilmiştir. Bkz. International Criminal Court, Situation in Iraq/UK, Final Report, 9 Aralık 2020, para. 69 vd., <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/201209-otp-final-report-iraq-uk-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

¹⁰ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 381-382.

¹¹ TEZCAN ve diğ., s. 388.

üzere UCM yargı yetkisini, üye devletlerin bildirim, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin bildirim ya da UCM Savcısının re 'sen (*proprio motu*) harekete geçmesi sonucunda kullanabilir. Üye devletlerin bildirim ya da UCM Savcısının re'sen harekete geçmesi hallerinde yukarıda açıklanan yetki şartları dikkate alınacaktır. Ancak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde uluslararası barışın bozulması ya da tehdit altında olması halinde bir durumu UCM'ye bildirebilir.¹² Bu halde, Roma Statüsü m. 12'de belirtilen yetki kuralları uygulanmayacaktır.¹³

Öte yandan Roma Statüsü m. 12/3'de Mahkeme'nin yetkisini kabul etme hususunda önemli bir düzenleme getirilmektedir. Bir devlet Roma Statüsü'ne taraf olmadan da Mahkeme'nin Kalem Teşkilatı'na (*registry*) yapacağı bir bildirim ile çekirdek suçlar açısından Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul edebilir. Bu madde UCM nezdinde şimdiye kadar Fildişi Sahili, Filistin ve Ukrayna tarafından uygulanmış,¹⁴ bu ülkeler Roma Statüsü m. 12/3'e dayanarak Mahkeme'nin yargı yetkisini ve Mahkeme ile iş birliği yapmayı kabul etmiştir.¹⁵

B. Tutuklama Talebi Kapsamında Yargı Yetkisinin Değerlendirmesi

Filistin ile UCM yargı yetkisinin tartışılması açısından oldukça hareketli bir geçmişe sahiptir. Filistin daha önce 2009 yılında, Roma Statüsü m. 12 kapsamında UCM'nin yargı yetkisini kabul etmek için başvuruda bulunmuştur. Ancak Roma Statüsü'nün ilgili 12. maddesi 'devletlerin' üyeliğinden bahsetmektedir. O dönem UCM Savcısı Luis Moreno Ocampo Filistin'in devlet statüsünü UCM'nin Savcılık Teşkilatının belirleyemeyeceğini belirterek, burada yetkili olarak BM'yi ve UCM'nin Üye Devletler Genel Kurulu'nu işaret etmiştir.¹⁶ Savcılık vermiş olduğu kararda Filistin'in 130 ülke ve

¹² Tezcan, Erdem, Önok "durum" ifadesinin dava ya da somut meseleleri kapsamadığını, sadece belirli bir durumu kapsadığı bu sebeple durumun değerlendirilmesi ve sorumluların belirlenmesinde savcılığın bağımsız çalıştıklarını belirtmektedir. Biz de bu görüşe katılıp, BM Güvenlik Konseyi'nin bildirim UCM Savcılığının bağımsızlığını etkilemediğini düşünüyoruz. Bkz. TEZCAN ve diğ., s. 390.

¹³ GALAND Alexandre Skander, **UN Security Council Referrals to the International Criminal Court: Legal Nature, Effects and Limits**, Leiden Studies on the Frontiers of International Law Serisi, Cilt 5, Brill, Leiden 2019, s.2. Libya ve Darfur durumları BM Güvenlik Konseyi'nin bildirim üzerine UCM'nin önüne taşınmıştır. Ayrıca bkz. TEZCAN ve diğ., s. 390.

¹⁴ GALAND, s.2.

¹⁵ CRYER ve diğ., s. 150.

¹⁶ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Situation in Palestine, 3 Nisan 2013, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

bazı uluslararası örgütler tarafından tanınıyor olduğunu ancak yine de BM Genel Kurulu'ndaki resmi statüsünün gözlemci olduğunu ve fakat üye olmayan devlet olmadığını, 23 Eylül 2011 tarihinde Filistin her ne kadar üye devlet olmak için BM'ye başvuruda bulursa da Güvenlik Konseyi'nin henüz bu konuda bir tavsiyesi olmadığını belirtmiş ve son olarak her ne kadar bu durumun Filistin'in UCM'ye yaptığı başvuruya doğrudan etkisi olmasa da, 12. maddenin uygulaması ile ilgili olması sebebiyle, Mahkeme'nin Filistin üzerinde yargı yetkisi olmadığını ancak gelecekte Filistin'de işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisini icra edebilmesi için yetkili organlar olan BM veya Üye Devletler Genel Kurulunun 12. madde anlamında hukuki durumu çözebileceklerini, ya da Filistin'deki durumun BM Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye gönderilebileceğine karar vermiştir.¹⁷ Yukarıda yaptığımız genel açıklamalar dahilinde anlaşılmaktadır ki, 2009 yılında UCM Savcısı devlet statüsü açık olarak tanınmayan Filistin'in Roma Statüsü 12. madde kapsamında Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul eden bir devlet olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak durumun ya Filistin'in devlet statüsünün BM veya Roma Statüsü Üye Devletler Meclisi'nde karara bağlanması ya da Filistin'de cereyan eden durumun BM Güvenlik Konseyi tarafından BM Şartı'nın 7. Başlığına dayanarak UCM'ye bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

29 Kasım 2012'de Filistin BM nezdinde üye olmayan gözlemci devlet olarak kabul edilmiş ve hatta 2014 yılı Genel Kurul tarafında Filistinlilerle dayanışma yılı ilan edilmiştir.¹⁸ 1 Ocak 2015'de Filistin tekrar Roma Statüsü 12. madde kapsamında 13 Haziran 2014'den itibaren işgal edilmiş Filistin toprakları ve Doğu Kudüs'te işlenen suçlardan dolayı UCM'ye başvurmuş ve 2 Ocak itibarıyla de Roma Statüsünü kabul etmiştir. Bunun üzerine 16 Ocak 2015'de, UCM Savcılık Teşkilatı soruşturma açılıp açılmayacağını değerlendirilmesi için ön soruşturma sürecini başlattığını belirtmiştir. 20 Aralık 2019'da savcılık detaylı bir değerlendirmenin sonunda soruşturma başlatmaya karar vermiştir ancak Filistin üzerinde kullanılacak yer yönünden yetkinin sınırlarını belirlemek amacıyla durumu Ön Soruşturma Dairesi'ne taşımıştır. I No.lu Ön Soruşturma Dairesi'nin 5 Şubat 2021 tarihli kararıyla UCM'nin Filistin üzerinde kullanabileceği yer yönünden yetkinin sınır-

¹⁷ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Situation in Palestine, 3 Nisan 2013, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁸ UN, History of the Question of Palestine, <https://www.un.org/unispal/history/#:~:text=On%2029%20November%202012%20Palestine,Solidarity%20with%20the%20Palestinian%20People>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

ları 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen Filistin toprakları, bir diğer ifade ile, Gazze, Batı Şeria ve Doğu Kudüs'ü kapsadığı belirtilmiştir.¹⁹ 3 Mart 2021 tarihinde ise dönemin UCM Savcısı Fatou Bensouda, Filistin soruşturmasının başladığını ilan etmiştir.²⁰ Bu itibarla 2021 yılından beri Filistin durumu üzerinde UCM'nin bir soruşturması bulunmaktadır. Bu soruşturma kapsamında Mahkeme'nin yargı yetkisi olduğu kabul edilmiştir.

29 Ekim 2023 tarihinde şu an görevde bulunan UCM Savcısı Karim Khan konuşmasında Gazze üzerinde UCM'nin 2014'den bu yana yargı yetkisi olduğunu, bu yargı yetkisinin hem Filistin üzerinde işlenen suçlar açısından, hem de Filistinlilerin üye ya da üye olmayan devletlerin topraklarında işledikleri suçlar üzerinde olduğunu belirtmektedir.²¹ Savcı Khan konuşmasında 7 Ekim Hamas saldırısının oluşturduğu suçlara değinmiş, ardından ise İsrail'in savaş hukuku ve uluslararası insancıl hukuk kapsamında sorumlu olduğunu, askeri olarak müdahale ettiği her hedefin hukuki prensiplere uygun olması gerektiğini ve ispat yükünün İsrail'de olduğunu belirtmiştir.²² Bu durumda, gerek Roma Statüsü'nden gerekse savcılığın açıklamalarından anlaşıldığı üzere her bir olay kendi nezdinde değerlendirilecek, 7 Ekim HAMAS saldırısı ve sonrasında İsrail'in askeri hareketinin yarattığı sonuçlar ayrı ayrı değerlendirmelere tabii tutulacaktır.

Nitekim, UCM savcısı Karim Khan'ın 20 Mayıs 2024 tarihinde yapmış olduğu açıklamada, savcılık teşkilatının 7 Ekim ve sonrasında yaşanan silah-

¹⁹ International Criminal Court, Situation in State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/palestine>, Erişim Tarihi: Ağustos 2024. International Criminal Court, Questions and Answers on the Decision on the International Criminal Court's territorial jurisdiction in the Situation in Palestine, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/palestine/210215-palestine-q-a-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²⁰ International Criminal Court, Statement of the former ICC Prosecutor, Ms Fatou Bensouda, regarding an investigation of the Situation in Palestine, 3 Mart 2021, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-respecting-investigation-situation-palestine>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

²¹ International Criminal Court, Statement of the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan KC from Cairo on the situation in the State of Palestine and Israel, dated 29 October 2023 and published on the ICC website on 30 October 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestineand-israel>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²² International Criminal Court, Statement of the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan KC from Cairo on the situation in the State of Palestine and Israel, dated 29 October 2023 and published on the ICC website on 30 October 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestineand-israel>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

lı çatışma ortamında gerçekleşen suçlar hakkında tutuklama müzekkeresi çıkartılması için Ön Soruşturma Dairesi'ne başvuru yapıldığı belirtilmiştir.²³ Bu başvuruda UCM Savcılık Teşkilatı, İslami Direniş Hareketi HAMAS'ın lideri Yahya Sinwar, Al-Kassam Tugayları olarak bilinen HAMAS'ın askeri kanadının komutanı Muhammed Diyab İbrahim El-Masri ve Hamas'ın Siyasi Büro lideri İsmail Haniye hakkında İsrail ve Filistin topraklarında en azından 7 Ekim 2023 tarihinden bu yana insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını işlediklerine dair makul gerekçeler olduğunu ifade etmiştir.²⁴ Basın açıklamasında Savcı Karim Khan yukarıda ismi sıralanan bu kişilerin 7 Ekim HAMAS saldırısını planladıklarını belirtmiş, bu saldırıların bu kişilerin katkısı olmadan gerçekleşmeyecek olduğunu ifade ederek adı geçen kişileri Roma Statüsü'nün müşterek fail ve amirin sorumluluğuna dair ilgili maddelerince sorumlu bulmuştur.²⁵

Aynı başvuruda, UCM Savcılık bürosu, İsrail Başbakanı Benjamin Netanyahu ve İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant hakkında da, en azından 8 Ekim 2023'den beri insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından sorumlu olduklarına dair makul gerekçeler olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Aynı şekilde, yukarıda ismi geçen kişiler Roma Statüsü'nün müşterek faillik ve amirin sorumluluğuna ilişkin ilgili maddeleri uyarınca 8 Ekim sonrasında yaşanan olaylardan sorumlu tutulmuşlardır.²⁷

²³ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²⁴ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²⁵ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²⁶ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²⁷ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Savcı Karim Khan, açıklamasında 5 Şubat 2021 tarihli 1 No.lu Ön Soruşturma dairesinin kararına da atıf yaparak Mahkeme'nin Filistin üzerinde yetkili olduğunun altını çizmiştir ve bu tutuklama talebine ilişkin bu başvurusunun Mahkeme'nin bağımsız yargıçları tarafından olumlu değerlendirilmesi üzerine Kalem Teşkilatı (*Registry*) ile işbirliği içinde yukarıda sıralanan kişilerin yakalanmasında çalışacaklarını belirtmiştir.²⁸ Savcı Khan'ın sözlerinden de anlaşılacağı üzere UCM Savcılığı'nın yapmış olduğu bu başvuru tutuklama müzekkeresi çıkartılmasına dair bir talep niteliğindedir, kararı Ön Soruşturma Dairesi verecektir. Ön Soruşturma Dairesi olumlu bir karar verirse, UCM nezdinde bu kişiler aleyhine bir tutuklama müzekkeresi çıkartılacak ve gerek üye devletlerin gerekse üye olmayan devletlerin iş birliği ile UCM bu kişileri yakalayarak yargı önüne çıkartmak için çalışacaktır.

II. UCM'NİN FİLİSTİN SORUŞTURMASINDA KABUL EDİLEBİLİRLİK ŞARTLARI

A. UCM'nin Kabul Edilebilirlik Şartlarına İlişkin Genel Açıklamalar

Roma Statüsü'nün 1. maddesinde Mahkeme'nin devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı olduğu belirtilmektedir. O halde, uluslararası ceza adaletini yerine getirmek üzere tüm insanlığı ilgilendiren vahim suçlarda temel görev hala ulusal yargı sistemlerindedir. Burada asıl amaç, UCM Savcılık Teşkilatı'nın ulusal yargı sistemleriyle bir rekabete girmesi değildir.²⁹ Bilakis, burada amaç devletlerin çekirdek suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında eksik kalmaları halinde, bu suçların cezasız kalmaması için UCM'nin kendi tarafsız ve bağımsızlığıyla devreye girmesidir.³⁰

²⁸ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

²⁹ International Criminal Court, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

³⁰ International Criminal Court, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024). Roma Statüsü "tamamlayıcılık" kavramını tanımlamamıştır. Ancak Statü'nün başlangıç hükümleri (10. Paragraf) ve 1. maddesinden anlaşılacağı üzere, UCM ulusal yargı yetkisinin önüne geçmek yerine onu desteklemekte ve tamamlamaktadır. Bkz. EL ZEIDY Mohamed, **The Principle of Complementarity in International Criminal Law : Origin, Development and Practice**, 1. Bası, Brill, Leiden 2008, s. 158.

Gerek Roma Statüsü'nün başlangıç hükümlerinde, gerekse 1. maddede ifade edilerek önemi belirtilen tamamlayıcılık kapsamında, bir durum üzerinde UCM'nin yargı yetkisi sağlansa bile her dava kabul edilebilir bulunmayabilir.³¹ Yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik birbirlerinden farklıdır. Yargı yetkisi olan bir dava eğer kabul edilebilir bulunmazsa, Mahkeme yargı yetkisini de kullanamayacaktır. Bu durumda, kabul edilebilirlik şartları yargı yetkisinin kullanılmasını etkilemektedir.³² Nitekim, UCM'nin Usul ve Delil Kuralları m. 58'de Mahkeme'nin öncelikle yetki iddialarını sonrasında ise kabul edilebilirlik iddialarını değerlendirmesi gerektiği belirtilmektedir.³³

Kabul edilebilirliğin nasıl değerlendirileceği Roma Statüsü'nün 17. maddesinde açıklanmıştır. Esasen, Roma Statüsü 17. madde kabul edilebilirliğin değil, kabul edilemezliğin şartlarını belirten olumsuz bir dille yazıldığı için belirtilen şartların gerçekleşmemesi halinde *de facto* olarak bir durum ya da bir dava kabul edilebilir bulunacaktır.³⁴ Kabul edilebilirlik değerlendirmesinde soruşturma ve/veya kovuşturmayı yürütmeye yetkili devletin, esaslı bir soruşturma ve kovuşturma yürütmeye istekli olmaması ya da muktedir olmaması söz konusu olabilir. Ya da yargı yetkisi bulunan devlet isteksizliği ya da muktedir olmaması sebebiyle esaslı bir kovuşturma yürütmek amacıyla daha önceden süreci soruşturmuş ve kovuşturama kararı almamış olabilir. Keza yine Roma Statüsü 17. maddede sayılan koşullar kapsamında daha önceden şüpheli şikâyete konu suç için yargılanmış olması sebebiyle *ne bis in idem* prensibi kapsamında tekrar yargılanma yasağı söz konusu olabilir. Son olarak ise yargılanması muhtemel suçlar UCM nezdinde yeterli vahamette görülmeyebilir.

O halde 17. madde esasen üç durumu düzenlemektedir: söz konusu dava bir devlet tarafından görülmemektedir - ki bu durumda bir kabul edilebilirlik sorunu yoktur; söz konusu dava bir devlet tarafından görülmektedir - ki bu durumda dava kabul edilemez; söz konusu dava bir devlet tarafından görülmektedir ancak ilgili devletin bu süreci isteksizlik veya muktedir olmaması sebebiyle samimiyetle yürüteceğine dair önemli şüpheler doğmuştur - bu

³¹ Dava ve durum farkı için bkz. TEZCAN ve diğ., s. 390.

³² BENZING Markus, "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Cilt 7, 2003, ss. 591-632, s. 594.

³³ BENZING, s. 594.

³⁴ ZEIDY, s. 159.

durumda da bir kabul edilebilirlik sorunu vardır.³⁵ Roma Statüsü 17. maddenin sistematikğine bakıldığında, madde birinci paragrafında, yukarıda belirtilen dört tane kabul edilebilirlik şartını sıralamıştır. Bu şartlar kapsamında tekrarlanan ulusal yargı yetkisine sahip devletin yargılama yapmaya “isteksiz” olması veya “muktedir olmaması” durumları ise 17. Maddenin ikinci ve üçüncü paragraflarında açıklanmıştır. Roma Statüsü’nün ifadesine göre “isteksizlik” değerlendirilirken, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen adil yargılanma ilkeleri dikkate alınarak, muhakeme işlemleri ya da verilen kararın kişiyi ceza sorumluluğundan korumak maksadıyla yapılması, adalet önüne çıkartmakla bağdaşmayacak şekilde işlemlerde haklı gösterilemeyecek bir gecikmenin olması, yargılamanın bağımsız ve tarafsız biçimde yürütülmemesi kıstaslarından biri ya da birkaçı göz önünde bulundurulacaktır.³⁶

Roma Statüsü 17. maddenin üçüncü paragrafına göre “Muktedir olmama” durumunda ise ulusal yargı yetkisi olan devletin, adalet sisteminin tamamen ya da önemli bir oranda çökmüş olması sebebiyle sanığa, gerekli delillere ve tanıklara ulaşılabilir olup olmadığına veya diğer muhakeme işlemlerinin yürütülüp yürütülemediğine bakılacaktır.³⁷

Burada değinilmesi gereken bir terim daha vardır. O da Statü’nün orijinal ifadesinde yer verdiği “*genuine*” terimidir. “*Genuine*” kelime itibarıyla hakiki, gerçek, samimi gibi anlamlar içermektedir.³⁸ Bu durumu Tezcan, Erdem, Önok “...isteksiz olsun (unwilling) ya da gerçekten muktedir olmasın (unable genuinely)”³⁹ sözleriyle ifade etmişlerdir. Öncelikle “*genuinely*” belirtecinin isteksizlik ve muktedir olmama hallerinin ikisini mi yoksa yalnızca birini mi kapsadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Tezcan, Erdem, Önok’un açıklamasından anlaşıldığı üzere “gerçekten” muktedir olma hali için kullanılmıştır. Biz burada Cryer’ın açıklamalarına katılıyoruz ve söz konusu duruma ilişkin ceza soruşturmasının samimiyetinin/gerçekliğinin hem isteksizlik hem de muktedir olmama hallerini de kapsadığını düşünüyö-

³⁵ International Criminal Court, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024), s. 7-8.

³⁶ TEZCAN ve diğ., s. 365.

³⁷ TEZCAN ve diğ., s. 366.

³⁸ Cambridge İngilizce Sözlük, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/genuine>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

³⁹ TEZCAN ve diğ., s. 366. Esasen, benzer bir ifade Roma Statüsü’nün resmi olmayan çevirilerinde de bulunmaktadır. Bkz. AYDIN, s. 12.

ruz.⁴⁰ İkinci olarak ise, “gerçekten” ifadesinden ne anlaşılacağıdır. Burada Statü’nün temel odak noktası, kişileri gerçek ceza adaletinden saklamak amacıyla yapılan sahte soruşturma ve kovuşturmanın UCM nezdinde kabul edilemezlik kararına sebep olmamasıdır.⁴¹ Bu sebeple “gerçekten” ifadesinin bilinçli seçildiği, asıl önemli olanın sahte yargılamalara karşı sistemi korumak olduğu, aksi bir yorumda “gerçekten” ifadesi yerine “etkin olarak” ifadesinin tercih edileceği görüşüne⁴² biz de katılıyoruz. Burada Heller’in “radikal tamamlayıcılık” terimini hatırlamakta fayda vardır: Bir devletin samimi/gerçek bir çabası olduğu müddetçe, UCM ilgili davayı kabul edilemez bulmalıdır.⁴³

Roma Statüsü m. 17/1’de belirtilen bir diğer kabul edilebilirlik şartı ise ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan *ne bis in idem* ilkesidir. Bir genel hukuk kuralı olarak bilinen *ne bis in idem* ilkesi tekrar yargılanma (*double jeopardy*) yasağını da içermektedir.⁴⁴ Doktrinde bu ilke bir yargı kararının yerine getirilmesiyle ortaya çıkan “*aynı suçtan dolayı aynı sanık aleyhine tekrar dava açılmaması*” ile açıklanmaktadır.⁴⁵ Bu ilke farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde yer bulmakla birlikte, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223’de “*aynı fil nedeniyle aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” hükmü

⁴⁰ CRYER *et. al.* hem gerçek bir cezai sürecin yerine getirilmesine isteksizlikten hem de gerçek bir cezai sürecin yerine getirilmesine muktedir olmamayı ayrı ayrı incelemektedir. Bkz. CRYER *et. al.*, s. 158. Ayrıca bkz. TRIFFTERER Otto / AMBOS Kai, **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**, 3. Bası, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2016, s. 805.

⁴¹ International Criminal Court, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024), s. 8.

⁴² CRYER *ve diğ.*, s. 158.

⁴³ HELLER Kevin Jon, “Radical Complementarity”, **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 14, Sayı 3, Temmuz 2016, ss. 637-665, s. 640. HELLER, s.637-665, s. 640. Heller, radikal tamamlayıcılık görüşünü Fil Dışı Sahili durumu üzerine UCM’nin Gbagbo kararı için ifade etmiştir. Bu kararda, Simone Gbagbo ulusal mahkemeler tarafından yargılanmış ve yirmi yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. Ancak bu yargılamalar örgüt kurma, devletin güvenliğini tehlikeye düşürme gibi suçlara bina edilmiştir. Oysa UCM savcılığı ulusal yargılamaların aynı davranışlar üzerine yapılmadığı, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar üzerinden yargılama yapılması gerektiğini iddia ederek, davanın kabul edilebilir olduğunu iddia etmiştir. Bkz. HELLER, s.637-640.

⁴⁴ Bu ilkenin genel hukuk kuralı ya da uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmesine ilişkin bkz. CONWAY Gerard, “Ne bis in idem in international law”, **International Criminal Law Review**, Cilt 3, Sayı 3, 2003, ss. 217-244., s.221.

⁴⁵ KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 125.

ile kendini göstermektedir. Ayrıca bu ilke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 No.lu Protokolü madde 4'de⁴⁶ ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 14'de de yer almaktadır.⁴⁷

Burada tartışılması gereken noktalardan biri ise, bu ilkenin devletler arasında ya da devletler ve uluslararası mahkemeler arasında nasıl uygulanacağıdır. Bu noktada, Kunter, Yenisey, Nuhoğlu devletler arasında mahkemelere güven açısından bir ayırım yapılabileceğini öne sürmektedir.⁴⁸ Biz güvene dayalı bu ayırımın UCM kapsamında da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim uluslararası ceza hukukunda ceza hükümlerinin etkili olup olmadığı da incelenecektir.⁴⁹ O halde Roma Statüsü kapsamında *ne bis in idem* ilkesi gereğince daha önceden zaten yargılanan tekrar yargılanmayacaktır ancak bu yargılamanın uluslararası standartlarla bağdaşır, adil yargılanma koşullarına uygun, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılması gerekir.⁵⁰

Son olarak Roma Statüsü m. 17'de yer alan kabul edilebilirlik şartlarından biri olarak suçun vahameti kavramına bakmak gerekecektir. Roma Statüsü'nün resmi olmayan çevirisinde m. 17/1(d) şu ifadeye yer vermektedir: “*Dava konusunun, Mahkeme tarafından başkaca işlem gerektirecek derecede ağır bulunmaması halinde*”⁵¹ Burada tartışılan “*sufficient gravity*” kavramını ağırlıktan ziyade vahamet kelimesiyle daha iyi karşılayabileceğimizi

⁴⁶ “*Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*

1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez. 3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınmaz.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ek 7 No.lu Protokol Madde 4, <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151411aihs.pdf>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁴⁷ “*Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.*” Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Madde 14, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁴⁸ KUNTER ve diğ., s. 130.

⁴⁹ ERMAN Sahir / DÖNMEZER Sulhi / BAYRAKTAR Köksal, vd., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2021, s.194.

⁵⁰ TEZCAN ve diğ., s. 368.

⁵¹ AYDIN, s. 12.

kanaatindeyiz. Roma Statüsü, Statü’de yer alan suçlarda belirli bir eşiğin üzerinde vahamette bir ihlal gerçekleşmesini aramaktadır.⁵² Roma Statüsü’nde kabul edilen suçların her biri ağır suçlardır. Ancak bu suçların ortaya çıkmasına sebep olan her bir münferit durumun UCM nezdinde değerlendirilmesi uluslararası kaynakların etkin kullanılamayacağı sonucunu çıkartacaktır.⁵³ Dolayısıyla bir durum karşısında ulusal makamların soruşturma ve kovuşturma yapmaya isteksiz olduğu durumlarda esasen Mahkeme için davanın kabul edilebilir bulunması mümkün olabilir, ancak bu durumda da söz konusu suçun belirli bir vahamette olması şartı aranacaktır.⁵⁴ Suçun vahameti değerlendirmesi hem Mahkeme’nin ilgileneceği davalarda bir filtre görevi görmektedir,⁵⁵ hem de dava seçiminde de UCM Savcısına önemli bir takdir yetkisi vermektedir.⁵⁶ Esasen Roma Statüsü m. 53, UCM Savcısının bir soruşturma başlatırken suçun vahametini de göz önünde bulunduracağını belirtmiştir. Roma Statüsü’nün 17. Maddesi ile 53. Maddesi birlikte değerlendirildiğinde suçun belirli bir vahametinin üzerinde olması hali UCM’nin dava seçimini belirleyen bir adalet politikası olarak da görülmektedir.⁵⁷

Suçun yeterli vahamette olması ölçütü esasen oldukça subjektif olup bu ölçümün neye göre yapılacağını kavramak oldukça güçtür.⁵⁸ Ancak bu konunun uluslararası ceza hukukunun gündemini meşgul etmeye başlaması ve savcılığın takdir yetkisinin sınırları sorgulanmaya başlandığında, 2013 tarihinde yayınlanan Ön İncelemelere dair Politika Notu’nda suçun vahametinin suçların boyutu, niteliği, işleniş tarzı ve etkileri kriterleriyle ölçüleceği belirtilmiştir.⁵⁹

⁵² TEZCAN ve diğ., s. 368.

⁵³ TRIFFTERER ve diğ., s. 811.

⁵⁴ TRIFFTERER/AMBOS, s. 811.

⁵⁵ TRIFFTERER/AMBOS, s. 811.

⁵⁶ SCHABAS William A. “Prosecutorial discretion and gravity”, **The emerging practice of the International Criminal Court** (içinde) 1. Bası, Legal Aspects of International Organizations Serisi, Cilt 48, STAHN Carsten/ SLUITER Göran (ed), Brill, Leiden 2009. p. 229-246, s. 230-231, s. 231 vd.

⁵⁷ TEZCAN ve diğ., s. 369.

⁵⁸ UCM Savcılığı da Mahkeme’nin ilk dönemlerinde suçun vahametine ilişkin açıklayıcı bir yaklaşımda bulunmamıştır. Bkz. SCHABAS, 2009a s. 230-231.

⁵⁹ International Criminal Court, Policy Paper on Preliminary Examinations, Kasım 2013, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf, para.9, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024). TEZCAN ve diğ., s. 369. Ayrıca şüpheli veya sanığın rütbesi ve görevi de suçun vahameti açısından önem taşıyabilir. Durumun Roma Statüsü m.53 ile birlikte değerlendirmesi için bkz. GÖKŞEN Elif, “Proportionality in Refugee Exclusion: An Underestimated Analysis”, **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 18, Sayı 5, Kasım 2020, ss. 1131-1156, s. 1151.

Suçun vahameti yönünde UCM nezdinde yapılmış önemli bir tartışmayı Komorlar'a Kayıtlı Gemiler Ön İncelemesi kararı oluşturmaktadır. Ülkemizde Mavi Marmara ismi ile bilinen olayda, Gazze'ye ulaştırılmak üzere insani yardım taşıyan bir filoda bulunan ve Komorlar'a kayıtlı Mavi Marmara gemisi İsrail ordusu tarafından silahlı saldırıya uğramış ve bu saldırı sonucunda dokuz yardım gönüllüsü olay esnasında, biri ise ağır yaralanıp sonrasında hayatını kaybetmiştir.⁶⁰ Komorların başvurusu üzerine Savcılık bir ön inceleme başlatmıştır ancak bu incelemenin sonucunda yaşanan olayda savaş suçunun işlendiğini belirtmiş, fakat suçun yeterli vahamete ulaşmaması gerekçesiyle soruşturma başlatılmamasına karar verilmiştir.⁶¹

B. Tutuklama Talebi Kapsamında Kabul Edilebilirlik Şartlarının Değerlendirmesi

UCM eski savcısı Fatou Bensouda, yaptığı açıklamada bu kriterler açısından UCM nezdinde Filistin soruşturması başlattığını ve bu kapsamda kabul edilebilir potansiyel davalar olduğunu belirterek,⁶² hususi bir kabul edilebilirlik problemi beklemediklerine işaret etmiştir. Ancak Savcı Bensouda'nın bu açıklaması 2021 yılına aittir. İlginçtir ki UCM'nin bugünkü savcısı Karim Khan Ekim 2023 tarihinde yaptığı açıklamada şu cümlelere yer vermiştir:

“İsrail, profesyonel ve iyi eğitilmiş bir orduya sahiptir. Askeri savunma genel müşavirleri bulunmakta ve uluslararası insancıl hukuka uygunluklarını sağlamak amacıyla bir sistemleri mevcuttur. Hedef belirleme konusunda danışmanlık yapan avukatlar bulunur ve herhangi bir saldırının masum sivilleri veya korunan nesnelere etki-

⁶⁰ Anadolu Ajansı, “Mavi Marmara Saldırısı Üzerinden 12 Yıl Geçti”, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/mavi-marmara-saldirisinin-uzerinden-12-yil-gecti/2602024>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024). International Criminal Court, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf), para. 12, s. 4-5. (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁶¹ DEGUZMAN Margaret M., “What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation”, **American Society of International Law**, **Cilt 19**, 2015, https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/19/what-gravity-threshold-icc-investigation-lessons-pre-trial-chamber#_edn7, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024). Karar için bkz. International Criminal Court, Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, Article 53(1) Report, ¶ 3 (Nov. 6, 2014), [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf), (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁶² International Criminal Court, Statement of the former ICC Prosecutor, Ms Fatou Bensouda, regarding an investigation of the Situation in Palestine, 3 March 2021, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-respecting-investigation-situation-palestine>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

*lemesi durumunda, bu saldırının savaş hukukunun ve geleneklerinin, silahlı çatışma hukukunun kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinin farkında olmalıdırlar. Ayrıca, eylemleri hesap verebilme yükümlülüğüne tabi olacaktır”.*⁶³

Henüz olgunlaşmamış olmakla birlikte bu ifade aklı İsrail’in silahlı çatışma sonrası uluslararası toplumun da baskısıyla bazı ulusal yargılamalar yaparak süreci olması gerektiği gibi incelememesi, uluslararası topluma ise üzerine düşeni yaptığını ifade etmesi ve böylece UCM açısından 7 Ekim sonrasında yaşananlar için önemli bir kabul edilebilirlik sorunu ortaya çıkartması ihtimalini getirmektedir.⁶⁴ Neticede insanlık tarihi bu örneklerle yabancı değildir. Benzer yüzeysel prosedürler Irak’ın işgalinden sonra Amerikan ordusunda da görülmüştür.⁶⁵

⁶³ International Criminal Court, Statement of the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan KC from Cairo on the situation in the State of Palestine and Israel, dated 29 October 2023 and published on the ICC website on 30 October 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestineand-israel>, (metnin çevirisi yazar tarafından yapılmıştır) (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁶⁴ Öte yandan 7 Ekim 2023’den çok daha eskiye dayanan İsrail-Filistin silahlı çatışmasında bu tür durumlar daha önceden de yaşanmıştır. Goldstone Raporu olarak tanınan, 2009 tarihli Gazze Çatışması Hakkında Birleşmiş Milletler Araştırma Raporu’nda siviller üzerine yapılan saldırılar incelenmiştir. (Bkz. Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict (A/HRC/12/48), https://reliefweb.int/report/israel/opt-report-un-fact-finding-mission-gaza-conflict-ahrc1248?OpenDocument=&_gl=1%2Apyfp%2A_gcl_aw%2AR0NMLjE3MjExMzA5OTMuQ2p3S0NBand0TmkwQmhBMUVpd0FXWmFBTk9PSUs3Q1R2eEtWOUQ4RFFfQWVXd0ppTGdkbGNWSGxGOUVmY3pQeWRCZU5GX3piVnVDTVRCb0M1MFVVRQXZEX0J3RQ..%2A_ga%2AMTI3MzAwMTA3OC4xNzE5NTg2MTYz%2A_ga_E60ZNX2F68%2AMTcyMTEyOTMwMS4yLjEuMTcyMTEzMDk5Mi42MC4wLjA., (Erişim Tarihi: Temmuz 2024)). Raporun XI. Başlığında sivillere yöneltilmiş olan saldırılar sıralanmaktadır. Bu saldırılarda Al-Samouni ailesinden 23 sivilin İsrail güçleri tarafından öldürüldüğü belirtilmektedir. (Bkz. para 704 vd.) Ayrıca sonrasında yaralılar için ambulans ve acil yardım araçlarının geçişine izin vermeyerek içlerinde 4 yaşında bir çocuğun da bulunduğu sivillerin ölümüne sebep olduğu belirtilmiştir. (Bkz. para 730 vd.) Goldstone Raporu, daha sonrasında Washington Post gazetesinde yer alan bir habere konu olmuştur. Bu habere göre, Al-Samouni ailesinde (Goldstone Raporu Al-Samouni ismini kullanmakta, Washington Post Gazetesi’nde yer alan haber ise Al-Simouni ismini kullanmaktadır ancak olaya ilişkin verilerin benzerliğinden yola çıkarak, yazar bu iki farklı yazımın da aynı aileye ait olduğu çıkarımında bulunmaktadır.) yaşanan sivil kayıplara karşılık İsraili komutan bir soruşturma geçirmiştir ancak sonrasında sivil kayıplarda bir ihmali olmadığına karar verilmiştir. İsrail devleti nezdinde yapılan soruşturmalara Goldstone Raporu da değinmektedir. Raporda İsrail’in soruşturma ve kovuşturma yürütme hususunda samimi bir çabası olmadığı belirtilmiştir. (Bkz. para. 122). Ayrıca Washington Post gazetesinde çıkan haber için bkz. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dplc/dv/goldstonerepo/goldstonereport.pdf, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁶⁵ Irak’ta bulunan Abu Ghraib hapishanesinden basına sızan işkence ve kötü muamele görüntüleri sonrası rütbesi düşürülen ordu mensupları hakkında bkz. CNN, Abu Ghraib head finds vindication in newly released memos, <https://edition.cnn.com/2009/US/04/22/us.torture.karpinski/index.html>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

Mayıs 2024’de UCM Savcılığının tutuklama talebine ilişkin yapılmış basın açıklamasında Mahkeme’nin tamamlayıcılık prensibine değinilmiş ve yerel makamların ancak bağımsız ve tarafsız yargı tarafından, sanıkları koruma amacı taşımayan ve samimi süreçler yürütmeleri şartıyla bu prensibin işleyebileceği belirtilmiştir.⁶⁶ Basın açıklamasında Savcı Khan, tamamlayıcılık ve kabul edilebilirliğe dair genel ifadeler kullanmıştır, hususi olarak bir kabul edilebilirlik meselesine değinmemiş, ancak ve ancak ulusal makamların samimi çabalarının Mahkeme’yi geri tutabileceğini belirtmekle yetinmiştir.

III. ROMA STATÜSÜ ÇERÇEVESİNDE FİLİSTİN SORUŞTURMASINDA TARTIŞILAN SUÇLAR

2021 tarihinde UCM Eski Savcısı Roma Statüsü 19. Madde kapsamında soruşturmanın yer yönünden yargı yetkisinin kesinleştirilmesi amacıyla Filistin durumunu I No.lu Ön Soruşturma Dairesi’ne taşımış ve yapmış olduğu başvuruda Filistin’de savaş suçlarının işlendiğine dair makul gerekçeler olduğunu ve muhtemel davalar çıkabileceğini belirtmiştir.⁶⁷ 1 No.lu Ön Soruşturma Dairesi’nin kararında da savcılığın savaş suçlarına işareti dikkate alınmış, insanlığa karşı suçlar ya da soykırım suçuna bir atıf yapılmamıştır.⁶⁸ Ancak Mayıs 2024 tarihinde UCM Savcılığının açıkladığı tutuklama talebinde ise tutuklama gerekçeleri arasında savaş suçları ile birlikte insanlığa karşı suçlara da yer verilmiştir.⁶⁹ UCM aktivist bir kuruluş değil temkinli bir

⁶⁶ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

⁶⁷ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18, 22 Ocak 2020, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00161.PDF, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁶⁸ International Criminal Court, Office of The Prosecutor, Situation in Palestine, Summary of Preliminary Examination Findings, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/210303-office-of-the-prosecutor-palestine-summary-findings-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024). International Criminal Court, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18-12, 22 Ocak 2020, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00161.PDF, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁶⁹ Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

ceza mahkemesidir. Kanaatimizce bu yönde bir değişiklik dahi, mahkeme nezdinde oldukça önemli kabul edilmektedir.

UCM Savcılık Teşkilatının Tutuklama Talebinde Sıralanan Suçlar		
	<i>İnsanlığa Karşı Suçlar</i>	<i>Savaş Suçları</i>
HAMAS	<ul style="list-style-type: none"> • Toplu yok etme (RS m. 7/1(b)) • Öldürme (RS m. 7/1(a)) • Cinsel şiddet (RS m. 7/1(g)) • İşkence (RS m. 7/1(f)) • Diğer insanlık dışı eylemler (RS m. 7/1(k)) 	<ul style="list-style-type: none"> • Öldürme (RS m.8/2(c)(i)) • İşkence (RS m.8/2(c)(i)) • Cinsel şiddet (RS m.8/2(e)(vi)) • Zalimane muamele (RS m.8/2(c)(i)) • İnsan onuruna hakaret eden davranışlar (RS m.8/2(c)(ii))
İsrail	<ul style="list-style-type: none"> • Toplu yok etme veya öldürme ((RS m. 7/1(a) ve (b)) • Zulüm (RS m. 7/1(h)) • Diğer insanlık dışı eylemler (RS m. 7/1(k)) 	<ul style="list-style-type: none"> • Öldürme (RS m. 8/2(a)(i) veya RS m. 8/2(c)(i)) • Sivillerin aç bırakılmasının, bir savaş yöntemi olarak kullanılması (RS m.8/2(b)(xxv)) • Vücuda veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma (RS m.8/2(a)(iii)) veya zalimane muamele (RS m.8/2(c)(i))

Tablo I: UCM Savcılık Teşkilatının Tutuklama Talebinde Sıralanan Suçlar

Bu çalışmada UCM Savcılık Teşkilatının tutuklama talebi odak noktasına alındığı için öncelikle bu talepte hiç yer almayan soykırım suçuna ilişkin tartışmalara değinilecek, ardından ise tutuklama talebinde yer almasına rağmen kanaatimizce eksiklikleri olan insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarına ilişkin Mahkeme'nin yaklaşımı incelenecektir.

A. Soykırım Suçu (Roma Statüsü m. 6)

1. Soykırım Suçuna İlişkin Genel Açıklamalar

Soykırım suçu Roma Statüsü m. 6'da tanımlanmaktadır.⁷⁰ Maddenin *chapeau* kısmında ifade edildiği üzere, soykırım suçu açısından ayırt edici olacak

⁷⁰ “Bu Statünün amaçları bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi suret-

unsurlar suçun ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla maddenin devamında sayılan fiillerin işlenmesiyle gerçekleştirilmesidir. Soykırım suçu “suçların suçu” olarak kabul edildiği⁷¹ için unsurlarını iyi tayin etmek gerekecektir. Netice itibariyle soykırım suçu ile korunan hukuki menfaat uluslararası barış ve güvenlik değil, biza-tihi insanlıktır; korunan bir grubun varlığı ve bu grubun insanlığa katkısıdır.⁷²

Soykırım suçunun incelenmesi oldukça geniş bir konudur. Ancak UCM'nin Filistin soruşturması özelinde bir tartışma yürüten bu makale kapsamında yalnızca iki temel hususa dikkat çekilecektir.

Öncelikle suçun tanımında yer almayan planlama unsuruna değinmek isteriz. Roma Statüsü'nde yer alan tanım kapsamında soykırım suçunun işlenebilmesi için korunan grupların kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla bazı fiillerin işlenmesi yeterli gelecektir. Tanım içerisinde bu suçun bir plan doğrultusunda ya da belirli bir organizasyonun takip edilmesi ile işlenmesi üzerine herhangi bir koşul getirilmemiştir. Bu durum akla belirli bir plan dahilinde cereyan etmeyen olayların da soykırım suçu olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve ayrıca bu suçun tek başına işlenebilecek bir suç olup olmayacağı tartışmasını getirmektedir.

UCM tarafından 21. Madde gereğince birincil kaynak olarak kabul edilen ve Statünün akabinde Üye Devletler Meclisince kabul edilmiş olan Suçların Unsurları belgesinde açıklandığı üzere soykırım suçunu oluşturacak “*Davranışın, bu gruba yöneltilen benzer bir davranışın açık bir örneğinin bağlamında yer alması ya da davranışın kendisinin söz konusu yok etmeyi etkileyebilecek bir davranış olması*”⁷³ aranmaktadır. Buradan anlaşıldığı üzere soykırım suçu açısından bir planlama ya da belli bir organizasyon aslında tanımında yer almasa da suçun esasında aranmaktadır. Suçun unsurları belgesi bu durumu

te bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) e) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek;” Bkz. AYDIN, s.3. Roma Statüsü m.6'da kabul edilen soykırım suçunun tanımı Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde kabul edilen tanım ile aynıdır. Dolayısıyla Roma Statüsü suçun tanımı hususunda kendisinde önce gelen bir uluslararası sözleşmeyi aynen kabul etmiştir.

⁷¹ Soykırım ve saldırı suçunun uluslararası hukuktaki yeri için bkz. KREß Claus. “The Crime of Genocide under International Law”, **International Criminal Law Review**, Cilt 6, Sayı 4, 2006, ss. 461-502, s.464.

⁷² KREß, s.465.

⁷³ AYDIN, s. 82 vd.

orijinal diliyle “*in the context of*” ifadesiyle karşılamaktadır, ki bu ifadenin karşılığı yukarıdaki metinde “bağlamında” ifadesiyle verilmektedir.

Gerek Roma Statüsü’nde kabul edilen tanıma, gerekse BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nde yer alan tanıma bakıldığında, soykırım suçunun maddi unsuru üzerinde herhangi sınırlandırıcı bir unsur belirlenmemiştir. Bu durumda münferit suçların, nefret suçları örneğinde olduğu gibi, soykırım suçu oluşturup oluşturamayacağı, ya da yine yukarıda da belirtildiği üzere tek bir kişi tarafından bu suçun işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Biz bu tartışmada, soykırım suçunun esasının kolektif olduğu iddiasına katılmaktayız.⁷⁴ Soykırım suçunun bir plan ya da siyasa olmadan işlenebilmesini düşünmek pek mümkün değildir. Netice itibariyle pek çok uluslararası mahkeme de bu suçun bir plan olmadan işlenemeyeceğini dikkate almıştır.⁷⁵ Uygulamada, bir plan ya da siyasanın varlığı tartışılarak, sanığın kastı incelenirken genel duruma ilişkin bilgisine dayanarak bir tayin yapılmaktadır.⁷⁶ Soykırım suçunun ‘suçların suçu’ olarak anılması, bu suçun etiketlenmesini ve telaffuz edilmesini de güçleştirmektedir.⁷⁷ Bu aşamada UCM Suçların Unsurları belgesinde yer alan suçun işlenmesine ilişkin bir ‘bağlam’ arayışı özellikle suçun maddi unsuru açısından belirlenmesi gereken bir ölçüğe işaret etmektedir.⁷⁸

Soykırım suçu açısından tartışılan ‘bağlam’ anlayışı aslında özel kasta ilişkin tartışmalardan çok uzak değildir. Bu noktada, burada tartışılan bağlam ifadesinin suçun tanımında yer alan özel kasıt kapsamında ele alınmasını gerektiren görüşe biz de katılıyoruz.⁷⁹ Netice itibariyle, soykırım suçu açısından

⁷⁴ Drumbl’in ifadesiyle, soykırım tipik olarak kolektif bir suçtur ancak soykırım suçunun unsurları arasında kolektiflik hususi olarak sıralanmamıştır. Bkz. DRUMBL Mark, “The Crime of Genocide”, **Research Handbook in International Criminal Law** (içinde) BROWN, S. Bartram (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2011, ss.37-61, s.38. Ayrıca bkz. CRYER *ve diğ.*, s. 209.

⁷⁵ CRYER *ve diğ.*, s. 209.

⁷⁶ SCHABAS William A., **Genocide in International Law: The Crime of Crimes**, 2. Bası, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 247.

⁷⁷ Soykırım suçunun ‘suçların suçu’ olarak isimlendirilmesi sebebiyle kullanılmasından imtina edilmesi ve bu durumun uluslararası hukuk açısından temellerinin incelenmesi ve soykırım kelimesini kuvvetli etkisine dair bir inceleme için bkz. AKHAVAN Payam, **Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge 2012, ss.1-11.

⁷⁸ CRYER *ve diğ.*, s. 209.

⁷⁹ KREB Claus, “The Crime of Genocide and Contextual Elements”, **Journal of International Criminal Justice** Cilt 7, Sayı 2, Mayıs 2009, ss. 297-306, s. 304-305.

ileri sürülen özel kast, soykırıma dair tek bir failin gerçek dışı amaçlara yönelmiş nefret suçlarını kapsamamalı, gerçekçi bir özel kast içermelidir.⁸⁰ Suçun kendi tanımında yer almayan ancak Suçların Unsurları belgesinde yer alan bağlam tartışması esasen bu özel kasta işaret etmektedir.⁸¹

Roma Statüsü m.6 kapsamında sıralanan fiillerin korunan bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Maddenin yalın ifadesinden de anlaşılacağı üzere, soykırım suçunun tespitinde Roma Statüsü m. 30 kapsamında belirtilen manevi unsur yeterli değildir. Burada belirtilen manevi unsurun üzerinde bir de kısmen veya tamamen ortadan kaldırma amacı aranmaktadır. Roma Statüsü m. 30 Statü kapsamında kabul edilen suçların kasten işlenebileceğini ileri sürmektedir.⁸² Suç tanımında belirtildiği şekliyle, soykırım suçu ortadan kaldırmak amacıyla yönelmiş bir özel kast gerektirmektedir.

Bu husus Suçların Unsurları belgesinde soykırım suçuna ilişkin giriş kısmında “30. maddede belirtilen manevi bir unsur için normal gereklilik olsa da koşulların bilgisinin çoğunlukla soykırım kastının ispatlanmasında ele alınacak ve eğer varsa bu koşullara ilişkin manevi bir unsur için uygun gereklilik Mahkeme tarafından her dava için ayrıca kararlaştırılacaktır.” ifadesiyle dile getirilmiştir.⁸³ Suçun Unsurları belgesinde de altı çizildiği üzere, soykırım suçunun uygulamasında en tartışmalı hususlardan biri özel kastın varlığının ispatıdır. Pek tabii, özel kastın varlığını ispat etmeyi sağlayacak veriler failerin davranışları ve sözlerini içeren çevresel delillerdir.⁸⁴

Soykırım suçunda esasen çifte kast ispatlanmalıdır. Öncelikle, birbirinden ayrı olacak şekilde, soykırım suçunu oluşturan fiillerin kasten işlendiği ortaya konmalı, ardından ise soykırım suçu için gerekli olan özel kast, korunan bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacının taşıdığı

⁸⁰ KREB Claus, “The Crime of Genocide and Contextual Elements”, **Journal of International Criminal Justice** Cilt 7, Sayı 2, Mayıs 2009, ss. 297-306, s. 304.

⁸¹ KREB Claus, “The Crime of Genocide and Contextual Elements”, **Journal of International Criminal Justice** Cilt 7, Sayı 2, Mayıs 2009, ss. 297-306, s. 304-305.

⁸² Statü'nün çevirisinde ve kastın içeriğine ilişkin görüşümüz için bkz. GÖKŞEN, 2023, s. 39-40. Bu kapsamda, biz Roma Statüsü'nün kastın içerisinde yer alması sebebiyle olası kastı da kapsadığı görüşüne katılıyoruz. Bkz. BADAR Mohamed Elewa, “Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?”, **New Criminal Law Review**, Cilt 12, Sayı 2, 2009, ss. 433-467, s. 433. Farklı görüş için bkz. VAN SLIEDREGT Elies, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 47-48.

⁸³ AYDIN, s. 82.

⁸⁴ CRYER ve diğ. s. 221.

ispatlanmalıdır.⁸⁵ Esasen burada özel kast altında bir saikten de bahsedilmektedir. Hem Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde hem de Roma Statüsü'nde suçun oluşması için korunan grubun tamamen ya da kısmen ortadan kalkması gerekmez, bu amaçla ilgili fiillerin işlendiği ilk anda kısmen veya tamamen ortadan kalkma sonucunu önlemek amacıyla suç oluşmuş kabul edilecektir.⁸⁶

Gerek düzenlenme biçimi gerek içerdiği ağırlık gerekse çifte kast yaklaşımı ile soykırım suçunun ispatı oldukça güçtür. Zira, UCM de şimdiye kadar yürüttüğü soruşturma ve kovuşturmalarda soykırım suçuna değinmekten kaçınmaktadır.⁸⁷ Soykırım suçu çerçevesinde incelenen çifte kast iddia makamı olarak savcılık tarafından ispatlanmalıdır ve bunun ispatı da oldukça güçtür. Esasen soykırım suçunun 'suçların suçu' olarak görüldüğü bu yaklaşımda da ispatının oldukça güç ve uygulamasının oldukça nadir olması bu durumun doğal bir sonucudur. Ancak suçun analizinin ve uygulamasının içinde barındırdığı sorunlar hukuk tekniği açısından önemli bir mevzudur. Her durumda sadece sivillerin korunmasını amaçlayan insanlığa karşı suçlar, soykırım eşiğine ulaşmamış ancak sistematik veya yaygın bir biçimde sivilleri hedef alarak işlenen suçları kapsamı açısından oldukça önemlidir.

2. UCM'nin Filistin Soruşturmasının Soykırım Suçu Açısından Değerlendirmesi

Bu çalışmanın konusu olan Filistin ve Gazze özelinde bir inceleme yapacak olursak, açıklandığı üzere 7 Ekim saldırısı öncesinde UCM savcılık teşkilatının yayınladığı belgelerde savaş suçu dışında bir suça atıf yapılmamıştır. Ancak 7 Ekim saldırısı sonrasında soykırım artık sıkça dile getirilen suçlardan biri haline dönüşmüştür. 16 Kasım 2023 tarihli basın açıklamasın-

⁸⁵ TRIFFTERER Otto, "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such", *Leiden Journal of International Law*, Cilt 14, Sayı 2, 2001, ss. 399-408, s. 401-402.

⁸⁶ TRIFFTERER Otto, "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such", *Leiden Journal of International Law*, Cilt 14, Sayı 2, 2001, ss. 399-408, s. 401.

⁸⁷ Nitekim son dönemde uluslararası ceza hukuku açısından oldukça önemli bir soruşturma olan Myanmar kapsamında Uluslararası Adalet Divanı'nda Gambiya tarafından yapılan başvuruda Myanmar'ın hukuki temsilcisi olarak kürsüye çıkan ve soykırım suçu üzerine çalışmalarıyla bilinen William Schabas savunmasında Myanmar'da yaşananların soykırım suçunu oluşturmadığı ifadelerine yer vermiştir. Bkz. Reuters, DEUTSCH Anthony, Myanmar's lawyer to critics on genocide case: Everyone has right to defense, <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-profile-schabas/myanmars-lawyer-to-critics-on-genocide-case-everyone-has-right-to-defense-idUSKBN1YH02J/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

da BM uzmanları uluslararası toplumu Filistin halkına karşı soykırımı önlemeye çağırmıştır. BM uzmanları 16 Kasım tarihinde yaptıkları açıklamada İsrail'in askeri operasyonlarının işgal edilmiş Filistin toprakları üzerindeki Filistinliler açısından etkisini gözler önüne sererek bu operasyonların artık ciddi bir soykırım riski teşkil ettiğini, acilen ateşkes için baskı yapılması gerektiğini ve uluslararası toplumun soykırımı önleme görevinin de hatırlanması gerektiğinin altı çizilmiştir.⁸⁸

2023 yılının sonlarına doğru yer alan bu raporlarda soykırım riskine dikkat çekilmesi önemlidir. İsrail-Filistin çatışması artık savaş suçları kapsamında çıkmış, insanlığa karşı suçların aktif olarak tartışıldığı bir duruma gelmiştir. Öte yandan soykırım suçu tehdidine karşı uluslararası topluma çağrı yapılmaktadır. Nitekim Mart 2024'de yayımlanan BM Özel Raportörü Francesca Albanese'in raporunun başlığını 'Bir Soykırımın Anatomisi' ifadesi oluşturmakta ve özel raportör Gazze'de işlenen suçların soykırım eşliğini geçtiğini ifade etmektedir.⁸⁹

BM Özel Raportörü Francesca Albanese'in raporu 1967 sonrası işgal edilen Filistin toprakları üzerine bir analize hasredilmiştir.⁹⁰ Raportör HAMAS'ın 7 Ekim saldırısını kınamakla birlikte, Batı Şeria'nın ve Kudüs'ün raporun kapsamı dışında kaldığını ileri sürmüştür.⁹¹ Raporda, İsrail tarafından soykırım suçunu oluşturan (a) grup üyelerini öldürmek; (b) grup üyelerine ciddi bedensel ya da ussal zarar vermek; (c) fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak fiillerinin işlendiği ifade edilmektedir.⁹²

⁸⁸ UN, Gaza: UN experts call on international community to prevent genocide against the Palestinian people, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-prevent-genocide-against>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁸⁹ UN, Rights expert finds 'reasonable grounds' genocide is being committed in Gaza, <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147976>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

⁹⁰ ALBANESE Francesca, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 21 Eylül 2022, A/77/356, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/598/03/pdf/n2259803.pdf?token=RJ5bwXPvxvHPZedGqn&fe=true>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁹¹ ALBANESE Francesca, "Anatomy of a Genocide", Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, para. 2, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁹² ALBANESE Francesca, "Anatomy of a Genocide", Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, s. 6-11, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Soykırım kastı açısından ise rapor, soykırım kastının devlet planı ve devlet görevlilerinin açıklamaları gibi doğrudan veya zulmün ölçüğü, mağdurların sadece belirli bir gruba mensup olmaları sebebiyle hedef alınmaları gibi dolaylı delillerle kanıtlandığını belirtmektedir.⁹³ Rapor, soykırım suçunda kullanılan ‘insandışılaştırma’ (*dehumanisation*) yöntemine dikkat çekmekte, soykırım suçunun işlenmesinde hedef alınan grubun devlet otoriteleri tarafından insandışılaştırılmış bir dile maruz bırakılmalarının ve bu dilin yapılan eylemlerle uyumlu olmasının altını çizmektedir.⁹⁴ Raporda bu açıklamaları destekleyen pek çok kişinin ifadelerine yer verilmiştir. Bunlardan bu çalışma için önemli olan birkaç örnek olarak, İsrail Devlet Başkanı İzak Herzog’un 7 Ekim saldırılarından bütün bir ulusu suçlu bulduğu ve ‘onların belkemiğini kırmak’ ifadesini kullanması, İsrail Başbakanı Benjamin Netanyahu’nun Filistinlilerden bahsederken kutsal kitaplarda İsrailoğullarının yok etmeleri gereken düşmanı olarak tanımlanan Amalekler ve ‘canavarlar’ olarak hitap etmesi ve İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant’ın ‘insan hayvanları’ olarak hitap etmesi, Gazze’nin bir daha eski haline dönmeyeceğini söylemesi ve tam saldırı ilan etmesi gösterilebilir.⁹⁵ Ayrıca rapor, İsrail devlet politikasının uluslararası insancıl hukukun kurallarını bozduğunu ve bütün bir ulusal grubun ve bu grubun yaşam alanının yok edilebilecek bir hedef haline getirdiğini belirtmekte ve bu durumun soykırım kastını gösterdiğini

⁹³ ALBANESE Francesca, “Anatomy of a Genocide”, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, para. 47-48, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁹⁴ ALBANESE Francesca, “Anatomy of a Genocide”, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, para. 49, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁹⁵ ALBANESE Francesca, “Anatomy of a Genocide”, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, para. 50, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024). Raporda original ifadeler şu şekilde belirtilmiştir: “(a) *President Isaac Herzog stated that “an entire nation out there...is responsible” for the 7 October attack, and that Israel would “break their backbone”;* (b) *Prime Minister Benjamin Netanyahu referred to Palestinians as “Amalek” and “monsters”. The Amalek reference is to a biblical passage in which God commands Saul “Now go and smite Amalek, and utterly destroy all that they have, and spare them not; but slay both man and woman, infant and suckling, ox and sheep, camel and ass”.* (c) *Minister of Defense Yoav Gallant referred to Palestinians as “human animals”, and announced “full offense” on Gaza, having “released all the restraints”, and that “Gaza will never return to what it was”*“.

iddia etmektedir.⁹⁶ Bu rapor, BM nezdinde tartışılması ve soykırım suçunun hukuki unsurlarını delillerle incelemesi açısından hukuki değerlendirmelere yol gösterebilecek niteliktedir.

UCM kapsamında baktığımızda ise, çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere savcılık teşkilatının tutuklama talebinde soykırım suçuna yer verilmemiştir. Bu noktada Mahkeme'nin kullandığı ispat standardı önem içermektedir. UCM kapsamında sanığın suçluluğunun makul şüphenin ötesinde bir standartta kanıtlanması gerekmektedir.⁹⁷ Ancak Mahkeme'nin bir tutuklama kararı verebilmesi için Roma Statüsü m. 58'e göre "[ş]ahsın Mahkemenin görev alanına giren bir suçu işlediğine inanılması için makul nedenler olması"⁹⁸ gerekmekte, soruşturmasını tamamlamasıyla birlikte Ön Soruşturma Dairelerinin verdiği İsnatların Teyidi (*Confirmation of Charges*) kararlarında ise Roma Statüsü m. 61/5' de belirtildiği üzere inandırıcı somut gerekçeler oluşturmaya yeterli delille iddianın desteklenmesi gerekmektedir.⁹⁹ Roma Statüsü'nde yer alan makul nedenler, inandırıcı somut gerekçelerden daha düşük bir standart getirmekte, mahkûmiyet kararı için aranan makul şüphenin ötesinde ise inandırıcı somut delillerden daha yüksek bir standart getirmektedir.¹⁰⁰

Esasen, sadece BM nezdinde yer alan raporlar incelendiğinde dahi, tutuklama talebinde bulunmak için soykırım suçu gerçekçi bir zeminde tartışılmayı hak eden suçlar arasında yer almaktadır. Ancak UCM Savcılık Teşkilatının tutuklama talebine ilişkin açıklamaları ise soykırım suçunu UCM nezdinde tartışmak için yeterli delil olmadığı kanaatindedir. Bu durum UCM

⁹⁶ ALBANESE Francesca, "Anatomy of a Genocide", Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, para. 57, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

⁹⁷ Rome Statüsü m. 66: "1. Mahkeme tarafından uygulanacak hukuka göre suçluluğu ispatlanıncaya kadar herkes masum sayılır. 2. Sanığın suçu işlediğini ispat yükü Savcıya aittir. 3. Sanığı mahkum edebilmek için mahkeme, sanığın suçu işlediğine makul şüphe kalmayacak şekilde kanaat getirmiş olmalıdır." Bkz. AYDIN, s. 45.

⁹⁸ AYDIN, s. 37.

⁹⁹ Rome Statüsü m. 61/5: "Savcı, duruşmada, her bir suçlamayı, şahsın kendisine isnat edilen suçu işlediğine dair inandırıcı somut gerekçeler oluşturmaya yeterli delille destekler. Savcı, bu hususta belgelere dayalı veya özet deliller kullanabilir ve yargılamada ifade verecek tanıklar bu duruşmaya çağırması gerekmez." Bkz. AYDIN, s. 40.

¹⁰⁰ DANNENBAUM Tom, Nuts & Bolts of Int'l Criminal Court Arrest Warrant Applications for Senior Israeli Officials and Hamas Leaders, 20 Mayıs 2024, <https://www.justsecurity.org/95864/international-criminal-court-arrest-warrants-israel-hamas/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Savcılık Teşkilatının hukuki sorunlara aktivist bir pencereden değil, tam aksine oldukça temkinli bir açıdan yaklaştığının en önemli kanıtıdır. Pek tabii, süreç içerisinde savcılık iddialarına yenilerini ekleyebilir. Ancak bu haliyle, mevcut tutuklama talebi, soykırım suçunu bilinçli olarak kendi kapsamı dışında bırakmaktadır. Gazze halkı ulusal bir grubu oluşturmaktadır. Bu yönüyle soykırım suçunun tanımı gereği korunan bir grup niteliği olacaktır. Buldukları coğrafya İsrail kontrolünde olup yer değiştirmeye elverişli değildir. İsrail devlet yetkililerinin yaptığı açıklamalar Gazze halkının İsrail için tehdit oluşturduğu yönündedir. Kamuya açık kaynaklar ve BM raporları incelendiğinde soykırım suçunun tartışılması için uygun hukuki zemin oluşmuştur. Nihayetinde UCM'nin bu aşamada dikkat etmesi gereken ispat standardı makul gerekçeler olmasıdır. Kovuşturma aşamasında soykırım suçunun işlendiğine dair makul şüphenin ötesinde deliller ortaya konamayabilir. Ancak soruşturma aşamasında soykırım suçunun incelemeye ve hatta tutuklama talebine dahil edilmesi için makul gerekçeler olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşümüz hukuki değerlendirmemizi Filistin soruşturmasında soykırım suçu işlenmiştir sonucuna götürmemektedir, ancak soruşturma kapsamında ve hatta kovuşturma dahilinde soykırım suçu tartışılabilir bir eşığe ulaşmıştır.

Soykırım suçu üzerine tartışmalarımıza son vermeden önce, her ne kadar UCM kapsamında olmasa, bu suçun İsrail-Filistin çatışmasının öteki tarafı olan İsrail açısından nasıl değerlendirildiğine de son dönemde medyada yer alan bir olay nezdinde kısaca yer vermek istemekteyiz. 7 Ekim 2023 Hamas, saldırısından sonra dünya genelinde çatışmanın taraflarını destekleyen farklı eylemler yapılmıştır. Bunlardan özellikle üniversite kampüslerinde kamp kurarak yapılan uzun soluklu eylemler gerek oluşturdukları hukuki sorunlar gerekse eylemlere müdahale türleri açısından sıkça gündeme gelmiştir. Bu eylemler kapsamında Filistin taraftarlarının kullandığı bir slogan dikkat çekmektedir: “Nehirden denize Özgür Filistin” (*from the river to the sea, Palestine will be free*). Bu slogan Kasım 2023'de ABD Kongresinde tartışılmış ve bu sloganın nehirden denize ifadesinin İsraililere karşı soykırım çağrısı olduğu ifade edilmiştir.¹⁰¹

¹⁰¹ Texas Eyaleti Temsilcisi Pat Fallon'un Kongredeki konuşmasının videosu için bkz. <https://x.com/RepPatFallon/status/1722009940653470102>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024). Ayrıca bkz. NPR, HERNANDEZ Joe, How interpretations of the phrase 'from the river to the sea' made it so divisive, <https://www.npr.org/2023/11/09/1211671117/how-interpretations-of-the-phrase-from-the-river-to-the-sea-made-it-so-divisive>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Bu sloganın kullanımı Batı dünyasını önemli ölçüde meşgul ederken, Toronto Üniversitesi'nde kurulan protesto kampında sloganın Yahudi karşıtı (*antisemitic*) olup olmadığı Ontario Yüksek Mahkemesi'nce değerlendirilmiştir.¹⁰² Hakim, bu sloganın ilk bakışta Yahudi karşıtı olduğuna dair kuvvetli bir izlenim vermediğini, sloganın benzerlerinin Yahudiler tarafından da kullanıldığını ve bu ve benzeri sloganların nehirlerden denize sadece Filistin halkının mı devleti olması gerektiği, yahut bu bölgede Filistinlilerin ve Yahudilerin eşit haklara sahip olduğu bir devlet mi olması gerektiği veya aynı bölgede iki devletli bir çözüm çağrısı mı yaptığının belirsiz olduğunu ifade etmiş ve bu sloganın Yahudi karşıtı olmadığını ifade etmiştir.¹⁰³

Ontario Yüksek Mahkemesi kararının, ilgili sloganın Yahudi karşıtı bir nefret suçu oluşturup oluşturmadığı hususunda öne sürdüğü temel sistematikle katılmakla birlikte, burada çatışmanın tarafları arasındaki güç asimetrisinin de göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu tür sloganların soykırım çağrısı olabilmesi için yukarıda yaptığımız “bağlam” tartışması önem arz etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi esasen nefret temelli münferit suçlarla soykırım suçunu birbirinden ayıran önemli unsurlardan biri de budur. Dolayısıyla bu sloganın soykırım çağrısı kapsamında tartışılmasının hukuki bir zemini olmadığı kanaatindeyiz.

B. İnsanlığa Karşı Suçlar (Roma Statüsü m. 7)

1. İnsanlığa Karşı Suçlara İlişkin Genel Açıklamalar

İnsanlığa karşı suçlar Roma Statüsü m. 7'de düzenlenmiştir. Soykırım suçu korunan grupların var olma haklarını korumakta, savaş suçları ise uluslararası insancıl hukukun belirlediği prensipler dahilinde silahlı çatışmalarda korunan varlıklara karşı işlenen suçları kategorize etmektedir. Ancak her şekilde, silahlı çatışma olsun ya da olmasın, korunan bir gruba mensup olunsun ya da olunmasın, sadece sivilleri temel odağına alan ve sadece sivillere yönelik suçları konu edinen bir suç tipine ihtiyaç vardır, ki bu da insanlığa

¹⁰² Toronto Üniversitesi'ndeki gösteriler ve mahkeme kararı için bkz. CBC News, U of T gets injunction to clear encampment, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/decision-university-toronto-injunction-encampment-1.7252343>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁰³ Mahkeme kararının ilgili kısmı için haber sayfasının sonunda yer alan karar görüntüsünün 9. paragrafına bakınız. CBC News, U of T gets injunction to clear encampment, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/decision-university-toronto-injunction-encampment-1.7252343>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

karşı suçları oluşturmaktadır.¹⁰⁴ Bu açıklamadan yola çıkarak şu yönde genel çıkarımlarda bulunulabilir: İnsanlığa karşı suçlarda mağdurların korunan bir gruba ait olması gerekmez ve yine insanlığa karşı suçların işlenmesi için bir silahlı çatışma ortamının var olması gerekmez.¹⁰⁵

Bu anlamda aslında oldukça geniş bir koruma alanı sağlayan insanlığa karşı suçları düzenleyen Roma Statüsü m. 7'nin *chapeau* kısmında herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmesi ibaresi yer almaktadır ve madde devamında hangi fiillerin bu suç tipi altında yer alacağını sıralamaktadır.¹⁰⁶ O halde savcılığın burada ortaya koyması gereken sistematik veya yaygın bir şekilde sivillere yönelik madde-nin devamında yer alan fiillerin gerçekleştirilmesidir. Roma Statüsü'nün düzenlemesinde insanlığa karşı suçların dört temel unsuru vardır: sistematik veya yaygın olmaları, sivillere karşı işlenmeleri, fiilin kasten işlenmesi ve saldırıyı oluşturan fiillerin bir devlet ya da organizasyonun politikasını takip etmek veya devam ettirmek için işlenmesi gerekmektedir.¹⁰⁷ İnsanlığa karşı suçlar oldukça geniş çaplı bir literatüre sahip olmakla birlikte, Filistin öze-linde bir değerlendirme yapabilmek için bu bölümde hususi olarak fiillerin yaygın veya sistematik doğası, fiillerin birleşiminden oluşan saldırının nasıl tanımlandığı ve insanlığa karşı suçların manevi unsuru üzerinde kısaca duru-lacaktır.

Öncelikle maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere insanlığa karşı suçların incelemesinde yaygın ya da sistematik olması aranacak, bir diğer ifade ile iddia makamı her iki şartı da ortaya koymak zorunda olmayacak, sadece biri sağlanıyorsa suçun oluşması için yeterli kabul edilecektir.¹⁰⁸ Yaygın veya sistemik ifadesi suçun maddi unsurunu oluşturan fiillere yöne-lirik bir ifadedir. Böylece insanlığa karşı suçları oluşturan “öldürme, toplu yok etme, köleleştirme, nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli, uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsetme veya fiziksel özgürlükten

¹⁰⁴ 20. yüzyılın başında kullanılan medeniyete karşı suçlar ifadesinin (crimes against civilization) insanlığa karşı suçlar ifadesine evrilmesinin ve savaş suçlarından ayrışmasının tarihi bir perspektiften açıklaması için bkz. BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in international criminal law**, 2. Bası, Brill, Leiden 1999, s. 60 vd.

¹⁰⁵ CRYER *ve diğ.*, s. 227-231.

¹⁰⁶ AYDIN, s.3 vd.

¹⁰⁷ SADAT, Leila Nadya. “Crimes Against Humanity in the Modern Age” **American Journal of International Law**, Cilt 107, Sayı 2, 2013, ss. 334-77, s. 352.

¹⁰⁸ CRYER *ve diğ.*, s. 232.

başka biçimlerde mahrum etme; işkence; ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; zoraki kayıplar; ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu; kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler”¹⁰⁹ rastgele değil, yaygın olarak ya da sistemik bir biçimde işlenmelidir.

Bu iki farklı eşikten ne anlaşılması gerektiği konusunda önceki mahkeme kararları yol göstermektedir. Ad Hoc mahkemeler olarak kabul edilen Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarında “yaygın” ifadesi saldırının büyük ölçekli doğasına ve hedeflenen kişi sayısına işaret eder, “sistemik” ifadesi ise “şiddet eylemlerinin örgütlü doğasına” işaret eder. Bir plan ya da siyasa varlığı ile saldırının sistemik olduğunu gösteren bir işarettir.”¹¹⁰

Yukarıda sayılan unsulardan saldırıya bakıldığında ise, saldırı insanlığa karşı suçlar kapsamında savaş suçlarında kullanıldığı gibi silahlı saldırı anlamında kullanılmamaktadır.¹¹¹ Roma Statüsü m. 7/2(a) kapsamında saldırı kelimesinden “[h]erhangi bir sivil topluluğa yöneltilmiş saldırı”, devlet ya da kurumsal bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. paragrafta belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması”¹¹² ifadesinin anlaşılacağı belirtilmiştir. O halde, suç tanımında yer alan fiillerin birden çok kere işlen-

¹⁰⁹ AYDIN, s. 3 vd.

¹¹⁰ Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović, Case No. IT-03-69-T, Judgement (TC), 30 May 2013, paras. 963, 971. UCM Ruto ve diğerleri kararında saldırıların sık bir şekilde, büyük çaplı, dikkat çeker bir vahamette kolektif olarak büyük sayılarda sivillere yönlendirilmiş şekilde olmasını insanlığa karşı suçların yaygın olma ölçeği kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Situation In The Republic Of Kenya In The Case Of The Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11, 23 Ocak 2012, para. 176, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_01004.PDF, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Karar original dilinde şu ifadeyi kullanmıştır: “On the basis of the material provided to the Chamber, there are substantial grounds to believe that the attack perpetrated was widespread. Viewed as a whole, the evidence shows that the attack was massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a large number of civilian victims.”

¹¹¹ CRYER ve diğ., s. 233.

¹¹² AYDIN, s. 4.

mesi hali suça ilişkin bir ölçeklendirme getirmekte, bir politika dahilinde işlenmesi ise suçun kolektif doğasına işaret etmekte ve böylece tanım, kolektif olmayan ve münferit suçları, insanlığa karşı suç kapsamının dışında bırakmaktadır.¹¹³ Ancak bu açıklamalar her zaman yeterli değildir, zira Roma Statüsü ve Suçun Unsurları belgesi bu açıklamalarda yer alan terimlerden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmamaktadır. Günümüzde UCM'de ele alınan davaların çoğu insanlığa karşı suçlar hakkında yürütülmektedir ve yargı kararları bu suçun açıklanmasında önemli kabul edilmektedir.¹¹⁴

Suçun manevi unsuru açısından yukarıda da belirttiğimiz üzere Roma Statüsü kasten işlenen suçları kabul etmektedir. Dolayısıyla fail insanlığa karşı suçları oluşturan fiilleri kasten işlemelidir. Ancak burada insanlığa karşı suçları oluşturan kasten öldürme, cinsel şiddet, işkence gibi münferit olabilecek nitelikte fiiller de mevcuttur. Bu suçlara insanlığa karşı suç çatısı altında yer açan temel unsurlardan biri ise failin eylemlerinin geniş bir saldırı ile bağını ve davranış ya da ihmalinin sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik saldırının bir parçası olduğunu bilerek hareket etmiş olmasıdır.¹¹⁵ O halde insanlığa karşı suçlar altında yer alan fiilleri bu suç bünyesinde bağlayan faildeki iradedir.

2. Tutuklama Talebi Kapsamında İnsanlığa Karşı Suçların Değerlendirmesi

UCM'nin tutuklama talebinde HAMAS'ın işlediğine dair makul gerekçeler olduğu iddia edilen suçlar arasında toplu yok etme, kasten öldürme, cinsel şiddet, işkence ve diğer insanlık dışı eylemlere değinilmiştir. Bunun yanı sıra, İsrail'in işlediğine dair makul gerekçeler olduğu iddia edilen suçlar arasında aç bırakmak suretiyle ölüme sebep olmak hali de dahil olacak şekilde toplu yok etme ve/veya öldürme, zulüm ve diğer insanlık dışı eylemlere değinilmiştir. UCM'nin bu başvurusunda sayılan suçların HAMAS tarafından en azından 7 Ekim 2023'den, İsrail tarafından ise en azından 8 Ekin 2023 tarihinden beri işlendiği belirtilmektedir. Bu noktada bu başvuru, Mahkeme'nin 2021'de başlattığı bu soruşturmada, Filistin'deki bazı kronikleşmiş problemlerin sabit kaldığı göz önüne alındığında, 2024'e değin esa-

¹¹³ CRYER *ve diğ.*, s. 233.

¹¹⁴ SADAT, s. 355.

¹¹⁵ CRYER *ve diğ.*, s. 233.

sen başka herhangi bir suç konu edinmediği gerçeğini ortaya koymaktadır. Mahkeme'ye yönelik getirdiğimiz bu genel eleştiri bir kenarda dursun, Mahkeme'nin insanlığa karşı suçlardan toplu yok etmeyi tutuklama talebi kapsamında almasının oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz. Ancak Mahkeme'nin özellikle İsrail için yapmış olduğu insanlığa karşı suçlar değerlendirmesinin yeteri kadar kapsayıcı olmadığını düşünüyoruz.

Öncelikle toplu yok etme suçunun aç bırakma bağlamına indirgenmesi var olan durumun tahlilini zorlaştıracaktır. UCM'nin de belirttiği gibi en azından 8 Ekim 2023 tarihinden beri özellikle Filistin'in Gazze bölgesinde yaşayan sivillerin hedef alındığı, sistematik olarak, devlet yetkililerinin de belirttiği üzere bir devlet politikasının devamı niteliğinde fiiller görülmektedir, ki burada durum sadece aç bırakma yönteminin kullanılmasının ötesine geçmiştir. Aranan eşik Roma Statüsü kapsamında belirtildiği üzere makul gerekçeler öne sürmek ise, günümüzde sadece Gazze özelinde yazılan uluslararası raporların bu eşiği sağladığı kanaatindeyiz.

Bu kapsamda İsrail güvenlik güçlerinin özellikle göz altında yaşanan cinsel şiddet vakaları BM İnsan Hakları Komiserliği'nin Tematik Raporu'nda açıkça ifade edilmiştir.¹¹⁶ Bu rapor oldukça önemlidir, zira bu raporda UCM'nin tutuklama talebinde değinmediği bir diğer suç olan işkence suçuna oldukça geniş bir yer ayrılmıştır.¹¹⁷ Bu rapor UCM savcılığının tutuklama talebini içeren başvurusundan iki ay sonra yayınlanmıştır ve pek tabiidir ki uluslararası ceza yargılamaları medyada dile getirilen spekülasyon haberlerden azade, hukuki değerlendirmeler esasa alınarak yapılacaktır. Ancak bu çalışmaya konu olan çatışmanın tarafları açısından makul gerekçeler eşiğini aşmış bu iddialar yeni olmadığı gibi, BM raporlarının ulaşabileceği verilere UCM savcılık çalışanlarının da ulaşabileceği Mahkeme'nin kudreti dahilinde bilinen bir gerçektir. Kanaatimizce, UCM bu fiillerin silahlı çatışma ile bağlantılı olduğu iddiasıyla savaş suçları kapsamında zalimane muamele ve vücuda veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma kapsamında değerlendirmektedir.

¹¹⁶ UN Human Rights Office of the High Commissioner, Thematic Report Detention in the context of the escalation of hostilities in Gaza (October 2023-June 2024), 31 Temmuz 2024, para 41 vd, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/opt/20240731-Thematic-report-Detention-context-Gaza-hostilities.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹¹⁷ UN Human Rights Office of the High Commissioner, Thematic Report Detention in the context of the escalation of hostilities in Gaza (October 2023-June 2024), 31 Temmuz 2024, para 33 vd, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/opt/20240731-Thematic-report-Detention-context-Gaza-hostilities.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Dikkatimizi çeken bir diğer husus ise İsrail özelinde cinsel şiddet suçlarına yer verilmemesidir. Bu durum özellikle son dönemde dünya medyasının gündeme getirdiği bir gelişme ile tekrar tartışılır hale gelmiştir. Financial Times gazetesinde çıkan bir habere göre İsrail polisinin İsrail ordusuna mensup dokuz askeri gözetiminde bulunan Filistinlilere cinsel saldırıda buldukları gerekçesiyle tutuklaması üzerine aşırı sağ görüşlü gruplar İsrail'deki iki ordu merkezine baskın düzenlemişlerdir.¹¹⁸ Bu haber İsrail'in kendi içerisinde cinsel şiddet içeren suçların varlığını tasdiklemektedir. Bu noktada böyle bir ulusal soruşturmanın başlatılmasının UCM nezdinde bir kabul edilebilirlik sorunu yaratabileceğini çalışmanın önceki bölümlerinde ortaya koyduk. Ancak cinsel şiddet içeren suçların her iki taraf aleyhinde de fütursuzca ortaya atıldığı böyle bir dönemde, çatışmanın taraflarından birinin kendi içerisinde dahi bu suçların yargı konusu olmasının ve fakat UCM savcılığının tutuklama talebine hiç konu olmamasını kabul etmekte zorlanıyoruz.

C. Savaş Suçları (Roma Statüsü m. 8)

1. Savaş Suçlarına İlişkin Genel Açıklamalar

Savaş suçları uluslararası insancıl hukuk başlığı altında oldukça geniş bir literatüre sahiptir. Ancak bu çalışma kapsamında Filistin durumu ve UCM Savcılık Teşkilatının tutuklama talebi değerlendirileceği için savaş suçlarına dair aşağıdaki analizde kullanılmak üzere genel bir çerçeve çizilecektir.

Savaş suçları en geniş tanımı ile uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinden oluşmaktadır.¹¹⁹ Dolayısıyla savaş suçlarının varlığından bahsedebilmek için uluslararası insancıl hukuk kapsamında objektif esaslara dayanan bir silahlı çatışmanın varlığı gerekmektedir.¹²⁰ O halde savaş suçlarından bahsedebilmek için öncelikle bir silahlı çatışma olacaktır, ancak hemen ardından bu silahlı çatışmanın niteliği tespit edilmelidir çünkü geleneksel olarak savaş

¹¹⁸ Financial Times, SHOTTER James (Kudüs)/ ZILBER Neri (Tel Aviv), Israeli military warns of 'anarchy' as far-right protesters storm army bases, 30 Temmuz 2024, https://www.ft.com/content/f2c90cd8-5253-48dc-8dc7-fda07198aaa1?accessToken=zWAGHwUqpiEgkdPyyQzYUINI3NONx_2gcZiqoQ.MEUCIDSYZ0zDsWRNIW7t7eeCapV_jJujWEDKdwIXYbSIhEe9AiEA0YlaXqEWPbWorIUdBYb64aE6liLy9De8lNuorMLDcCk&sharetype=gift&token=5cc5e5cf-a356-4a2a-a9ea-d279c03bb0b4, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹¹⁹ CRYER *ve diğ.*, s. 259.

¹²⁰ Sadece devletlerin hangi durumlarda silahlı çatışma ilan ettikleri değil, objektif olarak bir durumda silahlı çatışma olup olmaması uluslararası insancıl hukuk tarafından dikkate alınacaktır. Bkz. Cryer *ve diğ.*, s. 270.

suçları ve hatta uluslararası insancıl hukuk uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda uygulanmamaktadır.¹²¹ Esasen uluslararası nitelikte olmayan çatışmalar kapsamında da savaş suçlarının ve insancıl hukukun uygulanmasının kabul edilmesi insan hakları hukukunun aktif olarak etkinleşmeye başladığı ve Cenevre sözleşmelerinin yazıldığı dönemlere uzanmaktadır.¹²²

Silahlı çatışmanın uluslararası nitelikte ya da uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma olması mevcut durum üzerine uygulanacak hukuku değiştirmektedir. Zira, Roma Statüsü m. 8 oldukça uzun bir şekilde savaş suçlarını düzenlemektedir. Bu uzun maddenin kendi içinde bir mantığı vardır. Maddenin 2. fıkrasının (a) ve (b) bentleri uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanabilecekken, (c) ve (e) bentleri ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde Roma Statüsü savaş suçlarının düzenlenmesi anlamında daha önce faaliyet göstermiş olan uluslararası ceza mahkemelerine kıyasla en kapsamlı hukuki listeyi sunmaktadır.¹²³

Silahlı çatışmanın varlığı ve niteliği önemli olduğu gibi bu bağlamda kabul edilen temel prensipler de savaş suçlarını incelemekte önem içermektedir. Bunlardan özellikle orantılılık ve ayırt etme ilkeleri üzerinde durmak isteriz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin tanımına göre orantılılık ilkesi, askeri hedeflere karşı düzenlenen saldırıları, sağlanması beklenen askeri avantaja göre aşırı olacak sivil zarara yol açmasını yasaklar.¹²⁴ Daha yalın bir ifade ile orantılılık askeri operasyonlardan kaynaklanan sivil zararı sınırlamayı amaçlar.¹²⁵ Bu prensip beraberinde daha az zarar verecek askeri araçlarla operasyon yapılması zorunluluğunu getirir.¹²⁶

¹²¹ CRYER *ve diğ.*, s. 266.

¹²² Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da kullanılacak şekilde Cenevre Sözleşmelerine Ortak 3. madde konulmuştur. Bkz. CRYER *ve diğ.*, s. 266.

¹²³ CRYER *ve diğ.*, s. 265.

¹²⁴ International Committee of the Red Cross, Proportionality, https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/proportionality#:~:text=The%20principle%20of%20proportionality%20prohibits,and%20direct%20military%20advantage%20anticipated%E2%80%9D, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹²⁵ International Committee of the Red Cross, Proportionality, https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/proportionality#:~:text=The%20principle%20of%20proportionality%20prohibits,and%20direct%20military%20advantage%20anticipated%E2%80%9D, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹²⁶ International Committee of the Red Cross, Israel, the Targeted Killing Case, https://casebook.icrc.org/case-study/israel-targeted-killings-case#para_40, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Bir diğer ilke olan ayırt etme ilkesi ise savaşılanların ve savaşımayanların, ya da savaş dışı kalanların birbirinden ayrılmasını ifade eder. Daha doğru bir ifade ile ayırt etme ilkesinde siviller ile savaşılanlar arasında ve aynı şekilde sivil hedefler ile askeri hedefler arasında bir ayırım yapılır ve operasyonlar sadece askeri hedeflere yönlendirilir. Bu sebeple bu ayırımı yapamayan/yapmayan rastgele saldırılar ve rastgele savaş araçları ya da savaş yöntemlerinin kullanımı yasaklanmıştır.¹²⁷

Özellikle UCM kapsamında Roma Statüsü 8. Maddede düzenlenen savaş suçları açısından Suçların Unsurları belgesinde ifade edildiği üzere suç oluşturan davranışın, bir silahlı çatışmanın bağlamında ve onunla ilişkilendirilmiş olarak (*nexus requirement*) gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla silahlı çatışma ile davranış arasında bu yönde bir bağlantı yoksa savaş suçlarından bahsedilemez. Bu unsur esasen savaş suçlarını, insanlığa karşı suçlardan ayıran temel unsurlardan biridir. Bu yükümlülük, Suçun Unsuru belgesinde savaş suçlarına ilişkin fiillerin teker teker açıklandığı her bir maddeye “[d]avranışın, uluslararası bir silahlı çatışma bağlamında ve onunla ilişkilendirilmiş olarak gerçekleştirilmesi”¹²⁸ ifadesinin ayrı bir fıkra olarak yerleştirilmesinden anlaşılmaktadır.

Roma Statüsü kapsamında benimsenen savaş suçlarına ilişkin manevi unsur incelenecek olursa, suç oluşturan davranışın kasten işlenmesinin yanında bir de failin bir silahlı çatışmanın varlığını oluşturan maddi koşulların farkında olması aranmaktadır. Bu unsur da yine Suçun Unsurları belgesinde savaş suçlarına ilişkin fiillerin teker teker açıklandığı her bir maddeye “[f]ailin bir silahlı çatışmasının varlığını oluşturan maddi koşulların farkında olması”¹²⁹ ifadesinin ayrı bir fıkra olarak yerleştirilmesinden anlaşılmaktadır. Netice itibarıyla, savaş suçlarını oluşturan fiillerin silahlı çatışma içerisinde işlenmesi, bu fiillerle silahlı çatışma arasında bir illiyet bağı olması ve son olarak failin fiilini bir silahlı çatışma dahilinde işlediğinin farkında olması gerekmektedir.

Son olarak ise, esasen savaş suçlarının bir unsuru olmayan, ancak bir savaş suçunun UCM nezdinde incelenebilmesi için getirilmiş daha ziyade Mahke-

¹²⁷ International Committee of the Red Cross, Distinction, https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/distinction#:~:text=The%20principle%20of%20distinction%20is,shall%20direct%20their%20operations%20only, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹²⁸ AYDIN, s. 93 vd.

¹²⁹ AYDIN, s. 93 vd.

me'nin yetkisine ilişkin bir şarttan bahsetmek isteriz. Roma Statüsü m. 8/1'de söz konusu savaş suçunun bir plan ya da politikanın ya da geniş çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi halinde Mahkeme'nin savaş suçları üzerinde yargı yetkisinin olacağı belirtilmektedir.¹³⁰ Burada plan, politika ya da geniş çaplı ifadeleriyle savaş suçlarında insanlığa karşı suçların unsurlarının geçerli olmadığı, bu ifadelerin daha düşük eşikler yarattığı görüşüne biz de katılıyoruz.¹³¹ Esasen, Roma Statüsünün bu ifadesiyle belirlenen eşğin altında kalan savaş suçları hala savaş suçu olarak kalmaya devam edecekler ve pek tabii ulusal yargılamaların konusu olabileceklerdir. Ancak Statü'nün ifadesinden anlaşıldığı üzere Mahkeme münferit nitelikte olabilecek savaş suçlarını değil daha vahim durumları dikkate almakta, yargı yetkisini o tür durumlar için kullanmaktadır.¹³²

2. Tutuklama Talebi Kapsamında Savaş Suçlarının Değerlendirmesi

Filistin soruşturması en başından beri savaş suçları ekseninde devam etmektedir. Ancak UCM Savcılık Teşkilatı'nın Mayıs 2024'deki tutuklama talebinde hem HAMAS hem de İsrail'in sıralanan savaş suçlarını işlediklerine dair makul gerekçeler olduğu belirtilmiştir. Sırasıyla bakıldığında, HAMAS'ın uluslararası nitelikte olmayan çatışmada öldürme, rehin alma, cinsel şiddet, işkence, zalimane muamele ve insan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar fiillerini işlediğine dair makul gerekçeler olduğu ifade edilmiştir.¹³³ İsrail'in ise sivillerin aç bırakılmasının bir savaş yöntemi olarak kullanılması, vücuda veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma veya işkence, Cenevre Sözleşmesine aykırı olacak şekilde kasten öldürme ya da uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada öldürme, uluslararası nitelikte olan veya olmayan silahlı çatışmalarda sivillere karşı kasten saldırı düzenlenmesi suçlarını işlediğine dair makul gerekçeler olduğu belirtilmiştir.¹³⁴

¹³⁰ "Bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların geniş çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargı yetkisi vardır." AYDIN, s. 5.

¹³¹ CRYER ve diğ., s. 278.

¹³² CRYER ve diğ., s. 277-278.

¹³³ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

¹³⁴ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024,

Tutuklama talebi, iddia olunan savaş suçlarının İsrail ve Filistin arasındaki uluslararası nitelikteki silahlı çatışma ve İsrail ile HAMAS ve diğer Filistinli silahlı örgütler arasındaki uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma bağlamında gerçekleştiğini ifade etmektedir.¹³⁵ Bu tutuklama talebinde de açıkça ortaya koyulduğu üzere UCM nezdinde İsrail-Filistin çatışması resmi olarak silahlı çatışma kategorisi altında tanınmıştır.

Tutuklama talebi HAMAS'ın işlediği suçlar kapsamında 7 Ekim 2023 saldırısına odaklanmakta, sivil halka yönelik bu saldırının yarattığı ağır sonuçları vurgulamakta ve ayrıca rehinelere durumuna ilişkin endişeleri belirtmektedir.¹³⁶ İsrail tarafında ise tutuklama talebi daha ziyade aç bırakmanın bir savaş yöntemi olarak uygulanması merkezinde suçlamalarda bulunmaktadır. Gazze'nin üç girişinin de kapatılarak tam kuşatma altında bırakılması, 8 Ekim 2023'den beri yaşam için elzem olan gıda ve ilaç gibi malzemelerin Gazze'ye ulaşmasında iptidai bir tutum izlenme, temiz su ve elektriği kesme, yiyecek kuyruğunda bekleyen sivillerin ve insani yardım görevlilerinin hedef alınması üzerine ifadeler yoğunlaşmıştır. Tutuklama talebinde İsrail'in bu fiilleri HAMAS'ı saf dışı bırakma, HAMAS tarafından alınan rehinelere güvenli olarak geri dönüşünü sağlamak ve İsrail'e tehdit olarak görülen Gazze halkını toplu olarak cezalandırmak için yaptığı belirtilmektedir.¹³⁷

Tutuklama talebi daha ziyade aç bırakma suçu merkezinde kaleme alınsa da, uluslararası gelişmeler ve uluslararası Mahkemelerin siyasi gelişmeler kapsamında temkinli hareketleri dikkate alınırca, biz UCM'nin tutuklama talebinde yer alan bu ifadelerin söz konusu uyuşmazlığı taraflarının işlediği suçları teker teker öne sürmesi açısından oldukça olumlu değerlendiriyoruz.

<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

¹³⁵ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

¹³⁶ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

¹³⁷ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 May 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

Ancak yukarıda getirdiğimiz genel eleştiri çerçevesinde bu aşamada da savaş suçlarına dair değerlendirmenin çatışmanın tam resmini yakalayamadığı kanaatindeyiz. Öncelikle, tutuklama talebi haklı olarak Gazze’de devam eden tam kuşatmaya dikkat çekmektedir. Fakat, Gazze coğrafi olarak özel bir bölge olup 7 Ekim 2023’ün çok öncesinden beri giriş çıkışların oldukça zor olduğu bir yerdir.¹³⁸ 8 Ekim 2023 itibariyle Gazze’de pek çok şeyin değiştiği kabul edilmesi gereken bir gerçektir ancak 2021’den beri devam edegelen bir soruşturma için Gazze’nin bu talihsiz durumunun Mahkeme’yi daha erken bir zamanda hareket etmeye teşvik edebilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca, insanlığa karşı suçlar kapsamında cinsel şiddet suçları için getirdiğimiz eleştiri burada da geçerlidir. Gerek medyada gerekse BM raporlarında İsrail tarafında tutulan ve gözaltına alınan kişilere yönelik cinsel şiddet ve işkence belgelenmişken UCM Savcılık Teşkilatı’nın tutuklama talebinde yer almamıştır. Bu tutuklama talebinde dikkatimizi çeken bir diğer husus ise ayırt etme prensibi kapsamında korunan binalara saldırılar düzenlenmesidir.¹³⁹ Burada hususi olarak hastanelere yapılan saldırıları tartışmak isteriz. Tutuklama talebinin açıkça ortaya koyduğu üzere, İsrail ve HAMAS arasında uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma vardır ve İsrail bu fiilleri HAMAS’ı saf dışı bırakmak için yapmaktadır. Bu amaca ulaşmak için, Dünya Sağlık Örgütü’nün de endişelerini belirttiği üzere, 7 Ekim saldırısının akabinde İsrail öncelikle Kuzey Gazze’de bulunan hastanelerin boşaltılmasını emretmiştir.¹⁴⁰ Dünya Sağlık Örgütü hastaların ve tedaviye ihtiyacı olan sivillerin durumu konusunda endişelerini belirtmekle birlikte çatışmanın devam ettiği son on ay içerisinde İsrail tahliye emrini güneye doğru kaydırmıştır.¹⁴¹ En son dönemde medyaya yansıyan bilgiler doğrultusunda, önemli

¹³⁸ Gazze için genel kullanım dünyanın en büyük açık hava hapisanesi olduğu yönündedir. Human Rights Watch, Gaza: Israel’s ‘Open-Air Prison’ at 15, 14 Haziran 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/06/14/gaza-israels-open-air-prison-15>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹³⁹ Roma Statüsü m. 8/2(e)(iv) “*Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi*” AYDIN, s. 8.

¹⁴⁰ World Health Organization, Evacuation orders by Israel to hospitals in northern Gaza are a death sentence for the sick and injured, 14 Ekim 2023, <https://www.who.int/news/item/14-10-2023-evacuation-orders-by-israel-to-hospitals-in-northern-gaza-are-a-death-sentence-for-the-sick-and-injured>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁴¹ Rafah bölgesindeki sağlık durumuna ilişkin açıklama için bkz. World Health Organization, WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing, 8 Mayıs 2024, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-8-may-2024>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

bir kısım sivil nüfusun kaçarak sığındığı Rafah bölgesinde de HAMAS’a yönelik kısıtlı operasyonlar düzenleneceği ifade edilmiş ve uçaklardan atılan el ilanlarıyla insanların operasyon yapılması planlanan bölgeleri boşaltmaları istenmiştir.¹⁴² Böylece çatışmanın bir tarafı olan İsrail, sivillere ilişkin gerekli uyarılarını yapmış olduğunu ve böylece hedef aldığı kişilerin ve yerlerin ise çatışmanın karşı tarafı olan HAMAS’a ait olduğunu öne sürmektedir.¹⁴³ Bunun üzerine BM yardım görevlileri özellikle hastanelere yapılan saldırılar sonucu yaşanan kayıplar konusunda aylardır uyardıkları gibi,¹⁴⁴ Rafah bölgesine böyle bir saldırının katliam olacağı yönünde açıklama yapmışlardır.¹⁴⁵ Ancak İsrail Rafah saldırılarını gerçekleştirmiş ve sonucu yerinden edilmiş siviller ve sağlık personeli için oldukça vahim olmuştur.¹⁴⁶

Uluslararası kamu vicdanını bu kadar yaralayan hastanelere ve sağlık sistemine yönelik saldırıların karşılığına gelen Roma Statüsü’nün Roma Statüsü m. 8/2(e)(iv)’de de “[a]skeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi” sözleri ile ifade ettiği savaş suçunun neden UCM’nin tutuklama talebinde yerini bulmadığı önemli bir sorudur. Zira bu soru eleştirel bir zihne akabinde şu soruyu getirmektedir: Bir silahlı çatışma esnasında taraflardan birinin, kaçacak başka yerleri olmadığını, çıkış kapılarının kapalı olduğunu ve hatta sınır kontrollerini kendi sağladığı bir coğrafyada savaş hukuku kapsamında belli bölgelerde askeri operasyon düzenlediğini uçaklarla atılan ilanlarla sivil halka haber verirse, bu askeri operasyonların hedef aldığı yerler ve kişiler hukuka uygun hedef olarak mı kabul edilecektir? Sorduğumuz bu soruların değerlendirilmesi bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Ancak biz

¹⁴² BBC News, KNELL Yolande/ GRITTEN David, Israel orders Gazans to evacuate part of Rafah for ‘limited’ operation, 6 Mayıs 2024, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-68964103>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁴³ RUBENSTEIN Leonard, Israel’s Rewriting of the Law of War, Just Security, 21 Aralık 2023, <https://www.justsecurity.org/90789/israels-rewriting-of-the-law-of-war/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁴⁴ MOFOKENG Tlaleng / ALBANESE Francesca, UN Experts, Israel/Gaza: UN experts deplore attacks on Al-Shifa Hospital, urge States to stop the massacre, 3 Nisan 2024, <https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2024/04/israelgaza-un-experts-deplore-attacks-al-shifa-hospital-urge-states>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁴⁵ UN News, Targeting Rafah could lead to slaughter, warns UN aid agency, 3 Mayıs 2024, <https://news.un.org/en/story/2024/05/1149306>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁴⁶ UN News, Gaza: Rafah camp attack heightens focus on dwindling health resources, 28 Mayıs 2024, <https://news.un.org/en/story/2024/05/1150301>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

ne ulusal ne de uluslararası boyutuyla hukuken doğan sorumluluğun bu şekilde bertaraf edilemeyeceği ve bu şartlar altında savaş hukukunun uygulanmasına ilişkin öne sürdüğü açıklamalarla İsrail'in savaş hukukunun ilkelere kötüye kullandığı kanaatindeyiz.¹⁴⁷

IV. TUTUKLAMA TALEBİ KAPSAMINDA BİREYSEL CEZA SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bireysel ceza sorumluluğu, sorumluluk türlerini de kapsayan oldukça geniş bir inceleme konusunu oluşturmaktadır ve bu hususta değerlendirme-lerde bulunabilmek için soruşturmanın ve kovuşturmanın belli bir olgunluğa ulaşması gerekmektedir. Ancak UCM Savcılık Teşkilatının tutuklama talebinde bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin ifadelerin yer alması sebebiyle, bu çalışmanın son başlığı kapsamında sadece genel hatlarıyla ve tutuklama talebinde yer verildiği kadarıyla bu hususa değinilecektir.

UCM devlet sorumluluğunu değil, işlenen suçlardan doğan bireysel ceza sorumluluğunu incelemektedir. Dolayısıyla bu suçları işleyen kişilere ulaşılması ve bu kişilerin ceza sorumluluğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak ceza sorumluluğunun tespiti açısından Mahkeme ulusal yargılamalardan farklı bir metot izlemektedir. Roma Statüsü'nün giriş hükümlerinde de belirtildiği üzere Mahkeme'nin uluslararası suçların faillerinin cezasız kalmamasını sağlama ve bu suçların tekrar işlenmesi konusunda önleyici olma amacı vardır. Üstelik Mahkeme'nin suçun vahameti, failin rolü, adaletin tecellisine ilişkin menfaat bulunması gibi kıstaslarla bu suçların işlenmesinden en sorumlu olan kişileri yargı önüne getirme niyeti olduğu açıkça anlaşılmaktadır.¹⁴⁸ Ancak her zaman bu suçlar bizatihi bu suçlardan 'en çok sorumlu olan' kişiler tarafından işlenmemekte, aksine bu suçları dizayn edenler geri planda kalırken, asıl fiiller büyük yetkileri olmayan kişiler tarafından işlenmektedir. Bu noktada UCM normatif bir bakış açısı benimseye-

¹⁴⁷ RUBENSTEIN Leonard, Israel's Rewriting of the Law of War, Just Security, 21 Aralık 2023, <https://www.justsecurity.org/90789/israels-rewriting-of-the-law-of-war/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

¹⁴⁸ International Criminal Court, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1 Şubat 2010, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024). Bu durum doktrinde Mahkeme'nin 'büyük balıkları' yakalamak istemesi olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda Savcılığın takdir yetkisi için bkz. O'BRIEN Melanie, "Prosecutorial Discretion as an Obstacle to Prosecution of United Nations Peacekeepers by the International Criminal Court: The Big Fish/Small Fish Debate and the Gravity Threshold", *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 10, Sayı 3, Temmuz 2012, ss. 525-545.

rek ceza sorumluluğunu fiili doğrudan işleyenden değil, o fiilin işlenmesini tasarlayandan başlayarak değerlendirmektedir.¹⁴⁹

UCM Savcılık Teşkilatının tutuklama talebinde HAMAS'ın siyasi ve askeri liderleri ile İsrail'in devlet başkanı ve savunma bakanının adı geçmektedir. Esasen bu kişilerden hiçbiri özellikle 7 Ekim 2023 tarihinden bu yana işlendiği iddia olunan suçlarda doğrudan bir rol üstlenmemişlerdir. Ancak onların emir ve yönlendirmeleri sonucunda bu suçların oluştuğu da aşikardır. Dolayısıyla uluslararası ceza hukukun caydırıcılık üzerinde kurulu varoluş amacıyla uyumlu bir şekilde sorumluluk silsilesi hiyerarşik düzenlerdeki en yüksek mertebeden başlayarak aşağı doğru inmektedir. Mahkeme bu kişilerin, dizayn ettikleri sistemlerin sahada suç işleyenlerin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak olduğunu belirtmekte ve bu kişileri adeta bir orkestra şefi gibi tüm suçları yönetmekten sorumlu tutmaktadır.¹⁵⁰ Bu görüş çerçevesinde UCM Savcılık teşkilatı tutuklama talebinde adı geçen kişileri, işlenen suçlar üzerinde fonksiyonel hakimiyet¹⁵¹ sahibi olmaları sebebiyle müşterek fail ve amirin sorumluluğu hükümleri çerçevesinde itham etmektedir.

Bu noktada kısaca değinilmesi gereken bir diğer husus ise dokunulmazlıklardır. UCM Savcılık Teşkilatının tutuklama talebinde İsrail Başbakanı Benjamin Netanyahu ve İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant işlenen suçlarda müşterek fail ve amirin sorumluluğu hükümleri çerçevesinde itham edilmektedirler. Görevdeki bir devlet başkanının uluslararası hukuktan gelen dokunulmazlıklarının uluslararası ceza hukukundaki yeri incelenmesi gereken bir husus olmasına rağmen bu makalenin kapsamı dışında kalıp başlı başına ayrı bir çalışma konusunu oluşturmaktadır.¹⁵² Tutuklama talebine

¹⁴⁹ Normatif yaklaşımın karşısında yer alan doğalcı yaklaşımda ise sorumluluk zinciri fiili işleyenden başlayarak kurulur. Bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 47-48.

¹⁵⁰ UCM daha ziyade fiil hakimiyeti görüşüne dayanarak açıklamalar getirmektedir. Fiil hakimiyeti görüşünün incelemesi için bkz. OHLIN Jens David/ VAN SLIEDREGT Elies/ WEIGEND Thomas, "Assessing the Control-Theory", **Leiden Journal of International Law**, Cilt 26, Sayı 3, ss. 725-746, s. 741 vd. UCM'nin bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin Roma Statüsü'nün 25. maddesini uygularken benimsediği yaklaşımlar için bkz. Gökşen, 2023, s. 133-142.

¹⁵¹ Kararlarında daha ziyade Alman Hukukçu Claus Roxin'in fiil hakimiyeti görüşüne yer veren UCM, fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyete sahip olmayı müşterek faillik olarak kabul etmektedir. Fiil hakimiyeti görüşü ve UCM'nin yaklaşımı için bkz. ÖNOK Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 192.

¹⁵² Bu hususta benzer bir örnek oluşturacak Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin hakkında UCM'nin çıkarttığı tutuklama kararının devlet başkanlarının dokunulmazlıkları açısından de-

ilişkin Savcı Karim Khan'ın yapmış olduğu açıklamada dokunulmazlıklara değinilmemiş fakat hukukun eşit uygulanması, cezasızlık alanlarının olmaması ve hesap verilebilirlik gibi önemli terimlere yer verilmiştir.¹⁵³ Savcı Khan'ın bu açıklamalarından anlaşıldığı üzere dokunulmazlıklar bu soruşturmada Mahkeme'nin yargı yetkisini etkilememelidir.¹⁵⁴

Burada bir kez daha açıklamakta fayda görüyoruz ki, uluslararası ceza hukukunu ilgilendiren diğer durumlarda da olduğu gibi, bu durumda da bu çalışmaya konu olan tutuklama talebinde ismi geçen kişiler söz konusu suçları doğrudan işleyen yegâne kimseler değillerdir. Bilakis, bu suçları işleyen onlarca doğrudan fail vardır. Ancak pek çok zaman sadece emirleri yerine getiren yetkisiz kişilerden oluşan bu doğrudan failleri cezalandırmak, uluslararası ceza hukukunun caydırıcı etki yaratmak amacına hizmet etmemektedir. Bu sebeple bu kişilerin iradeleri üzerinde, ya da işledikleri fiiller üzerinde hakimiyet kurulması anlayışına dayanarak faillik hükümleri üzerinden sorumluluk tesis etmeye çalışmaktadır.¹⁵⁵ UCM'nin yargı yetkisine girmeye-

ğerlendirmesi için bkz. PİRİM Ceren, "Görevdeki Devlet Başkanlarının Dokunulmazlıkları ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Vladimir Putin Hakkında Çıkardığı Tutuklama Kararının Uluslararası Hukuka Uygunluğu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 2, ss. 1035-1070.

¹⁵³ UCM Savcısı Karim Khan'ın açıklaması için bkz. International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).

¹⁵⁴ Roma Statüsü m. 27/2 şu ifadeye yer vermektedir: "Ulusal veya uluslararası hukuk çatısı altında olsun veya olmasın, bir şahsın resmi unvanıyla bağlantılı olan bağışıklık veya usul kuralları, Mahkeme'nin böyle bir şahıs üzerinde yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmez." Ancak Roma Statüsü m. 98 ise şu şekildedir: "

1. Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik dokunulmazlığı konusunda, uluslararası hukuk uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, üçüncü devletten dokunulmazlığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edememiş ise talebini sürdürmez. 2. Mahkeme, teslim etme talebiyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, Mahkeme'ye şahsı göndermesi gereken devletin rızasının arandığı bir konuda, uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Mahkeme, gönderen devletin şahsı teslim etmeyi kabul etme konusunda işbirliğini elde edememiş ise talebini sürdürmez." Her ne kadar bu iki madde birbiriyle çelişiyor gibi görülse de esasen 27. madde hususi olarak Roma Statüsü 'ne üye olan devletleri konu edinmektedir. Statüye taraf devletler Statü kapsamında kalan suçlar konusunda dokunulmazlıkların uygulanmayacağını da kabul etmektedirler. Ancak üçüncü ülkeler açısından uluslararası hukuktan gelen dokunulmazlıklar geçerli olacaktır. Bu durumda 98. madde gereğince Mahkeme ilgili devletlerden işbirliği elde edememiş ise talebini sürdürmeyecektir ve uluslararası hukuktan kaynaklanan dokunulmazlıklara ilişkin kurallara uygun davranılacaktır. Bkz. PİRİM, s. 1059. Ayrıca bkz. CRYER *et. al.*, s. 523

¹⁵⁵ Gökşen, 2023, s. 133-142.

cek vahametteki durumlar açısından ise, çalışmanın başında da ifade ettiğimiz gibi, uluslararası ceza adaletini sağlama görevi ulusal yargılama makamlarına kalacaktır. Kanaatimizce, Mahkeme ‘büyük balıkları’ yakalamak gayreti içerisinde çalışırken, ‘küçük balıkların’ müsebbibi olduğu acıların adalet önüne çıkartılmasında UCM ile iş birliği ve ulusal yargı organlarının rolü yadsınamayacak kadar büyüktür.

SONUÇ

İsrail-Filistin çatışması uluslararası hukukun gündemini uzun bir süredir meşgul etmektedir ve güncel gelişmelerden anlaşıldığı üzere bu durum bir süre daha böyle devam edecektir. 7 Ekim 2023 saldırısı ve sonrasında yaşanan vahim gelişmelerle birlikte bu çatışmanın boyutları değişmiş ve vahameti artmıştır. 2021 yılında UCM’nin başlattığı soruşturma uluslararası ceza adaletinin sağlanması yönünde olumlu bir gelişme olarak kaydedilmiştir. Mayıs 2024’de Savcılık Teşkilatının tutuklama talebi ve içeriğinde yer alan suçlar ise önceden devam eden soruşturmanın kapsamının genişlediğini ve adaletin tecellisi için daha ayrıntılı bir yaklaşımın benimsendiğini göstermektedir.

Bu çalışma kapsamında UCM’nin tutuklama talebi ile sergilediği yaklaşımın ne kadar yeterli olduğu değerlendirilmiştir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, UCM’de soruşturmalarda işletilen ispat standartları göz önüne alındığında, mevcut Filistin soruşturmasının soykırım suçlarının işlendiğine dair makul gerekçeler olması sebebiyle genişletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca tutuklama talebinde yer alan insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının özellikle işkence ve cinsel saldırı fiilleri bağlamında genişletilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

UCM Savcılık Teşkilatı iddia makamı olarak kendi savının en kuvvetli olduğu alanlarda ilerlemektedir. Bu durumda savcılığın işlenmesi mümkün olan her suçu teker teker tutuklama talebine ya da soruşturmaya yansıtması gerekmez, savcılık savının güçlü olduğu alanlardan ilerleyerek dava konusu haline getirdiği uyuşmazlıklarda failin ceza almasını sağlamayı hedeflemektedir. Ancak büyük insani trajedileri konu edinmiş uluslararası suçlar açısından suçları ve ceza sorumluluğunu doğru tespit etmek ceza hukukunun ulaşmaya gayret ettiği adalete dair temel prensiplerinden biri olan adil yargılama ilkesine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Uluslararası ceza hukukunun farklı aşamalarında uygulanan farklı ispat standartları sebebiyle bu görüşümüz soruşturmanın ve tutuklama talebinin genişletilmesiyle dahil

edilecek suçların işlendiği yönünde değildir. Ancak bu suçlar diyalektik muhakeme faaliyetleri kapsamında kovuşturmada tartışılması gereken suçlar eşiğine ulaşmıştır. Karar diyalektik muhakeme sonucunda verilecektir.

Adalet ancak hukukun üstünlüğü kabul edilip işletildiği zaman sağlanabilir. İsrail-Filistin çatışmasında hukuki tahlillerin olması gereken zamanda, hukukun dikte ettiği şekilde yapılmaması ancak siyasi hamlelerin elini kuvvetlendirecek, hukukun üstünlüğünü zedeleyecek ve adaleti bizlerden uzaklaştıracaktır.

KAYNAKÇA**Doktrin**

- AKHAVAN Payam, **Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge 2012, ss.1-11.
- ASHWORTH Andrew, **Principles of Criminal Law**, 6. Bası, Oxford University Press, Oxford 2009.
- BADAR Mohamed Elewa, “Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?”, **New Criminal Law Review**, Cilt 12, Sayı 2, 2009, ss. 433-467.
- BASSIOUNI M. Cherif. **Crimes against humanity in international criminal law**, 2. Bası, Brill, Leiden 1999.
- BENZING Markus, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Cilt 7, 2003, ss. 591-632.
- CONWAY Gerard, “Ne bis in idem in international law”, **International Criminal Law Review**, Cilt 3, Sayı 3, 2003, ss. 217-244.
- CRYER Robert / ROBINSON Darryl / VASILIEV Sergey, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 4. Bası. Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- DANNENBAUM Tom, Nuts & Bolts of Int’l Criminal Court Arrest Warrant Applications for Senior Israeli Officials and Hamas Leaders, 20 Mayıs 2024, <https://www.justsecurity.org/95864/international-criminal-court-arrest-warrants-israel-hamas/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- DEGUZMAN Margaret M., “What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation”, **American Society of International Law** Cilt 19, 2015, https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/19/what-gravity-threshold-icc-investigation-lessons-pre-trial-chamber#_edn7, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).
- DIAS DE SOUZA Talita, “Recharacterisation of Crimes and the Principle of Fair Labelling in International Criminal Law” **International Criminal Law Review**, Cilt 18, Sayı 5, 2018, ss. 788-821.
- DRUMBL Mark, “The Crime of Genocide”, **Research Handbook in International Criminal Law** (içinde) BROWN, S. Bartram (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2011, ss.37-61.
- EL ZEIDY Mohamed, **The Principle of Complementarity in International Criminal Law : Origin, Development and Practice**, 1. Bası, Brill, Leiden 2008.
- ERMAN Sahir / DÖNMEZER Sulhi / BAYRAKTAR Köksal, vd., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2021.
- GALAND Alexandre Skander, **UN Security Council Referrals to the International Criminal Court: Legal Nature, Effects and Limits**, Leiden Studies on the Frontiers of International Law Serisi, Cilt 5, Brill, Leiden 2019.

- GÖKŞEN Elif, “Proportionality in Refugee Exclusion: An Underestimated Analysis”, **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 18, Sayı 5, Kasım 2020, ss. 1131-1156.
- GÖKŞEN Elif. **Uluslararası Ceza Hukukunda Bireysel Ceza Sorumluluğu**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- HELLER Kevin Jon, “Radical Complementarity”, **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 14, Sayı 3, Temmuz 2016, ss. 637-665.
- KREB Claus, “The Crime of Genocide and Contextual Elements”, **Journal of International Criminal Justice** Cilt 7, Sayı 2, Mayıs 2009, ss. 297-306.
- KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- O'BRIEN Melanie, “Prosecutorial Discretion as an Obstacle to Prosecution of United Nations Peacekeepers by the International Criminal Court: The Big Fish/Small Fish Debate and the Gravity Threshold”, **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 10, Sayı 3, Temmuz 2012, ss. 525-545.
- OHLIN Jens David / VAN SLIEDREGT Elies / WEIGEND Thomas, “Assessing the Control-Theory”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt 26, Sayı 3, ss. 725-746.
- ÖNOK Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müsterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- PİRİM Ceren, “Görevdeki Devlet Başkanlarının Dokunulmazlıkları ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Vladimir Putin Hakkında Çıkardığı Tutuklama Kararının Uluslararası Hukuka Uygunluğu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2023, Cilt 2, ss. 1035-1070.
- RUBENSTEIN Leonard, Israel’s Rewriting of the Law of War, Just Security, 21 Aralık 2023, <https://www.justsecurity.org/90789/israels-rewriting-of-the-law-of-war/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- SADAT Leila Nadya. “Crimes Against Humanity in the Modern Age” **American Journal of International Law**, Cilt 107, Sayı 2, 2013, ss. 334-377.
- SCHABAS William A. “Prosecutorial discretion and gravity”, **The emerging practice of the International Criminal Court** (içinde) 1. Bası, Legal Aspects of International Organizations Serisi, Cilt 48, STAHN Carsten/ SLUITER Göran (ed), Brill, Leiden 2009, p. 229-246.
- SCHABAS William A., **Genocide in International Law: The Crime of Crimes**, 2. Bası, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- TRIFFTERER Otto / AMBOS Kai, **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**, 3. Bası, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2016.

- TRIFFTERER Otto, “Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt 14, Sayı 2, 2001, ss. 399-408.
- VAN SLIEDREGT Elies, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford 2012.

İçtihat

- Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović, Case No. IT-03-69-T, Judgement (TC), 30 Mayıs 2013.
- International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Situation In The Republic Of Kenya In The Case Of The Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11, 23 Ocak 2012, para. 176, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_01004.PDF, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024)

Belgeler

- ALBANESE Francesca, “Anatomy of a Genocide”, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 25 Mart 2024, A/HRC/55/73, para. 2, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- ALBANESE Francesca, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 21 Eylül 2022, A/77/356, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/598/03/pdf/n2259803.pdf?token=RJ5bwXPvxvHPZedGqn&fe=true>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- Human Rights Watch, Gaza: Israel’s ‘Open-Air Prison’ at 15, 14 Haziran 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/06/14/gaza-israels-open-air-prison-15>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Committee of the Red Cross, Distinction, https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/distinction#:~:text=The%20principle%20of%20distinction%20is,shall%20direct%20their%20operations%20only, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Committee of the Red Cross, Israel, the Targeted Killing Case, https://casebook.icrc.org/case-study/israel-targeted-killings-case#para_40, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Committee of the Red Cross, Proportionality, https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/proportionality#:~:text=The%20principle%20of%20proportionality%20prohibits,and%20direct%20military%20advantage%20anticipated%E2%80%9D, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1 Şubat 2010, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

- International Criminal Court, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).
- International Criminal Court, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).
- International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18, 22 Ocak 2020, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00161.PDF, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Situation in Palestine, 3 Nisan 2013, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Situation in Palestine, 3 Nisan 2013, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Office of The Prosecutor, Situation in Palestine, Summary of Preliminary Examination Findings, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/210303-office-of-the-prosecutor-palestine-summary-findings-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024)
- International Criminal Court, Policy Paper on Preliminary Examinations, Kasım 2013, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, Article 53(1) Report, ¶ 3 (Nov. 6, 2014), [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf), (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).
- International Criminal Court, Situation in Iraq/UK, Final Report, 9 Aralık 2020, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/201209-otp-final-report-iraq-uk-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).
- International Criminal Court, Situation in State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/palestine>, Erişim Tarihi: Ağustos 2024. International Criminal Court, Questions and Answers on the Decision on the International Criminal Court's territorial jurisdiction in the Situation in Palestine, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/palestine/210215-palestine-q-a-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf), para. 12, s. 4-5. (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

- International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, 20 Mayıs 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim Tarihi: Haziran 2024).
- International Criminal Court, Statement of the former ICC Prosecutor, Ms Fatou Bensouda, regarding an investigation of the Situation in Palestine, 3 Mart 2021, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-respecting-investigation-situation-palestine>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).
- International Criminal Court, Statement of the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan KC from Cairo on the situation in the State of Palestine and Israel, dated 29 October 2023 and published on the ICC website on 30 October 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestineand-israel>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- International Criminal Court, Statement of the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan KC from Cairo on the situation in the State of Palestine and Israel, dated 29 October 2023 and published on the ICC website on 30 October 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestineand-israel>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- MOFOKENG Tlaleng / ALBANESE Francesca, UN Experts, Israel/Gaza: UN experts deplore attacks on Al-Shifa Hospital, urge States to stop the massacre, 3 Nisan 2024, <https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2024/04/israelgaza-un-experts-deplore-attacks-al-shifa-hospital-urge-states>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- UN Human Rights Council, Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict (A/HRC/12/48), https://reliefweb.int/report/israel/opt-report-un-fact-finding-mission-gaza-conflict-ahrc1248?OpenDocument=&_gl=1%2Apyppfh%2A_gcl_a%2AAR0NMLjE3MjExMzA5OTMuQ2p3S0NBand0TmkwQmhBMUVpd0FXWmFBTk9PSUs3Q1R2eEtWOUQ4RFFfQWVXd0ppTGdkbGNWSGxGOUVmyY3pQeWRCZU5GX3piVnVDTVRCb0M1MFVRQXZEX0J3RQ..%2A_ga%2AMTI3MzAwMTA3OC4xNzE5NTg2MTYz%2A_ga_E60ZNX2F68%2AMTcyMTEyOTMwMS4yLjEuMTcyMTEzMDk5Mi42MC4wLjA, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).
- UN Human Rights Office of the High Commissioner, Thematic Report Detention in the context of the escalation of hostilities in Gaza (October 2023-June 2024), 31 Temmuz 2024, para 41 vd, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/opt/20240731-Thematic-report-Detention-context-Gaza-hostilities.pdf>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- UN, Gaza: UN experts call on international community to prevent genocide against the Palestinian people, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-prevent-genocide-against>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).
- UN, History of the Question of Palestine, <https://www.un.org/unispal/history/#:~:text=On%2029%20November%202012%20Palestine,Solidarity%20with%20the%20Palestinian%20People>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

UN, Rights expert finds ‘reasonable grounds’ genocide is being committed in Gaza, <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147976>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

World Health Organization, Evacuation orders by Israel to hospitals in northern Gaza are a death sentence for the sick and injured, 14 Ekim 2023, <https://www.who.int/news/item/14-10-2023-evacuation-orders-by-israel-to-hospitals-in-northern-gaza-are-a-death-sentence-for-the-sick-and-injured>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

World Health Organization, WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing, 8 Mayıs 2024, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-8-may-2024>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Medya Haberleri

Anadolu Ajansı, “Mavi Marmara Saldırısı Üzerinden 12 Yıl Geçti”, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/mavi-marmara-saldirisinin-uzerinden-12-yil-gecti/2602024>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

BBC News, KNELL Yolande/ GRITTEN David, Israel orders Gazans to evacuate part of Rafah for ‘limited’ operation, 6 Mayıs 2024, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-68964103>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

CBC News, U of T gets injunction to clear encampment, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/decision-university-toronto-injunction-encampment-1.7252343>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

CNN, Abu Ghraib head finds vindication in newly released memos, <https://edition.cnn.com/2009/US/04/22/us.torture.karpinski/index.html>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

Financial Times, SHOTTER James (Kudüs)/ ZILBER Neri (Tel Aviv), Israeli military warns of ‘anarchy’ as far-right protesters storm army bases, 30 Temmuz 2024, https://www.ft.com/content/f2c90cd8-5253-48dc-8dc7-fda07198aaa1?accessToken=zwAGHwUqpiEgkdPyyQzYUINI3NONx_2gcZiqoQ.MEUCIDSYZ0zDsWRNIW7t7eeCapV_jJujWEDKdwIXYbSIhEe9AiEA0YlaXqEWPbWor1UdBYb64aE6iLy9De8lNuorMLDcCk&sharetype=gif&token=5cc5e5cf-a356-4a2a-a9ea-d279c03bb0b4, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Reuters, DEUTSCH Anthony, Myanmar’s lawyer to critics on genocide case: Everyone has right to defense

<https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-profile-schabas/myanmars-lawyer-to-critics-on-genocide-case-everyone-has-right-to-defense-idUSKBN1YH02J/>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

NPR, HERNANDEZ Joe, How interpretations of the phrase ‘from the river to the sea’ made it so divisive, <https://www.npr.org/2023/11/09/1211671117/how-interpretations-of-the-phrase-from-the-river-to-the-sea-made-it-so-divisive>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Texas Eyaleti Temsilcisi Pat Fallon’un Kongredeki konuşmasının videosu için bkz. <https://x.com/RepPatFallon/status/1722009940653470102>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

UN News, Gaza: Rafah camp attack heightens focus on dwindling health resources, 28 Mayıs 2024, <https://news.un.org/en/story/2024/05/1150301>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

UN News, Targeting Rafah could lead to slaughter, warns UN aid agency, 3 Mayıs 2024, <https://news.un.org/en/story/2024/05/1149306>, (Erişim Tarihi: Ağustos 2024).

Uluslararası Sözleşmeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151411aihs.pdf>, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

AYDIN Devrim (gözden geçiren), **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, 1. Bası, Ankara 2006, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, (Erişim Tarihi: Temmuz 2024).

BLOKZİNCİRİ TEKNOLOJİSİNİN DEVLET, EGEMENLİK VE İNSAN HAKLARI ÜZERİNDEKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİSİNE DAİR BİR İNCELEME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan GÜRBÜZ ERSOY^(**)

Öz: Blokzinciri teknolojisi, bir aracıya ihtiyaç duymadan verilerin iki taraf arasında doğrudan değişimini sağlayan bir sistemdir. Blokzinciri, şifreleme tekniklerine dayanarak güvenli, merkezi olmayan ve dağıtık bir veri kayıt sistemi sunar. Bu teknolojiyi devlet teorisi açısından önemli kılan ise blokzincirinin devlete duyulan ihtiyacı ortadan kaldırabileceği, daha demokratik ve katılımcı yönetim biçimlerine yol açabileceği savıdır. Bu çalışmada da bu düşünceler değerlendirilmekte, blokzincirinin merkezi yapıları zayıflatma ve daha özgürlükçü, eşitlikçi bir sistem sunma vaadi ele alınmakta ve bu yönleriyle söz konusu teknolojinin egemenlik, toplum sözleşmesi gibi kamu hukuku kavramlarını nasıl dönüştürebileceği tartışılmaktadır. Blokzinciri teknolojisinin yayılmasıyla alternatif bir toplumsal düzenin ve blokzinciri tabanlı kuralların, devletin ve hukuk kurallarının yerini alma potansiyeli de incelenen konular arasındadır. Çalışmada ele alınan bir diğer konu da blokzinciri teknolojisinin temel haklar üzerindeki iki yönlü etkisidir. Blokzinciri teknolojisi, hakların korunması açısından yeni fırsatlar sunarken, aynı zamanda mevcut anayasal standartları etkisiz hale getirme tehlikesini de içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Blokzinciri, Kripto-anarşizm, Demokrasi, Toplum Sözleşmesi, Temel Haklar.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 04.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 21.11.2024.

^(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: nagehanersoy@maltepe.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8234-0727>.

AN ANALYSIS OF THE TRANSFORMATIVE IMPACT OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY ON STATE, SOVEREIGNTY, AND HUMAN RIGHTS

Abstract: Blockchain technology is a system that enables the direct exchange of data between two parties without the need for an intermediary. Blockchain provides a secure, decentralized and distributed data recording system based on encryption techniques. What makes this technology significant from the perspective of state theory is the claim that blockchain can eliminate the need for the state and lead to more democratic and participatory forms of government. In this study, these claims are evaluated and the promise of blockchain to weaken central structures and provide a more liberal and egalitarian system is addressed, and how this technology can transform public law concepts such as sovereignty and social contract is discussed. With the spread of blockchain technology, the potential for an alternative social order and blockchain-based rules to replace the state and legal rules is also among the topics examined. Another issue addressed in the study is the two-way impact of blockchain technology on fundamental rights. While blockchain technology offers new opportunities for the protection of rights, it also poses the risk of rendering existing constitutional standards ineffective.

Keywords: Blockchain, Crypto-anarchism, Democracy, Social Contract, Fundamental Rights.

GİRİŞ

Blokzinciri basit bir şekilde, “bir aracıya ihtiyaç duymadan bir verinin iki parti arasında doğrudan değiş tokuşunu mümkün kılan teknoloji protokolu”¹ olarak tanımlanabilir. Blokzinciri teknolojisinin ilk ve en bilinen kullanım örneği olan dijital para birimi Bitcoin’in ortaya çıkışı 2008 yılında Satoshi Nakamoto takma isimli bir yazılımcının ya da bir yazılımcı grubunun, bir e-posta grubuna gönderdiği “Bitcoin: Eşten Eşe Elektronik Ödeme Sistemi (*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*)” başlıklı dokuz sayfalık makaleye dayanmaktadır.² Gerçek kimliğini hala bilmediğimiz Nakamoto’nun bu makalesinde, blokzinciri ifadesi hiç geçmese de, kullandığı yöntemler ile makalede gösterdiği şemalar ve matematiksel hesaplamalar sayesinde blokzinciri kavramı ortaya çıkmıştır.³ Blokzincirinin 2008 mali krizi sonrasında devlete ve diğer finansal kuruluşlara duyulan güvensizlik ortamında doğup büyüdüğünü eklemekte de yarar var.⁴

Nakamoto makalesinde, elektronik işlemler için güvene dayalı olmayan bir sistem önerdiğini ifade etmektedir.⁵ Bu şekilde devletin de içerisinde olduğu tüm araçlar devre dışı bırakılabilecek ve bu araçlara güvenmeye ihtiyaç olmayan bir sistem inşa edilebilecektir. Nakamoto’nun söz konusu makalesinde özetle şu şekilde bir çağrıda bulunduğu ifade edilmiştir:

*“Ey insanlar! Birbirinizi tanıyın veya tanımayın, artık merkezi yapılara ihtiyaç duymadan güvenli bir veri kayıt sistemi kurmak mümkün. Bu sistem, matematik ve teknolojinin imkanlarını kullandığı için manipüle edilemez ve bozulamaz.”*⁶

Blokzinciri teknolojisinin düşünsel arka planını anlamak için kripto⁷ anarşizmden bahsetmek gerekmektedir. Kripto anarşizmin ne olduğu sorusu

¹ GÜVEN Vedat / ŞAHİNÖZ Erkin, **Blokzincir, Kripto Paralar, Bitcoin: Satoshi Dünyayı Değiştiriyor**, 9. Baskı, Kronik, İstanbul, 2022, s.44.

² NAKAMOTO Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

³ USTA Ahmet / DOĞANTEKİN Serkan, **Blockchain 101 v2**, Bankalararası Kart Merkezi, s. 7.

⁴ WERBACH Kevin, **Blokzinciri ve Yeni Güven Mimarisi**, (çev. A. Usta), Koç Üniversitesi, İstanbul, 2021, s. 18.

⁵ NAKAMOTO, s. 8.

⁶ USTA /DOĞANTEKİN, s. 21.

⁷ Yunanca *kryptos*’tan gelen kripto kelimesin gizlilik anlamına gelirken, kriptoloji gizlilik bilimi anlamına gelmektedir. Bkz. USTA / DOĞANTEKİN, s. 20-21.

için en önemli kaynak metin ise Timothy C. May tarafından 1992 yılında kaleme alınan Kripto-Anarşist Manifesto'dur.⁸ May, bu manifestoda şifreleme teknolojisinin bireylerin ve grupların tamamen anonim şekilde iletişim kurmalarını ve etkileşimde bulunmalarını mümkün hale getirdiğini ileri sürmektedir. May'e göre, nasıl ki matbaanın icadı toplumdaki güç dinamiklerini değiştirdiyse kriptolojik yöntemler de hem şirketlerin doğasını hem de devletin ekonomiye müdahalesini temelden değiştirecektir. May, görünüşte küçük bir icat sayılabilecek geçmişin dikenli telleri ile günümüzün şifreleme teknikleri arasında bir ilişki kurmakta ve yarattıkları /yaratacakları büyük dönüşümlere dikkat çekmektedir. Ona göre nasıl ki dikenli tel gibi önemsiz bir buluş, geniş toprakların çitle çevrilmesini mümkün kılarak Batı'daki mülkiyet kavramını değiştirdiyse, matematiğin içinden çıkan ve görünüşte küçük bir keşif olan şifreleme teknikleri de büyük dönüşümlere sebebiyet verecektir.⁹

Şifreyazım (kriptografi)¹⁰ tekniklerinin toplumda ve devletin fonksiyonlarında büyük bir dönüşüme yol açacağını ileri süren hareket de şifre ve punk sözcüklerinin birleşiminden oluşan şifrepunk'tır (*cyberpunk*). İnternet ilk ortaya çıktığında ondan coşkuyla beklenen şey, insanları özgürleştirmesi ve devlet iktidarını sınırlayarak dönüştürüp değiştirmesiydi. John Perry Barlow'un "Siberalan Bağımsızlık Bildirisi" (*A Declaration of the Independence of Cyberspace*) de bu bağlamda değerlendirilebilir. Barlow, 1996 yılında kaleme aldığı manifestosunda insanların bir araya geldiği siber alanda devletlerin egemenliğinin artık söz konusu olmadığını ve yasalarının geçersiz olduğunu öne sürmüştür.¹¹

İnternetin devleti dönüştüreceği ve bireyleri özgürleştireceği beklentisinin, aradan geçen yıllardan sonra boşa çıktığını söylemek mümkündür. İn-

⁸ MAY Timothy C, "The Crypto Anarchist Manifesto", 1992, <https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/crypto/cyberpunks/may-crypto-manifesto.html> (Erişim Tarihi: 26.07.2024)

⁹ May, bu keşfin fikri mülkiyet etrafındaki dikenli telleri parçalayan tel kesme makinesini olduğunu ileri sürer ve manifestoyu Marx'a atıfla şöyle bitirir: "Kalkın, dikenli telle örülü çitlerinizden başka kaybedecek hiçbir şeyiniz yok!"

¹⁰ Kriptografi, kriptolojinin alt dalıdır ve yine eski bir Yunaca kelime olan ve yazı anlamına gelen *graphien* sözcüğü kullanılarak türetilmiştir. Kriptografi verilerin şifrelenmesini ifade etmektedir. Bkz. USTA / DOĞANTEKİN, s. 21.

¹¹ BARLOW John Perry, "A Declaration of the Independence of Cyberspace", <https://www.eff.org/cyberspace-independence> (Erişim Tarihi: 29.07.2024) Bildirinin Türkçe çevirisi için bkz. KÜZECİ Elif, **Sayısal Fil: Bilişim Teknolojileri, Devlet ve Hukuk Kesiminde Bir İnceleme**, İnkılap, İstanbul, 2021b, s. 384-387.

ternet, beklentinin aksine devleti güçlendirmiş ve devletin bireyin hayatına daha fazla ve daha farklı şekillerde müdahale etmesinin yolunu açmıştır. Şifrepunk hareketi işte tam bu noktada bir kez daha şifrelemeyi yeni bir umut olarak tedavüle sokmaktadır. Şifreleme, en güçlü devlete bile diz çöktürecek niteliktedir. Bu harekete göre güçlü bir şifreyazım, devletin sınırsız şiddetine karşı koyabilir çünkü kaba güç, bir matematik problemini çözmeye asla yetmeyecektir.¹² Şifreyazım teknikleri sayesinde şifrepunk felsefesinin sloganında olduğu gibi *güçsüzler için mahremiyet, muktedirler için de şeffaflık sağlanacaktır.*¹³

Blokszinciri de kriptografi ile ilişkili bir teknolojidir ve devlet iktidarını değiştirme ve dönüştürme potansiyeline sahip olabilir. İnternette beklenen bireyi güçlendirme ve özgürleştirme hayallerinin blokszinciri sayesinde gerçekleşme ihtimali bu bağlamda tartışmaya değerdir.

Toplumun işleyiş biçimini temelden değiştiren bir teknoloji olarak ele alınan blokszinciri aracılığıyla yeni bir dijital devrimin eşliğinde olduğumuz ifade edilmektedir.¹⁴ Buna göre blokszinciri teknolojisi veri depolama ve bilgiyi yönetme şeklimizi merkezi olmayan bir hale getirme potansiyeline sahiptir ve toplumdaki en önemli düzenleyici aktörlerden biri olan araçların devreden çıkmasına yardımcı olabilir. Blokszincirinin aynı zamanda daha demokratik ve daha katılımcı karar alma süreçlerine sahip yeni yönetim biçimlerini ortaya çıkaracağı da ileri sürülmektedir.¹⁵ Kamuya açık, şifrelenmiş bir veri tabanı olarak hizmet veren blokszinciri, ilk defa, birbirleri ile ilgisi olmayan kişilerin, belirli bir işlemin yapılması konusunda bir kontrol otoritesine ihtiyaç duymadan fikir birliğine varmalarını sağlamaktadır.¹⁶

Bu çalışmanın amaçlarından biri blokszinciri teknolojisinin toplumdaki baskıyı, zorlamayı, merkezileşmeyi ve hiyerarşik yapıları ortadan kaldırma ihtimalini tartışmaya açmak ve egemenlik, toplum sözleşmesi gibi geleneksel kamu hukuku kavramlarının bu teknoloji aracılığıyla bir dönüşüme ya da değişime uğrayıp uğramadığını incelemektir. Blokszinciri teknolojisinin hem

¹² ASSANGE Julian /APPELBAUM Jacob / MÜLLER-MAGUHN Andy, vd., **Şifrepunk: Özgürlük ve İnternetin Geleceği Üzerine Bir Tartışma**, Metis, İstanbul, 2013, s. 12-15.

¹³ ASSANGE /APPELBAUM/ MÜLLER-MAGUHN vd., s. 17.

¹⁴ WRIGHT Aaron/ FILIPPI Primavera de, “Decentralised Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia”, **SSRN Electronic Journal**, 2015, ss. 1-58., s. 2.

¹⁵ WRIGHT / FILIPPI, s. 1.

¹⁶ WRIGHT / FILIPPI, s. 2.

kuralların oluşturulmasında hem de uygulanmalarını sağlama konusunda devlete bir alternatif olup olmayacağı da ele alınacak hususlar arasında yer almaktadır. Blokzinciri teknolojisinin demokrasi ve insan hakları bağlamında taşıdığı riskler ve potansiyel faydalar da değerlendirme konusu olacaktır. Ancak, bu başlıkların oldukça geniş bir kapsama sahip olması ve tüm boyutlarıyla ele alınmasının çalışmanın sınırlarını aşacak olması nedeniyle, bu konulara yalnızca çalışmanın temel amacına katkı sağladığı ölçüde yer verilecektir. Bu doğrultuda öncelikle blokzincirinin kayıt yapısı ve özellikleri çalışmanın konusuyla ilişkili boyutları çerçevesinde incelenecek ve daha sonra, söz konusu teknoloji devlet teorisi ve insan hakları bağlamındaki tartışmalar ışığında değerlendirilecektir.

I. BLOKZİNCİRİ TEKNOLOJİSİ NEDİR?

A. Blokzincirinin Kayıt Yapısı

Blokzinciri temelde bir grup veriyi içerisinde barındıran sabit boyutlu blokların yapılandırılmasından ve birbirlerine bağlanmasından oluşmaktadır.¹⁷ Teknik işleyişi bakımından oldukça karmaşık olan blokzinciri teknolojisinin konuya en uzak okuyucunun bile kavrayabileceği şekilde anlatımı Usta ve Doğanekin tarafından kaleme alınan Blockchain 101 kitabında bulunmaktadır.¹⁸ Buna göre yazarlar elimizde, üzerinde bir deliği bulunan 5 tane küçük karton etiket ile uzunca bir ipimiz olduğunu ve 5 kişilik bir oyun oynadığımızı varsaymamızı istemektedir. Oyuna başlarken her bir oyuncu, sırayla, etiketin üzerine ismini yazar, etiketi imzalar ve daha sonra ipe geçirerek bir düğüm atar. Bu şekilde belirli bir sıra ile ilerleyen, üzerinde ad ve imza olan etiketlerin düğümlendiği bir ip ortaya çıkar. Oyundaki etiketi, blokzincirindeki bloklara; etiketlere yazılan isimleri, bloktaki veriye ve ipi de zaman akışına benzetebiliriz. İpe atılan düğüm ise her bir blok oluşturulduğunda bloğun üzerine eklenen tarih ve saati içeren bilgiyi temsil etmektedir.¹⁹

Etiket örneğinin blokzincirine tam anlamıyla uyması için oyuna eklenmesi gereken başka bir şey daha vardır çünkü blokzinciri sıralı bir kayıt ya-

¹⁷ GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi, "Hukukçular için Blokzinciri Teknolojisinin Teknik İşleyişi: Bitcoin Örneği", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, ss. 21-72., s. 22-23.

¹⁸ USTA/ DOĞANTEKİN, s. 24-29.

¹⁹ USTA/ DOĞANTEKİN, s. 24-25.

pıdır. Oyunun az önce açıklandığı halinde ipten bir etiketi çıkarmak ya da etiketin yerini değiştirmek zahmetli ve zor olsa da yine de mümkündür. (Örneğin etiketi yırtabilirsiniz ya da tüm düğümleri çözüp etiketi çıkarıp yeniden düğüm atabilirsiniz.) Bu ihtimali önleyebilmek için oyuna yeni bir kural eklenmesi gerekmektedir. Bu kural da şudur, her bir oyuncu kendi etiketini imzaladıktan sonra kendinden sonra gelen etikete de imza atacaktır. Yani ilk etiketin dışında tüm diğer etiketlerde, biri etiketin sahibinin biri de kendinden önce gelen etiketin sahibinin olmak üzere 2 tane imza olacaktır. Bu yeni kural sayesinde, ipteki düğümler çözülerek aradan bir etiket çıkartılsa ya da bu etiketin yeri değiştirilse bile her etikette kendinden önceki etiketin sahibinin imzası olacağı için etiket zinciri kontrol edildiğinde sıranın bozulduğu kolaylıkla anlaşılacaktır.²⁰

Blokszincirindeki *hash* adı verilen özet değer de bu amaca hizmet etmektedir. Blokların birbirine bağlanması ve zincir haline getirilmesini sağlayan ve iz olarak da ifade edebileceğimiz *hash* bir verinin, mesajın, belgenin özgünlüğünü kanıtlamak için kullanılmaktadır.²¹ *Hash* fonksiyonu blokszincirinde kilit bir pozisyona sahiptir çünkü zincirdeki her bir blok birbirine özet değer ile bağlıdır. Bu şekilde bir önceki bloğun çıktıısı, bir sonraki bloğun girdisi haline gelmektedir. Bu sebeple herhangi bir blokta değişiklik yapılırsa, içeriği değiştirilmiş bloğun izi de değişecektir. Böyle bir durumda içeriği değiştirilmiş bloğun izi ile bu bloğun değiştirilmemiş haline ilişkin sonraki blokta yer alan iz birbirini tutmayacak ve blok içeriğine müdahale edildiği anlaşılacaktır.²²

Etiket oyununa geri dönecek olursak, oyunun kurallarından birinin de herkesin elinde etiketlerin dizildiği zincirin birer kopyasının bulunmasıdır, yani 5 kişilik bir oyunda imzalanmış etiketlerin aynı şekilde sıralandığı 5 ayrı ip bulunmalıdır. Bu şekilde artık bu oyunda hile yapmak oldukça anlamsız hale gelecektir. Çünkü oyuncular ellerindeki kayıtları kontrol ederek kimin hile yaptığını kolaylıkla ortaya çıkarabilecek ve o kişiyi oyundan atabilecekler.²³ Farazi etiket oyunundaki varsayımsal kurallar blokszincirinin sahip olduğu özellikleri basitçe ortaya koymak için tasarlanmıştır.

²⁰ USTA/ DOğANTEKİN, s. 26-27.

²¹ GÜVEN/şAHİNÖZ, s. 45.; GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 24.

²² GÜVEN/şAHİNÖZ, s. 51.; GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 28.

²³ USTA / DOğANTEKİN, s. 28-29.

B. Blokzincirinin Özellikleri

Blokzincirinin en önemli özelliklerinin başında dağıtık ya da dağıtılmış olma (*distributed*) gelmektedir. Adem-i merkeziyetçi (*decentralized*) olması da yine onun önemli niteliklerindedir. Dağıtık olma ile merkezi olmama sıklıkla birbirinin yerine kullanılıyor olsa da aslında birbirlerinden farklıdır. Dağıtık olma, işlemlerin tek bir merkezden değil de birden çok noktadan gerçekleştirildiği ve verilerin tek bir merkezde değil de birden çok birimde depolandığı durumu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kayıtların işlenmesinde tek bir yapının, kurumun, birimin kontrolünün olmadığı durum ise merkezi olmama halidir. Bu durumda veri tabanına yapılacak eklemeler tek bir merkezden kontrol edilmeyecektir.²⁴ Konu Bitcoin üzerinden açıklanacak olursa, veriler ağdaki farklı düğümlere²⁵ dağıldığı için sistemin dağıtık olduğu, blok içerisinde eklenecek veriler farklı kişiler tarafından yarışma sonucu belirlendiği için de merkezi olmadığı söylenebilir. Ancak eğer işlem gücü tek bir kişinin elinde bulunursa böyle bir durumda sistem dağıtık olsa da fiilen merkezi hale gelebilecektir.²⁶

Blokzincirinin dağıtık olmasının en önemli sonucu, sistemin herhangi bir bileşenine güvenmeden sistemin çıktısına güvenmeyi mümkün kılmasıdır.²⁷ Werbach'a göre blokzinciri yeni bir güven mimarisi yaratmaktadır. Teknoloji bağlamında mimari, bir sistemin birleşenlerinin birbirleriyle etkileşim yollarını ifade etmektedir. Buna göre blokzinciri, ağdaki herhangi bir aktöre güvenmeden ağın bütününe yönelik bir güven inşa etmektedir.²⁸

Bankalar gibi geleneksel finansal kurumlarına güvenin yerine bütün olarak sisteme güveni koyan blokzincirinde tek başına hiçbir tarafa güvenmek gerekmez. Kullanıcılar karşı tarafa ya da diğer araçlara güvenmeden yaptıkları işlemlerden emin olabilir.²⁹ Birbirini hiç tanımayan kişiler, birbirlerine güven duymalarına gerek kalmaksızın karşılıklı işlemler gerçekleştirebilir. Blokzincirinin dağıtık yapısı ile sistemdeki aktörlerin üzerinde uzlaştığı sonucun dağıtıldığını söyleyebiliriz. Her kullanıcıda bu uzlaşılan sonucun bir kopyası bulunmaktadır.³⁰

²⁴ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 254.; GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 31.

²⁵ Düğüm, ağdaki her bir katılımcının teknik ismidir. Bkz. GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 32.

²⁶ GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 31-32.

²⁷ WERBACH, s. 104.

²⁸ WERBACH, s. 39-42.

²⁹ WERBACH, s. 104-105.

³⁰ GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 32-33.

Değiştirilemezlik de blokzincirinin bir diğer özelliğidir. Az önce bahsedildiği üzere blokzincirinde her geçerli blok bir önceki bloğun özet değeri ile imzalanır ve her yeni blok eklendiğinde de bu bağlantılar kontrol edilir. Bir blokta yer alan işlem değiştirildiğinde bu değişiklik ondan sonra gelen tüm bloklara sirayet etmektedir. Bu yüzden zincire her yeni blok eklendiğinde mevcut verinin değiştirilmesi daha zor hale gelmektedir.³¹

Blokzincirinin bu özellikleri söz konusu teknolojinin devlet teorisi açısından değerlendirilmesinde kilit role sahiptir. Bu teknolojinin devleti değiştireceği, dönüştüreceği hatta ortadan kaldıracağı ya da daha demokratik ve eşitlikçi bir yönetim sağlayacağı yönündeki savlar genellikle blokzincirinin bu özelliklerine atıfla ileri sürülmektedir.

II. YENİ BİR KURAL KOYUCU OLARAK BLOKZİNCİRİ

İnternet ilk ortaya çıktığında ondan coşkuyla beklenen şey, insanları özgürleştirilmesi ve onları devletlerin ve özel şirketlerin boyunduruğundan kurtarmasıydı. İnternetin onlara sunduğu anonimlik sayesinde bireyler özgürce hareket edebilecekti ve bundan daha önemlisi kural oluşturma süreci baştan aşağı değişecek ve her dijital topluluk kendi dijital dünyasının kurallarını yaratacağı.³² Siber liberteryenler olarak isimlendirilen gruba göre bireylerin siber alanda bireysel çıkarlarına uygun olarak davranabilmeleri için devlet müdahalesi en aza indirilmeliydi ve bu alanda kurallar gönüllülüğe ve karşılıklı rızaya dayalı bir biçimde oluşturulmalıydı.³³

Ancak internet bu özgürlükçü rüyayı gerçekleştiremedi. Devletler, ülkelerindeki çevrimiçi faaliyetler üzerinde kendi egemenlik yetkilerini kullandılar ve bazıları daha da ötesine geçerek çevrimiçi hizmetlerin engellenmesi gibi yollarla interneti kontrol altında tutmaya çalıştı.³⁴

Blokzincirine ilişkin olarak da bu teknolojinin, geleneksel güven mekanizmalarını devre dışı bırakacağına dair görüşlerin, internetin yaygınlaştığı ilk dönemlerdeki coşkuyu andırıldığı ileri sürülebilir. Nasıl ki internetin ilk

³¹ GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 57-58.; WERBACH, s. 109.

³² POLLICINO Oreste/ GREGORIO Giovanni de, "Blockchain and Public Law: An introduction", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oreste/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 1-11., s. 3-4.

³³ HATİPOĞLU AYDIN Duygu, **Siber Alan ve Hukuk**, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 70.

³⁴ POLLICINO / GREGORIO, s. 3-5.

dönemlerinde, devletin egemenliğinin siber alanda geçerli olmayacağı ve bu alanın kendi kurallarını yaratacağına ilişkin bir beklenti varsa, bugün de blokzincirinin potansiyelinden yola çıkılarak, bu teknolojinin, devletten ve devletin koymuş olduğu kurallardan bir kopuş yaratabileceği değerlendirilmesi yapılmaktadır.³⁵

Blokzinciri aracılığıyla hukukun ya da kanunların yerini, teknolojinin alacağı da ileri sürülen görüşlerden biridir. Örneğin Filippi ve Wright'a göre blokzinciri teknolojisi daha da geliştikçe, devlet tarafından konulan kurallar yerini merkezi olmayan blokzinciri tabanlı ağlar tarafından yönetilen kod tabanlı kurallara ve protokollere bırakacaktır.³⁶ Yazarlar blokzincirinin yaygın kullanımının yeni bir kurallar kümesi oluşturacağını ileri sürmekte ve bu yeni düzenleyici çerçeveyi *lex cryptographia* olarak isimlendirmektedirler. *Lex cryptographia* akıllı sözleşmeler (*smart contracts*) ve merkezi olmayan otonom yapılar (*decentralized autonomous organization*, "DAO") aracılığıyla yürütülen kuralları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.³⁷ Bu noktada Filippi ve Wright'ın *lex cryptographia* ile ne kastettiğini anlayabilmek için akıllı sözleşmeler ve merkezi olmayan otonom yapılar üzerinde kısaca durmak yerinde olacaktır.

Akıllı sözleşmeler 1990'lı yıllarda henüz Bitcoin ortaya çıkmadan önce Nick Szabo tarafından geliştirilmiştir. Akıllı sözleşmelerin basitçe bir içecek otomatına benzer bir prensiple çalıştığı ileri sürülebilir. Otomatlar para atıldığında ürün verilmesi üzerine kurulan bir sözleşmeye dayalı olarak işlem yapar.³⁸ Akıllı sözleşmeler, eğer X gerçekleşirse Y olsun tarzında talimatların olduğu bilgisayar kod blokları olarak tanımlanabilir. Bu sözleşmeler, üçüncü tarafları aradan çıkarttığı ve daha önemlisi sözleşme koşullarını bir yazılımın içine gömdüğü ve o şart gerçekleştiğinde sonuçların otomatik olarak gerçekleşmesini sağladığı için hız, maliyet ve güvenlik bakımından avantajlı olarak değerlendirilmektedir.³⁹

³⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. KÜZECİ Elif, "Blokzinciri, Hukuk ve Kişisel Verilerin Korunması: Yeni Bir Güven Mekanizması Kurmak Olanaklı mı?", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, (2021a), ss. 243-268., s. 254-255.

³⁶ FILIPPI Primavera de/ WRIGHT Aaron, **Blockchain and the Law: The Rule of Code**, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2018, s. 7.

³⁷ WRIGHT/ FILIPPI, s. 1.

³⁸ WERBACH, s. 74.

³⁹ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU Gülçin, "Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, ss. 1-20, s. 8-9.

Merkezi olmayan otonom yapılar ise Ethereum blokzinciri ağında, herhangi bir insan müdahalesine gerek kalmayacak şekilde, bir kurumun kurallarını ve karar verme mekanizmalarını bir akıllı sözleşme kapsamında tanımlayarak çözüm sunmayı hedefleyen programlardır.⁴⁰

Blokzinciri tabanlı bu uygulamaların yaygınlaşmasının, hukukun toplumdaki rolünü algılama biçimimizi değiştireceği ileri sürülmüştür. Filippi ve Wright, Ortaçağ'da tüccarların birbirleri ile olan etkileşimlerinden doğan ve gönüllü olarak akdedilen sözleşmelere dayalı olarak belirlenen, tek bir krallıkla sınırlı olmadan her yerde geçerli olan kurallardan oluşan *Lex Mercatoria*'yı bize hatırlatır ve Joel R. Reidenberg'in, *Lex Mercatoria*'dan, *Lex informatica*'ya⁴¹ kadar uzattığı zincirin son halkasına *lex cryptographia*'yı ekler.⁴² 1990'lı yıllarda internetin yaygınlaşması ile birlikte, internetin ulusötesi karakterinin, ulusal sınırlara ve yargı yetkisine dayanan geleneksel hukuk anlayışlarına ciddi anlamda meydan okuyacağı ileri sürülmüştür. Geleneksel hukuk kurallarının yerini sözleşmelere dayalı, herkese eşit şekilde uygulanan, yargı yetkisinden bağımsız, evrensel kurallar sisteminin alacağı iddia edilmiş ve bunlara *Lex Mercatoria*'dan ilhamla *Lex Informatica* denmiştir.⁴³

Lex Informatica, *Lex Mercatoria*'nın doğal uzantısı olarak görülmektedir. Nasıl ki *Lex Mercatoria*, tacirler tarafından ihtiyaçları doğrultusunda oluşturulan kurallardan müteşekkilsen, *Lex Informatica* da çevrimiçi kullanıcılar tarafından geliştirilen standartlar ve teknik normlardan oluşan bir sistemdir. Sistem, ulusal sınırlardan ve yasalardan bağımsız olarak, ulusötesi olarak çalışmaktadır. *Lex Informatica*, dijital bir platformda gerçekleştirilebilecek eylem türlerini etkinleştirerek ya da kısıtlayarak, yasa koyucunun iradesi yerine böyle bir platformun geliştirilmesinden sorumlu kişinin iradesini esas alır.⁴⁴

Reidenberg'e göre, dijital teknolojilerin hukuk kuralları bağlamında getirmiş olduğu esas yenilik, dijital dünyada, teknolojinin kendisinin bir düzenleme aracı olmasıdır. Çeşitli çevrimiçi platformların teknik özellikleri

⁴⁰ USTA/DOĞANTEKİN, s. 100.

⁴¹ REIDENBERG Joel R, "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Tecnology", *Texas Law Review*, C. 76, S. 3, February 1998, ss. 553-593., s. 553-554.

⁴² WRIGHT/ FILIPPI, s. 44-45.

⁴³ REIDENBERG, s. 555.; WRIGHT/ FILIPPI, s. 46.

⁴⁴ WRIGHT/ FILIPPI, s. 46-47.

neyin yapılıp neyin yapılamayacağını belirler ve sistemsal tasarım ve kullanıcı tercihleri bu şekilde kural koyucu konumuna gelir.⁴⁵

Benzer bir görüş Lawrence Lessig tarafından “kod yasadır” ifadesi ile dile getirilmektedir.⁴⁶ Lessig bu ifadesi ile kod ile kanun arasında bir ast üst ilişkisi kurmamakta ancak yazılım kodu ve yasal düzenlemelerin siber alanda insan davranışlarını birlikte düzenleyen mekanizmalar olduğuna dikkat çekmektedir.⁴⁷ Lessig sayısal teknolojilerde kodun gerektiği kadar dikkate alınmamasını eleştirmektedir.⁴⁸ Lessig’e göre insan davranışlarını düzenleyen dört temel güç vardır; kanunlar, sosyal normlar, pazar dinamikleri ve mimarlık.⁴⁹ Mimarlık sayısal alanda kod ile yakından ilişkilidir. Hukukun kodu ne ölçüde düzenleyebileceği kodun mimari yapısına göre değişkenlik gösterecektir.⁵⁰ Blokzinciri de şifrelemeye dayalı yazılım tabanlı yeni bir mimarlık şeklidir⁵¹ ve onun mimari yapısı da hukuk kuralları ile yeni bir ilişki biçiminin ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Wright ve Filippi’ye göre bugün de blokzinciri sebebiyle yeni bir dönüm noktasında bulunmaktayız. Yazarlara göre blokzinciri teknolojisinin yayılması, kendi kendini yürüten akıllı sözleşmeler ve merkezi olmayan otonom yapılar aracılığıyla yürütülen bir dizi kuralla karakterize edilen *lex cryptographia* isimli yeni bir yasa türü ortaya çıkmasına neden olabilir.⁵²

Bu yeni yasa türünün benimsenmesiyle vatandaşların kendi kurallarını seçme ve uygulama özgürlüğüne sahip olabileceği ve bu şekilde blokzincirinin yeni bir dijital hukuk yaratarak mevcut hukuk sistemine bir alternatif oluşturabileceği ileri sürülmüştür. Bu alternatif sistemde kuralların uygulanmasını sağlayacak üçüncü bir tarafın müdahalesine ihtiyaç olmayacak ve mevcut hukuk sisteminin merkezi niteliğinden uzaklaşılacaktır.⁵³

Genel geçer ve fiilen rıza gösterilip gösterilmediğine bakılmaksızın herkese uygulanabilir olan kurallardan oluşan mevcut hukuk sistemlerinin aksi-

⁴⁵ REIDENBERG, s. 570.; KÜZECİ (2021b), s. 398.

⁴⁶ LESSIG Lawrence, **Code: Version 2.0**, Basic Books, New York, 2006, s.5.

⁴⁷ WERBACH, s. 159.

⁴⁸ KÜZECİ (2021b), s. 397.

⁴⁹ LESSIG, s. 234.

⁵⁰ KÜZECİ (2021b), s. 399.

⁵¹ WERBACH, s. 160.

⁵² WRIGHT/ FILIPPI, s. 48.

⁵³ WRIGHT/ FILIPPI, s. 40.

ne, bu alternatif sistemde insanlar tercihlerine göre bir dizi hüküm arasından seçim yapmakta özgür olacaklardır. Ayrıca insanlar koşullara ve beklenmedik durumlara bağlı olarak birden fazla düzenleyici çerçeveyi seçebilecek veya keyfi olarak bir sistemden diğerine geçiş yapabilecektir.⁵⁴

İnsanların devletin koymuş olduğu kuralları kabul etmeyerek bu kurallara uymama ve bunun yerine kendi tercihlerine göre başka kurallar belirleyebilme ve bunlara riayet etme ihtimalleri devleti ve onun kural koyma yetkisini baştan düşünmeyi gerektiren durumlardır. Devletin ortaya çıkışını açıklarken dayandığımız kavramlardan biri olan toplum sözleşmesinin de bu yeni teknoloji ile birlikte bir dönüşüme uğradığı ileri sürülebilir.

III. YENİ BİR TOPLUM SÖZLEŞMESİ

Blokzincirinin de içinde olduğu yeni teknolojilerin yayılmasıyla, vatandaşların merkezi kurumlara olan ihtiyacının ortadan kalkacağı ve zorlama yerine uzlaşmaya dayanan yeni bir toplum sözleşmesinin nihayet mümkün hale geleceği ileri sürülmektedir. Yeni sosyal sözleşmede, ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklarda akıllı sözleşmeler yoluyla insanların rıza gösterdiği ortak kurallara başvurulacak ve uyuşmazlık halinde merkezi olmayan tahkim sistemleri devreye girecektir.⁵⁵

Devletin koymuş olduğu hukuk kurallarına dayanan mevcut sistem ile *lex cryptographia*'yı esas alan sistemin, birbirlerine alternatif olarak bir arada var olabileceği halin Robert Nozick'in ütopya tasarımına benzetilebileceği ileri sürülmüştür.⁵⁶ Nozick, Anarşi, Devlet ve Ütopya adlı eserinde vatandaşların içinde yaşamak istedikleri farklı toplum türlerini eş zamanlı olarak inşa etmelerine izin veren, görevleri son derece sınırlı olan minimal bir devleti savunmaktadır. Nozick, tek bir çeşit toplumun ve tek bir yaşam tarzının herkes için uygun olamayacağını ifade etmektedir. Ütopya, insanların farklı kurumlar altında farklı türde hayatlar sürdürdüğü birçok farklı topluluktan oluşacaktır. İnsanlar özgürce ve gönüllü olarak bir araya gelecek, kendilerine uygun bir yaşam tarzını benimseyecek ve isterlerse bir topluluktan diğ-

⁵⁴ WRIGHT/ FILIPPI, s. 41.

⁵⁵ ATZORI Marcella, "Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?", *Journal of Governance and Regulation*, C. 6, S. 1, 2017, ss. 45-62., s. 48.

⁵⁶ SCHREPEL Thibault, "Anarchy, State and Blockchain Utopia: Rule of Law vs. Lex Cryptographia", *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, BERNITZ Ulf (Editör), Wolters Kluwer, 2020, ss. 367-383., s. 373.

rine geçecektir.⁵⁷ *Lex cryptographia*'nın benimsenmesi ile de Nozick'in teorisine benzer şekilde vatandaşlara devlet tarafından dayatılan hukuk sisteminden çıkma ve alternatif bir hukuk sistemine girme imkanının sunulacağı iddia edilmiştir.⁵⁸

Böyle bir durumun sosyal sözleşme gibi bir kurgunun gerçekten deneyimlenmesine yol açabileceği ileri sürülmüştür. Schrepele'e göre *Lex cryptographia*, yurttaşlara, en azından belli faaliyetleri bakımından devlet tarafından dayatılan hukuk sisteminden çıkma ve başka bir hukuk sistemine girme imkânı tanıyarak yeni bir değiş-tokuş ilişkisi yaratmaktadır.⁵⁹ Bu yeni sosyal sözleşmenin de yine hakların korunması üzerinden temellendirildiğini ileri sürebiliriz. Schrepele, blokzinciri teknolojisini mahremiyetin ve ifade özgürlüğünün korunması bakımından değerlendirmekte ve bu haklar arasında yeni bir dengenin kurulduğunu belirtmektedir.⁶⁰

Blokzinciri teknolojisinin mahremiyeti korumak bakımından çok etkili olduğu ileri sürülebilir. Bu teknoloji, teknik imkanları sayesinde bu hakkın hem devlete hem de özel kişilere karşı güvence altına alınmasını sağlayabilir. Ancak blokzinciri teknolojisi tam tersi bir durumu da mümkün hale getirebilir. Şöyle ki, eğer bir kullanıcı, başka bir kullanıcının mahremiyetini ihlal ederek ona zarar verebilecek bir bilgiyi blokzinciri üzerinden yayınlamaya karar verirse, böyle bir durumda bilgiyi silmek ve hatta bu kişinin gerçek kimliğini tespit etmek bile imkânsız olabilir.⁶¹ Böyle bir durumda aslında ilk hamle avantajı ile karşı karşıya olduğumuzu söyleyebiliriz. Örneğin X kişisi, Y kişisi hakkındaki bir bilgiyi blokzinciri üzerinden açıklamaya karar vermişse, bu bilgi blokzincirinde yayımlandıktan sonra artık kaldırılamaz. Yani X kişinin ifade özgürlüğü, Y kişinin mahremiyeti karşısında mutlak bir biçimde korunmaktadır. Ancak aynı şekilde mahremiyetin ifade özgürlüğü karşısında mutlak bir biçimde korunması da mümkündür. Örneğin eğer Y kişisi daha önce davranarak siber uzayda blokzinciri üzerinden etkileşimde bulduysa ve bu şekilde mahremiyetini koruduysa, X kişisi Y hakkındaki bilgilerden mahrum kalacak ve ifade özgürlüğünü kullanamayacaktır.⁶²

⁵⁷ NOZICK Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (çev. A. Oktay), 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2006, s. 389.

⁵⁸ SCHREPELE, s. 377.

⁵⁹ SCHREPELE, s. 381.

⁶⁰ SCHREPELE, s. 379.

⁶¹ SCHREPELE, s. 376.

⁶² SCHREPELE, s. 379.

Blokzinciri aracılığıyla yeni bir toplum sözleşmesinin imzalandığı varsayımına da buradan hareketle ulaşılmaktadır. Kullanıcılar, bazı hakları mutlak şekilde korunurken bazı haklarının ise ihlal edilebileceğine baştan rıza göstermektedirler.⁶³ Vatandaşlara bir anlamda yeni bir takas teklif edilmektedir. Kişilerin hangi temel haklara en çok değer verdiklerine ve hangi hak ihlallerini kabul etmeye razı olduklarına bağlı olarak blokzinciri kullanmayı seçebilecekleri ileri sürülmektedir.⁶⁴

Atzori ise blokzinciri teknolojisinin esas alındığı bir toplumun, sosyal sözleşme sonrası olamayacağını iddia eder. Ona göre akıllı sözleşmeler, merkezi olmayan otonom yapılar ve piyasa kurallarıyla yönetilen bir toplumda, bireyler bir anlamda doğa halinde yaşamaktadır. Böyle bir durumda, bireylerin yurttaş olduğunu iddia edemeyiz, insanlar ortak ihtiyaçların karşılanması için belli çıkarlar etrafında kümelenmektedir. İnsanlar kullanabilecekleri gelişmiş teknolojilere rağmen hala güç yasasının ve bu örnekte piyasa yasalarının hüküm sürdüğü istikrarsız ve çatışmacı bir doğa durumunda varlıklarını sürdürmektedir.⁶⁵

İnsanların böyle bir durumda yurttaş sayılmamasının sebebi de Atzori'ye göre kişilerin kendilerini bütünün bir parçası olarak görmemeleridir. Merkezi olmayan birtakım platformların bulunduğu blokzinciri tabanlı varsayımsal küresel toplumda Jean Jacques Rousseau'nun ortak yararı hedefleyen genel iradesinin⁶⁶ yerini bireysel iradelerin sayısız anlık eylemleri alacaktır. Bireyler artık yurttaş değil de hizmet tüketicileri, oyuncular ya da bağımsız çıkar sahipleri olarak tanımlanacaktır.⁶⁷

Bu noktada başta devletin neden, nasıl ve neyi korumak için oluşturulduğunu hatırlatmakta yarar olduğunu söyleyebiliriz. Pek çok kripto anarşist devleti gayri meşru, gereksiz, geçerliliğini yitirmiş bir kurum olarak değerlendirmekte ve yerine merkezi ve hiyerarşik olmayan bir yapılanmanın getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşte gözden kaçırılan husus ise devletin tarihsel bir süreç içerisinde diğer güç odakları karşısında hakimiyet kazanarak birbirleriyle çatışabilen bireysel çıkarların ötesinde kamu yararını korumak

⁶³ SCHREPEL, s. 376.

⁶⁴ SCHREPEL, s. 379.

⁶⁵ ATZORI, s. 54-55.

⁶⁶ ROUSSEAU Jean Jacques, **Toplumsal Sözleşme veya Siyasal Hukukun Prensipleri**, (çev. C. Karakaya), 2. Baskı, İletişim, İstanbul, 2016, s. 58-59.

⁶⁷ ATZORI, s. 55.

için kurulduğudur. Devlet hantal ya da işlevsiz olmakla eleştirilebilir ve bir dönüşüme tabi tutulması istenebilir ancak böyle bir talepte bulunurken devletin piyasa koşullarının insafına terk edilemeyecek temel haklar, kamu yararı, gelir adaleti ve kaynakların dağıtımı gibi kavramlar ile olan ilişkisi de göz önünde tutulmalıdır. Devletin tamamen ortadan kaldırıldığı blokzinciri tabanlı bir toplumda insanların hak ve özgürlüklerinin nasıl güvence altına alınacağı ya da sosyal adaletsizliklerin nasıl giderileceği oldukça belirsizdir.⁶⁸

Blokzincirini devletin bir alternatifi olarak sunan görüşlerde aynı zamanda insan doğasına ilişkin olumsuz bir bakış açısı olduğu savunulabilir. Hobbes'un Leviathan devletinin yerinde ise artık teknoloji yer almaktadır.⁶⁹ Nasıl ki Hobbes'a göre doğa halinde kaos ve çatışma varsa ve herkesin herkesle daima savaşta olduğu bu duruma devlet son verecekse,⁷⁰ blokzinciri savunucularına göre de söz konusu teknoloji, devletin yerine geçmekte ve insanları doğa halindeki kargaşadan korumaktadır. Bu görüşün temelinde ise blokzincirinin, güvenin ve güvenilen üçüncü tarafların yerine geçeceği varsayımı yer almaktadır.

Blokzincirinin, "bize ve değerli eşyalarımıza zarar vermek isteyen güvenilirmez insanlarla dolu bir dünyada"⁷¹ bir çıkış yolu sunabileceği umulmaktadır. Blokzincirinin güvenilir olmayan aktörlerin, ne kadar isterlerse istesinler başkalarının verilerini manipüle etmesini matematiksel olarak zorlaştırarak 3. kişilere güven duymayı gereksiz hale getirdiği değerlendirilmeye yapılmaktadır.⁷² Bu da esasında güvenin, kurulan bir ilişki olduğunun görmezden gelinmesi anlamına gelmektedir.⁷³

Blokzincirinin güveni ortadan kaldıran bir sistem yarattığı iddia ediliyor olsa da blokzincirinin işleyişi kodun tasarımına ve onu yazan kodlayıcılara olan güvene bağlıdır. Bununla birlikte kodun ne kadar güvenilir olabileceği

⁶⁸ ATZORI, s. 55.

⁶⁹ KOHL Uta, "Blockchain Utopia and its Governance Shortfalls", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 13-40., s. 31.

⁷⁰ HOBBS Thomas, **Leviathan**, (çev. S. Lim), 26. Baskı, Yapı Kredi, İstanbul, 2024, s. 100-101.

⁷¹ BELONICK Paul, "Transparency is the New Privacy: Blockchain's Challenge for the Fourth Amendment", **Stanford Technology Law Review**, C. 23, S. 1, 2020, ss. 114-181., s. 121.

⁷² BELONICK, s. 136.

⁷³ ÇATALOLUK Gökçe, **Bir Hukuk Paradoksu Olarak Güven**, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 155.

de başka bir tartışma konusudur. 2016 yılında gerçekleşen DAO (merkezi olmayan otonom organizasyon) saldırısı da blokzincirinin güven gerektirmeyen bir teknoloji olmaktan uzak olduğunu bize göstermiştir.⁷⁴ Söz konusu saldırıda, bilgisayar korsanları koddaki açığı keşfederek tamamen geçerli ve herhangi bir yasal düzenlemeyi ihlal etmeyen bir dizi akıllı sözleşme aracılığıyla DAO fonlarının üçte birini ele geçirmiş ve yaklaşık 50 milyon Amerikan dolarını kendi hesaplarına aktarmışlardır.⁷⁵

Bu istisnai örnek bir yana bırakılarak blokzincirinin gerçekten güveni devreden çıkararak bir sistem olduğu kabul edilecek olsa bile insanların güvenilmez olduğu ön kabulü çeşitli sakıncaları beraberinde getirebilir. Nasıl ki, Hobbes'un teorisinde insanlara güvenilmeyeceği baştan kabul edildiğinde devlet buna dayanarak mutlak ve sınırsız bir biçimde zorlayıcı gücünü kullanıyorsa, blokzincirinin de varsayımsal güvenilemez sosyal ilişkilere dayanması durumunda ortaya benzer problemler çıkabilir.⁷⁶

Yukarıda açıklananlar dışında, blokzincirinin, güvenin teknolojik ikamesi olduğuna ilişkin savların, güvenin toplumsal yaşamın kurulmasında ve sürdürülmesindeki rolünü hesaba katmadıkları söylenebilir.⁷⁷ İnsanların birbirine duyduğu güven sayesinde insanlar bir araya gelmekte ve örgütlenmektedir. Güvenin bir an önce kurtulması gereken bir yük olarak ele alınmaması ve onun insanlar arasında bir tutkal işlevi gördüğünün hatırlanması gerekmektedir.⁷⁸

Blokzinciri bir yandan yukarıda ele alındığı şekilde Hobbes'un doğa haline benzer şekilde güvenilmez insan doğasına dayandırılırken, bir yandan da çelişkili bir şekilde Hobbes'un merkezi, mutlak gücünden bir kopuşun simgesi olarak da ele alınmaktadır. Blokzinciri teknolojisinin merkezi olmayan bir yönetim tarzına köklü bir geçişin başlangıç noktası olacağı ileri sürülmektedir.

IV. MERKEZİ OLMAYAN BİR YÖNETİM

Merkezi koordinasyona ve hiyerarşik yapılara sahip olan örgütlenmelerin doğası gereği verimsiz olduğu ve toplumsal ihtiyaçlara hızlı ve yeterli

⁷⁴ KÜZECİ (2021a), s. 252.

⁷⁵ KÜZECİ (2021a), s. 253.

⁷⁶ KOHL, s. 32.

⁷⁷ Bu konuda bkz. ÇATALOLUK, s. 80-97.

⁷⁸ KOHL, s. 32.

karşılık vermediği ileri sürülebilir. Özellikle gücün az sayıdaki kişinin elinde yoğunlaşması, bu gücün kötüye kullanılmasına yol açacaktır. Herhangi bir hiyerarşik organizasyonda merkezi otoritenin, bilgisayar terimleriyle ifade edecek olursak, tek hata noktası (*SPOF- Single Point of Failure*) olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka deyişle merkezi otorite işlevini yerine getiremiyorsa bundan tüm sistem etkilenecektir. Adem-i merkeziyetçilik, gücün dağıtılmasını sağlayarak hem güç yoğunlaşmasından kaynaklanan otoriter eğilimleri önleyebilir hem de tek hata noktasını ortadan kaldırarak sistemin daha iyi işlemesini mümkün hale getirebilir.⁷⁹

Blokszinciri teknolojisi ile artık güvenilir üçüncü bir tarafın aracılığına gerek olmadan kriptografik olarak doğrulanmış eşler arası prosedürler aracılığıyla küresel düzeyde fikir birliğine ulaşılabilmesi mümkün hale gelmiştir ve böylelikle bu teknolojinin merkezi bir devlet otoritesine olan ihtiyacı ortadan kaldırdığı savunulmaktadır. Ancak her ne kadar blokszincirinin merkezi olmamasına vurgu yapılıyor ve bu nedenle bu teknoloji övülüyor olsa da blokszinciri tabanlı karar alma süreçlerinin teorisinin iddia ettiği kadar merkezi nitelikte olduğu ileri sürülebilir.⁸⁰

Öncelikle merkezilik düzeyi blokszincirinin özel (*private*) ve açık (*public*) olmasına bağlı olarak değişebilir niteliktedir. Merkezi olmayan yapı ile kastedilen ise bir blokszinciri üzerinde depolanacak veriyi seçme ve yönetme işinin tek bir merkezden yapılmamasıdır.⁸¹ Blokszincirinin açık ve özel olması blokszincirine katılım durumuna göre belirlenmektedir. Bitcoin, Ethereum gibi isteyen herkesin bilgisayar aracılığıyla dahil olabildiği blokszincirleri açıktır. Bu blokszincirlerinde her katılımcı kayıtlı bulunan verinin tamamına erişebilir. Özel blokszincirleri ise sadece gerekli bilgilere sahip olanların katılabildiği ağlardır.⁸² Ağa erişim herhangi bir otorite tarafından kontrol edilmediğinden açık blokszincirleri merkezilikten uzaktır ve yüksek derecede şeffaflık sunarlar. Prensipler olarak ilgilenen her kişi, merkezi olmayan blok doğrulama sürecine aktif olarak katılabilir. Özel blokszincirleri ise gizliliği

⁷⁹ ATZORI, s. 47.

⁸⁰ HERMSTRUWER Yoan, "Blockchain and public administration", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 105-122., s. 111.

⁸¹ GÜÇLÜTÜRK (2021a), s. 42.

⁸² GÜÇLÜTÜRK Osman, "Blokszincir ve Regüle Edilebilirlik", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokszincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021b, ss. 73-122., s.77-78.

sağlama konusunda avantajlara sahip olsa da ağa kabul konusunda karar verecek merkezi bir otorite gerektirmesi sebebiyle yine tek hata noktası ortaya çıkarma riskini taşımaktadır.⁸³

Kararların nasıl alındığı hususu da blokzincirinin merkezilikten uzak olma niteliğini sorgulanır hale getirebilir. Kod güncellemeleri de dahil olmak üzere en temel kararların merkezi bir otoriteye yaklaşan çekirdek geliştiricilerden oluşan küçük bir grup tarafından alındığını söyleyebiliriz. Bu durum da bizi yine merkezi bir hata noktasına götürür ve dahası bir devlet bürokrasisi içerisindeki siyasal pazarlıkların ve güç çekişmelerinin benzerlerinin çekirdek geliştiriciler düzeyinde de ortaya çıkabileceği ileri sürülebilir.⁸⁴

Merkezileşmeye ilişkin bir diğer risk de madencilik havuzlarıdır. Protokolün gerektirdiği matematiksel doğrulamayı gerçekleştirmek oldukça maliyetlidir. Bu maliyeti karşılayabilen madencilerin sayısının azalması nedeniyle ağdaki bilgi işlem gücü doğal bir merkezileşme sürecine girmektedir. Örneğin Bitcoin madenciliği için çok fazla elektrik kullanımı⁸⁵ ve donanım gerektiği için madenciler elektrik tüketim masraflarının düşük olduğu ülkeleri tercih etmekte ve sahip oldukları bilgisayar gücünü bir araya getirerek bir havuz yaratarak birlikte kullanılmaktadır.⁸⁶ Kripto varlık madencileri, bilgisayarları doğal olarak soğutan ve enerji tüketimini azaltan soğuk iklim bölgelerine ya da enerji ücretlerinin düşük ya da sübvansiyonlu olduğu ülkelere de taşınmaktadır. Bu da madenci gruplarının belli bölgelerde yoğunlaşmasına sebep olarak blokzincirinin adem-i merkezi niteliğini tehdit eder hale gelmektedir.⁸⁷ Giderek merkezileşen madencilik faaliyeti özel çıkarlar ve piyasa dinamikleri

⁸³ HERMSTRUWER, s. 111.

⁸⁴ HERMSTRUWER, s. 111-112.

⁸⁵ Blokzinciri teknolojisi, önemli miktarda hesaplama gücü gerektirdiği için yüksek enerji kullanımına ve karbon emisyonuna sebep olmakta ve bu nedenle tartışmalara konu olmaktadır. Enerji yoğun kripto madenciliğinin iklim krizi açısından riskli olduğu dile getirilmekte ve hatta Avrupa Birliği çapında yasaklanması dahi teklif edilmektedir. Buna ek olarak, kripto madenciliğinin bu tür olumsuzluklarının bertaraf edilebilmesi için ortaya çıkan enerjinin yerleşim alanlarının ısıtılması için kullanılmasına yönelik çeşitli geri dönüşüm projeleri de geliştirilmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. G'SELL Florence/ MARTIN-BARITEAU Florian, The Impact of Blockchains for Human Rights, Democracy, and the Rule of Law: An Overview Report, Information Society Department of Council of Europe, 2022, <https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/11713-the-impact-of-blockchains-for-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law.html>, s. 14-16. (Erişim tarihi: 03.09.2024)

⁸⁶ GÜÇLÜTÜRK, (2021b), s. 96-97.

⁸⁷ G'SELL/MARTIN-BARITEAU, s. 16.; WERBACH, s. 126.

doğrultusunda işlediği için vatandaşların temel haklarını da tehlikeye atmaktadır.⁸⁸ Blokzincirinin gerçekten adem-i merkeziyetçi bir fikre dayandığı kabul edilecek olsa bile sorulması gereken bir diğer soru bu özelliğin, söz konusu teknolojiyi doğası gereği demokratik hale getirip getirmeyeceğidir.

V. BLOKZİNCİRİ VE DEMOKRASİ

Karar verme süreçlerini gerçekten büyük ölçüde değiştirebilecek ve merkeze daha az bağımlı hale getirebilecek olan blokzincirinin kendiliğinden demokratik bir yönetimi garanti edeceğini söylemek zordur. Blokzinciri kelimesi bile tek başına özgürlüğü çağrıştıran bir ifade değildir. Kelimenin oluşmasına katkıda bulunan blok ve zincir sözcüklerinin her ikisi de bir başkasının keyfi iradesinden kurtulma düşüncesine ilham verebilecek bir tınıya sahip değildir. Ancak her ne kadar kelimenin kendisi özgürlüğü çağrıştırmassa da blokzinciri teknolojisi sıklıkla otoriter yönetimlerden bir çıkış kapısı olarak değerlendirilmektedir.⁸⁹

Bu düşüncenin oluşmasında blokzinciri ile devlet egemenliği arasında var olduğu kabul edilen çatışmanın etkili olduğu ileri sürülebilir. Blokzincirinin devlet egemenliğinin sınırlarını zorlama ve bu egemenliğin kapsamını değiştirme ihtimali ve potansiyeli bu teknolojinin özgürlükçü olduğu izlenimini yaratmaktadır.

Blokzincirinin sağladığı imkanlarla bazı kamu hizmetlerinin sunumunda devlete alternatif olabileceği ve bu şekilde zamanla devletin gücünün azalabileceği öne sürülmektedir. Örneğin blokzincirinin devletin para ve kayıt tutma üzerinde sahip olduğu tekeli ortadan kaldırabilme ihtimali söz konusu olabilir. Blokzinciri ve benzeri dağıtılmış veri tabanları kimlik ve mülkiyet kayıtları gibi geleneksel devlet tekellerine alternatifler sunmaktadırlar. Blokzincirinin devletin sunmuş olduğu kayıt tutma hizmetine bu şekilde bir alternatif sunmasının, devlet egemenliğinin sınırları ve kapsamı üzerinde uzun vadeli etkileri olacaktır ve aynı zamanda devletin sahip olduğu tekeli kötüye kullanma riskini de ortadan kaldırabilecektir.⁹⁰

⁸⁸ ATZORI, s. 51.

⁸⁹ BELL Tom W., "Blockchain and authoritarianism: The evolution of decentralized autonomous organizations", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 90-104., s. 90.

⁹⁰ BELL, s. 91.

Blokzinciri teknolojisi sayesinde noterlerin vermiş oldukları hizmetlerin daha ucuz ve güvenilir şekilde sunulacağı da dile getirilmektedir. Noterler hazırladıkları ya da aracılık ettikleri belgelere kamusal güvenilirlik sağlama konusunda münhasıran yetkili olan kamu görevlileridir. Blokzinciri sayesinde bir kişinin irade beyanının ya da yapılan herhangi bir hukuki işlemin veri değişikliğinden korunarak belgelenmesi mümkündür. Blokzinciri aracılığıyla kaydedilen bilgilerin devlet tarafından tutulan kayıtlara güvenilir bir alternatif sunması halinde devletin bu konuda sahip olduğu tekelin zayıflayacağını ileri sürebiliriz.⁹¹

Devletin para üzerindeki tekeli de kuşkusuz egemenliğinin bir görünümüdür.⁹² Bitcoin başta olmak üzere kripto paralar, merkez bankaları tarafından çıkarılan resmi paraya bir alternatif olarak dolaşımdadır. Kripto paralar merkezi otorite ve bu otoritenin para politikalarının dışında ve tekeli güçten kaynaklanan risklerden muaf bir şekilde, kamusal doğrulamaya ihtiyaç olmadan bir değer rezervi ve değişim aracı olarak işlev görmektedir. Bu yönüyle kripto paraların devlet kontrolünden çıktıkları ölçüde devletin egemenliğine meydan okudukları ileri sürülebilir.⁹³

En bilinen kripto para olan Bitcoin'in temel faydalarından biri olarak devletin, siyasetin ve merkez bankalarının kontrol alanı dışında faaliyet gösterme potansiyeline işaret edilmektedir. Bitcoin'in bu şekilde apolitik kalma çabasının da aslında siyasi bir boyutu olduğu söylenebilir. Bitcoin hem devletin ana imtiyazlarından olan para basma yetkisinin sorgulanmasına sebep olmakta hem de mevcut finansal kurumlara olan ihtiyacı ve bu kurumların meşruiyetini değerlendirmeye açmaktadır.⁹⁴

Akıllı sözleşmeler de kendi kendini yürütme özelliği⁹⁵ sayesinde hukuki kesinliği garanti ettiği ölçüde devlet egemenliğinin bir parçası olan merkezi

⁹¹ CARIA Riccardo de, "Blockchain and sovereignty", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 41-59., s. 51.

⁹² AKAD Mehmed/ VURAL DİNÇKOL Bihterin/ BULUT Nihat, vd., **Genel Kamu Hukuku**, 16. Basım, Der, İstanbul, 2020, s. 126.

⁹³ CARIA, s. 44-45.

⁹⁴ FILIPPI Primavera de/ LOVELUCK Benjamin, "The Invisible Politics of Bitcoin: Governance Crisis of a Decentralised Infrastructure", **Internet Policy Review**, C. 5, S. 3, 2016, ss. 1-28., s. 15.

⁹⁵ Akıllı sözleşmelerin bu özelliği çeşitli örnekler ışığında değerlendirilebilir. Kira tutarının ödenmesinin belirli bir süre ile gecikmesi durumunda otomatik olarak cayma bildiriminin gönderildiği akıllı sözleşme verilebilecek örneklerdendir. Kiracı vadesi gelen taksiti bir süre

sözleşmeler hukukuna bir alternatif oluşturmaktadır. Tahkim gibi akıllı sözleşmelere dayalı blokzinciri tabanlı online uyuşmazlık çözüm mekanizmaları (*online dispute resolutions- ODR*) da egemenlik için önemli bir tehdit olabilir. Bu çözüm mekanizmaları kararların otomatik olarak uygulanmasını sağlamakta ve dolayısıyla hem devletin koymuş olduğu hukuk kurallarını hem de uyuşmazlığı çözmeye yetkili ve görevli olan devlet mahkemelerini gereksiz hale getirmektedir. Bu mekanizmaların yaygınlaşması durumunda devlet egemenliğine yönelik yeni bir meydan okumanın ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir.⁹⁶

Blokzincirinin devletin sunmuş olduğu kamu hizmetlerine alternatif yaratarak onun gücünü sınırlandıracağı ve bu şekilde daha demokratik bir yönetimi mümkün hale getireceği savının yanında, blokzinciri teknolojisinin seçimlerin planlanmasında, yürütülmesinde ve oyların sayımında kullanılması fikri de bu teknolojinin demokrasi ile anılmasına yol açmaktadır. Blokzinciri ve beraberindeki yazılımlar, devletlere seçimlerin güvenli ve şeffaf bir şekilde yapılmasına yardımcı olacak araçlar sunabilir. Nasıl ki Bitcoin, ekonomik kriz sonrası geleneksel finansal kurumlara duyulan güvensizliğe bir yanıt olarak geliştirildiyse, siyasal kurumlara ve partilere yönelik güvensizlik de blokzinciri teknolojisinin seçimlerde kullanılması önerisinin dile getirilmesine sebep olmuştur. Özellikle adil ve güvenilir bir seçimin koşullarının oluşmadığı ülkelerde oy verme gizliliğinin ve oy sayma prosedürlerinin güvenilirliğinin sağlanması için blokzinciri teknolojisinin kullanılması olasılığı dikkate alınabilir. Oyların bir zincire değişmez şekilde kaydedilmesini ve prensipte herkesin bu kayıtları izleyebilmesini ve kontrol etmesini sağlayan blokzinciri teknolojisinin özellikle oyların sayılması sırasındaki sahtekarlıkları tespit etme konusunda oldukça başarılı olabileceği ileri sürülmektedir.⁹⁷ Blokzincirinin oyları saymak ve insan hatalarını ve olası sahtekarlık-

daha ödemezse algoritma kapıyı otomatik olarak kilitleyerek kiracının daireye girmesini engelleyebilir. Bir başka örnek ise araç sahibinin taşıt kredisinin taksitini bankaya ödememesi durumunda akıllı sözleşmenin yazılım aracılığıyla aracın çalışmasını engelleyebilmesidir. Örnekler için bkz. SIRENA Pietro/ PATTI Francesco P., "Blockchain and contract law: Smart contracts", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 192-208., s. 200.

⁹⁶ CARIA, s. 55-57.

⁹⁷ GOOSSENS Jurgen, "Blockchain and democracy: Challenges and opportunities of blockchain and smart contracts for democracy in the distributed, algorithmic state", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 77-89., s. 85-86.

ları tespit etmek için kullanılması adil ve güvenilir seçim koşullarının sağlanması bakımından fayda sağlarken, hala gelişmekte olan blokzinciri teknolojisinin oy verme işlemi sırasında kullanılması konusunda dikkatli olunması gerekmektedir. Bilgisayar korsanlığı ya da kötü amaçlı yazılımlar gibi siber güvenlik konuları bu teknolojiyi oy verme konusunda riskli hale getirmektedir.⁹⁸

Yukarıda açıklanan risklere karşılık, bir başka açıdan da blokzinciri demokrasiye katkı sunabilir. Bu teknoloji yasa yapma sürecine yurttaşların daha fazla katılımını mümkün kılabilir. Brezilya’da geliştirilen Mudamos isimli blokzinciri tabanlı uygulama bu bağlamda bir örnek olarak ele alınabilir.⁹⁹ Uygulama içinde yer alan blokzinciri teknolojisi aracılığıyla vatandaşların dijital imzalarının güvenilirliği ve doğrulanabilirliği artırılmıştır. 2014 yılında çevrimiçi hale gelen Mudamos’un kendi sitesinde, bu dijital platformun, kamusal çıkarları ilgilendiren meseleleri çözmeyi amaçlayan kolektif ve demokratik bir işbirliği için tasarlandığı belirtilmektedir. Kullanıcılar blokzinciri tabanlı bu uygulamayı kullanarak yasa teklifinde bulunabilmektedir. Bugüne kadar 385.000 kullanıcıdan imza toplanmıştır.¹⁰⁰ Mudamos gibi uygulamaların yaygınlaşması ve güvenilir hale gelmesi ile uzun vadede doğrudan demokrasinin yeni biçimleriyle mümkün hale gelebileceğini de ileri sürebiliriz.

Her ne kadar blokzinciri tabanlı uygulamaların seçmen kayıtlarının oluşturulmasında, oy sayımında ya da siyasal kararlara katılımında kullanılmasının demokrasiyi güçlendirici bir etkisi olsa da ve yine blokzinciri gerçekten yönetim yapısını daha az merkezi hale getirecek özellikler taşısa da siyasetin tamamen otomatikleştirilmiş süreçlere indirgenemeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Siyaset oyları toplamaktan, veri tabanlarını senk-

⁹⁸ Bu riskler bir yana blokzinciri teknolojisinin kullandığı küçük ölçekli seçim örnekleri bulunmaktadır. Örneğin Haziran 2018’de İsviçre’nin Zug şehrinde blokzinciri teknolojisine dayanan istişari nitelikte bir oylama düzenlenmiştir. Bir başka örnek de Mart 2018’de Hollanda’nın Groningen belediyesinde gerçekleşen oylamaya ilişkindir. İstihbarat ve Güvenlik Hizmetleri Kanununa ilişkin referandumda oyların ikinci kez sayımı blokzinciri üzerinden yapılmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. GOOSSENS, s. 86. Oyların sayımı ve tasnifi konusunda blokzinciri teknolojisini kullanılmasına bir örnek de Afrika’dan verilebilir. Sierra Leone’de gerçekleşen seçimde blokzinciri tabanlı bir yazılım oyları kendi sisteminde toplamış ve bu şekilde kendisindeki sonuçlar ile resmi sonuçların karşılaştırılmasını sağlayarak seçimlerin denetlenmesine katkı sunmuştur. Bkz. IŞIK Alper, **Dijital Demokrasi**, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 144.

⁹⁹ G’SSELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 29.

¹⁰⁰ <https://www.mudamos.org/en> (Erişim Tarihi: 06.09.2024)

ronize etmekten ve işlemleri doğrulamaktan çok daha fazlasıdır. Bilgisayar bilimcileri, şifrelemenin ve kodların karar alma konusundaki verimliliğini aşırı vurgulama eğilimindedir. Algoritma ya da ikili kodlar politika oluşturmak için yeterli değildir. Dünyayı tüm karmaşıklığıyla görmek ve politika üretebilmek bağlama duyarlıdır ve bu yüzden akıl ve vicdan sahibi olarak insanın bu sürece katılımı elzemdir. Tek başına verimlilik ve otomasyon insan topluluklarının nihai amacı olmamalıdır.¹⁰¹

Siyasetten teknoloji aracılığıyla kurtulmak gerekli olmadığı gibi tek başına mümkün de olmayabilir. Bir teknolojinin yürütülmesi çeşitli güç dinamiklerine bağlıdır. Örneğin Bitcoin belki devletin ve kurumların mevcut politik çerçevesinin belirli bir ölçüde dışına çıkabilir ancak bu teknolojiyi geliştirmekten ve onun işlevlerine karar vermekten sorumlu olan bir avuç programcının görünmez politikalarına tabi olmaya devam edecektir.¹⁰² Bitcoin geliştiricileri tarafından alınan kararların teknik tercihler olmanın ötesinde politik yansımaları olduğu da ileri sürülebilir.¹⁰³ Teknolojik tasarımın kendisinin de yine bir politik karar içerdiği de göz önünde tutulmalıdır.¹⁰⁴

Bunun yanında, teknoloji sosyal değişimin tek ve ana itici gücü olabilecek nitelikte değildir. Blokzincirini sadece mimarisine odaklanarak demokratik olarak addetmek oldukça yanıltıcı olabilir. Bir teknolojik yeniliğin, tıpkı sihirli bir hap gibi, zorlu müzakereler olmadan ve toplumda herhangi bir gerilim yaşanmaksızın siyasi ve hukuki değişimi sağlayacağı görüşü iyimser bir beklentidir.¹⁰⁵ Blokzinciri savunucularının ileri sürdüğü bir diğer görüş de bu teknolojinin hiyerarşinin olmadığı eşitlikçi bir toplumun kurulabilmesine yardımcı olacaktır.

VI. EŞİTLİKÇİ TOPLUM HAYALİ

Blokzinciri sayesinde bireylerin özgürce iş birliği yaptığı, algoritmaya dayalı olarak fikir birliğine ulaşabildikleri hiyerarşik olmayan ve zorlamadan azade bir toplumun kurulacağı iddia edilmektedir. Ancak blokzincirinin

¹⁰¹ ATZORI, s. 54.

¹⁰² FILIPPI/ LOVELUCK, s. 16.

¹⁰³ Blok büyüklüğü tartışması bu bağlamda ele alınabilir. Tartışma sadece teknik tercihlere ilişkin gibi gözükse de bloğun boyutunun arttırılmasını destekleyen ya da karşı çıkan görüşlerin çoğunun aslında politik bir yönü de bulunmaktaydı. Bkz. DE FILIPPI/ LOVELUCK, s. 16.

¹⁰⁴ FILIPPI/ LOVELUCK, s. 17.

¹⁰⁵ KOHL, s. 40.

hem siyasal zorlamayı hem de hiyerarşiyi ortadan kaldıracığını ileri sürmek oldukça zordur.¹⁰⁶ Blokzincirine ilişkin bu görüşün arkasında kripto anarşizm olduğunu söyleyebiliriz. Narayanan'a göre kripto anarşizm, "*idealize edilmiş haliyle, matematikle tanımlanabilen ve kodlarla uygulanabilenler dışında hiçbir yasayı tanımayan bir siyaset felsefesidir.*"¹⁰⁷

Kripto anarşizmin iddialarının büyük çoğunluğunun klasik anarşizm fikrine dayandığını söylemek şaşırtıcı olmayacaktır. Kripto anarşizm de klasik anarşizm gibi devleti modası geçmiş bir baskı aracı olarak tasvir etmekte, insanlara dışarıdan kurallar dayatılmasına karşı çıkmakta ve bireyler arası sözleşmeler aracılığıyla toplumun düzenlenebileceğini ileri sürmektedir.¹⁰⁸ Anarşizm, devletin zora başvurduğunu ve zorun da doğası gereği kötü olduğunu belirtmekte ve devletin demokratik olsa bile zora başvurduğundan hareketle ortadan kaldırılmasını ve yerine rızaya dayalı gönüllü örgütlenmeler konulması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁹ Anarşistler devletin olmaması halinde zorun da ortadan kalacağını ya da katlanılabilir bir düzeye ineceğini iddia etmektedir.¹¹⁰

Kripto anarşistler de blokzincirinin otoriteyi dağıtan adem-i merkeziyetçi yapısı ile zoru ortadan kaldıracığını ve sürekli rızayı sağlayacağını ileri sürmektedir.¹¹¹ Bu noktada Dahl'ın anarşizme yönelttiği eleştirinin blokzinciri bağlamında kripto anarşizme karşı yinelenebileceğini söyleyebiliriz.

Zordan ve baskıdan kaçınmanın, adalet, eşitlik, özgürlük, güvenlik, mutluluk gibi değerlere göre neden daha üstün olarak kabul edildiğini sorgulayan Dahl, zorun kaldırılmasının başlı başına bir amaç olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürer.¹¹² Blokzinciri tartışmalarında da bu teknolojiyi yüceltmek için sıklıkla adem-i merkeziyetçi niteliğine ve zoru ortadan kaldıracığı iddiasına başvurulmaktadır. Ancak ne zorun ortadan kaldırılması ne de adem-i merkeziyetçilik tek başına ulaşılması gereken bir hedef olarak ele alınmamalıdır.¹¹³

¹⁰⁶ ATZORI, s. 56.

¹⁰⁷ NARAYANAN Arvind, "What Happened to the Crypto Dream?, Part 1", **IEEE Security & Privacy**, C.11, S. 2, 2013, ss.75-76., s. 76.

¹⁰⁸ ATZORI, s. 49.

¹⁰⁹ DAHL Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, (çev. L. Köker), Yetkin, Ankara, 1996, s. 43-44.

¹¹⁰ DAHL, s. 53.

¹¹¹ ATZORI, s. 56.

¹¹² DAHL, s. 54.

¹¹³ ATZORI, s. 56.

Dahl'a göre anarşizmin yaptığı gibi toplumları rızayı en üst düzeye çıkardıkları ve zor kullanmayı en aza indirdikleri ölçüde iyi ve kötü olarak yargılsak böyle bir durumda siyaset felsefesi ile değil de ahlaki bir doktrin ile karşı karşıya oluruz.¹¹⁴ Bu görüş çerçevesinde, zor kullanma ahlaki bir sorun olduğuna göre devletin ortadan kaldırılması ya da yetkinin yatay olarak dağıtılması da bu sorunu çözemeyecektir.¹¹⁵ Dahl'a göre zorun bir devletin yokluğunda bile var olması ihtimal dahilindedir ve bu yüzden zoru sınırlandırmak ve düzenlemek için demokratik bir devlet fikrine tutunmak gerekir.¹¹⁶

Kripto anarşistlerin iddia ettiği gibi devletin ortadan kalktığı, tamamen blokzincirine dayalı toplumda zorlama ve baskı da ortadan kalkmayacağı gibi bu toplum kendiliğinden özgürlükçü ve eşitlikçi de olmayacaktır. Blokzinciri hizmetlerinin kitlesel olarak benimsenmesi büyük olasılıkla yeni oligarşiler ve toplumda güçlü bir kutuplaşma yaratacaktır. Kod geliştiriciler, madenciler, tekno-girişimciler ve finansal teknoloji profesyonelleri teknik bilgi ve becerileri sayesinde toplumda kolaylıkla ayrıcalıklı bir konuma sahip olacaklar ve yeni teknolojilere yönelik okur yazarlığı olmayan ve yalnızca pasif alıcılara indirgenmiş büyük bir kitlenin zararına olacak şekilde yeni politika yapıcılar haline geleceklerdir.¹¹⁷

Blokzinciri tartışmalarında sıklıkla gözden kaçırılan husus, devleti ortadan kaldırmanın ve onun işlevlerini devralmanın "kârlı" bir yönü olduğudur. Blokzinciri başlangıçta üçüncü bir tarafa olan ihtiyacı ortadan kaldırmak için yaratılmış olsa da bu teknoloji devletin yerini alarak ekonomik fayda sağlayan mutlu üçüncü kişiler ortaya çıkarabilir. Üstelik bu üçüncü kişiler kamusal çıkarları geri plana atarak kendi çıkarlarını önceleyebilir ve baskıcı politikalar izleyebilirler.¹¹⁸ Dahası bu yeni güç odakları devletin keyfi gücünü sınırlandırmak için oluşturulmuş mekanizmalara ve kurallara da tabi olmayacaktır.

Günümüzde her ne kadar insan haklarını çoğunlukla devlet karşısında bireyi korumak ve güçlendirmek bağlamında düşünüyor olsak da devletin temel amacının ve varlık nedeninin de aslında insanların haklarını korumak

¹¹⁴ DAHL, s. 61.

¹¹⁵ ATZORI, s. 56.

¹¹⁶ DAHL, s. 52-53., 61.

¹¹⁷ ATZORI, s. 57.

¹¹⁸ ATZORI, s. 59.

olduğunu hatırlamamız gerekiyor. Devletin tamamen ortadan kaldırıldığı blokzincirine dayalı toplumda, insan hakları kolaylıkla başka amaçlar uğruna gözden çıkarılabilir. Buna karşılık, blokzinciri teknolojisi aynı zamanda insan haklarının korunması bakımından yeni imkânlar da sunmaktadır. Ancak söz konusu teknolojinin bu imkanlara rağmen bireyleri gözetim ve kontrol altına tutmak amacıyla kullanılması da ihtimal dahilindedir.

VII. İNSAN HAKLARI İÇİN YENİ FIRSATLAR YA DA YENİ TEHDİTLER

Blokzincirini temel haklar bağlamında ele aldığımızda bu teknolojinin hem bireylerin haklarının korunması bakımından yeni fırsatlar sunduğunu hem de insan hakları açısından yeni tehditler ortaya çıkardığını görürüz. Biryandan temel hakların devlet tarafından ihlalini önlemek için yeni yollar sunan blokzinciri, diğer yandan hakların korunması için geliştirilmiş olan anayasal standartları etkisiz ve geçersiz hale getirerek bu hakların devlet tarafından güvence altına alınmasını engellemektedir.

Söz konusu teknolojiden örneğin ifade özgürlüğünü geliştirmek için yararlanılabileceği gibi bu teknolojinin ifade özgürlüğünün zayıflatılması için de kullanılması mümkündür. Devletin içerik kaldırma yetkisinin blokzinciri teknolojisi sayesinde sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Ayrıca şifrelemenin sağladığı sahte anonimlik¹¹⁹ (*pseudo-anonymity*), kimlik tespitini zorlaştırarak ifade özgürlüğünün korunmasına katkıda bulunabilir. Çevrimiçi ortamda anonim olmak bireylerin aksi durumda ifade etmeyecekleri bilgilerin ve fikirlerin ortaya çıkmasını sağlayabilir.¹²⁰

Blokzinciri, devletlerin bu hakka müdahalesini sınırlandırarak ifade özgürlüğünün geliştirilmesine katkı sunabilir. 2008 yılında Çin’de yaşananlar blokzincirinin sansürü engelleme ve içerik yayma amacıyla nasıl kullanılabileceğine bir örnek niteliğindedir.¹²¹ Pekin Üniversitesi’nden bir grup öğrenci, yirmi yıl önce bir profesör tarafından cinsel saldırıya uğradığını bildiren ve

¹¹⁹ Blokzinciri ağları tam olarak anonim değildir ancak kimlik tespitinin yapılması zorlaştırılmıştır. Örneğin Bitcoin blokzincirinde kullanıcılar gerçek kimlikleri ile değil de Bitcoin adresleri aracılığıyla işlem yaparlar. Ancak açık işlem geçmişlerinden faydalanılarak gerçek hayattaki kimliklerin bulunması ihtimal dahilindedir. Bkz. GÜÇLÜTÜRK (2021b), s. 89.

¹²⁰ G’SSELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 17.

¹²¹ GREGORIO Giovanni de, “Blockchain and freedom of expression”, **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 123-140., s. 123.

daha sonra intihar eden bir öğrenci hakkında üniversiteden bilgi edinme talebinde bulunmuştur. Üniversite bu talebi reddetmiş ve olayın üstünü kapatmaya çalışmıştır. Bilgi edinme talebinde bulunan öğrencilerin hem olayı anlattıkları hem de Üniversite tarafından aldıkları tehdidi ve kendilerine verilen gözdağını içeren açık mektup da Çin'in mesajlaşma uygulaması olan WeChat'ten hızla kaldırılmıştır. Bunun üzerine bir destekçi söz konusu mektubun metnini Ethereum blokzincirine kendisine sıfır Ether göndererek meta veri olarak yerleştirmiştir. Bu şekilde -her ne kadar bu işlem verisine erişim, sosyal medyaya erişim kadar kolay olmasa da- söz konusu mektup kamuya açık şekilde kalıcı olarak belgelenmiştir.¹²²

Devlet sansürünü engelleyici şekilde blokzincirinin kullanılması onun özgürlükçü bir teknoloji olarak değerlendirilmesine yol açabilir. Ancak aynı teknolojinin örneğin çocuk istismarı gibi yasa dışı içeriğin yayılmasında ve kalıcı olarak kaydedilmesinde kullanılması da söz konusu olabilir. Blokzincirinin sahip olduğu değişmezlik özelliği, devletin müdahalelerine karşı bireyin ifade özgürlüğünü koruyabilir ancak bunu yaparken başka bir bireyi savunmasız bırakabilir. Blokzincirinin bir kişinin ifade özgürlüğüne sağladığı koruma, başka bir kişinin mahremiyet hakkının ihlaline ve devletin de bu alana müdahale edememesine yol açabilir. Başka bir deyişle, blokzincirinin değişmezlik özelliği hak ve özgürlükler için hem en önemli fırsat hem de en önemli tehdittir.¹²³

Blokzinciri dağıtılmış defterinin değişmezliği sebebiyle devlet yetkilileri yasa dışı içeriklerin yayılmasını engelleyemez ve mahkemeler de bu içeriğin kaldırılmasına karar veremez. Dahası, blokzinciri ortamında hak ve özgürlükler, her türlü hesap verebilirlik ve demokratik gözetimin dışında, blokzinciri uygulamalarının aracısı olarak hareket eden özel aktörlerin yetki alanı içerisinde olacaktır. Bu durum devletin bu alanı kontrol edemediği gerekçesiyle erişim engelleri getirmesi ihtimali sebebiyle de tehlikelidir. Devlet bu alanlara dahil olmadığında bu hizmetleri toptan engelleme yoluna gidebilecektir.¹²⁴

Yukarıda belirtilen tehlikelere rağmen blokzincirinin hak ve özgürlüklerin korunması bakımından potansiyeli olduğu da söylenebilir. Örneğin kendi

¹²² SINGH Spandana, "Blockchain Is Helping to Circumvent Censorship in China: It's not all hype-at least this time.", July 18, 2018, <https://slate.com/technology/2018/07/blockchain-is-helping-to-circumvent-censorship-in-china.html> (Erişim Tarihi: 16.09.2024).

¹²³ GREGORIO, s. 128.

¹²⁴ GREGORIO, s. 129.

kendini yöneten kimlik (*self-sovereign identity-SSI*) modeliyle kullanıcıların dijital kimliklerini belirlemelerinin mümkün hale geleceği ve bu şekilde verileri üzerinde kontrol sahibi olarak mahremiyetlerinin güvence altına alınacağı ileri sürülmektedir.¹²⁵ Kendi kendini yöneten kimliklerin birçok avantajı bulunmaktadır. Bu sistem kullanıcılar hakkında toplanan veri hacminin sınırlanmasına olanak tanıdığı gibi, kimlik hırsızlığı ya da dolandırıcılık gibi riskleri de ortadan kaldırabilir.¹²⁶ Kendi kendini yöneten kimliklerin, devlet tarafından doğrulanmış kimlikler ile yarışır hale geleceği görüşü tartışmalı ve abartılı olsa da bu sistemin, savaş ya da göç gibi sebeplerle devlet tarafından verilen kimlik belgelerinin imha edildiği ya da kaybolduğu durumlarda oldukça işlevsel olacağı söylenebilir.¹²⁷ Blokzinciri tabanlı kendi kendini yöneten kimlikler, kimlik belgesi olmadığı için eğitim, sağlık gibi temel hizmetlere erişemeyen hatta barınma ve iş imkanlarından mahrum kalan savunmasız kişilerin kimliklerinin tespit edilememesinden kaynaklı sorunlarını çözebilir.¹²⁸

Blokzinciri devletlerin ve uluslararası kuruluşların yardımları ve kaynakları verimli ve şeffaf bir şekilde yönetmesine ve dağıtmasına da olanak sağlayabilir.¹²⁹ Bu doğrultuda mültecilere gıda yardımı sağlamak için Birleşmiş Milletler Dünya Gıda Programı tarafından blokzinciri tabanlı bir proje geliştirilmiştir. Bu proje ile Ürdün'deki Suriyeli mültecilere nakit transferi ve gıda yardımı yapılmıştır. Mültecilerin yasal bir kimliği olmadığı için kamptaki gıda depolarına retina tarayıcı makineler yerleştirilmiş ve mültecilerin retinaları BM veri tabanına göre taranmıştır. Kimliklerin doğrulanmasının ardından Ethereum blokzincirinde tutulan hesaptan otomatik olarak ödeme yapılmıştır. Bu şekilde blokzinciri sayesinde yerel bankaların ve politikaların devre dışı bırakıldığı ve ayrıca kolay, şeffaf ve güvenli kimlik doğrulama süreci ile mültecilere yardım edildiği söylenebilir.¹³⁰

Blokzinciri teknolojilerinin bu bağlamda kullanımı şeffaflık ve hesap verilebilirliği sağlarken aynı zamanda olumsuz etkiler de doğurabilmektedir. Blokzincirinin kimlik tespiti için kullanılabilmesi için ilgili kişilerin akıllı

¹²⁵ SCHREPEL, s. 377.

¹²⁶ G'SELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 21.

¹²⁷ G'SELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 20.

¹²⁸ G'SELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 24.

¹²⁹ G'SELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 25.

¹³⁰ KOHL, s. 27.; WERBACH, s. 178.

telefonlara ve internet bağlantısına erişiminin olması gerekir. Bu şekilde bir erişim ise özellikle savunmasız gruplar söz konusu olduğunda her zaman mümkün değildir.¹³¹

Belirtmek gerekir ki, blokzincirinin BM pilot projesindeki kullanımı bir başka açıdan da eleştirilebilir niteliktedir. Bu projede mültecilerin proje kapsamında sunulanlara ulaşması, biyometrik verilere erişime izin ve kişisel işlemlerin yakından gözetimi şartına bağlanmaktadır. Blokzincirinin bu açıdan yüksek gözetim ve kontrol mekanizmalarına imkân vererek insanların yaşamları üzerinde yeni bir baskı türünün aracı olabileceği de ileri sürülebilir.¹³²

SONUÇ

Blokzinciri teknolojisi, mevcut siyasal sistemlere duyulan derin memnuniyetsizliğin de etkisiyle büyük bir coşkuyla karşılanmış ve bu “çığır açıcı” teknoloji sayesinde hiyerarşilerin ortadan kalktığı daha eşitlikçi ve özgürlükçü bir toplumun ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, blokzinciri gibi bir teknolojik yenilik, internetin yerine getiremediği özgürleştirme vaadini sonunda tutacak ve bireyi devlet karşısında güçlendirecektir. Bu görüş kripto anarşistler tarafından bir adım daha ileri götürülmüştür ve blokzinciri aracılığıyla hantal, hiyerarşik ve hatta işlevsiz olan devletin ortadan kalkabileceği de iddia edilmiştir.

Bu doğrultuda devletin kural koyma yetkisinin de zamanla ortadan kalacağı ya da blokzinciri aracılığıyla, devletin koymuş olduğu kurallara alternatif olabilecek bir kurallar kümesinin yaratılabileceği iddiası dile getirilmiştir. Blokzinciri tabanlı uygulamalar sayesinde bireylerin kendi tercihleri doğrultusunda tabi olacakları kuralları seçebilecekleri ve hatta bu kuralların uygulanması için artık devlete ihtiyaç olmayacağı ileri sürülmektedir. Devlet tarafından konulmayan kurallar söz konusu olduğunda blokzinciri üzerinden temel hakların nasıl korunacağı ya da korunup korunmayacağı da bizi başka bir tartışmanın eşiğine getirmektedir.

Blokzinciri teknolojisini temel haklar bağlamında ele aldığımızda bu teknolojinin haklar arasında kurulması hedeflenen dengeyi gözetemediğini

¹³¹ Cihazlara ve internet erişiminde yaşanan bu sorunlar bazı yardım gruplarının SSI projelerinden vazgeçmesine sebep olmuştur. Bkz. G’SELL/ MARTIN-BARITEAU, s. 26.

¹³² KOHL, s. 27.

ileri sürebiliriz. Örneğin blokzincirinin değişmezlik özelliği, sansürü engelleyerek ifade özgürlüğünün korunmasını sağlarken, aynı özellik mahremiyet hakkının ihlaline sebep olabilir. Bir kullanıcı, başka bir kullanıcının mahremiyetini ihlal edecek bir bilgiyi blokzinciri üzerinden yaymaya karar verdiğinde, bu bilgiyi silmek ve hatta bu kullanıcının gerçek kimliğini tespit etmek oldukça güçtür. Buradan hareketle blokzincirinin insanlara yeni bir toplum sözleşmesi sunduğu ileri sürülmektedir. Bu sava göre, kullanıcılar blokzincirini kullanmaya karar vererek bazı temel haklarını güvence altına alırken bazılarının ihlali durumunda tazminat talep etmeyecekleri bir durum üzerinde anlaşarak yeni bir toplum sözleşmesi imzalamaktadırlar. Bu görüş çeşitli açılardan eleştirilebilir niteliktedir. Toplum sözleşmesi insanların doğal haklarının güvence altına alınabilmesi ve devletin oluşturulması için kurgulanmışken, burada toplum sözleşmesi adeta tekrar doğa haline dönmek ve bazı haklardan feragat etmek için imzalanmaktadır. Böyle bir durumda tıpkı doğa halindeki gibi güç yasasının hakim olacağını söylemek mümkündür.

Blokzinciri teknolojisine dayalı bir toplum, insanların bir araya gelerek ortak amaçlar doğrultusunda hareket etmediği, bireysel çıkarların ön planda olduğu bir yapı yaratabilir. Bu yapı, piyasa kurallarıyla yönetildiği için, insanlar toplum sözleşmesi doğrultusunda hareket eden yurttaşlar olarak değil, yalnızca kendi ihtiyaçlarını düşünen bireyler gibi davranır. Bir başka deyişle insanlar, Rousseau'nun "genel irade" dediği, toplumsal yararı önceleyen bir yaklaşımdan uzaklaşır ve yalnızca anlık, bireysel tercihleriyle hareket eden bağımsız aktörlere dönüşebilir.

Devlet tarihsel olarak bireysel çıkarlar arasında bir uzlaşma sağlamak ve kamu yararını korumak için oluşturulmuştur. Blokzinciri teknolojisi üzerine inşa edilen bir toplumda, bu işlevlerin nasıl yerine getirileceği belirsizdir ve böyle bir toplum, insan haklarının güvence altına alınması ve sosyal adaletin sağlanması konularında büyük sorunlar yaratabilir.

Blokzinciri teknolojisi tartışmalarında sıkça göz ardı edilen bir nokta, devleti ortadan kaldırmanın ve onun işlevlerini üstlenmenin umduğumuzdan farklı sonuçlar doğurabileceğidir. Blokzinciri, başlangıçta üçüncü taraflara olan ihtiyacı ortadan kaldırmayı hedeflese de bu süreçte yeni güç odakları ortaya çıkabilir. Bu güç odakları, devletin yerine geçerek ekonomik kazanç sağlayabilir ve kamusal çıkarları göz ardı ederek kendi çıkarlarını ön plana alabilirler. Üstelik, bu yeni aktörler, devletin gücünü sınırlandırmak için var olan hukuki düzenlemelere ve denetim mekanizmalarına da tabi olmayacaklardır.

Devletin keyfi gücünün sınırlandırılmasının, bireyin devlet karşısında güçlendirilmesinin ve siyasal kararların alınmasına yurttaşların daha fazla katılmasının bir gereklilik olduğu açıktır. Blokzinciri teknolojisinin bu gereklilikleri sağlama konusunda belirli ölçüde işlevsel olabileceği söylenebilir de devletin bireylerin haklarını korumada ve bireysel çıkarlar ile kamu yararı arasındaki dengeyi kurmada önemli bir rol oynadığını da bu tartışmalarda akılda tutmak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKAD ve diğ., **Genel Kamu Hukuku**, 16. Basım, Der, İstanbul, 2020.
- ASSANGE et al., **Şifrepunk: Özgürlük ve İnternetin Geleceği Üzerine Bir Tartışma**, Metis, İstanbul, 2013.
- ATZORI Marcella, “Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?”, **Journal of Governance and Regulation**, C. 6, S. 1, 2017, ss. 45-62.
- BARLOW John Perry, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, <https://www.eff.org/cyberspace-independence> (Erişim Tarihi: 29.07.2024).
- BELL Tom W., “Blockchain and authoritarianism: The evolution of decentralized autonomous organizations”, **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 90-104.
- BELONICK Paul, “Transparency is the New Privacy: Blockchain’s Challenge for the Fourth Amendment”, **Stanford Technology Law Review**, C. 23, S. 1, 2020, ss. 114-181.
- BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU Gülçin, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”, **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, ss. 1-20.
- CARIA Riccardo de, “Blockchain and sovereignty”, **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 41-59.
- ÇATALOLUK Gökçe, **Bir Hukuk Paradoksu Olarak Güven**, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- DAHL Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, (çev. L. Köker), Yetkin, Ankara, 1996.
- FILIPPI Primavera de/ LOVELUCK Benjamin, “The Invisible Politics of Bitcoin: Governance Crisis of a Decentralised Infrastructure”, **Internet Policy Review**, C. 5, S. 3, 2016, ss. 1-28.
- FILIPPI Primavera de/ WRIGHT Aaron, **Blockchain and the Law: The Rule of Code**, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2018.
- G’SELL Florence/ MARTIN-BARITEAU Florian, The Impact of Blockchains for Human Rights, Democracy, and the Rule of Law: An Overview Report, Information Society Department of Council of Europe, 2022, <https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/11713-the-impact-of-blockchains-for-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law.html>, (Erişim tarihi: 03.09.2024)
- GOOSSENS Jurgen, “Blockchain and democracy: Challenges and opportunities of blockchain and smart contracts for democracy in the distributed, algorithmic state”, **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, s. 77-89.

- GREGORIO Giovanni de, "Blockchain and freedom of expression", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 123-140.
- GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi, "Hukukçular için Blokzinciri Teknolojisinin Teknik İşleyişi: Bitcoin Örneği", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021a, ss. 21-72.
- GÜÇLÜTÜRK Osman, "Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021b, ss.73-122.
- GÜVEN Vedat / ŞAHİNÖZ Erkin, Blokzincir, Kripto Paralar, **Bitcoin: Satoshi Dünyayı Değiştiriyor**, 9. Baskı, Kronik, İstanbul, 2022.
- HATİPOĞLU AYDIN Duygu, **Siber Alan ve Hukuk**, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- HERMSTRUWER Yoan, "Blockchain and public administration", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 105-122.
- HOBBS Thomas, **Leviathan**, (çev. S. Lim), 26. Baskı, Yapı Kredi, İstanbul, 2024.
- İŞİK Alper, **Dijital Demokrasi**, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- KOHL Uta, "Blockchain Utopia and its Governance Shortfalls", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 13-40.
- KÜZECİ Elif, "Blokzinciri, Hukuk ve Kişisel Verilerin Korunması: Yeni Bir Güven Mekanizması Kurmak Olanaklı mı?", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk**, RETORNAZ Eylem/ GÜÇLÜTÜRK Osman (Editör), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021a, ss. 243-268.
- KÜZECİ Elif, **Sayısal Fil: Bilişim Teknolojileri, Devlet ve Hukuk Kesişiminde Bir İnceleme**, İnkılap, İstanbul, 2021b.
- LESSIG Lawrence, **Code: Version 2.0**, Basic Books, New York, 2006.
- MAY Timothy C, "The Crypto Anarchist Manifesto", 1992, <https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/crypto/cypherpunks/may-crypto-manifesto.html> (Erişim Tarihi: 26.07.2024)
- NAKAMOTO Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi: 26.07.2024).
- NARAYANAN Arvind, "What Happened to the Crypto Dream?, Part 1", **IEEE Security & Privacy**, C. 11, S. 2, 2013, ss. 75-76.
- NOZICK Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (çev. A. Oktay), 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2006.
- POLLICINO Oreste/ GREGORIO Giovanni de, "Blockchain and Public Law: An introduction", **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 1-11.

- REIDENBERG Joel R, “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Tecnology”, **Texas Law Review**, C. 76, S. 3, February 1998, ss. 553-593.
- ROUSSEAU Jean Jacques, **Toplumsal Sözleşme veya Siyasal Hukukun Prensipleri**, (çev. C. Karakaya), 2. Baskı, İstanbul, İletişim, 2016.
- SCHREPEL Thibault, “Anarchy, State and Blockchain Utopia: Rule of Law vs. Lex Cryptographia”, **General Principles of EU Law and the EU Digital Order**, BERNITZ Ulf (Editör), Wolters Kluwer, 2020, ss. 367-383.
- SINGH Spandana, “Blockchain Is Helping to Circumvent Censorship in China: It’s not all hype-at least this time.”, July 18, 2018, <https://slate.com/technology/2018/07/blockchain-is-helping-to-circumvent-censorship-in-china.html> (Erişim Tarihi: 16.09.2024).
- SIRENA Pietro/ PATTI Francesco P., “Blockchain and contract law: Smart contracts”, **Blockchain and Public Law: Global Challenges in the Era of Decentralisation**, POLLICINO Oresto/ GREGORIO Giovanni de (Editör), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, ss. 192-208.
- USTA Ahmet / DOĞANTEKİN Serkan, **Blockchain 101 v2**, Bankalararası Kart Merkezi.
- WERBACH Kevin, **Blokszinciri ve Yeni Güven Mimarisi**, (çev. A. Usta), Koç Üniversitesi, İstanbul, 2021.
- WRIGHT Aaron/ FILIPPI Primavera de, “Decentralised Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia”, **SSRN Electronic Journal**, 2015, ss. 1-58.

KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI SUÇU (TCK m. 260)^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Hasan İBA**^(**)

Öz: Kamu hizmetlerinin bir düzen içerisinde aksamadan devam etmesi, kamu görevlilerinin görevlerinin gereğini yapmaları ile sağlanabilir. Kamu görevlilerinin toplu bir biçimde görevlerine gelmemeleri, görevlerini kısmen ya da tamamen yapmamaları, görevlerini terk etmeleri veya yavaşlatmaları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 260. maddesinde düzenlenen *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunu* oluşturur.

TCK m. 260/2'ye göre kamusal hizmetlerde aksamaya sebebiyet vermeyecek şekilde geçici ve kısa süreli iş bırakmalar veya yavaşlatmalar, kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal haklarıyla ilgili ise cezada indirim yapılabileceği gibi ceza da verilmeyebilir. Bu düzenleme, öğretilerde bir görüşe göre nitelikli bir hal iken bir başka görüşe göre cezanın indirildiği durumlarda nitelikli hal, ceza verilmeyen durumlarda ise özel bir hukuka uygunluk nedenidir. Söz konusu tartışma, kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal haklarına ilişkin talepler ileri sürerek TCK m. 260/1'de yer verilen davranışları gerçekleştirmesini bazı durumlarda meşru gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının yerindeliği bakımından da önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, TCK m. 260'ta düzenlenen *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* klasik suç tipi inceleme metoduna göre detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Görevin Yapılmaması veya Terki, Grev Hakkı, Çok Failli Suçlar, Özgü Suçlar.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 31.07.2024 - Makale Kabul Tarihi: 15.10.2024.

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Erzincan - Türkiye,

E-posta: hiba@erzincan.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2330-7190>.

CRIME OF ABANDONING OR FAILURE TO PERFORM PUBLIC DUTY (TPC art. 260)

Abstract: The continuation of public services in an orderly manner without disruption can be ensured by public officials doing their duties. Public officials not coming to their duties, not performing their duties partially or completely, abandoning or slowing down their duties constitute the crime of abandonment or non-performance of public duty, which is included in article 260 of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237.

According to the article 260/2 of the TPC, where public officers, in the assertion of their professional and social rights, slow or abandon their duties temporarily and for a short period which does not disrupt the service they provide, the penalty may be reduced or not imposed. The legal nature of this article is questionable. The issue is important, in terms of the criminal liability of public officials who commit the crime of abandoning or not performing public duty, upon the call of non-governmental organizations. As a matter of fact, there are decisions of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court in which they accept collective work stoppages of public officials as legitimate in some cases.

In this study, the crime of abandoning or not performing public duty will be examined.

Keywords: Public Official, Failure or Abandonment to Duty, Right to Strike, Multi-Perpetrator Crimes, Specific Offence.

GİRİŞ

5237 sayılı TCK'nın kamu görevinin terki veya yapılmaması başlıklı 260. maddesine göre;

“(1) Hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması halinde cezaya hükmolunmaz.

(2) Kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir.”

TCK m. 260'ın madde başlığı ile içeriği uyumlu değildir. Madde başlığında sadece *terk* ve *yapmamadan* söz edilmişken; suçun kanuni tanımında *göreve gelmeme*, *görevi kısmen ya da tamamen yapmama*, *görevi terk* ve *görevi yavaşlatma* şeklinde dört farklı seçimlik davranışa yer verilmiştir. Görev; göreve gelmemede gelmemenin devamı süresince, görevi terk etmede terkten sonraki aşamada, görevi kısmen yapmamada eksik kalan kısım bakımından, görevi yavaşlatmada ise görevin yavaşlatıldığı ölçüde yapılmamaktadır. Anlaşılacağı üzere *yapmama* kavramı, TCK m. 260'ta yer verilen tüm seçimlik davranışları kapsayacak niteliktedir. Bu yüzden fiilden hareketle madde başlığını belirleme niyeti içerisinde olan kanun koyucunun madde başlığını *toplulu biçimde kamu görevinin yapılmaması* şeklinde belirlemesi daha uygun olurdu. Böylece hem düzenlemenin içeriği daha doğru yansıtılmış hem de “toplulu biçimde” ifadesiyle bu suçun benzer suçlardan (özellikle TCK m. 257/2'de yer verilen *ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan*) ayrılan yönüne vurgu yapılmış olurdu.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, özgü bir suç olup yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilir. *Kamu görevlisi* kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu Türk hukukunda tartışmalıdır. Bu tartışma suçun fail bakımından kapsamının belirlenmesinde önem arz ettiği gibi, suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim kamu görevlileri zaman zaman mesleki ve sosyal haklarına ilişkin talepler ileri sürerek TCK m. 260'ta yer verilen davranışları gerçekleştirmektedir. Anayasa m. 54'e göre işçilerin *grev hakkı* vardır. Milli hukukumuzda kamu görevlilerine, açıkça, *grev hakkı* tanıyan bir düzenleme yoktur. Keza Türkiye'nin

taraf olduğu başta Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO)'nün 87 ve 151 numaralı sözleşmeleri olmak üzere, uluslararası sözleşmelerde de kamu görevlilerine grev hakkı tanıyan açık bir pozitif hukuk düzenlemesi yoktur. Bununla birlikte, aşağıda “Hukuka Aykırılık” başlığı altında detaylı olarak ele alacağımız üzere, kamu görevlilerinin toplu bir biçimde TCK m. 260'taki davranışları gerçekleştirmesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gerekse de Anayasa Mahkemesi tarafından bazı durumlarda sendikal hakların kullanılması olarak kabul edilmektedir.

TCK m. 260/2'ye göre suçun işlenmesinin nedeni, kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal haklarına ilişkin talepleri ise cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir. Bir görüşe göre TCK m. 260/2, suçun cezayı azaltan ya da kaldıran nitelikli halidir.¹ Diğer bir görüşe göre ise ikili bir ayırım yapmak gerekir: TCK m. 260/2, cezasızlık halinde bir hukuka uygunluk nedeni iken cezanın azaldığı durumlarda cezayı hafifleten nitelikli bir halidir.² Bu tartışma bir üst paragrafta değinilen sorun bakımından da önem arz etmektedir; zira AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu yaklaşımı birinci görüş esas alınırsa hatalı olmakta iken ikinci görüş esas alınırsa yerinde olmaktadır.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda ayrıca; kastın haksızlık bilincini kapsayıp kapsamadığı, fiilen kamu hizmetlerinde bir aksamanın gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği, hizmetin aksamasından menfaatleri zedelenen kişilerin mağdur olarak kabul edilip edilemeyeceği ve bu suçun salt ihmalî nitelikte bir suç olup olmadığı gibi başka birçok tartışmalı husus daha vardır.

Bu çalışmada, TCK m. 260'ta düzenlenen *kamu görevinin terki ve yapılmaması* suçu klasik suç tipi inceleme metoduna göre detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

¹ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 21. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 1210; GERÇEKER Hasan, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu- Cilt 2 (141-345)**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 2375; BAYRAKTAR Köksal, KANGAL Zeynel T, / ZAFER Hamide / AKYÜREK Güçlü / EVİK Ali Hakan / ALTUNÇ Sinan / EROĞLU Fulya / EVİK Sonay / YILDIZ Ali Kemal / AKSOY RETORNAZ Eylem / BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah / MEMİŞ KARTAL Pınar / AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, **Özel Ceza Hukuku Cilt IX-Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı Suçlar**, 1. Bası, On İki levha, İstanbul, 2021, s. 327.

² HAFIZOĞULLARI Zeki / EŞİTLİ Ezgi Aygün, **Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, 1. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 139.

I. KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI SUÇUNDA KORUNMAK İSTENEN HUKUKİ DEĞER

Kanun koyucunun bazı fiilleri yasaklamak ya da emretmek suretiyle suç haline getirmesinin nedeni, toplumsal yaşamın tesisi ve devamlılığı için varlığı gerekli olan değerleri korumaktır.³

Kanunun sistematığında suç tipleri tasnif edilirken temel ölçütlerden birisi, korunmak istenen hukuki değerdir.⁴ Bu yüzden korunmak istenen hukuki değerlerin tespitinde suçun düzenlendiği bölüm önem arz eder. Öğretide bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre kanunun “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar” başlıklı bölümünde düzenlenen *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* korunmak istenen hukuki değer, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenidir.⁵

Öte yandan kamu hizmetlerinin usulünce ve zamanında icra edilmemeleri, söz konusu hizmetlerden kısmen ya da tamamen yararlanamayan gerçek ya da tüzel kişilerin zarar görmesine de neden olabilir. *Kamu görevinin terki ve yapılmaması suçunu* düzenleyen TCK m. 260, dolaylı olarak bu tür ihlalleri de önleme işlevini haizdir.

II. KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI SUÇUNUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

a. *Kamu Görevinin Terki ve Yapılmaması Suçunun Özgü Suç Olması*

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç olduğu için özgü suçtur. Bu yüzden kimlerin fail, diğer bir ifadeyle kamu görevlisi olduğunu ortaya koymak gerekir.

³ Geniş bilgi için bkz. ÜNVER Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2003.

⁴ ÜNVER, s. 502.

⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1206; NUHOĞLU Ayşe, “Görevin Yavaşlatılması, Terk’i Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 58, S. 1-2, 2000, ss. 15-51, s. 28; EVLİYAOĞLU Erkal, **Memurlarla İlgili Suçlar**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2001, s. 575; GÖKCAN Hasan Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK m. 247-266)**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2008, s. 648; BAYRAKTAR v.d., s. 321.

Kamu görevlisi kavramı, Türk ceza hukukunun sorunlu kavramlarından birisidir. Sorunun nedeni, kanaatimizce, bir yandan kanun koyucunun cezalandırma boşluklarına sebebiyet vermemek için bu kavramı çok geniş normatif ifadelerle tanımlanmış olması iken öte yandan *kanunilik ilkesinin* güvence fonksiyonu dolayısıyla *kamu görevlisi* kavramının sınırlarını belirleme gereğidir.

Ceza hukukunda *kamu görevlisi* kavramının ne anlama geldiği sorusuna, TCK m. 6 yanıt vermektedir. TCK m. 6'ya göre, “*kamu görevlisi* *deyimin-den; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Gerekçeden düzenlemenin 765 sayılı TCK döneminde var olan tereddütleri gidermek amacıyla vaz edildiği anlaşılmaktadır.⁶ Bu yüzden TCK m. 6'da yer verilen tanımın anlaşılabilmesi için 765 sayılı Kanun dönemindeki duruma kısaca değinmek gerekir.

765 sayılı Kanun'da “*kamu görevlisi*” terimi yerine, “*memur*” ve “*kamu hizmeti görevlisi*” terimleri kullanılmıştır. 765 sayılı TCK m. 279'da bu iki terimin anlamına açıklık getirilmiştir:

“*Ceza Kanununun tatbikatında:*

1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazaf olanlar:

1 - Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

⁶ ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAĞIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Bastı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 1066.

Bu düzenlemeye göre, “memur” ve “kamu hizmeti görevlisi” terimleri arasındaki temel farklılık, *kamu görevi* ve *kamu hizmeti* ayrımıdır; memurların yaptığı iş, *kamu görevi* iken kamu hizmetlisi görevlilerinin yaptığı iş, *kamu hizmetidir*. Örneğin, 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay’a göre imam hatiplerin yaptıkları iş, kamu görevi değil, kamu hizmetidir; bu yüzden bu mesleği icra eden kimseler memur değildir.⁷ Keza yine bu düzenleme dolayısıyla aynı kamu kurumundaki tahakkuk ya da daktilo işini gören personel ‘memur’; şoför, aşçı, kapıcı, kaloriferci ise “kamu hizmetlisi” olarak kabul edilmiştir.⁸

Kamu görevi ile kamu hizmetinin ve dolayısıyla memur ve kamu hizmetlisi görevlilerinin birbirlerinden ne şekilde ayrılacağı meselesi, 765 sayılı Kanun döneminde öğretide ve uygulamada tartışmalara neden olmuştur.⁹ Bu konuda *irade ve temsil teorisi*, *idari işletme teorisi*, *gaye teorisi*, *sübjektif teori*, *fikri-bedeni hareket ayırımına dayanan teori* gibi birçok teori ileri sürülmüştür.¹⁰

765 sayılı Kanun dönemindeki belirsizliği gidermek ve bir standart yaratmak gayesiyle 5237 sayılı TCK m. 6’da “memur” ve “kamu hizmetlisi görevlisi” terimleri, “kamu görevlisi” terimi altında birleştirilerek kamusal bir faaliyetin yürütülmesine herhangi bir suretle katılan kişiye *kamu görevlisi* denmiştir.¹¹ Düzenlemede kamu görevlisi tanımlanırken ilgilinin konumu değil, faaliyetin niteliği esas alınmıştır. Düzenlemede dikkat çeken bir başka husus, “kamu görevi” ve “kamu hizmeti” ayrımının terk edilerek bu iki kavramın “kamusal faaliyet” terimi altında birleştirilmiş olmasıdır.

⁷ “sanık cami müezzini H. Ç. (...) gerek 633 sayılı yasa hükümleri ve gerek bu yasa gerekçesi ve TCK. nun 279. maddesi hükmü gözönünde bulundurulduğunda...kamu görevlisi niteliğinde sayılmamasına” YCGK, E. 1975/9, K. 1975/11, 27.01.1975, Lexpera.

⁸ ÇETİN Erol, **Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Personelinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları**, 1. Bası, Eda Matbaacılık, Ankara, 2000, s. 710; GÖKCAN Hasan Tahsin, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 2, 2015, ss. 147-160, s. 149.

⁹ Örneğin, Özgenç memur terimi yerine ‘kamu görevlisi’ terimini önermiştir; ÖZGENÇ İzzet, “Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1994, ss. 329-348, s. 337.

¹⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 1067.

¹¹ Madde gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır”.

Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK m. 6'ya göre bir kimsenin “kamu görevlisi” olabilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir:

- (1) kamusal faaliyetin varlığı,
- (2) kamusal faaliyete katılma.

Aşağıda sırasıyla bu iki koşul ele alınacaktır.

aa. Kamusal Faaliyetin Varlığı

Kamusal faaliyet kavramı kanunda tanımlanmış bir kavram değildir.¹² *Kamu görevlisi* kavramının kanunda kendisi de belirsiz olan *kamusal faaliyet* kavramına gönderme yapılarak tanımlanması öğretide eleştirilmektedir.¹³

Kamusal faaliyet kavramının tanımı hususunda öğretide¹⁴ ve uygulamada,¹⁵ TCK m. 6'nın gerekçesi esas alınmaktadır. Gerekçeye göre; “*kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir*”. Bu tanıma göre kamusal faaliyetin iki unsuru vardır:

- (1) Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal karara dayanma,
- (2) kamu adına yürütülen bir hizmet olma.

Bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak belirlenmesinde yetkili irade, kural olarak, yasama organıdır. Gerekçedeki, “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usuller*” ifadesi bu hususa vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “*hiç şüphesiz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile,*

¹² *Kamusal faaliyet* kavramı, idare hukukuna özgü bir kavram gibi dursa da idare hukukunda yerleşmiş bir kavram değildir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1092; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 1067.

Sadece, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun “tanımlar” başlıklı 3. maddesinin e bendinde, belediyelerin ve il özel idaresinin kamusal faaliyet yürüttükleri belirtilmiştir.

İdare hukukunda kamu çalışanlarının yerine getirdiği iş; *kamu hizmeti, kamu yararı, kamu fonksiyonu* gibi kavramlarla ifade edilmektedir. AYDIN Hüseyin “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2010, ss. 109-129, s. 119.

¹³ GÜNEŞ Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s.13.

¹⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 1070-1071; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1091-1092.

¹⁵ “*Gerekçede açıklandığı gibi kamusal faaliyet, bir hizmetin, Anayasa ve yasalarda belirlenen yöntemlere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar kamu adına yürütülmesidir*” Y 4. CD, E. 2007/6317, K. 2007/8374, 24.10.2007, Lexpera.

*kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir*¹⁶ demek suretiyle yine bu hususa dikkat çekmiştir. Öte yandan bu açıklamalardan bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak belirlenmesinde tek yetkili iradenin yasama organı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu hususta idare de yetkilendirilmiş olabilir.¹⁷ Önemli olan, idarenin bu yetkiyi Anayasa'dan ya da kanundan almış olması ve yetkisinin kapsamını aşmamış olmasıdır; dolayısıyla kararname ve yönetmeliklerle ya da yerel yönetimlerin almış olduğu kararlarla da bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak belirlenmesi mümkündür.¹⁸

Gerekçedeki tanıma göre kamusal faaliyetin ikinci unsuru, *kamu adına yürütülen bir hizmet* olmasıdır. Bu unsurdan kamusal faaliyetin esasen *kamusal hizmet* olduğu anlaşılmaktadır. Kamusal faaliyetin bu şekilde anlaşılması, TCK m. 6'da yer verilen *kamu görevlisi* tanımını Anayasa m. 128 ile uyumlu hale getirmektedir. Anayasa m. 128'e göre, "*Devletin kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür*".

Ancak *kamusal faaliyet* kavramının *kamu hizmeti* kavramına gönderme yapmak suretiyle tanımlanmasında yine bir belirsizlik (kamusal faaliyet), başka bir belirsizlik (kamusal hizmet) üzerinden tanımlanması sorunuyla karşılaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu belirsizliğe dikkat çekerek *kamu hizmetini* şu şekilde tanımlamıştır:

"Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir".¹⁹

Bu tanıma göre hizmetin kamuya yönelik ve kamu yararına olması yeterli değildir; hizmetin kamu kurum ve kuruluşlarınca ya da bu kurum ve kuruluş-

¹⁶ AYM, E. 1985/7, K. 1985/22, 28.11.1985, Lexpera.

¹⁷ AYDIN, s. 121.

¹⁸ AYDIN, s. 121.

¹⁹ AYM, E. 1994/71, K. 1995/23 K, 28.06.1995, Lexpera.

ların denetim ve gözetimi altında yapılması gerekir. Bu yüzden, örneğin, dolmuş ya da taksi işletmeciliği kamuya yönelik yararlı işler olsa da idarenin yakın denetim ve gözetimi altında yapılmadıklarından kamu hizmeti sayılmazlar.²⁰

Danıştay'a göre gözetim ve denetimin "yakın" olması gerekir.²¹ "Yakın denetim ve gözetim" koşulu normatif bir koşuldur; denetim ve kontrolün hangi durumlarda "yakın" olduğu açık değildir. İdare ve Anayasa hukukunda bu belirsizliği ortadan kaldıracak bir ölçüt olarak hizmetin "kamusal yönetim biçimi" (kamusal yetki ve usullerin kullanılması) esas alınmaktadır.²² Öğreti²³ ve Yargıtay'a²⁴ göre, faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin, özel okullardaki öğretmenlerin yaptığı iş şüphesiz kamu hizmetidir; ancak bu iş kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle yapılmamaktadır.²⁵ Bu yüzden özel okullardaki öğretmenler kamu görevlisi değildir.

bb. Kamusal Faaliyete Katılma

TCK m. 6'ya göre kamu görevlisinden söz edilebilmesinin ikinci koşulu, kamusal faaliyete katılmadır. TCK m. 6'ya göre kamu görevlisi, kamusal faaliyete "atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan" kişidir. Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere bu tanımdan "[kamusal] faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi[nin] bulunma[dığı]" anlaşılmaktadır.

TCK m. 6'da vatandaşlıktan söz edilmediği için yabancıların da kamu görevlisi olması mümkündür.²⁶ Örneğin, AIHM'nde Türkiye'yi temsil eden yabancı uyruklu bir avukat TCK m. 6'ya göre kamu görevlisidir.²⁷

²⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1092.

²¹ D. 1.D., E.2000/29, K.2000/59, 17.04.2000, Lexpera.

²² GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku- Genel Esaslar Cilt I**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 557.

²³ SEVUK Handan Yokuş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2023, s. 877. Aynı yönde GÖKCAN, s. 150.

²⁴ YCGK, E. 2020/337, K. 2021/162, 22.04.202, Lexpera.

²⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1094

²⁶ DÖNMEZ Burcu Demren, "Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi. Kavramı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 94, 2011, ss. 95-130, s. 120.

²⁷ KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 827.

Düzenleme mevcut haliyle çok geniştir. Bu yüzden öğreti ve uygulama düzenlemeyi yorum yoluyla daraltmaktadır. Düzenlemede “*herhangi bir surette*” ifadesi kullanılmış olsa da öğretide ancak hukuka uygun olan katılmalarda kamu görevlisi niteliğinden söz edilebileceği ileri sürülmektedir.²⁸ Öte yandan “*herhangi bir surette*” ifadesi, kamusal faaliyete ihaleye dayalı olarak katılmayı da kapsayacak niteliktedir. Ancak gerekçede “*kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır*” denmiştir. Uygulama²⁹ ve öğretiyeye³⁰ göre de kamusal faaliyete ihaleye dayalı olarak katılanlar kamu görevlisi değildir. Aydın’a göre, ihale şeklindeki hukuki ilişkiye dayalı olarak kamusal faaliyete katılanlar kamu görevlisi sayılmıyorsa, mantık kuralları gereği, kamusal faaliyete herhangi bir hukuki zorunluluk olmaksızın gönüllü olarak katılan kişiler de kamu görevlisi olarak nitelenemezler.³¹

Gökcan’a göre, Anayasa m. 128’de yer alan, “*kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür*” ifadesi dolayısıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4’e dayanılarak geçici olarak çalıştırılan kişiler kamu görevlisi değildir; zira Anayasa m. 128’e göre ancak sürekli görevler bakımından kamu görevlisi sıfatından söz edilebilir. Gökcan’ın görüşüne katılmıyoruz. TCK m. 6’da açıkça geçici surette kamusal faaliyete katılan kişilerin de kamu görevlisi olacağı belirtilmiştir. Anayasa m. 128’de *kamu görevlisi* kavramının tüm hukuk düzeni bakımından bağlayıcı ortak bir tanımına yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi de bu görüştedir:

“Anayasanın 128 ve 129 uncu maddelerinde tüm hukuk dalları için geçerli ve bağlayıcı memur veya kamu görevlisi tanımının yapılmadığını, dolayısıyla 765 sayılı TCK’daki memur tanımının Anayasa aykırılığından söz edilemeyeceğini, çeşitli yasalarda memur tanımına yer verildiğini, yapılan memur tanımının sadece o yasalar için geçerli

²⁸ SEVUK, s. 878; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1071-1072.

²⁹ “5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesinin gerekçesinde ...kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda ise, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı belirtilmiştir. İzmir PTT Başmüdürlüğü’nün 22.07.2013 ve 30.07.2013 tarihli yazılarına göre, sanığın ... Turizm Tekstil İnş. ve Oto. San. Tic. Ltd. şirketine bağlı firma personeli olup, dağıtım işinde görevlendirildiğinin belirtilmesi nedeniyle, kamu görevlisi olmadığı” Y 11. CD., E. 2017/5019, K. 2018/983, 07.02.2018, Lexpera.

³⁰ GÖKCAN, s. 158; MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Cilt 1**, 1. Bası, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2007, s. 26; AYDIN, s. 122.

³¹ AYDIN, s. 122.

olduğunu, ceza hukuku uygulaması yönünden memur kavramı ile idare hukuku uygulaması yönünden memur kavramının birbirinden farklı olduğunu ifade etmiştir".³²

Anayasa m. 128'de yer verilen, "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" şeklindeki düzenleme dolayısıyla KİT personeli de kamu görevlisi olarak kabul etmek gerekir.³³ Yargıtay da bu görüştedir.³⁴

Kamu hizmetleri o kadar çeşitli ve yaygındır ki bazı kurum ve hizmetler bakımından kimlerin kamu görevlisi olup olmadığı tereddüt yaratmaktadır. Örneğin, vakıf üniversitelerindeki sözleşmeli personel *Türay*'a göre³⁵ kamu görevlisi iken *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre vakıf üniversitelerindeki sözleşmeli personellerin tamamının kamu görevlisi olduğu şeklinde bir genelleme yapılamaz.³⁶ Bu hususa ilişkin bir başka örnek belediye şirketlerinde çalışanların kamu görevlisi olup olmadığı tartışmasıdır.³⁷

Kimlerin kamu görevlisi olduğu ya da olmadığı konusunda özel kanunlarda yer verilen düzenlemeler oldukça işlevseldir. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 9'a göre; "[Özel öğretim] kurumlarında görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır." Düzenlemeden, özel öğretim kurumlarında görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin kendi işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi olmadığı, kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından ise kamu görevlisi olduğu anla-

³² AYM, E. 1994/47, K. 1994/70, 20.09.1994, <http://www.anayasa.gov.tr>

³³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1072-1073; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1095; GÖKCAN, s. 153.

³⁴ "KİT rejimine tabi bulunan PTT Genel Müdürlüğünde ...istihdam edilen personel, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/b maddesi uyarınca, 'ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı' kamu görevlisi sayılmaktadırlar." Y. 11. CD., E. 2017/5019, K. 2018/983, 07.02.2018, Lexpera.

³⁵ TÜRAY Aras, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2017, ss. 355-377, s. 368.

³⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1096.

³⁷ GÖKCAN, s. 157.

şılmaktadır. Bu kişiler kamu görevlisi olmadığı için toplu olarak iş bırakmaları halinde TCK m. 260'taki suç oluşmaz. Benzer nitelikteki düzenlemelere diğer birçok özel kanunda yer verilmiştir. Bu düzenlemelere, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m. 7, 1512 sayılı Noterler Kanunu m. 151, 7201 sayılı Tebligat Kanununun m. 52 ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu ek m. 12 örnek olarak verilebilir.

Sonuç olarak *kamu görevlisi* kavramı, TCK m. 6'da çok geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu gereği, *kamu görevlisi* kavramının daraltılması gerekir. TCK m. 6'da kamu görevlisi olma, kamusal faaliyetin varlığı ve kamusal faaliyete katılma şeklinde iki koşula bağlandığından *kamu görevlisi* kavramı bu iki koşul üzerinden daraltılmaktadır. Bu bağlamda, *kamusal faaliyet* kavramının *kamu hizmeti* kavramıyla özdeş olduğu kabul edilmekte, kendisi de çok geniş bir kavram olan *kamu hizmeti* kavramı da idari güç ve yetkilerin kullanılması ölçütü ile sınırlandırılmaktadır. *Kamusal faaliyete katılma* koşuluna ilişkin daraltma ise daha belirsizdir. Öğretide TCK m. 6'da katılmanın şekline ilişkin hüküm yorum yoluyla daraltılmakla birlikte yazarlar arasında görüş birliği yoktur. Esasen kamu görevlilerinin çok büyük bir kısmının yer aldığı; eğitim, sağlık, güvenlik gibi hizmet dallarında sorun, özel düzenlemeler ve yerleşik yargı kararları ile önemli ölçüde çözümlenmiştir. Ancak, kamu hizmetlerinin çok çeşitli, yaygın ve dinamik bir yapıda olması dolayısıyla kimlerin kamu görevlisi olduğu hususunda yüzde yüz bir kesinlik de bulunmamaktadır.

b. *Kamu Görevinin Terki veya Yapılmaması Suçunun Çok Failli Bir Suç Olması*

Kamu görevinin terki veya yapılması suçu, kanunun lafzındaki ifadeyle “toplu biçimde” işlenebilen bir suçtur. Eski 765 sayılı TCK'ya göre, bu suçta fail sayısının en az üç olması gerekirdi. 5237 sayılı TCK'ya göre ise fail sayısının en az dört olması gerekir. Fail sayısı dörtten az ise şerik sayısı ne kadar çok olursa olsun bu suç oluşmaz.³⁸

Çok failli suçlar, *yakınsama* ve *karşılaşma suçları* olmak üzere ikiye ayrılır.³⁹ Failler, aynı amacı gerçekleştirmek için; aynı yönde hareket ediyorlarsa *yakınsama suçlarından*, farklı yönlerden hareket ediyorlarsa *karşılaşma*

³⁸ GERÇEKER, s. 2374; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1207; NUHOĞLU, s. 33; EREM Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt III*, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 1985, s. 404.

³⁹ ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 595.

suçlarından söz edilir.⁴⁰ Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda failler aynı yönde davrandıkları için bu suç yakınsama suçudur.⁴¹

Fail sayındaki çokluk, kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun en karakteristik özelliklerinden birisidir. Suçun tipinde yer verilen davranışlar, bu suçu TCK m. 257/2’de yer verilen *ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçuna* yaklaştırmaktadır. Zira iki suç tipinde de görevin gerektirdiği davranışlar yerine getirilmemektedir. Faillerin toplu biçimde hareket etmesi, bu iki suçu ayırma işlevi görmektedir.⁴² Fail sayısı dörtten az ise TCK m. 260’taki seçimlik hareketleri gerçekleştiren failler, diğer koşulları da gerçekleşmişse, TCK m. 257/2’de yer verilen suçtan sorumlu olurlar.

2. Mağdur

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda mağdur, bizim de katıldığımız görüşe göre kamu idaresidir (yani toplumdur).⁴³ Bu suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören gerçek ve tüzel kişiler suçtan zarar görendir. Diğer bir görüşe göre bu suçun mağduru, hizmet alamayanlardır; bu görüşe göre kamu idaresi, suçtan zarar görendir.⁴⁴ Görüş ayrılığı, aynı neviden fikri içtima hükümleri (TCK m. 43/2) bakımından önem arz etmektedir. Mağdurun gerçek kişiler olduğu kabul edildiğinde, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesine elverişli hale gelmektedir. Mağdurun toplum olduğu kabul edildiğinde ise aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanamaz. Bu ihtimalde, diğer koşulları da oluşmuşsa, TCK m. 43/1’de yer verilen ve mağduru belli olmayan suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini ifade eden düzenleme uygulanır.⁴⁵

⁴⁰ ÖZGENÇ, 2023, s. 595-596.

⁴¹ ÖZGENÇ, 2023, s. 595.

⁴² İki suç tipi arasında başka önemli farklılıklar da vardır. *İhmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun* (TCK m. 257/2) cezalandırılabilmesi için bir mağduriyetin ya da zararın ortaya çıkması gerekir. Ayrıca TCK m. 257/2, tali bir ceza normudur; yani TCK m. 260’ın koşulları gerçekleşmişse, TCK m. 257/2 uygulanamaz. Bu konu hakkında detaylı bilgiye aşağıda “İçtima” başlığı altında yer verilecektir.

⁴³ HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 136; BAYRAKTAR v.d., s. 323.

⁴⁴ MERAN Necati, *Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s. 646.

⁴⁵ Öğretide bir görüşe göre aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan durum zincirleme suçun bir görünüşüdür. İÇEL Kayıhan / SOKULLU AKINCI Fusun / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener, *Suç Teorisi (2. Kitap)*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000, s. 297.

3. Fiil ve TCK m. 260/2’de Yer Verilen Düzenlemenin Hukuki Niteliği ile Uygulanabilirlik Koşulları

a. Fiil

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketli suçlar bağlı hareketli suçlar olduğu için *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur.⁴⁶

Kamu görevlisi görev alanına girmeyen işlerle ilgili olarak *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçundan* sorumlu olmaz. Bu suç, fiilen görevde olmayı gerektirdiğinden izin, açığa alınma, istifa gibi durumlarda suç oluşmaz; ancak, istifanın hukuken geçerli olması gerekir.⁴⁷ İstifa geçerli oluncaya ya da kamu görevlisi görevden çekilmiş sayılıncaya kadar görev devam ettiğinden istifa edildiğinden bahisle TCK m. 260’taki davranışları gerçekleştirme, diğer koşulların da varlığı halinde, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçuna* vücut verir.⁴⁸

Suçun tipinde *gelmemeye*, *tamamen* ya da *kısmen yapmama*, *terk etme* ve *yavaşlatma* şeklinde dört davranışa yer verilmiştir. Sınırlı sayıda davranışa yer verildiğinden bu davranışlar dışında kalan, örneğin, belirlenmiş usullere aykırı olarak iş yapılması, yetkinin sınırlarının aşılması, yetkinin amacı dışında kullanılması gibi hallerde, koşulları oluşmuşsa, *görevi kötüye kullanma suçu* (TCK m. 257) oluşur.

Göreve gelmeme, görevin yapılacağı yere gelmemedir.⁴⁹ Göreve gelmeme halinde gelinmeyen görevi bırakma, terk etme ya da yavaşlatma sözü konusu olamayacağı için *göreve gelmeme* diğer tüm seçimlik davranışları tüketmektedir.

⁴⁶ Seçimlik hareketli suçların aynı zamanda bağlı hareketli olduğu hakkında bkz. KANGAL Zeynel Temel, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, ss. 221-277, s. 232. Bazı yazarlara göre seçimlik hareketli suçlar, genellikle, bağlı hareketlidir. KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 124. *Tezcan/Erdem/Önok*’a göre ise seçimlik hareketli suçlar serbest hareketli de olabilir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 478.

⁴⁷ İstifanın koşulları hakkında detaylı bilgi için bkz. SERTTAŞ Seher, **Türk İdare Hukukunda İstifa**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s. 86 vd.

⁴⁸ EREM, s. 402; GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 877; NUHOĞLU, s. 29; SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu Yorumu (2. Cilt)**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 1995, s. 2076.

⁴⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1209.

Görev yerine gelip göreve başlamama, TCK m. 260'ta yer verilen bir diğer seçimlik hareket olan *görevi yapmamadır*.⁵⁰ Fail, görev yerine gelmiş ve görevine başlamış olmakla birlikte görevini yapmamışsa yine görevi yapmadan söz edilir. TCK m. 260'ta görevin kısmen ya da tamamen yapılmamasından söz edilmiştir. Görevin kısmen yapılmaması, dilekçeleri kayda alma görevini yerine getirmekle birlikte dilekçeleri ilgili mercilere yönlendirme görevini yerine getirmeyen kamu görevlisi örneğinde olduğu gibi görev konusu olan iş ve işlemlerin bölünebildiği durumlarda söz konusu olabilir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre görevin kısmen ya da tamamen yapılmaması, soyut olarak, kamu hizmetlerinde aksamaya sebebiyet verecek nitelikte olduğunda suç oluştuğuna ve görevin tamamen ya da kısmen yapılmaması arasında soyut cezayı etkileyen bir fark olmadığına göre tek başına görevi yapmama ifadesi de yeterli olurdu.⁵¹ Elbette, TCK m. 61'e göre somut ceza belirlenirken görevin tamamen yapılmaması, kısmen yapılmamasına nazaran daha haksız görülüp, ceza bağlamında ikisi arasında bir ayırım yapılabilir.

İş veya işlemlerin bölünemediği durumlarda *görevi yavaşlatma* söz konusu olur. Zira görevi yavaşlatmada iş ya da işlemin bölünerek bir kısmının yapılmaması söz konusu olmayıp görevin normal koşullarda yapılabileceği süre uzatılmaktadır.⁵² Dilekçenin belli bir sürede işleme konulması gibi süreli işlerde sürenin geçirilmesi halinde yavaşlatma değil, yapmama vardır. Yavaşlatma davranışı bakımından; işin niteliği, kamu görevlisinin hastalık, eğitim ve tecrübe gibi şahsi durumu dikkate alınmalı, tereddüt halinde şüpheden sanığın yararlanması gerektiği hususu göz önüne alınmalıdır.

Görevin terki, kamu görevlisinin görevini bırakarak görev yerinden ayrılmasıdır.⁵³ Kamu görevlisi görev yerinden ayrılmamış olmakla birlikte görevini yapmıyorsa görevi yapmama söz konusu olur.⁵⁴ *Nuhoğlu*'na göre, öğretim üyeleri bir fakülte'deki derslerine girmeyip başka fakülte'deki derslerine katılmışlarsa terk fiilinden söz edilemez.⁵⁵ Bu örnekteki değerlendirme-

⁵⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1209.

⁵¹ ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, 1. Bası, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 189.

⁵² NUHOĞLU, s. 37; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1210.

⁵³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.1209.

⁵⁴ Belirtilen nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun şu kararına katılmıyoruz: “*görevin terki, kamu hizmetinin ifa edilmemesi demek olduğuna göre görev yerinden ayrılmamak işin hukuki mahiyetini değiştirmez.*” YCGK, K. 313- 429, 28.12.1970, aktaran: ÇETİN, s. 712.

⁵⁵ NUHOĞLU, s. 34-35.

ye, -öğretim üyeleri derse girmeleri gereken fakülteden ayrılarak başka fakülte'deki derse girmişlerse- katılmıyoruz. Öğretim üyeleri fiziki olarak aynı anda iki farklı fakülte'deki derslere giremeyeceğine göre dersler en azından farklı saatlerdedir. O halde ders saatinde derse girmeyerek fakülteden ayrılan öğretim üyeleri, görevi terk etmişlerdir.

Faillerin aynı anda yukarıda üzerinde durduğumuz seçimlik davranışları gerçekleştirmeleri gerekmez. Örneğin, faillerden ikisinin işi terk etmesinden iki saat sonra diğer failer de işi terk ederlerse bu suç oluşur. Keza faillerin aynı tip davranışları gerçekleştirmeleri de gerekmez.⁵⁶ Örneğin faillerden bazıları işi yavaşlatırken ötekileri işi terk ederlerse yine *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* oluşur.

Sürelî işlerde bir sorun bulunmamaktadır; süre geçirilmişse *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* oluşur. Sürelî olmayan işlerde, TCK m. 260'ta yer verilen seçimlik davranışların uzun ya da kısa olması önemli değildir; önemli olan bu davranışların kamu hizmetlerinde aksamaya sebebiyet verecek nitelikte olmasıdır. Zira TCK m. 260'ta düzenlenen *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu*, soyut tehlike suçudur.⁵⁷ Bu suç neticesinde fiilen kişilerin mağduriyetine sebep olunması ya da kamunun zarara uğramış olması gerekmez. Soyut tehlike suçları, kanuni tanımlarında neticeye yer verilmeyen suçlar olup, somut tehlike suçlarından fiili tehlike koşulu bağlamında ayrılmaktadır.⁵⁸ Somut tehlike suçlarında fiilen tehlikenin varlığı ve mahkûmiyet için tehlikenin gerçekleştiğinin ispatı gerekirken; soyut tehlike suçlarında mahkeme somut olayda fiilen bir tehlikenin ortaya çıktığını araştırma yükümlülüğü altında değildir; soyut olarak davranışın korunmak istenen hukuki değeri ihlal edebilecek nitelikte olması suçun oluşması bakımından yeterlidir.⁵⁹

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun soyut tehlike suçu olması, kanaatimizce, suçun faillerinin aynı idari birimde ve hizmet dalında çalışmalarının gerekli olup olmadığı tartışması bakımından da belirleyicidir.

⁵⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1213.

⁵⁷ BAYRAKTAR v.d., s. 5090.

⁵⁸ ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 216-217; ÜNAL Osman Gazi, **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 208-209.

⁵⁹ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 216-217; ÜNAL, s. 208-209; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 29. Bası, Adalet, Ankara, 2024, s. 166.

Bir görüşe göre faillerin aynı idari birimde ve hizmet dalında çalışmaları gerekmez.⁶⁰ Diğer bir görüşe göre faillerin aynı idari birimde olmasa da aynı hizmet dalında çalışmaları gerekir.⁶¹ Üçüncü bir görüşe göre ise faillerin aynı idari birimde ve aynı hizmet dalında çalışmaları zorunludur.⁶² Suçun kanuni tanımında hizmet dalı ve biriminden söz edilmemiş toplu hareket etme koşuluna yer verilmiştir; bu yüzden biz faillerin aynı idari birimde ve hizmet dalında çalışmalarının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Bu görüşün suçun kapsamını genişleteceği yönündeki olası eleştiriyi de yerinde görmüyoruz. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu*, soyut tehlike suçu olduğundan hangi hizmet dalı ya da biriminde çalışırlarsa çalışsınlar kamu görevlilerinin toplu olarak iş bırakması, kamu hizmetlerinde aksamaya ya da düzenin bozulmasına sebebiyet verebilecek ağırlıkta değilse suç oluşmaz. Bu değerlendirme her somut olayda mahkeme tarafından yapılacağından hizmetin niteliğine, çalışanların sayısına, davranışların türüne vs. göre değişkenlik gösterecektir. Zira kamu görevlilerinin aynı hizmet dalında ve biriminde çalışmadığı her durumda suçun oluşmadığını kabul etmek, kamu hizmetlerinin aksadığı durumlarda cezalandırma boşluklarına yol açabilir.

Suç tipinde yer verilen seçimlik davranışlardan *gelmemeye* ve *tamamen ya da kısmen yapmama* şeklindeki davranışların ihmali nitelikte olduğu tartışmadan varestedir. Ancak *yavaşlatma* ve özellikle de *terk* şeklindeki davranışların ihmali nitelikte olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Terk ve yavaşlatma, bazı yazarlara göre⁶³ ihmali nitelikte iken bazı yazarlara göre⁶⁴ icrai niteliktedir.

Bu tartışma özellikle suça teşebbüs kurumu bakımından önem arz etmektedir. Zira *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* gerçek ihmali

⁶⁰ SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2075; GÖZÜBÜYÜK, s. 876; PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt*, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2010, s. 4153; MERAN, s. 646.

⁶¹ GERÇEKER, s. 2374; GÖKCAN, 2008, s. 649.

⁶² HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 136.

⁶³ BAYRAKTAR v.d., s. 321; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1212; GÖZÜBÜYÜK, s. 877; GÖKCAN, 2008, s. 653; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4156.

⁶⁴ HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 137. *Nuhoğlu*; göreve gelmeme, görevi yapmama ve görevin terki davranışlarını ihmali davranış olarak nitelemekte, görevi yavaşlatmanın ihmali mi yoksa icrai bir davranış mı olduğundan açıkça söz etmemektedir. Ancak yazar söz konusu üç seçimlik hareketin ihmali nitelikte olduğundan teşebbüse elverişli olmadığını yavaşlatmanın ise teşebbüse elverişli olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla yazarın açıklamalarından yavaşlatma şeklindeki seçimlik davranışı icrai davranış olarak kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. NUHOĞLU, s. 30.

bir suç olarak kabul edilirse teşebbüse elverişli olmamaktadır; ancak, suç tipindeki davranışlardan bazılarının icrai nitelikte olduğu kabul edilirse suç bu hareketlerin bölündüğü durumlarda teşebbüse elverişli hale gelmektedir.⁶⁵

İcrai ve ihmali davranış ayrımında öğretide çeşitli kriterler ileri sürülmektedir.⁶⁶ Bu kriterlerden birisi de dile ilişkindir: “yapma!” denilen yapıyorsa icrai suçtan, “yap!” denilen yapılmıyorsa ihmali suçtan söz edilir.⁶⁷ “Yapma!” buyruğunda yasak, “yap!” buyruğunda ise emir vardır; icrai suçlarda yasak, ihmali suçlarda ise emir normu ihlal edilir.⁶⁸ *Terk* davranışı “terk etme!”, yavaşlatma davranışı ise “yavaşlatma!” buyruğunun ihlalidir; bu açıdan bakıldığında bu iki davranış yasak normuna konu olabilecek niteliktedir. Kanaatimizce öğretideki bir görüş tarafından bu iki davranışın icrai davranış olarak nitelendirilmesinin bir nedeni budur. *Terk* davranışının icrai nitelikte olduğunun kabul edilmesinin ise, kanaatimizce, ilave bir nedeni daha vardır. Bu neden, TCK m. 97’de düzenlenen “terk” suçudur. Öğretideki hâkim görüşe göre *terk suçu* icrai davranışla da işlenebilecek bir suçtur.⁶⁹ *Terk suçunun* gerekçesinde de bu suçun icrai davranışla da işlenebileceği belirtilmiştir: “...*terk olgusu, bir bebeğin cami avlusu gibi belli bir mahale götürülüp bırakılması gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir*”. Biz de *kamu görevinin terki veya yavaşlatılması suçunda terk ve yavaşlatma* davranışlarının salt ihmali nitelikte olduğunu kabul eden görüşe katılıyoruz. Şöyle ki; *yavaşlatmada* görevin zamanında yapılmaması vardır. Matematiksel olarak örnekleyecek olursak fail mesai saatleri içerisinde 10 birimlik iş yapacakken 5 birimlik iş yapmışsa haksızlık teşkil eden, failin yapmayı ihmal ettiği bu beş birimlik iştir. TCK m. 97’de düzenlenen *terk suçunun* ise icrai boyutu olduğuna biz de katılıyoruz. Örneğin, bebeğini terk etmek üzere bir ormana götürülüp bıraktığı esnada ihbar üzerine yakalanan anne *terk suçuna* teşeb-

⁶⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için “teşebbüs” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. HAKERİ Hakan, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2003, s. 68 vd.; YURTLU Fatih, **İhmali Suçlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 105 vd.

⁶⁷ SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 256-257; KUNTER Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, 1. Bası, İsmail Akgün Maat-bası, İstanbul, 1954, s. 53.

⁶⁸ KUNTER, s. 53; HAFIZOĞULLARI Zeki, **Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni)**, 2. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 90.

⁶⁹ YURTLU, s. 107; KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2018, s. 149; ÇAKMUT Özlem Yenerer, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m.97)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 65, S. 2, 2007, ss. 49-76, s. 63.

büs etmiştir. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* ise *terk* etme davranışı bakımından böyle bir ihtimal yani ihmal öncesi teşebbüs sahasına giren ve teşebbüs derecesinde haksızlık teşkil eden bir icra aşaması yoktur; terk anından önceki aşamada görev yapılmaktadır. Görev yapıldığına göre bu aşamada cezalandırmayı hak eden bir hareket haksızlığı yoktur.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçuna ilişkin bir başka tartışma, bu suçun mütemadi bir suç olup olmadığı hususuna ilişkindir. Öğretideki hâkim görüşe göre, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* mütemadi bir suçtur.⁷⁰ *Hafizoğulları/Eşitli*'ye göre ise bu suç, ani bir suçtur.⁷¹ Bu tartışmada kabul edilecek görüş özellikle dava zamanaşımı, iştirak, suçun işlendiği yer ve zaman konularında önem arz eder,⁷² İki görüşten birini tercih etmenin sebebiyet vereceği hukuki sonuçların çeşitliliği ve genişliği bu çalışmanın kapsamını aştığından biz hâkim görüşe katıldığımızı belirtmekle yetiniyoruz: *Göreve gitmeme, görevi yapmama, terk veya yavaşlatma* ile suç tamamlanmakta ve suç, görev gereği gibi yapılmaya başlanıncaya kadar devam etmektedir; bu yüzden *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu*, mütemadi bir suçtur.

b. TCK m. 260/2'de Yer Verilen Düzenlemenin Hukuki Niteliği ve Uygulanabilirlik Koşulları

aa. TCK m. 260/2'nin Hukuki Niteliği

TCK m. 260/2'ye göre, iş bırakma ya da yavaşlatma;

- (1) geçici ve kısa süreliyse,
- (2) kamusal hizmetlerde aksamaya sebebiyet vermiyorsa,
- (3) mesleki ve sosyal haklarla ilgiliyse; verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza da verilmeyebilir.

Anlaşılabileceği üzere bu üç koşulun gerçekleşmesi, hem cezada indirim hem de cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir.

TCK m. 260/1'de *terk etme, gelmeme, yapmama* ve *yavaşlatma* şeklinde dört seçimlik harekete yer verilmişken, TCK m. 260/2'de yalnızca *iş bırak-*

⁷⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2023, s. 1207; EREM, s. 402; SANCAR Türkan Yalçın, **Çok Failli Suçlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 1998, s. 180; BAYRAKTAR v.d., s. 321.

⁷¹ HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 138.

⁷² Mütemadi suçların hüküm ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. KATOĞLU Tuğrul, **Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç)**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 99 vd.

ma ve *yavaşlatmadan* söz edilmiştir. *İş bırakma* ifadesi, TCK m. 260/1'in lafzında yer alan bir ifade değildir. Kanun koyucunun iki fıkra arasında uyum olacak şekilde seçimlik hareketleri belirlemesi daha uygun olurdu. *İş bırakma* terimi esasen TCK m. 260/1'de yer verilen *terk etme* terimini çağrıştırırsa da düzenlemenin kendi iç tutarlılığı gereği *göreve gelmeme* ve *görevi yapmamayı* da kapsayacak şekilde şemsiye bir terim olarak anlaşılmalıdır.

TCK m. 260/2'nin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, TCK m. 260/2'de yer verilen düzenleme, suçun nitelikli bir hali olup haksızlığın niceliğindeki azalmayla paralel bir şekilde cezada indirim ya da cezasızlık sonucunu doğurmaktadır.⁷³

*Hafizoğulları/Eşitli'*ye göre ise ikili bir ayırım yapmak gerekir: TCK m. 260/2, ceza azalıyorsa cezayı azaltan nitelikli bir hal iken ceza kalkıyorsa özel bir hukuka uygunluk nedenidir.⁷⁴ Bu görüşe katılmıyoruz. TCK m. 260/2'de yer verilen düzenlemede cezanın azalmasını veya ceza verilmemesini sonuçlayan koşullar aynıdır. Aynı koşullar hem cezada azalmaya sebebiyet verip hem de fiilin hukuka uygun olmasına neden olamaz. TCK m. 260'ta yer verilen koşullar bir hukuka uygunluk nedenine vücut veriyorsa; bu koşulların gerçekleştiği her durumda davranışın hukuka uygun olması gerekir. Zira *hukuka uygunluk* kavramı niteliksel bir kavramdır.⁷⁵ Somut olayda fiil ya hukuka uygundur ya da değildir. Koşulları gerçekleşmişse fiil hukuka uygundur; fiilin daha çok ya da daha az hukuka uygunluğundan söz edilemez. TCK m. 260/2'de yer verilen düzenlemede aynı koşullar bazı durumlarda cezada azalma, bazı durumlarda ise cezasızlık sonucunu doğurduğuna göre mesele nitelikle değil, nicelikle ilgilidir. Niceliğindeki azalmayla paralel bir şekilde cezasızlık sonucu doğurabilecek kavramlar, *haksızlık* ve *kusur* kavramlarıdır. *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, düzenleme kınanabilirliği etkilemediği için kusuru etkileyen bir neden değildir.⁷⁶ Bize göre de TCK m. 260/2, kusuru etkileyen bir neden değildir. Ancak gerekçe konusunda *Tezcan/Erdem/Önok*'a katılmıyoruz. Kusur değerlendirmesinin konusu haksızlıktır; haksızlık ne kadar az ise kişi o kadar az kınanır;⁷⁷ yani *kınanabilirlik* kavramı esas olarak kusurla ilgili olsa da haksızlık da ilişkilidir. Bu yüzden

⁷³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1210; GERÇEKER, s. 2373; BAYRAKTAR vd., s. 327.

⁷⁴ HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 139.

⁷⁵ ÖZGENÇ, 2023, s. 310; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 258; HAKERİ, 2024, s. 286.

⁷⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1210.

⁷⁷ ÖZGENÇ, 2023, s. 458.

salt *kınanabilirlik* kavramı üzerinden haksızlık ve kusur ayrımı yapılamaz. Fail, haksız olduğunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu davranıştan kaçınabilecek koşullara ve kabiliyete sahip olmasına rağmen haksızlığı gerçekleştirdiyse kusurludur.⁷⁸ Mesleki ve sosyal haklarının yetersizliğinin failin iradesini suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmeye zorladığı şeklinde bir yorum yapılırsa TCK m. 260 kusurla ilişkilendirilebilir. Bizim düzenlemenin kusurla değil, haksızlıkla ilgili olduğunu düşünmemizin nedeni, düzenlemenin failden ziyade fiile özgülendiği kanaatinde olmamızdır. Düzenlemede yer verilen *hizmette aksama olmaması, işi bırakma veya terk etmenin geçici ve kısa süreli olması* koşulları faille ilgili olmayan salt objektif nitelikteki koşullardır. Keza, *mesleki ve sosyal haklarla ilgili olma* koşuluna iradeyi etkileme bağlamında bir muhteva yüklenebilirse de bu koşulun da objektif karakteri vardır; mahkeme, işi bırakma veya yavaşlatmanın mesleki ve sosyal haklarla ilgili olup olmadığı tespitini failin bu konudaki değerlendirmesinden bağımsız ve objektif olarak yapacaktır.

TCK m. 260'taki koşulların somut olaydaki muhtevası (*örneğin, hizmetin niteliği, işi bırakmanın ve yavaşlatmanın süresi, talebe konu mesleki ve sosyal hakların türü, bu haklara yönelik taleplerin haklılık derecesi, söz konusu taleplerin iş bırakma ve yavaşlatmadan önce dilekçe, dava açma vs. gibi başka yollarla dile getirilip getirilmediği, failerin bu tür işi bırakma veya yavaşlatmaları sıkça yapıp yapmadığı gibi hususlar*) haksızlığın yoğunluğunu etkileyecektir. TCK m. 260/2'deki koşulların gerçekleşmesi halinde haksızlıktaki azalmaya paralel olarak cezada da azalma olacak; haksızlığın artık ceza vermeyi gerektirmeyecek ölçüde azalması halinde cezasızlık söz konusu olacaktır. Cezasızlık halinde haksızlık az da olsa varlığını koruduğu için fail hakkında *beraat* değil, CMK m. 223/4-d'ye göre *ceza verilmesine yer olmadığı* hükmü verilecektir. TCK m. 260'nın gerekçesi de bu doğrultudadır. Gerekçeye göre;

*“görevin toplu olarak ve kısa bir süre için terkinin kamu hizmetinin yürütülmesi açısından oluşturduğu **haksızlığın azlığı** göz önünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapma veya ceza vermemesi konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır”.*

⁷⁸ MERAKLI Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2024, s. 45-46.

bb. TCK m. 260/2'nin Uygulanabilirlik Koşulları

Failin TCK m. 260/2'de yer verilen düzenlemeden yararlanabilmesinin ilk koşulu, işi bırakma veya yavaşlatmanın geçici ve kısa süreli olmasıdır. Hizmette aksama olmamış olsa dahi işi bırakma veya yavaşlatma geçici ve kısa süreli değilse fail TCK m. 260/2'den yararlanamaz.⁷⁹ İlgili ifade normatif bir ifadedir; sürenin kısa ve geçici olup olmadığı hususunda önceden kesin bir zaman dilimi belirlenemez. Kısıklık ve geçicilik konusunda yapılacak değerlendirme hizmet dallarına göre; hatta aynı hizmet dalı bakımından somut olaydan somut olaya göre değişkenlik gösterir. Örneğin, kamu hizmetlerinin işleyişi ve hizmetten yararlananların zarar görmesi bakımından iş bırakma veya yavaşlatmanın daha büyük risk içerdiği güvenlik ve sağlık hizmetlerinde, geçicilik ve kısıklık konusundaki tolerans diğer hizmet dallarına nazaran daha katı olabilecektir.

Failin TCK m. 260/2'de yer verilen düzenlemeden yararlanabilmesinin ikinci koşulu, hizmette aksama olmamasıdır. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu*, yukarıda detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere soyut tehlike suçudur. Bu yüzden mahkeme yapacağı incelemede TCK m. 260/1'de yer verilen davranışların gerçekleşmesinin somut olay bakımından hayatın olağan akışına göre hizmette aksamaya sebebiyet verip veremeyeceğini değerlendirir. Bu değerlendirme soyut olarak yapılır; gerçekte hizmette bir aksama olup olmadığı araştırılmaz. TCK m. 260/1'de hizmette aksamadan söz edilmemiştir. TCK m. 260/2'ye göre ise failin düzenlemeden yararlanabilmesi için hizmette aksamanın olmaması gerekir. Bu yüzden mahkemenin TCK m. 260/2'ye ilişkin değerlendirme yaparken somut olayda fiili olarak hizmette bir aksamanın olup olmadığını araştırması gerekir. Yargıtay da 2007 tarihli bir kararında bu hususa dikkat çekmiştir:

“Sanıkların görevi terk eylemlerinin geçici ve kısa süreli olup olmadığı, derslere girip girmedikleri, hangi zamanlarda eylemi gerçekleştirdiklerinin ayrıntılı olarak araştırılması ve sonucuna göre TCK m. 260/2 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.”⁸⁰

⁷⁹ “5237 sayılı TCY'nın 260/2 maddesindeki eylemin geçici ve kısa süreli olarak hizmeti aksatmayacak şekilde gerçekleşmesi durumunda ceza verilmeyebileceğinin belirtildiği işe 1 gün hiç gelmeyen sanık hakkında bu fıkra hükmünün uygulanamayacağı gözetilmeden ... ile hükmün bozulmasına karar verildi”. Y 4. C.D., E. 2006/2442, K. 2007/6838, 17.09.2007, Lexpera.

⁸⁰ Y. 4. CD., K. 2829/5029, 28.5.2007, aktaran: GERÇEKER, s. 2376.

Soyut bir değerlendirme yapıldığında hizmetin aksayacağı sonucuna ulaşılsa da, somut olayda diğer personelin daha fazla çalışması ya da işi bırakanların veya yavaşlatanların yerine başkalarının ikame edilmesi gibi nedenlerle hizmette aksama olmamışsa, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde, kanaatimizce, fail TCK m. 260/2’de yer verilen düzenlemeden yararlanabilir.

Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, lafız mevcut haliyle katı bir şekilde uygulanırsa TCK m. 260/2’nin uygulanabilme sahası oldukça dar olur; bu yüzden *hizmette aksamanın olmaması* koşulunu, katı bir biçimde anlamamak gerekir; hizmette büyük ölçüde aksama olmamış ve hizmetten beklenen fayda bir şekilde elde edilmişse TCK m. 260/2 uygulanabilir.⁸¹

Failin TCK m. 260/2’de yer verilen düzenlemeden yararlanabilmesinin üçüncü koşulu, işi bırakmanın veya yavaşlatmanın failin mesleki ve sosyal haklarıyla ilgili olmasıdır.⁸² Örneğin, fail diğer kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları dolayısıyla iş bırakmasını fırsat bilip, bu yönde bir talebi olmasa da sinemaya gitmek ya da arkadaşlarıyla zaman geçirmek için vs. işi bırakmış ya da yavaşlatmışsa düzenlemeden yararlanamaz. Keza, işi bırakma ya da yavaşlatma, mesleki ve sosyal haklara ilişkin taleplere değil de siyasi nedenlere dayanıyorsa yine TCK m. 260/2 uygulanamaz. Gerekçede de bu hususa dikkat çekilmiştir:

“Ancak bu takdir yetkisinin [TCK m. 260/2’de yer verilen hukuki sonuçlara ilişkin hâkimin takdir yetkisini kastederek] *kullanılabilmesi için, görevin kısa bir süre terkinin hizmeti aksatmaması ve münhasıran kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili taleplerini ifade amacıyla yapılması gerekir*”.

Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir:

“Sözleşmeli personel olsan sanığın sendikanın aldığı karar uyarak sabahdan saat 14’e kadar işe gelmeme eyleminin mesleki ve sosyal hakları elde etmek **amacıyla** yapılıp yapılmadığı tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi zorunluluğu ...”⁸³

⁸¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1210-1211.

⁸² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1210.

⁸³ Y. 4.CD. K. 10871/3378, 10.04.2007, Aktaran: PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4157.

Failin mesleki ve sosyal haklarını elde etme amacıyla hareket edebilmesi için, mantık kuralları gereği, işi bırakmasının veya yavaşlatmasının mesleki ve sosyal haklarına ilişkin olduğunu bilmesi gerekir. TCK m. 260/2’de yer verilen düzenlemeden yararlanabilmesinin diğer iki koşulu olan hizmette aksamanın olmaması ve işi bırakma veya yavaşlatmanın kısa süreli ve geçici olması koşulları bakımından ise, kanaatimizce, failin bu koşulların gerçekleştiğini bilmesi gerekmemektedir. Esasen, TCK m. 260/2’i haksızlığı etkileyen bir neden olarak kabul etmenin hukuki sonucu, TCK m. 260/2’de yer verilen objektif koşulların kastın kapsamına dâhil olmasıdır. Bilmeme, kastı engellediği için görüşümüzün yerinde olmadığı ileri sürülebilir. Görüşümüzü iki ihtimale göre izah etmek istiyoruz:

(1) Fail, TCK m. 260/2’deki koşullar objektif olarak gerçekleşmesine rağmen bu durumu bilmeyebilir; yani hizmet objektif olarak aksamamasına rağmen fail aksadığını zannetmiş, iş bırakma veya yavaşlatma objektif olarak kısa ve geçici olmasına rağmen fail sürenin uzun olduğuna inanmış olabilir. TCK m. 30/2’ye göre, suçun nitelikli hallerinde hatada fail hatasından yararlanır. Bu düzenleme dolayısıyla objektif olarak geçici ve kısa süreli olan işi bırakma veya yavaşlatma yine objektif olarak hizmette aksamaya sebebiyet vermemişse fail aksini düşünse de TCK m. 260/2’deki düzenlemeden yararlanır.

(2) Fail, TCK m. 260/2’deki koşullar gerçekleşmemiş olmasına rağmen bu koşulların gerçekleştiğine inanmış olabilir. Yani hizmette aksama olmasına rağmen fail aksama olmadığına, işi bırakma veya yavaşlatma objektif olarak geçici ve kısa süreli olmamasına rağmen fail kısa süreli ve geçici olduğuna ya da işi bırakma veya yavaşlatma failin sosyal ve mesleki haklarına ilişkin olmamasına rağmen fail söz konusu hakları dolayısıyla işi bıraktığına ya da yavaşlattığına inanmış olabilir. Bu ihtimalde de TCK m. 30/2 uygulanır. Ancak, bu ihtimalde, objektif olarak unsurlar gerçekleşmesine rağmen failin bu durumu bilmemesi ihtimalinden farklı olarak TCK m. 30/2’nin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu ihtimalde de fail, lehine olan nitelikli halden (dolayısıyla TCK m. 260/2’den) yararlanır.⁸⁴ Karşı görüşe göre ise, lehine olan nitelikli halin objektif koşulları ger-

⁸⁴ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 490; HAKERİ, 2024, s. 218; KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 264-265; ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / MERAĞLI Serkan / BACAĞSIZ Pınar / BAŞBÜYÜK İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 447; HAFLIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 298.

çerleşmemesine rağmen fail gerçekleştiğine inanmışsa bu nitelikli halden (dolayısıyla TCK m. 260/2'den) yararlanamaz.⁸⁵ Bize göre de objektif koşulları göz ardı edilerek haksızlığın tamamen failin sübjektif durumuna indirgenmesi mümkün değildir. Ayrıca, TCK m. 30/2'de hatanın kaçınılabilir olup olmamasından söz edilmemiştir. Hatanın basitçe kaçınılabilir olduğu hallerde dahi fail hakkında TCK m. 260/2'nin uygulanması, cezalandırma boşluklarına yol açabilir. Failin söz konusu yanılığısı, TCK m. 61'e göre ceza belirlenirken dikkate alınmalıdır.

Yukarıda üzerinde durulan iki ihtimal, failin davranışının haksız olduğunu bildiği ihtimallere ilişkindir; fail bir hakkı kullandığından bahisle davranışının hukuken meşru olduğuna diğer bir ifadeyle haksız olmadığına inanıyorsa *haksızlık hatasından* (TCK m. 30/4) söz edilir. Bu ihtimal aşağıda "Kusurluluk" başlığı altında ele alınacaktır.

4. Netice

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun kanuni tanımında neticeye yer verilmemiştir; kamu hizmetinin sürekliliğinde ve düzeninde bir aksama olma tehlikesi suçun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir; fiilen bir aksamanın gerçekleşmesi gerekmez.⁸⁶ *Nuhoğlu*'na göre ise bu suçun tamamlanabilmesi için kamu hizmetinde fiilen bir aksamanın ortaya çıkması gerekir.⁸⁷ Bu görüş kabul edilirse hâkim, somut olayda kamu hizmetinde bir aksamanın fiilen gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak zorundadır. Bu görüşün bir başka sonucu teşebbüs kurumuna ilişkindir. Suçun tamamlanması bakımından kamu hizmetinde fiilen bir aksamanın gerçekleşmesi koşulu aranırsa *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* teşebbüse elverişli hale gelir. Aşağıda "Teşebbüs" başlığı altında detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere bizim katıldığımız görüşe göre *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* teşebbüse elverişli bir suç değildir.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda bir neticeye yer verilmemesinden başka bir ifadeyle bu suç sırf hareket suçu olduğundan⁸⁸ neden-

⁸⁵ TUNÇ Kübra, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2020, s. 241-243.

⁸⁶ BAYRAKTAR v.d., s. 5090.

⁸⁷ NUHOĞLU, s. 37.

⁸⁸ Öğretide her suçta netice bulunduğu sırf hareket suçlarında neticenin hareketle bitişik olduğunun ileri süren görüş için bkz. HAKERİ, 2024, s. 164; ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BAKSIZ / BAŞBÜYÜK, s. 238.

sellik bağlantısı bu suçta ayrıca araştırılacak bir unsur değildir.⁸⁹ Bu yüzden nedensellik bağlantısı konusu üzerinde durmayacağız.

B. Manevi Unsur

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, genel kastla işlenebilen bir suçtur; zira suçun temel halini düzenleyen TCK m. 260/1’de saik ya da amaca yer verilmemiştir.⁹⁰ Örneğin, ülkedeki ekonomik durumu, iç ya da dış politikayı protesto amacıyla suçun işlenmesi önemli değildir. Ancak failin amacı tamamen önemsiz de değildir. Yukarıda değindiğimiz üzere TCK m. 260/2’de yer verilen cezayı azaltan veya kaldıran hale ilişkin hükmün uygulanabilmesi için failin mesleki ve sosyal haklarına yönelik taleplerini ortaya koyma amacıyla hareket etmesi gerekir.

Failin kastından söz edilebilmesi için suç tipinde yer verilen davranışları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekir (TCK m. 21). Örneğin, işin yavaşlatılması beceriksizlik, yorgunluk, dalgınlık gibi hallerden kaynaklanmışsa kasttan söz edilemez.⁹¹

Eski 765 sayılı TCK’nın *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunu* düzenleyen 236. maddesinde yer verilen “bir karar gereğince” ifadesine 5237 sayılı TCK m. 260’da yer verilmemiştir. Ancak 5237 sayılı TCK m. 260’da yer verilen “toplu biçimde” ifadesiyle “bir karar gereğince” ifadesi aynı anlamdadır.⁹² TCK m. 260’da “toplu biçimde” ifadesinin en az dört kişiye tekabül ettiği açıkça belirtildiği için failin kendisiyle birlikte en az üç kişinin daha TCK m. 260’da yer verilen davranışları gerçekleştirdiğini bilmesi gerekir.

Toplu olarak hareket etme kararı, açık ya da zımni olabilir.⁹³ Kararın, bizzatıhi toplu olarak TCK m. 260’taki davranışları gerçekleştiren görevlilerce alınması zorunlu değildir.⁹⁴ Ortak biçimde iş bırakma yoksa yani tesadüfen dört kamu görevlisi TCK m. 260’da yer verilen seçimlik davranışları aynı anda gerçekleştirmişse kasttan söz edilemez.⁹⁵

⁸⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 132.

⁹⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.1211; HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 139.

⁹¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.1211,

⁹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1208; Aksi görüş için bkz. MERAN, s. 646.

⁹³ EREM, s. 405; ERMAN / ÖZEK, s. 187; VURAL / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2076.

⁹⁴ EVLİYAOĞLU, s. 576.

⁹⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1208.

Failin diğer kamu görevlilerini tek tek ferdan tanıması ya da kimin hangi ünvana sahip olduğunu bilmesi gerekmez; bu suçta failer arasında ast-üst ilişkisinin olması önem arz etmez.⁹⁶ Önemli olan, failin en az üç kamu görevlisi ile birlikte TCK m. 260'taki fiilleri gerçekleştirdiğini bilmesidir. Failin kendisiyle birlikte hareket eden kişilerin tam sayısını veya diğer failerin TCK m. 260'ta yer verilen seçimlik hareketlerden hangisini gerçekleştirdiğini de bilmesi gerekmez. Örneğin, fail, diğer failerden birisinin işi yavaşlattığını zannediyorsa oysa işi yavaşlattığını zannettiği fail gerçekte işi terk etmişse bu yanılığın kastın varlığını etkilemez.

Toplu olarak alınan TCK m. 260'taki davranışları gerçekleştirme kararına bazı kamu görevlileri uymamışsa ve diğerleri bu durumu bilmiyorsa; aldıkları kararı gerçekleştirenlerin sayısı dörtten az olmamak kaydıyla fiil yine suç teşkil eder.⁹⁷ Katılmama dolayısıyla sayı dördün altına düşmüşse ve diğerleri bunu bilmiyorsa *kamu görevinin yapılmaması veya terki suçu* oluşmaz; bu ihtimalde koşulları gerçekleşmişse *ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçu* (TCK m. 257/2) oluşur. Bu yüzden suç işlediğini zanneden (tersine hata)⁹⁸ failerin TCK m. 260 bakımından cezai sorumluluğundan söz edilemez.

Kasten işlenebilen suçlar, kural olarak, olası kastla da işlenir. Ancak, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* kanuni tanımında *hukuka aykırılık* ifadesine yer verildiği için bu suçun olası kastla işlenip işlemeyeceği meselesi sorun teşkil etmektedir. Kanuni tanımında *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilen suçların *kast* bakımından arz ettiği bir diğer sorun, fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmenin (haksızlık bilinci) kastın kapsamında olup olmadığı sorunudur.

Hâkim görüşe göre bu ifade, hukuka aykırılık unsurunu kastın kapsamına dâhil etmektedir.⁹⁹ Yargıtay da bu görüştedir.¹⁰⁰ Bir diğer görüşe göre, bu

⁹⁶ HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 136; BAYRAKTAR v.d., s. 322.

⁹⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.1208.

⁹⁸ ÖZGENÇ, 2023, s. 507.

⁹⁹ DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım- Cilt 2**, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1992, s. 20; ÖZGENÇ, 2023, s. 312; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 258. Bu görüşün baskın görüş olduğu hakkında bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 269.

¹⁰⁰ “5237 sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında ‘hukuka aykırı olarak’, ‘hukuka aykırı başka bir davranışla’, ...gibi ifadeler yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir”. YCGK, E. 2012/1514, K. 2014/312, 10.06.2014, Lexpera.

ifade hukuka aykırılık unsurunun gereksiz bir tekrarıdır.¹⁰¹ Üçüncü bir görüşe göre ise suç tipinin gramerine bakarak değerlendirme yapmak gerekir: *Hukuka aykırılık* ifadesi bir unsurun sıfatı niteliğinde ise bu unsur bağlamında suç tipinin unsuru olmaktadır; *hukuka aykırılık* ifadesi fiili niteliyorsa suçun hukuka aykırılık unsurunun tekrarı mahiyetinde olup tek fonksiyonu somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği hususuna hâkimin dikkatini çekmektir.¹⁰² *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunu* düzenleyen TCK m. 260'ta *hukuka aykırılık* ifadesi bir unsurun sıfatı niteliğinde olmadığından üçüncü görüşe göre TCK m. 260'ta yer verilen "hukuka aykırılık" ifadesi suç tipinin bir unsuru değildir.¹⁰³

Hâkim görüş olan ilk görüşe göre, hukuka aykırılık ifadesinin kanuni tanımında yer aldığı suçlarda fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilme de kastın kapsamındadır; bu suçlar doğrudan kastla işlenebilir.¹⁰⁴ Hâkim görüş esas alındığında fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa, örneğin grev hakkını kullandığını zannediyorsa, kasten hareket etmiş olmaz. Hukuka aykırılık ifadesinin kanuni tanımında yer aldığı suçlarda kastın hukuka aykırılığı da kapsadığını ileri süren yazarlar, failde haksızlık bilincinin olmadığı durumlarda, kastı cezalandırılabilir fiilin yapısı içerisinde konumlandıkları yere göre farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Bir görüşe göre kast, tipikliğin sübjektif unsurudur.¹⁰⁵ Bu görüş esas alınırsa failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmediği durumlarda TCK m. 260 bakımından tipiklikten söz edilemez. Diğer bir görüşe göre ise kast tipikliğin değil, kusurun bir bileşenidir.¹⁰⁶ Bu görüş esas alınırsa failin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmediği durumlarda TCK m. 260'ın tipi oluşur, ancak fail kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz.

¹⁰¹ Bu görüş için hakkında bkz. İBA Hasan, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 61.

¹⁰² ÖZTÜRK / ERDEM, s. 260; KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 166-167; HAKERİ, 2024, s. 218; GÖKTÜRK Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, ss. 407-450, s. 427-428.

¹⁰³ Biz de ikili bir ayırım yapılması kanaatindeyiz. Ancak, ayırımı ölçü kanaatimizce suç tipinin grameri değil, uyarma fonksiyonu olmalıdır. Görüşümüze ilişkin detaylı açıklama için bkz. İBA, s. 66 vd.

¹⁰⁴ ÖZGENÇ, 2023, s. 312.

¹⁰⁵ Örneğin ÖZGENÇ'e göre tipinde *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilen suçlarda hukuka aykırılık bilinci kastın kapsamına dâhil olmaktadır. Yine ÖZGENÇ'e göre kast suç tipinin bir unsurudur. ÖZGENÇ, 2023, s. 236.

¹⁰⁶ Örneğin DÖNMEZER, Erman'a göre tipinde *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilen suçlarda hukuka aykırılık bilinci kastın kapsamına dâhil olmaktadır. Yazarlara göre kast kusurun bir bileşenidir. DÖNMEZER / ERMAN, s. 209.

TCK m. 260'ta yer verilen *hukuka aykırılık* ifadesini, suçun hukuka aykırılık unsurunun tekrarı olarak kabul eden görüş bakımından ise *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* olası kastla işlenebilir. Örneğin, fail grev hakkının olup olmadığından emin olmamakla birlikte tüm sonuçları göze alarak iş bırakmışsa, diğer koşullar da gerçekleşmişse, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçundan* sorumlu olur.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler, "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*" başlığı altında toplu olarak düzenlenmiş; bu başlık altında yer verilen kurumlardan hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri, hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu açıkça belirtilmemiştir. Bu ayrımı yapan pozitif hukuk düzenlemesi, CMK m. 223'tür. CMK m. 223'te kusuru etkileyen nedenler sayıldığından düzenlemenin lafzından TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin *meşru savunma, ilgilinin rızası, hakkın icrası ve görevin ifası* olduğu anlaşılmaktadır.¹⁰⁷

Meşru savunma saldırana karşı olduğundan, ilgilinin rızası ise kişilere karşı suçlar bakımından söz konusu olabileceğinden, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* meşru savunma ve ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olamayacağı kanaatindeyiz. Bir görüşe göre görevin ifası, bu suçta bir hukuka uygunluk nedenidir.¹⁰⁸ Bu görüşe katılmıyoruz. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* görev yerine getirilmemektedir. Görevin yerine getirilmesi halinde gelinmeyen, terkedilen, yapılmayan ya da yavaşlatılan bir görev yok demektir. Bu yüzden görevin ifasının bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olması mümkün değildir.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu bakımından *hakkın icrası* (TCK m. 26/1) hukuka uygunluk nedeni önem arz etmektedir. Kamu görevlileri zaman zaman sivil toplum örgütlerinin çağrısı üzerine TCK m. 260'ta yer verilen davranışları gerçekleştirmektedir. Kamu görevlilerinin bu şekilde hareket etmesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gerekse de Anayasa Mahkemesi tarafından bazı durumlarda sendikal hakların kullanılması olarak nitelendirilmektedir.

¹⁰⁷ CMK m. 223'e göre, *zorunluluk hali, tehdit ve cebir* kusuru etkileyen nedenler olsa da bu kurumların hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. "Kusur" başlığı altında bu tartışmanın üzerinde durulacaktır.

¹⁰⁸ NUHOĞLU, s. 40; MERAN, s. 647.

Anayasa m. 51/1'e göre, "*çalışanlar ...sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahiptir*". 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde yalnızca işçilere tanınan sendika kurma hakkı, değişiklikle birlikte "*çalışanlar*"a tanınmıştır. *Çalışanlar* ifadesi, kamu görevlilerini de kapsamaktadır.¹⁰⁹ Zira aynı düzenlemenin beşinci fıkrasına göre, "*İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir*". Anlaşılacağı üzere anayasa koyucu sendika kurma hakkının varlığı konusunda işçilerle kamu görevlileri arasındaki eşitsizliği gidermiştir. Ancak sendikal hakların içeriği konusunda işçiler ile kamu görevlileri arasında ayırım yapılmıştır. Ayırım yapıldığı en temel sendikal hak, grevdir. Anayasa m. 54'e göre, "*toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler*". Dikkat edilecek olursa düzenlemede "*çalışanlar*"dan değil, yalnızca "*işçiler*"den söz edilmiştir. İşçi niteliğinde olan kamu görevlilerinin grev hakkı bulunmaktadır.¹¹⁰ Anayasa'da yalnızca işçilerden söz edilmesi, kanaatimizce, bilinçli bir tercih olup işçi niteliğinde olmayan kamu görevlilerinin grev hakkının olmadığı anlamına gelmektedir. Ancak bazı yazarlara göre, Anayasa'da kamu görevlilerinin grev hakkı olmadığını gösterir açık bir düzenleme olmaması Türk hukukunda kamu görevlilerinin grev hakkının olmadığı anlamına gelmez.¹¹¹

Anayasa m. 90'a göre usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir; milletlerarası antlaşmalar insan haklarına ilişkinlerse kanunlarla çatışmaları halinde milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanır. Konu ile ilgili temel milletlerarası antlaşmalar, 87 ve 151 No.lu Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve getirdiği denetim sistemiyle milli hukukumuz üzerinde önemli bir etkisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'dir. Bahse konu sözleşmelerde, açıkça, kamu görevlilerinin grev hakkından söz edilmemektedir.

Konu ile ilgili kanunlarda da kamu görevlilerinin grev hakkının olmadığı anlaşılmaktadır. Anayasa m. 54/1'e göre grev hakkının kullanılmasının "*usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir*". Bu bağlamda

¹⁰⁹ Ancak, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun "Sendika Üyesi Olamayacaklar" başlıklı 15. maddesinde, sendika üyesi olamayacak kamu görevlilerinin oldukça kapsamlı bir listesine yer verilmiştir.

¹¹⁰ NUHOĞLU, s. 31.

¹¹¹ SAYIN Kemal Efe / GÜMÜŞ Canberk, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı" **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2023, ss. 567-622, s. 580; BEYOĞLU Cem Ümit, "AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 135, 2018, ss.77-118. s. 100.

en temel kanun, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunudur. 6356 sayılı Kanunun 58. maddesine göre grev, “**işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarındır**.” Bu düzenlemede de dikkat edilecek olursa yine yalnızca işçilerden söz edilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununda (DMK), bu hususa ilişkin açık hükümlere yer verilmiştir. DMK m. 26 ve m. 27’de devlet memurlarının hizmeti aksatacak şekilde toplu hareket etmeleri, grev yapmaları, grevi desteklemeleri ya da teşvik etmeleri yasaklanmış DMK m. 125/E-a’da bu fiillerin yaptırımının memuriyetten çıkarma olduğu belirtilmiştir.

TCK m. 260’ta düzenlenen *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ise memurlar da dâhil olmak üzere bütün kamu görevlileri bakımından sorunu çözümlenmektedir. TCK m. 260’ya göre kamu görevlilerinin toplu biçimde görev gereklerine aykırı hareket etmesi yasaktır. TCK m. 260/2’ye göre kamu hizmetlerinde bir aksamaya sebebiyet vermese ve mesleki ya da sosyal haklarla ilişkili olsa dahi kamu görevlilerinin toplu bir biçimde iş bırakması ya da yavaşlatması hukuka uygun değildir.

Anlaşılacağı üzere ne Anayasa ne milletlerarası antlaşmalar ne de kanunlarda kamu görevlilerine sendikal haklar çerçevesinde TCK m. 260/1’de yer verilen davranışları gerçekleştirme izni veren bir düzenleme bulunmazdır.

Mahkemelerin bu konuya yaklaşımı ise farklıdır. AİHM, *Urcan ve diğerleri davasında*,¹¹² bir sendikanın kamuda çalışan eğitimcilerin çalışma koşullarının iyileştirilmesi hususunda yaptığı çağrı üzerine, 1.12.2000 tarihinde görev yerlerine bir gün gitmeyen öğretmenlere verilen 2 ay 15 gün kamu görevinden men ve adli para cezasının AİHS m. 11’i ihlal ettiğine hükmetmiştir. AİHM, başvuruyu; *kanunda yer alma, meşru amaca dayanma ve demokratik toplumda gerekli olma* kıstaslarına göre ele almıştır. AİHM’e göre başvurular hakkında hükmedilen yaptırımın 765 sayılı TCK m. 236’ya dayanması dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık yoktur. Müdahalenin amacı, kamu hizmetlerinde süreklilik ve düzenin sağlanması olduğundan müdahale meşru amaca dayanmaktadır. Ancak Mahkemeye göre başvuran-

¹¹² AİHM, *Urcan ve diğerleri davası*, Başvuru no: 23018/04, Tarih: 17.07.2008, Hudoc.

lar hakkında hükmedilen yaptırım, çalışanların kendileri ve kendileri gibi olanların çıkarlarını korumak amacıyla yapılan yasal grevlere katılmamalarına yol açabilecek nitelikte caydırıcı bir etkiye sahip olduğundan demokratik bir toplumda gerekli değildir.

Anayasa Mahkemesi¹¹³ de bu konuda AİHM kararları ile paralel bir içtihat geliştirmiştir. Örneğin, Mahkeme, *Tayfun Cengiz başvurusunda* bir sendikanın ülke çapında yaptığı işe gelmeme çağrısı üzerine göreve gitmeyenler hakkında ilçe milli eğitim müdürlüğünce verilen uyarma cezasının Anayasa'nın 51. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹¹⁴ Mahkeme, başvuruyu tıpkı AİHM'nin yaptığı gibi *kanunda yer alma, meşru amaca dayanma ve demokratik toplumda gerekli olma* kıstaslarına göre incelemiş ve verilen uyarma cezasının “*sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe*” sahip olduğundan bahisle demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Öğretide de sendikal hakların kullanımına ilişkin olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi ile aynı kanaatte olan yazarlar vardır.¹¹⁵ Bu görüşün kabul edilebilmesi için şu iki öncülün kabul edilmesi gerekir:

- (1) Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda grev hakkı düzenlenmiştir.
- (2) Anayasa'da yalnızca işçilerden söz edilmesi, kamu görevlilerine grev hakkı verilmediği anlamına gelmemektedir.

Bu iki öncül kabul edildiğinde; başta TCK m. 260 olmak üzere, yukarıda zikredilen ve kamu görevlilerinin grev yapmasını yasaklayan kanunlarla kamu görevlilerine grev hakkı tanıyan milletlerarası antlaşmalar arasında çatışma olmaktadır. Bu çatışmada, Anayasa m. 90 gereği, milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Anayasa koyucunun susmasının kamu görevlilerine grev hakkı verilmediği anlamına geldiğinin kabul edilmesi halin-

¹¹³ Anayasa Mahkemesi, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçuna* ilişkin düzenlemenin iptaline yönelik iki başvuruyu, 1975 ve 2008 tarihli kararlarıyla yerinde görmemiştir. Bkz. AYM, K. 11-36, 23.06.1970; AYM, E. 2002/54, K. 2008/43, 17.01.2008.

¹¹⁴ AYM, *Tayfun Cengiz* başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/8463, Tarih: 18/9/2014, kararlar-bilgibankasi.anayasa.gov.tr

¹¹⁵ NUHOĞLU, s. 27; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1212; GÜLMEZ Mesut, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, 1. Bası, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1996, s. 221; SAYIN / GÜMÜŞ, s. 580.

de ise çatışma, Anayasa ve söz konusu milletlerarası antlaşmalar arasında olmaktadır. Bu tür bir çatışmayı çözümlenmeye özgülenmiş bir düzenleme Anayasa’da yer almamaktadır. Söz konusu çatışmada milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirse (ikinci öncüle alternatif öncül); yine kamu görevlilerinin grev hakkının olduğu sonucuna ulaşılır.¹¹⁶

Biz, kamu görevlilerinin grev hakkının olmadığı kanaatindeyiz. Yargıtay da bu görüştedir.¹¹⁷ “Olması gereken” hukuk bakımından kamu görevlilerinin belli koşullar altında iş bırakmasının hukuka uygun olacağı ileri sürülebilir de “olan” hukuka göre kamu görevlileri idarenin izni¹¹⁸ olmaksızın iş bırakma hakkına sahip değildir. Mahkemelerin görevi, bir konuda var olan düzenlemeleri görmezden gelerek hukuk yaratma değil, var olan hukuku uygulamaktır. Kanun koyucu, TCK m. 260 ile bu konudaki tutumunu çok açık bir şekilde ortaya koymuştur.¹¹⁹ Anayasa’nın milletlerarası antlaşmalara ilişkin 90. maddesinden hareketle aksi yönde bir sonuca ulaşılamaz. Zira konu ile ilgili Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda kamu görevlilerine grev hakkı veren bir düzenleme yoktur. Antlaşmalarda yer almayan düzenlemeler mahkeme içtihatları ile antlaşmalara dâhil edilemez. Aksi, yani mahkemelerin hukuk yaratmadığı, yorum sınırları içerisinde kaldığı ileri sürülerek söz konu-

¹¹⁶ AIHS ile Anayasa çatışmasında AIHS’nin uygulanacağını ileri süren bazı yazarlar için bkz. GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 22; GÜLMEZ Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004, ss. 147-161, s. 155; SELÇUK Sami, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 25, S. 54, 1999, ss. 398-411, s. 410.

¹¹⁷ “İLO sözleşmeleri ile sendika kurma hakkı tanınmış fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmemiş, kuruluşların yasalara uymak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Bu suretle kamu görevlilerine sendikal haklar tanınmış ancak bu hakların nasıl kullanılacağı Sözleşmeyi imzalayan Devletlere bırakılmıştır. İç hukukumuzda da benzer düzenlemeler yapılmıştır. (...) Bu yasal düzenlemelerde Devlet memurları ile diğer kamu görevlilerine sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmış, ancak işi yavaşlatma veya terketme ya da grev hakkı tanınmamış, bu konularda yasal düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca 1475 sayılı İş Yasası ile işçinin özürsüz olarak işe gelmemesi, 2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası ile yasadışı grev, yaptırma bağlandığı halde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin istedikleri zaman alacakları bir kararla işi terkedebilecekleri ve halen yürürlükte bulunan TCY. nin 236. Maddesinin [5237 sayılı TCK m. 260] uygulanamayacağı ileri sürülemez”. YCGK, E. 2000/25, K. 2000/44, 07.03.2000, Lexpera.

¹¹⁸ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanununun ‘Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi’ başlıklı 18. maddesine göre, “kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamaz ve görevlerine son verilemez”.

¹¹⁹ TCK m. 260/2’nin bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı hakkında “TCK m. 260/2’nin Hukuki Niteliği” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

su antlaşmaların kamu görevlilerine grev hakkı verdiği kabul edilse dahi, kanaatimizce, sonuç yine değişmemektedir. Bu ihtimalde Anayasa ile söz konusu milletlerarası antlaşmalar arasında çatışma var demektir. Zira Anayasa m. 51’de sendika kurma hakkı hem kamu görevlilerine hem de işçilere verilmişken Anayasa m. 54’te grev hakkının yalnızca işçilere verilmesi, Anayasa koyucunun bilinçli olarak sustuğu ve kamu görevlilerine grev hakkı vermediği anlamına gelmektedir. Anayasa ile insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar arasındaki çatışmalarda Anayasa’nın uygulanması gerekir. Aksini kabul, Türkiye’nin egemenlik ve bağımsızlığı ile bağdaşmaz.¹²⁰ Anayasa Mahkemesi¹²¹ ve Danıştay¹²² da bu görüştedir.

III. KUSURLULUK

Fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilen ya da bilebilecek durumda olan fail, haksızlıktan kaçınabilecek imkân ve kabiliyete sahip olmasına rağmen haksızlığı gerçekleştirdiyse kusurludur.¹²³ CMK m. 223’e göre; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hali, geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, zorunluluk hali, cebirşiddet ve korkutma-tehdit, kusuru etkileyen nedenlerdir.

Cezasızlık sonucu doğuran bir nedeni, hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu kaldıran bir neden olarak niteleme arasında başta güvenlik tedbirleri, iştirak ve hata konuları olmak üzere hukuki sonuçları itibarıyla

¹²⁰ Aynı yönde bkz. TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 538. Anayasa’nın hiyerarşik olarak AIHS’de dâhil olmak üzere bütün milletlerarası antlaşmalardan üstün olduğu hakkında ayrıca bkz. GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)**, 30. Bası, Ekin, Bursa, 2021, s. 275-276; ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Yetkin, Ankara, 2016, s. 235; İBA Şeref, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 5.

¹²¹ “Anayasa’nın 90. maddesinde ‘usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir’ denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir.” AYM, E. 1996/3 - K. 1997/3, 22.5.1997, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr.

¹²² “Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin normlar hiyerarşimizde aynı konuyu düzenleyen kanun hükümlerinin üzerinde, ancak, Anayasa hükümlerinin altında yer alan normlar olarak işleme tabi tutulması gerekmekte olup, Anayasa hükümleri ile andlaşma hükümleri arasında çatışma olduğu takdirde, mahkemelerce andlaşma hükümlerinin ihmal edilip Anayasa hükümlerinin uygulanması Anayasal bir zorunluluktur” Danıştay İDDK, E. 2021/348, K. 2021/1994, 25.10.2021, Lexpera.

¹²³ ÖZGENÇ, 2023, s. 457.

önemli farklılıklar vardır.¹²⁴ Öğretide bizim de katıldığımız azınlık bir görüşe göre korunmak istenen hukuki değer, ihlal edilen hukuki değerden önemli ölçüde üstünse zorunluluk hali, cebir-şiddet ve korkutma-tehdit, hukuka uygunluk nedenidir.¹²⁵ Örneğin, ders yapmamaları için silahla tehdit edilen ve söylenileni yapmazlarsa öldürüleceği söylenen öğretmenlerin TCK m. 260'a göre cezalandırılmamalarının nedeni, kanaatimizce, kusurlu olmaları değil, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasıdır. Kusurluluğu kaldıran nedenlerde faile ceza verilmese de *-haksızlık varlığını devam ettirdiği için-* yine de failden beklenen, haksızlık teşkil eden fiilden kaçınmasıdır. *Somut olayda failin yerinde onu yargılayan hâkim dahi olsa faille aynı şekilde davranırdı* denebilen durumlarda faile bir haksızlığın isnat edilmesinin ise bizatihi kendisi haksızdır. Öğretmen örneğinde tehdit, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilirse öğretmenlerden beklenen, hayatları pahasına derse girmeleri olurdu. Örnekte, öğretmenlerin hayatlarının korunması ve derslerin yapılması seçenekleri arasında kalan hukukun derslerin yapılmasını tercih etmesi, hem mantıklı ve adil olanla hem de anayasa koyucunun ve kanun koyucunun iradesiyle çelişir. Anayasa koyucunun iradesiyle çelişir; zira Anayasa'nın "kişinin hakları ve ödevleri" başlıklı ikinci kısmında yer verilen ilk hak, yaşama hakkıdır ve yaşama hakkı, Anayasa m. 15'e göre olağanüstü hallerde özel olarak korunan çekirdek haklardan birisidir. Kanun koyucunun iradesiyle çelişir; zira kanun koyucu bir hukuki değeri ne kadar önemsiyorsa onu ihlal eden fiil için de o kadar cezayı uygun görür. Kanun koyucu öldürme fiilinin cezasını TCK m. 81'de müebbet, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun cezasını* ise TCK m. 260'ta üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlemiştir.

Kusurluluk konusunda *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* bakımından önem arz eden bir başka konu da, TCK m. 30/4'te düzenlenen *haksızlık hatasıdır*. "Hukuka Aykırılık" başlığı altında ele aldığımız üzere, kamu çalışanlarının iş bırakması, mahkeme içtihatlarına göre bazı durumlarda hukuka aykırı değildir. Bu gibi durumlarda kamu görevlileri toplu iş bırakmaları halinde davranışlarının hukuka uygun olduğuna inanabilir; başka bir ifadeyle haksızlık hatasına düşebilirler. Örnekleri çoğaltmak mümkündür; örneğin, istifa etme anında görevinin sona erdiğini düşünen kamu görevlisi de haksızlık hatası içerisindedir.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. İBA, s. 87 vd.

¹²⁵ KANGAL Zeynel Temel, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2010, s. 54.

Haksızlık hatası, 765 sayılı Kanun döneminde *ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz* kuralı dolayısıyla ceza sorumluluğunu etkileyen bir neden olarak kabul edilmemiştir.¹²⁶ Örneğin, Yargıtay bir kararında, “*öğretmen olan sanığın Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonunun almış olduğu karara uyarak, derse girmemesi eyleminin TCK’nun 236. maddesini ihlal ettiğini, maddede düzenlenen suçun genel kastla işlenen bir suç olduğunu, bu sebeple özel kasta ağırlık vererek beraat hükmü kurmanın yasaya aykırı olacağını*” belirtmiştir.¹²⁷ Ancak, *ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz* kuralının katı bir şekilde uygulanması, bilmemenin kaçınılmaz olduğu hallerde *kusur ilkesi* ile çelişmektedir.¹²⁸ 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay, adil olana hükmedebilmek için bazı durumlarda bu çelişkiyi kastın yapısına ilişkin mülahazalarla aşmaya çalışmıştır. Örneğin, Yargıtay bir kararında, ülke çapında düzenlenen boykota katılan müdür ve diğer iki öğretmenin direniş çağrısı üzerine derslere girmeyen öğretmenin yalnızlığı, çaresizliğini ve görevinin ilk yılında olmasını dikkate alarak suç işleme kastının olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹²⁹ Yargıtay’ın söz konusu kararını kastın yapısıyla uyumlu olmayan çaresizlik, yalnızlık gibi gerekçelere dayandırmasında, 765 sayılı Kanunun 236. maddesinde düzenlenen *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* kanuni tarifinde, *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilmemesinin etkisi de vardır. Zira, tipinde *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilen suçlar, *ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz* kuralının katılığının yumuşatıldığı suçlardır.¹³⁰ Tipinde hukuka aykırılık ifadesine yer verilen suçlarda -yukarıda “*manevi unsur*” başlığı altında detaylı olarak ele aldığımız üzere *hâkim görüşe göre*- davranışın hukuka aykırı olduğunu bilme kastın kapsamındadır. 765 sayılı Kanun döneminde *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* kanuni tarifinde hukuka aykırılık ifadesine yer verilmiş olsaydı; Yargıtay, bahse konu kararında ulaştığı kastın yokluğu sonucunu, failin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmemesi ile temellendirebilirdi.

¹²⁶ TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 387; ERMAN Sahir, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 509-536, s. 524.

¹²⁷ Y. 4 CD, K. 2230/3156, 01.04.1998, aktaran: SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2420.

¹²⁸ MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, 1998, ss. 371-394, s. 377.

¹²⁹ YCGK, K. 29/86, 08.03.1982, aktaran: SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2078.

¹³⁰ İBA, s. 179.

Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralına, 5237 sayılı TCK'da da (m. 4) yer verilmiştir; ancak 765 sayılı Kanundan farklı olarak 5237 sayılı Kanunun 30. maddesinin son fıkrasında haksızlık hatası düzenlenmiş ve hatanın kaçınılmaz olması halinde failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak 765 sayılı Kanunla 5237 sayılı Kanun arasındaki bir başka farklılık, 5237 sayılı TCK'da *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* kanuni tarifinde *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Tipinde *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilen suçlarda haksızlık bilincinin kastın kapsamına dâhil olduğunu ileri süren hâkim görüş esas alınırsa *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* haksızlık hatası kastı engeller ve bu suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için fiil suç teşkil etmez. Tipinde *hukuka aykırılık* ifadesine yer verilen suçlarda haksızlık bilincinin kastın kapsamında olmadığı kabul edilmesi halinde ise, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* davranışın hukuka aykırı olmadığı yönündeki inanış kastı engellemez. Bu ihtimalde TCK m. 30'a göre faillerin cezalandırılmamasının koşulu, hatanın kaçınılmaz olmasıdır. Hata kaçınılabilirse TCK m. 61 çerçevesinde ceza indirilebilir; zira kaçınılabilirliğin ölçüsü kusurun da ölçüsüdür; hatadan kaçınmak zorlaştıkça kusur azalır.¹³¹

IV. KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, gerçek ihmali suç olması dolayısıyla *sırf hareket suçudur*.¹³² Sırf hareket suçları icrai ya da ihmali nitelikte olabilir. İcrai nitelikteki sırf hareket suçlarında kural olarak teşebbüs mümkün olmasa da örneğin, tehdit ya da hakaret içeren mektubun muhatabına ulaşmamasında olduğu gibi davranışın bölünebildiği hallerde teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir.¹³³ Türk öğretisinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, ihmali nitelikteki sırf hareket suçlarına (yani gerçek ihmali suçlara) ise teşebbüs mümkün değildir.¹³⁴ İhmali davranış,

¹³¹ GÖKTÜRK, Neslihan, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 141.

¹³² Gerçek ihmali suçların sırf hareket suçu olduğu hakkında bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 394; YURTLU, s. 163.

¹³³ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 368; HAKERİ, 2023, s. 494.

¹³⁴ TOZMAN Önder, *Suçta Teşebbüs*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2015, s. 214; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 323; HAKERİ, s. 263 vd.

icrai davranışın aksine bölünemez; zira yapılması gereken yapılmadığında davranış artık tamamlanmış olmaktadır.¹³⁵ Bu yüzden, *görevin terki veya yapılmaması suçuna* teşebbüs mümkün değildir. Bu suça ilişkin öğretideki genel yaklaşım da bu yöndedir.¹³⁶

Nuhoğlu ve Özek/Erman'a göre ise, kamu görevinin terki veya yapılmaması suçuna teşebbüs mümkündür.¹³⁷ Kanaatimizce yazarların bu sonuca ulaşmalarının temel nedeni, suç tipindeki davranışların gerçekleştirilmesini suçun oluşması bakımından yeterli görmemeleridir; yazarlara göre suçun oluşabilmesi için kamu hizmetlerinde bir aksamanın ortaya çıkması gerekir.¹³⁸ Yazarlara göre faillerin görev yerlerini terk etmelerine rağmen güvenlik görevlileri tarafından engellenmeleri veya işi yavaşlatmalarına rağmen diğer kamu görevlilerinin daha fazla çalışması sonucu hizmette aksamanın ortaya çıkmaması örneklerinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.¹³⁹ Biz, “Fiil” başlığı altında detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunu* soyut tehlike suçu olarak nitelediğimiz ve bu suç tipinde yer verilen bütün seçimlik hareketlerin ihmali nitelikte olduğunu kabul ettiğimiz için bu görüşe katılmıyoruz.

B. İştirak

TCK m. 260'ta yer verilen davranışları toplu biçimde gerçekleştiren kamu görevlilerinin her biri faildir.¹⁴⁰ Öğretide bir görüşe göre¹⁴¹ bu suçu gerçekleştiren faillerden her biri müstakil fail iken diğer bir görüşe göre¹⁴² müşterek faildir. Faillerin fiilleri tek başına değil, ancak bir araya gelerek bu suça vücut verdiğinden ve ortada tek bir suç bulunduğundan bize göre de *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunu* işleyenler, müşterek faildirler.

Aksi yönde bkz. TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bası, Savaş, Ankara, 2021, s. 320; YURTLU, s. 319.

Bir görüşe göre ise ihmali suçların hiçbir türüne teşebbüs olmaz. ÖZGENÇ, 2023, s. 582; KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 437.

¹³⁵ TOZMAN, s. 214.

¹³⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1212; EREM, s. 1370; GÖZÜBÜYÜK, s. 877; GÖKCAN, 2008, s. 653; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4156.

¹³⁷ NUHOĞLU, s. 41; ÖZEK / ERMAN, s. 190.

¹³⁸ NUHOĞLU, s. 37; ÖZEK / ERMAN, s. 188.

¹³⁹ NUHOĞLU, s. 41; ÖZEK / ERMAN, s. 190.

¹⁴⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1213.

¹⁴¹ EREM, s. 404.

¹⁴² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1213.

TCK m. 40/2'ye göre, “özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”.¹⁴³ Bu düzenleme dolayısıyla kamu görevlisi sıfatı taşımayan kimseler *kamu görevinin terki veya yapılmaması* suçunda fail olamazlar. Bu kişiler katkılarının mahiyeti ne olursa olsun; ancak şerik olarak sorumlu tutulabilirler.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu özgü suç olduğu için dolaylı faillik kurumu bakımından özellik arz eder. Örneğin, kamu görevlisi olmayan dört kişi¹⁴⁴ kamu binasının önünde silahla bekler ve dört kamu görevlisini boykot yapmaları hususunda tehdit ederek amaçlarında başarılı olurlarsa *kamu görevinin terki veya yapılmaması* suçunun dolaylı failleri olarak sorumlu tutulabilirler mi? Bu sorun, biri gerçek ihmali suçlarda dolaylı faillikten söz edilip edilemeyeceği, diğeri özgü suçlarda özgü fail niteliğini haiz olmayan arka plandaki kişilerin dolaylı fail olup olamayacakları şeklinde iki alt sorun içermektedir. İkinci alt sorun birincisine bağlıdır. Çünkü, gerçek ihmali suçlarda dolaylı faillikten söz edilemiyorsa, mantık kuralları gereği, gerçek ihmali suçların daha özel bir hali olan gerçek ihmali nitelikteki özgü suçlarda da dolaylı faillikten söz edilemez.¹⁴⁵

Öğretide bir görüşe göre gerçek ihmali suçlarda aradaki kişinin davranışı bir suçu işlemeye vasıta kılınmaz; bu yüzden bu tür suçlarda dolaylı faillik mümkün olmaz.¹⁴⁶ Bizim de katıldığımız diğeri bir görüşe göre bu tür suçlarda dolaylı faillik kurumunun uygulanmasını engelleyen bir durum

¹⁴³ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 350; TOROSLU / TOROSLU, s. 355-356; AYDIN Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2009, s. 273.

¹⁴⁴ Aynı örneğin tek failli versiyonu, bu örneğe ilişkin değerlendirmenin sonunda ele alınacaktır.

¹⁴⁵ Gerçek ihmali suçların ekseriyeti, özel yükümlülük içeren suçlar olduğu için bu tür suçların, kural olarak, özgü suç niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu kuralın istisnaları da vardır. Örneğin, TCK m. 98'de yer verilen *yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçu* ile TCK m. 278'de yer verilen *suçu bildirmeme suçu*, genel yükümlülük getiren suçlardır; bu suçların faili herkes olabilir. Söz konusu suçların failinin herkes olabileceği hususunda bkz. ARTUK Mehmet Emin / ALŞAHİN Mehmet Emin, “Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 1, ss. 3-38, s. 10; ERDEM Mustafa Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80, 2009, ss. 105-120, s. 108.

¹⁴⁶ ŞAHİN Meral Ekici, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 109-110, 2013, ss. 7-25, s. 8; ÖZGENÇ İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, 1. Bası, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996, s. 254; YILMAZ Zahit, *İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2022, s. 281.

yoktur.¹⁴⁷ Zira negatif yükümlülük altındaki bir kimsenin yükümlülüğünü ihlalde vasıta kılınması ne kadar mümkünse, pozitif yükümlülük altındaki bir kimsenin yükümlülüğünü ihlalde vasıta kılınması da o kadar mümkündür. Ancak bu değerlendirmemiz, *yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal* (TCK m. 98) ve *suçu bildirmeme* (TCK m. 278) suçlarında olduğu gibi herkes tarafından işlenebilen gerçek ihmali suçlarla sınırlıdır. Gerçek ihmali suçların ekseriyeti özel yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilen özgü suçlardır. *Kamu hizmetinin terki veya yapılmaması* suçu böyle bir suçtur. Özgü suçlarda, özel faillik niteliğine sahip olmayan kişinin dolaylı fail olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu ihtimalde arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir.¹⁴⁸ İkinci görüşe göre, özel faillik niteliğine sahip olmayan kimse dolaylı fail olamaz; bu kişi koşulları gerçekleşmişse ancak şerik olarak sorumlu olabilir.¹⁴⁹ Üçüncü bir görüşe göre ise, tehdit veya cebir suretiyle aradaki kişiye suç işletilmişse TCK m. 28 gereği, arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir; tehdit ve cebire başvurma dışındaki ihtimallerde, örneğin hataya düşürmede, arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulamaz.¹⁵⁰

Bize göre de özgü suçlarda özel faillik niteliğine sahip olmayan kimse dolaylı fail olamaz. Zira TCK m. 40/2'ye göre, özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini haiz kişi fail olabilir. Bu suçları doğrudan faille birlikte işleyen kimse dahi fail olamıyor, azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabiliyorsa; özel faillik niteliğini taşımayan kişiyi dolaylı fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu yüzden yukarıdaki örnekte ellerindeki silahlarla kamu görevlilerinin görev yerlerine girmesine engel olan kişilerin her biri, *kamu görevinin terki veya yapılmaması* suçunda dolaylı fail olarak değil, azmettiren olarak sorumlu tutulabilir.¹⁵¹ Bu çözüm, elinde silahla bek-

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. ÖZYÜKSEL Özgün, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 273.

¹⁴⁸ ÖZYÜKSEL, s. 268-269; YILMAZ, s. 279; AYDIN, s. 275-276.

¹⁴⁹ Özgenç, 1996, s. 231; KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, **Özgü Suç**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 306-307; KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 475; AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, ss. 167-214, s. 198.

¹⁵⁰ ÖNOK R. Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 245-249.

¹⁵¹ TCK ile uyumlu olduğu için bize makul gelen bu görüşün, aradaki kişinin kastı engelleyen hataya düşürüldüğü durumlarda cezalandırma boşluklarına sebebiyet verdiğini belirtmemiz gerekir. Bu ihtimalde özgü fail niteliğine sahip olmayan arkadaki kişi dolaylı fail olmadığı gibi, aradaki kişi kasten hareket etmediğinden bağlılık kuralı (TCK m. 40/1) gereği arkadaki kişi şerik olarak da sorumlu olmamaktadır.

leyen tek bir kişi olması ihtimali bakımında da tatmin edicidir. Özgü suçlarda dolaylı failliğin mümkün olduğunu kabul eden görüşü savunan yazarların bu ihtimalde, *çok failli suçlarda tek bir kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı* şeklinde başka bir teorik problemi daha çözümlenmeleri gerekir. Söz konusu yazarların eserlerinde bu konuyla alakalı bir değerlendirmeye rastlamadık.

765 sayılı TCK m. 236/3'te suça iştirakle ilgili olarak *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* özel bir düzenlemeye yer verilmişti. Bu düzenlemeye göre suç, dernek veya mesleki kuruluşlar yöneticilerinin almış olduğu kararlar veyahut yayınladıkları bildirimler üzerine işlenmişse söz konusu yöneticiler de fail olarak sorumlu tutulmaktaydı. 5237 sayılı TCK m. 260'ta benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK'ya göre, kamu görevlilerini TCK m. 260'taki davranışları gerçekleştirmeye yönlendirenler, azmettiren olarak sorumlu olacaklardır. İş bırakma çağrısına kamu görevlilerinin uymaması halinde ise hukukumuzda akim kalmış azmettirme cezalandırılmadığından çağrıyı yapanlar *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçundan* azmettiren olarak sorumlu olmayacak, koşulları gerçekleşmişse, *suç işlemeye tahrik suçundan* (TCK m. 214) sorumlu olacaklardır. *Suç işlemeye tahrik suçunun* cezası (TCK m. 214), 6 aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* işlenmiş olsa azmettiren olarak çağrı yapan kimse üç aydan bir yıla kadar hapis cezası alacakken, çağrının başarısız olması halinde daha ağır bir cezayla karşı karşıya kalmaktadır. Bu, *suç işlemeye tahrik suçunu düzenleyen* TCK m. 214'ün temel sorunlarından birisidir.¹⁵² Alman Ceza Kanunu m. 111'e göre, suç işlemeye tahrik suçunun cezası, tahrik edilen suçun cezasının üst sınırından fazla olamaz.¹⁵³ Benzer bir düzenlemeye kanunumuzda yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

C. İçtima

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun seçimlik hareketli, gerçek ihmali, mütemedi ve soyut tehlike suçu niteliğinde olması, bu suçun içtima kurumu bakımından da özellik arz etmesine sebep olmaktadır.

¹⁵² YAŞAR Ercan, "Suç İşlemeye Tahrik Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 1, 2022, ss. 99-128, s. 100.

¹⁵³ YENİSEY Feridun / PLAGEMANN Gottfried, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 205.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, seçimlik hareketli ve mütemadi nitelikte bir suç olduğu için örneğin, önce yavaşlatma, sonra terk, ertesi gün gelmeme, bir sonraki gün gelip işi kısmen yapmama gibi farklı seçimlik hareketler gerçekleştirilmiş olsa dahi tek bir suç vardır.¹⁵⁴ Davranışların çokluğu ve süresi, suçun ve dolayısıyla haksızlığın tekliği üzerinde değil, yoğunluğu üzerinde etkili olmaktadır.

Bu suçun mağdurunun gerçek kişiler olduğu kabul edilirse; TCK m. 260'ta yer verilen davranışların gerçekleşmesi sonucu birden fazla gerçek kişinin mağdur olması halinde aynı neviden fikri ıçtima kurumu uygulama alanı bulur. Ancak bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre bu suçun mağduru kamu idaresidir (toplumdur); bu suçta hakları ihlal edilen gerçek ya da tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilirler. TCK m. 43/1'e göre mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Bu yüzden, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* aynı neviden fikri ıçtima kurumundan (TCK m. 43/2) söz edilemeyecekse de zincirleme suç hükümleri (TCK m. 43/1) uygulanabilir. Örneğin, dört kamu görevlisi X tarihinde gerçekleşen bir olay dolayısıyla her hafta söz konusu olayın gerçekleştiği güne ve saate tekabül eden zaman diliminde işi terk etme kararı almış ve bu kararı en az iki kez uygulamışlarsa haklarında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere mağduru gerçek kişi olmadığı için *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* aynı neviden fikri ıçtima hükümleri uygulanamaz. Fikri ıçtımının bir diğer türü farklı neviden fikri ıçtima dır. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu*, gerçek ihmali bir suç olduğu için farklı neviden fikri ıçtima konusunda üç farklı ihtimale göre değerlendirme yapmak gerekir:

- (1) *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile icrai suçlar arasında fikri ıçtima ilişkisi,
- (2) *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile gerçek ihmali suçlar arasında fikri ıçtima ilişkisi,
- (3) *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile görünüşte ihmali suçlar arasında fikri ıçtima ilişkisi.

¹⁵⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1212.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu ile icrai suçlar arasında fikri içtima ilişkisi olmayacağı kanaatindeyiz. Zira, fikri içtimadan söz edilebilmesi için tek bir fiil ile birden fazla suçun işlenmesi gerekir. Aksi görüş¹⁵⁵ mevcut olmakla birlikte biz ihmal ve icranın iki farklı davranışa karşılık geldiği, bu yüzden tek fiilden söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.¹⁵⁶

İkinci ihtimal, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile gerçek ihmali suçlar arasındaki içtima ilişkidir. Bu bağlamda *ihmali davranışla görevin kötüye kullanılması suçu* (TCK m. 257/2) ile diğer gerçek ihmali suçları birbirlerinden ayırmak gerekir. Zira TCK m. 257/2'de “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” şeklinde içtima sorununu çözümlleyen özel bir ifadeye yer verilmiştir. Bu ifade dolayısıyla *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* unsurları oluşmuşsa, *ihmali davranışla görevin kötüye kullanılması suçu* (TCK m. 257/2) oluşmaz.¹⁵⁷ Bu iki suç tipini düzenleyen normlar arasında asli-tali norm ilişkisi vardır. Diğer gerçek ihmali suçlarla *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* içtima ilişkisine girebilir ve farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulabilir. Ancak bunun olabilmesi için aynı icrai davranışlara karşılık gelen yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir; yükümlülük farklı icrai davranışlara karşılık geliyorsa farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanamaz.¹⁵⁸ Örneğin, sendikasının çağrısı üzerine iş bırakan ve iş yerinde bulunmaya devam eden hekim müdahale etmediği çocuk hastanın bir suça maruz kaldığını anlamasına rağmen ayrıca suçu bildirmemişse pasif kalmak suretiyle, müdahale etme ve suçu bildirme şeklindeki icrai davranışları gerçekleştirilmemiştir. Müdahale etme ve suçu bildirme iki farklı icrai davranış olduğundan bu örnekte *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile *sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu* (TCK m. 280) arasında farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmaz.

Fikri içtima konusunda ele alınması gereken üçüncü ve son ihtimal, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile görünüşte ihmal suçlar arasındaki içtima ilişkisidir. Örneğin, politik amaçla yapılan iş bırakma eylemine iş yerinden katılan doktor, gözünün önünde nefes borusuna bir cisim kaçtığı

¹⁵⁵ Aksi yönde bkz. HAKERİ, s. 304.

¹⁵⁶ Aynı yönde bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, 2023, s. 560.

¹⁵⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1212.

¹⁵⁸ GÖKTÜRK Neslihan, **Fikri İçtima (Suçların İçtimalı)**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2013, s. 217-218; HAKERİ, s. 301.

için boğulmakta olan hastaya müdahale etmez ve hasta hayatını kaybederse, diğer koşulları da oluşmuşsa, hem *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu*nu hem de *ihmali davranışla kasten adam öldürme suçu*nu (TCK m. 83) işlemiş olur. İctima hükümleri bakımından bu örnekte açıklığa kavuşturulması gereken iki sorunlu husus vardır:

- (1) *İhmali davranışla kasten adam öldürme suçu*, ani hareketli bir suç iken *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* mütemadi bir suçtur. Mütemadi bir suç ile ani bir suç içtima ilişkisi içerisine girebilir mi? Bu konu öğretilerde tartışmalıdır.¹⁵⁹
- (2) Gerçek ihmali bir suç ile görünüşte ihmali bir suç içtima ilişkisi içerisine girebilir mi? Bu konu da öğretilerde tartışmalıdır.¹⁶⁰

Birçok durumda, mütemadi bir suç ile ani bir suç içtima ilişkisi içerisine giremez. Örneğin, *konut dokunulmazlığını ihlal suçu* mütemadi bir suç iken *kasten insan yaralama* ve *kasten insan öldürme* suçları ani hareketli suçlardır. Konutta öldürme ya da yaralama suçlarının işlenmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanır. Aynı durum hürriyetinden yoksun bırakılan kişiye hakaret edilmesi, ya da ruhsatsız taşınan bir silahla bir kimsenin yaralanması örnekleri için de geçerlidir. Ancak, örneklerde dikkat edilecek olursa söz konusu davranışlar zamansal olarak kesişse de farklı davranışlardır; konuttan çıkmama ile öldürme ya da yaralama; hürriyetten yoksun bırakma ile hakaret, ruhsatsız silah taşımayla yaralama davranışları birbirlerinden farklıdır. Keza, konut dokunulmazlığını ihlal örneği ile ruhsatsız silah taşıma örneklerinde konular da farklıdır. Bu yüzden esasen mütemadi suç ile ani suç arasında içtima ilişkisinin olmamasının nedeni, söz konusu suçların mütemadi ve ani nitelikte olmaları değil, *aynı fiil* ve *aynı konu* koşullarının sağlanamıyor olmasıdır. Yukarıda verdiğimiz boğaza cisim kaçması örneğinde mütemadi bir suç olan *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu* ile ani bir suç olan *ihmali davranışla kasten adam öldürme suçu* hem zamansal olarak hem de aynı yükümlülüğün (hastaya müdahale etme görevini yapma) ihlali bağlamında kesişmektedir. Bu yüzden birinin mütemadi diğerinin ani suç niteliğinde olması aralarında içtima ilişkisi kurulmasını engellemektedir. Bu iki suç tipi arasında içtima ilişkisi olup olmadığı hususunda esas belirleyici olan, gerçek ihmali bir suç ile görünüşte ihmali bir suçun içtima ilişkisi içerisine girip giremeyeceği meselesidir.

¹⁵⁹ Tartışmalar hakkında bkz. GÖKTÜRK, 2013, s. 228-231.

¹⁶⁰ Tartışmalar hakkında bkz. GÖKTÜRK, 2013, s. 220-226.

Öğretide hâkim görüşe göre, “gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar içtima ilişkisine giremez”.¹⁶¹ Bu önerme, bütün gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar arasındaki içtima ilişkilerinde geçerli olacak genel bir ilke ortaya koysa da öğretide bu konuya ilişkin çalışmalarda söz konusu olasılık, *yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçu* ile *ihmali davranışla kasten öldürme suçu*na indirgenmektedir.¹⁶² Bu iki suç tipi mevzu bahis olduğunda suçun konusu aynı olduğundan ve aynı hukuki değer basamaklı olarak korunduğundan bizce de iki suç tipi arasında görünüşte içtima vardır. Ancak görünüşte ihmali suçlarla gerçek ihmali suçlar arasındaki içtima ilişkisi, *yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçu* ile *ihmali davranışla kasten öldürme suçu* arasındaki içtima ilişkisinden farklı şekillerde de ortaya çıkabilir. Nitekim boğaza cisim kaçması örneğinde böyle bir durum vardır. *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* mağduru, kamu idaresidir (toplumdur). *İhmali davranışla kasten öldürme suçunun* mağduru ise gerçek kişidir. Bu iki suç tipi arasında geçitli bir tehlike ve zarar ilişkisi de yoktur; zira iki suçta korunan hukuki değerler farklıdır: *Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda* korunan hukuki değer, kamu hizmetlerin sürekliliği ve düzenidir. *İhmali davranışla kasten öldürme suçunda* korunan hukuki değer ise yaşama hakkıdır. Sonuç olarak, kanaatimizce, bu örnekte farklı neviden fikri içtima hükümleri gereği, fail ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu olmalıdır.

V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu re’sen soruşturulan bir suçtur. Bu suçun failleri kamu görevlisi olmakla birlikte, haklarında, 4483 sayılı *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun* hükümleri kapsamında soruşturma ve kovuşturma izni alınması gerekmez. Çünkü *kamu görevin terki veya yapılmaması suçu*na vücut veren davranışlar görev sebebiyle gerçekleştirilen davranışlar değildir; bilakis bu suçta görevin yerine getirilmemesi söz konusudur.¹⁶³

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun yaptırımı, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Bu suçta görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 8-12 gereği, asliye ceza mahkemesidir.

¹⁶¹ GÖKTÜRK, 2013, s. 220; HAKERİ, s. 301.

¹⁶² GÖKTÜRK, 2013, s. 220 vd.; HAKERİ, s. 301.

¹⁶³ GERÇEKER, s. 2375; GÖKCAN, 2008, s. 654; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4157.

Suçun cezası 1 yıldan fazla olmadığı için seçenek yaptırımlara (TCK m. 50), hapis cezasının ertelenmesine (TCK m. 51), kamu davasının açılmasının ertelenmesine (CMK m. 171), hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (CMK m. 231) ve basit yargılama usulüne (CMK m. 251) ilişkin hükümler uygulanabilir.

Bu suç, şikâyete tabi olmadığı ve CMK m. 253/1-b'de yer verilen katalog suçlar arasında yer almadığı için uzlaştırma kapsamında değildir. Keza bu suç, öngörülen hapis cezasının üst sınırı 6 aydan fazla olduğu ve TCK m. 75/6'da yer verilen katalog suçlar arasında yer almadığı için önödeme kapsamında da değildir.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunda dava zamanaşımı süresi, TCK m. 66/e'ye göre suçun cezası beş yıldan fazla olmadığı için 8 yıldır.

SONUÇ

İcrai suçlara nazaran ihmali, tek hareketli suçlara nazaran çok hareketli, herkes tarafından işlenen suçlara nazaran özgü failli, ani suçlara nazaran mütemadi ve neticeli suçlara nazaran tehlike suçları; suç teorisinde özellik arz eden, tartışmaların yoğun olduğu suç kategorileridir.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun (TCK m. 260), özgü ve seçimlik hareketli bir tehlike suçu olduğu hususunda öğretide herhangi bir tartışma yoktur. Ancak, bu suçun belli seçimlik hareketleri bakımından ihmali suç mu yoksa icrai suç mu olduğu, soyut tehlike suçu mu yoksa somut tehlike suçu mu olduğu, ani suç mu yoksa mütemadi suç mu olduğu öğretide tartışmalıdır. Keza *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* mağdurunun toplum mu yoksa hizmetten yararlanan kişiler mi olduğu hususu da öğretide tartışmalıdır.

Biz, yukarıda detaylı olarak gerekçelerini ortaya koyduğumuz üzere, *kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun* gerçek ihmali, mütemadi, mağduru toplum olan, soyut bir tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunu düzenleyen TCK m. 260'ın ikinci fıkrasına göre, kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal haklarıyla ilgili olan, kamusal hizmetlerde aksamaya sebebiyet vermeyecek şekilde geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları; cezada indirim ya da cezasızlık nedenidir. Bu düzenleme, öğretide bir görüşe göre nitelikli bir hal iken bir başka görüşe göre cezanın indirildiği durumlarda nitelikli hal, ceza

verilmeyen durumlarda ise özel bir hukuka uygunluk nedenidir. Yukarıda yer verilen üç koşul, hem cezasızlık hem de cezada indirim nedeni olduğuna göre düzenlemeyi ikili bir ayırım yapmak suretiyle ele alan görüş yerinde değildir. Zira *hukuka aykırılık* kavramı, niteliksel bir kavramdır. TCK m. 260/2, bir hukuka uygunluk nedenini düzenliyor olsaydı söz konusu üç koşulun gerçekleştiği her durumda davranış hukuka uygun olurdu. O halde düzenleme nitelikle değil, nicelikle ilgilidir. Yukarıda yer verilen koşulların somut olayda gerçekleşme biçimi haksızlığın niceliğinde azalmaya sebebiyet vermekte, haksızlığın niceliği azaldıkça cezanın miktarı azalmakta, haksızlık cezalandırmayı gerektirmeyecek ölçüde azaldığında faile ceza verilmemektedir. Dikkat edilmesi gereken, cezalandırmayı gerektirmeyecek ölçüde azalmış olsa da faile ceza verilmeyen durumlarda da bir haksızlığın hala mevcut olmasıdır. Bu yüzden bazı durumlarda kamu görevlilerinin toplu olarak iş bırakmasını meşru gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları yerinde değildir. Anayasa m. 90'dan hareketle aksi bir görüşün de ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz; zira Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda kamu görevlilerine TCK m. 260/1'de yer verilen davranışları gerçekleştirme hakkı tanıyan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yorum yoluyla söz konusu milletlerarası antlaşma hükümlerinin kapsamının genişletilmesi ve kamu görevlilerine böyle bir hakkın verildiğinin ileri sürülmesi halinde de sonucun değişmemektedir. 1982 Anayasası'nda işçilere grev hakkı verilmişken kamu görevlilerinin grev hakkından söz edilmemiştir; kanaatimizce anayasa koyucu bu hususta bilinçli olarak susmuş ve kamu görevlilerine grev hakkı tanımamıştır. Anlaşılacağı üzere, yorum yoluyla milletlerarası antlaşma hükümlerinin kapsamı kamu görevlilerine grev hakkı tanındığı yönünde genişletilirse Anayasa ile söz konusu milletlerarası antlaşma hükümleri arasında çatışma olmaktadır. Anayasa m. 90, milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışma sorununu düzenlemektedir. Anayasa ile milletlerarası antlaşmalar arasındaki çatışmaları çözümlenmeye özgülenmiş bir düzenleme Anayasa'da yer almaktadır. Anayasa ile milletlerarası antlaşma hükümlerinin çatışması halinde, milletlerarası antlaşma hükümlerine üstünlük tanınması Türkiye'nin egemenliği ve bağımsızlığı ile bağdaşmaz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT Berrin, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, ss. 167-214.
- ARTUK Mehmet Emin / ALŞAHİN Mehmet Emin, “Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1, 2012, ss. 3-38.
- AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2009.
- AYDIN Hüseyin, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, 2010, ss. 109-129.
- BAYRAKTAR Köksal, KANGAL Zeynel T, / ZAFER Hamide / AKYÜREK Güçlü / EVİK Ali Hakan / ALTUNÇ Sinan / EROĞLU Fulya / EVİK Sonay / YILDIZ Ali Kemal / AKSOY RETORNAZ Eylem / BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah / MEMİŞ KARTAL Pınar / AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, **Özel Ceza Hukuku Cilt IX-Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı Suçlar**, 1. Bası, On İki levha, İstanbul, 2021.
- BEYOĞLU Cem Ümit, “AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 135, 2018, ss. 77-118.
- ÇAKMUT Özlem Yenerer, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m.97)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 65, S. 2, 2007, ss. 49-76.
- ÇETİN Erol, **Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Personelinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları**, 1. Bası, Eda Matbaacılık, Ankara, 2000.
- DÖNMEZ Burcu Demren, “Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisi. Kavramı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 94, 2011, ss. 95-130.
- DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım- Cilt 2**, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1992.
- ERDEM Mustafa Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 80, 2009, ss. 105-120.
- EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt III**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 1985.
- ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, 1. Bası, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1992.
- ERMAN Sahir, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 509-536.
- EVLİYAĞLU Erkal, **Memurlarla İlgili Suçlar**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2001.
- GERÇEKER Hasan, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu- Cilt 2 (141-345)**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.
- GÖKCAN Hasan Tahsin, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 2, 2015, ss. 147-160.

- GÖKCAN Hasan Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK m. 247-266)**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2008.
- GÖKTÜRK Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, ss. 407-450.
- GÖKTÜRK Neslihan, **Fikri İctima (Suçların İctimanı)**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2013.
- GÖKTÜRK Neslihan, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)**, 30. Bası, Ekin, Bursa, 2021.
- GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku- Genel Esaslar Cilt I**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- GÜLMEZ Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004, ss. 147-161.
- GÜLMEZ Mesut, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, 1. Bası, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1996.
- GÜNEŞ Okuyucu Ergün, **Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu**, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI Zeki / EŞİTLİ Ezgi Aygün, **Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, 1. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2014.
- HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2021.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, **Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni)**, 2. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 29. Bası, Adalet, Ankara, 2024.
- HAKERİ Hakan, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2003.
- İBA Hasan, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- İBA Şeref, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- İÇEL Kayıhan / SOKULLU AKINCI Füsun / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener, **Suç Teorisi (2. Kitap)**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000.
- KANGAL Zeynel Temel, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, ss. 221-277.

- KANGAL Zeynel Temel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2010.
- KATOĞLU Tuğrul, **Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç)**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.
- KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, **Özgü Suç**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2018.
- KUNTER Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, 1. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, 1998, ss. 371-394.
- MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Cilt 1**, 1. Bası, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2007.
- MERAKLI Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2024.
- MERAN Necati, **Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2013.
- NUHOĞLU Ayşe, “Görevin Yavaşlatılması, Terk’i Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 58, S. 1-2, 2000, ss. 15-51.
- ÖNOK R. Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müsterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / MERAKLI Serkan / BACAKSIZ Pınar / BAŞBÜYÜK İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Yetkin, Ankara, 2016.
- ÖZGENÇ İzzet, “Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1994, ss. 329-348.
- ÖZGENÇ İzzet, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, 1. Bası, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- ÖZYÜKSEL Özgün, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2010.

- SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu Yorumu (2. Cilt)**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 1995.
- SAYIN Kemal Efe / GÜMÜŞ Canberk, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2023, ss. 567-622.
- SELÇUK Sami, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 25, S. 54, 1999, ss. 398-411.
- SERTTAŞ Seher, **Türk İdare Hukukunda İstifa**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- SEVUK Handan Yokuş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2023.
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.
- ŞAHİN Meral Ekici, “Dolaylı Faillige İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 109-110, 2013, ss. 7-25.
- TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949.
- TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 21. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bası, Savaş, Ankara, 2021.
- TOZMAN Önder, **Suçta Teşebbüs**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2015.
- TUNÇ Kübra, **Ceza Hukukunda Kastı Engellenen Hata**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2020.
- TÜRAY Aras, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2017, ss. 355-377.
- ÜNAL Osman Gazi, **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- ÜNVER Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2003.
- YALÇIN SANCAR Türkan, **Çok Failli Suçlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 1998.
- YAŞAR Ercan, “Suç İşlemeye Tahrik Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 28, S. 1, 2022, ss. 99-128.
- YENİSEY Feridun / PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- YILMAZ Zahit, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2022.
- YURTLU Fatih, **İhmali Suçlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.

MODERNLEŞME DÖNEMİ ÖNCESİNDE OSMANLI FETVA ÖRNEKLERİNDE FELAKET, AFET VE KAZALARIN SORUMLULUK KAVRAMINA ETKİSİ: VEDİA, ARIYET, İCÂRE VE İTLAF^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gül KARAGÖZ^(**)

Öz: Bu makalenin amacı, Osmanlı İmparatorluğu'nda modernleşme dönemi (19. yüzyıl) öncesinde bazı fetva örnekleri üzerinden, doğal sebepler nedeniyle veya insan eliyle meydana gelmiş felaketlerin ve kazaların hukukî sorumluluğu ne şekilde etkilendiğini tartışmaktır. Osmanlı İmparatorluğu'nda uygulanan şer'î hukuka göre,

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 09.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 05.12.2024.

Bu makaleyi yazma fikrinin ortaya çıkmasına olanak hazırlayan iki kuruma, 2023-2024 yılı için doktora sonrası araştırma bursu aldığım Türkiye Fulbright Komisyonu'na ve beni araştırmacı olarak kabul eden Harvard Hukuk Okulu İslam Hukuku Programı'na/The Program in Islamic Law (ve ona bağlı SHARIASource Laboratuvarı'na) teşekkür ederim. Makalenin konusuyla ilgili fetvaları, bu süreçte takip edebildiğim, Prof. Dr. Cemal Kafadar tarafından verilen "HIST 2884 Topics in Ottoman Social and Cultural History" Semineri için hazırlanmış bir çalışma kapsamında incelemeye başladım. Bu araştırma sürecinde elde edilen bazı sonuçların ham hali 3-4 Mayıs 2024 tarihinde Binghamton Üniversitesi Tarih Bölümü tarafından düzenlenen Great Lakes Ottoman Workshop (GLOW) çalıştayında "How to deal with 'Force Majeure'? The Disasters, Liability, and Fault in Ottoman Fetva" başlığı ile sunulmuştur. Sunum fetva mecmualarının felaket ve kazaları ne şekilde yansıttığı sorusuna odaklanırken makalede sorumluluk, itlaf ve tazminat konuları ön plana çıkarılmıştır.

Makalenin hazırlık sürecinde bazı fetva mecmualarının orijinal nüshasından bazı mecmuaların ise basılı çeviriyazısından yararlanılmıştır. Çeviriyazısı bizzat yapılan metinlerin orijinal hallerine büyük ölçüde sadık kalınmıştır. Yayımlanmış veya tez olarak hazırlanmış çeviriyazı metinlerdeki bazı kelimeler, makalenin kendi içindeki bütünlüğüne uymak için, belli şekilde tekrar düzenlenmiştir. (Örnek: edip>idüb) Uzun sesler şapka ile gösterilmiş, *ayın* harfi ters kesme işareti ile belirtilmiştir.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: fgkaragoz@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3389-4752>.

sorumluluk kavramının dinî, ahlakî ve hukukî boyutu mevcuttur. Fetvalar bu üçlü yapıyı gösteren, hukukî soruları somut örnekler üzerinden cevaplayan metinlerdir. Bu makalede felaket ve kaza niteliğindeki olayların iki etkisi değerlendirilmiştir. Bunlardan ilki sözleşmelerden doğan sorumluluktur ve vedia, ariyet ve icâre akitleriyle sınırlı tutulmuştur. İkincisi ise bir tür haksız fiil sayılabilecek itlaftan kaynaklanan sorumluluktur. Makalede incelenen fetva mecmualarında görüldüğü kadarıyla bu tip olayların karşısında sorumluluk hakkında birkaç unsur dikkate alınmaktadır. Bunlardan ilki bireyin sözleşmenin kurallarına uyup uymadığı, ikincisi değişime yol açan olayın kontrol edilebilir, önüne geçilebilir nitelikte olup olmadığıdır. Son olarak, itlafa yol açan veya zarar veren fiile bağlı olarak sorumluluk değişebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Fetva, Felaket, Kaza, Osmanlı İmparatorluğu, Sorumluluk.

THE IMPACT OF DISASTERS, CATASTROPHES, AND ACCIDENTS TO THE CONCEPT OF RESPONSIBILITY BEFORE THE MODERNISATION PERIOD IN THE OTTOMAN FATWA EXAMPLES: THE CASE OF CUSTODY, LOAN RENT AND DESTRUCTION

Abstract: The aim of this article is to discuss the impact of the natural or human-made disasters and accidents to legal responsibility in the *fatwa* literature before the 19th-century modernization in the Ottoman Empire. The concept of legal responsibility was intertwined with moral and religious responsibility due to the nature of shariatic law applied in the Ottoman Empire. The *fatwas* were the texts in which this three-body structure of the responsibility could be seen, and the legal problems were answered by concrete examples. In this study, the impact of events such as “disaster” or “accident” were treated in two subjects. First one is the contractual responsibility which was limited in the article with deposit, loan and rent contracts. Second one is the responsibility from irreversible damage, or destruction, that was accepted as a type of tort. This article mainly argues that some elements came forward in *fatwa* collections about responsibility. First, a person was expected to demonstrate a proper conduct in a contractual relationship. Secondly it was questioned if the event that led to transformation was predictable or controllable. Lastly, the responsibility might transform according to the act that led to the destruction or damage.

Keywords: *Fatwa* (Shariatic Opinion), Disaster, Accident, Ottoman Empire, Responsibility.

GİRİŞ

Bu makalenin amacı, Osmanlı İmparatorluğu'nda modernleşme döneminin öncesinde, fetva literatüründen örnekler ışığında doğal sebeplerle veya insan eliyle gerçekleşmiş felaketlerin ve kazaların sorumluluk kavramına etkisini tartışmaktır. Dönem bakımından modernleşme öncesiyle sınırlandırılan bu çalışmanın, Osmanlı İmparatorluğu'nun yönettiği coğrafya, fetva literatürünün zenginliği ve sorumluluk kavramının genişliği gibi unsurlar dikkate alınacak olursa içerik açısından da sınırlandırılmasının gerektiği açıktır. Biraz anakronik bir yaklaşımla, günümüz hukukunda “kamu hukuku” kapsamına giren ceza, vergi, idare gibi alanlar makale kapsamında değerlendirilmemiş; ancak “özel hukuk” kapsamında değerlendirilebilecek iki temel konu makalede dikkate alınmıştır. Bunlar sözleşmelerden doğan borç ve haksız fiildir. Ancak fetva mecmualarında yer alan sözleşmelerin tamamının tek bir makalede tartışılması mümkün değildir. Bu nedenle de makalede üç sözleşme tipi, *vedia*, *ariyet* ve *icâre* değerlendirilmiştir. İkinci olarak, mecmualarda *Kitabu'l-Gasb* başlığı altında derlenen itlafa, özellikle de yangının yol açtığı itlafa dair fetvalar dikkate alınmıştır.

Makalede modern dönem öncesinin seçilmesinin gerekçesi, Osmanlı hukukunun Avrupa hukukunun etkisine girmediği, dolayısıyla “mücbir sebep” veya “beklenmeyen hal”¹ gibi terimlerin hukuk diline tam olarak yerleşmediği bir dönemde, fetvaları kaleme alan şeyhülislamın (veya fetvaları derleyen ulemanın) sorumluluk kavramını ne şekilde algılayıp değerlendirdiğini tartışabilmektir. Osmanlı İmparatorluğu'nun modernleşme öncesi döneminde derlenmiş fetva mecmualarında, günümüz hukukunda mücbir sebep kabul edilebilecek olayların etkisi değerlendirilmiş, bu durumda sorumluluğun değişmesi gerektiği öngörülmüş ancak, kavram, bu terim kullanılarak ifade edilmemiştir. Bu nedenle makalede de mücbir sebep ve beklenmeyen hal gibi modern hukukun etkisiyle dilimize giren hukuk terimlerinden mümkün oldukça kaçınılmıştır.

Literatürde İslam hukukunda mücbir sebep ve beklenmeyen hale dair araştırmalar mevcuttur. Bunların bir kısmı İslam hukukunun klasik döneminden güncel dönemine kadar geçen süreçte verilmiş fıkıh eserlerindeki yorum ve görüşleri karşılaştıran eserlerdir. Bazı çalışmalarda ise mücbir sebep ve beklenmeyen hal gibi durumların İslam ve Roma hukukundaki

¹ Terminoloji ile ilgili açıklamalar için bkz. I.A.

etkisi karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir.² Klasik dönemde ve belli ölçüde Molla Hüsrev gibi Osmanlı döneminde yaşamış fakihlerin yorum ve değerlendirmelerine yer veren bu eserlerde Osmanlı İmparatorluğu'nda fetva literatüründe verilen örneklerin incelenmediği dikkati çekmektedir. Makalede incelenen fetva örneklerinin ortak bir özelliği, yaşanan kaza veya felaketin etkisiyle bir malın telef olması veya bazı örneklerde malın itlafına bağlı olarak bir işin imkânsız hale gelmesi ve neticede bir ifa imkansızlığının ya da bir borcun doğmasıdır. İslam ve Osmanlı hukukunda itlaf ve gasp kavramlarını inceleyen eserlerin arasında Kamil Yelek'in "Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku" başlıklı doktora tezine dayanan kitabı dikkat çekicidir zira yazar eserinde Hanefî hukukunun Osmanlı İmparatorluğu'ndaki yorumuna da fıkıh eserleri ve fetva mecmualarını kullanarak yer vermiştir.³ Literatürde doğal afetlerin sözleşmeler dışındaki kaynaklara dayanan borçlara dair etkisini dikkate alan bir çalışma mevcut değildir.⁴

Yelek'in doktora tezi ve kitabında kullandığı fetva örnekleri Ebussuud Efendi (ö. 1579), Çatalcalı Ali Efendi (ö. 1692), Feyzullah Efendi (ö. 1703) ve Yenişehirli Abdullah Efendi (ö. 1743) gibi şeyhülislamırlara aittir. Bu makalede zikredilen bu şeyhülislamırların (Yelek tarafından kullanılmamış) bazı fetvalarının yanı sıra İbn Kemal (Kemalpaşazade) (ö. 1534) ve Hoca Saadeddin Efendi'ye (ö. 1599) ait daha önce çeviriyazısı yayımlanmış/basılmış

² ERGÜN Mehmed, "İslam Hukukunda Mücbir Sebep", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 12, S. 64, 2019, ss. 967-974; BARDAKOĞLU Ali, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Meselesi", **Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 2, 1985, ss. 63-97; KIYLIK Mustafa Harun, "Modern Dönemdeki Fıkıhi Problemlerin Klasik Kaynaklar Üzerinden Yorumu (Beklenmeyen Hal ve Mücbir Sebep Örneği)", **İlahiyat Araştırmaları Dergisi**, S. 9, 2018, ss. 47-78; Kıyılık, Mustafa Harun "İslâm Hukukunda Doğal Âfetlerin İcâre (Kira) Akdi Üzerindeki Etkisi", **Van İlahiyat Dergisi**, C. 11, S. 19, 2023, ss. 74-85; Kıyılık, Mustafa Harun. "Klasik Fıkıh Kaynaklarında Doğal Âfetler ve İfa İmkânsızlığı." *Tevilat* 4, no. 2 (2023): 381-398. Kıyılık tarafından yazılan makaleler yazarın doktora tezinden üretilmiştir. Bkz. KIYLIK Mustafa Harun, *İslam Borçlar Hukukunda Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi*, Doktora tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

³ YELEK Kamil, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*, doktora tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019; YELEK Kamil, **Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2021.

⁴ Bu konuda bir diğer husus, "kaza ve kader" kavramlarıdır. Konuya dair fetvalar ve şeyhülislam risaleleri tarih literatüründe Nühket Varlık tarafından incelenmiştir. Varlık, Osmanlı İmparatorluğu'nun "Klasik Çağı"nda yaşamış iki şeyhülislamın, Kemalpaşazade ve Ebussuud Efendi'nin veba salgını sırasında Müslümanların sorumluluklarına dair görüşlerini de dikkate alarak ve İslam toplumunu kadercilik ile bağdaştıran bakış açısına uygun örnekler kadar aykırı örneklerin de mevcut olduğunu tespit etmiştir. Bkz. VARLIK Nühket, **Plague and Empire in the Early Modern Mediterranean World, The Ottoman Experience 1347-1600**, New York, Cambridge University Press, 2015, s. 243-244.

fetva derlemeleri ve Şeyhülislam Zekeriyazade Yahya Efendi (ö. 1644) ile Menteşzade Abdürrahim Efendi'nin (ö. 1716)⁵ yayımlanmamış mecmua nüshaları kullanılmıştır. Bu örneklerin üzerinden yaklaşık 200 yıllık bir sürece dair genel birkaç sonuca ulaşmak mümkün olacaktır.

Bilindiği üzere, İslam hukukunun teşekkül döneminde ve esasen 19. yüzyılda Osmanlı modernleşmesine kadar, fıkıh, devlet aygıtı tarafından sistematik kanunlaştırma ile değil, ulemanın bireysel içtihiadı üzerinden ve kazuistik bir metotla gelişmiştir.⁶ İkinci bir husus, klasik dönem İslam hukukunda teorik anlamda kamu hukuk-özel hukuk ayrımı yer almasa da, “kamusal” ve “özel” arasındaki ayrımın İslam ve Osmanlı hukukunda mevcut olduğu kesindir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu'nda devlet “kamusal” nitelik taşıyan vergi, ceza ve idareye dair bazı konuları düzenlemek için kanunlar getirmiş, ancak 19. yüzyıla kadar borçlar hukuku, medeni hukuk, ticaret alanları konusunda herhangi bir kanun yapılmamıştır. Bu durumun bir sonucu da modern dönem öncesi kaleme alınan eserin büyük çoğunluğunda genel bir sözleşme teorisine veya genel anlamda sorumluluk kavramına yer verilmemiş olmasıdır. Wael Hallaq, güncel Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinden farklı olarak, fıkıhta sözleşmeler hukuku gibi bir alt başlığın bulunmadığına dikkat çekmiş, ancak çeşitli devir işlemleri altında bazı tartışmalara yer verildiğinden bahsetmiştir. Yazara göre bu durum İslam hukukunun kazuistik yapısından kaynaklanmaktadır.⁷ Buna karşın, Kamil Yelek, modern dönem öncesi İslam hukukunda dağınık bir biçimde değerlendirilen sorumluluk kavramını ayrı bir başlıkta, *damân* kavramı altında inceleyen birkaç Hanefî fakihten bahsetmektedir, bunlar Mecdüddîn el-Üsrûşenî (ö.1240) İmâdüddîn el-Mergînânî (ö. 1271), Simavna Kadısı oğlu Şeyh Bedreddin (ö. 1420) ve Fudayl Çelebi'dir

⁵ Ahmet Faruk Çelik, doktora tezinde çeşitli kütüphanelerde Menteşzade Abdürrahim Efendi'nin ismiyle (Fetava-yı Abdürrahim, Fetava-yı Menteşzade) kayıtlı olan nüshaların aslında bir 17. yüzyıl şeyhülislamına, Minkârizâde Yahya Efendi'ye (ö. 1678) ait olduğuna dair görüşlerini sunmuş ve bu konuda çeşitli kanıtlar göstermiştir. Yazarın verdiği bilgiye göre Menteşzade'nin derlemesi, Minkârizâde Yahya Efendi'nin Ataullah Efendi (ö. 1715) tarafından yapılan derlemesine göre daha detaylı ve kapsamlıdır. Yazar literatürde bu durumun neredeyse hiç dikkati çekmediğini de vurgulamıştır. ÇELİK, Ahmet Faruk, Osmanlı Fetva Literatüründe Temel Bir Kaynak Olarak Minkârizâde Yahya Efendi'nin Fetavasını ve Vakıf Fetvalarının Analizi, Doktora tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, s. 9-16, 96-97, 106-107 vd. Bu makalede kütüphanelerde Abdürrahim Efendi'ye atfedilen nüshalardan Abdürrahim'in adını kullanarak bahsetmek tercih edilmiştir.

⁶ ÖZEN Şükrü, “Osmanlı Döneminde Fetva Literatürü”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)**, C. 3, S. 5, 2005, ss. 249-378, s. 335.

⁷ HALLAQ Wael B., **Shari'a: Theory, Practice, Transformations**, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2009, s. 239.

(ö. 991/1583).⁸ Yazarın önemli bir tespiti, klasik fıkıh kitaplarında dağınık olan bilgileri ilk defa bu Hanefî hukukçuların bir araya getirmiş olduğudur.⁹

İtlaftan kaynaklanan sorumluluk, bu makalede incelenen fetvaların temel konusu olduğu için makalenin başında İslam-Osmanlı hukukunda sorumluluğa dair bazı temel kavramların açıklanması uygun olacaktır. İlk bölümde, Osmanlı İmparatorluğu'nda 16. yüzyıldan itibaren resmi mezhep ilan edilen Hanefî mezhebiyle sınırlı tutarak, sözleşmelerde ve haksız fiillerde itlaftan doğan sorumluluğa dair genel ilke ve kurallar ile itlafa yol açan afet, *caiha*, *kuvvet-i kahira* gibi kavramlar açıklanacak ve bu genel kuralların incelenen fetva mecmualarında şekil açısından nasıl düzenlenmiş olduğuna dair bilgi verilecektir. İkinci kısımda ise vedia, ariyet ve icâre sözleşmesinden doğan sorumluluk kapsamı fetva mecmualarının ilgili bölümlerindeki örneklerle incelenecektir. Son bölümde ise *Kitabu'l-Gasb* başlığı altında itlafa yol açan yangın gibi olayların değerlendirildiği fetvalar incelenecektir.

I. İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA AFET VE KAZA HALİNDE SORUMLULUK

A. Afet ve Kazalar Hakkında Kullanılan Terminoloji

İslam hukukunun klasik döneminde ve fetva mecmualarında ve mücbir sebep kavramı kullanılmamış olduğu için bu konuda terminolojiye bir açıklık getirmek faydalı olacaktır. Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) tarafından hazırlanmış teknik sözlükte afet kelimesi şu şekilde tanımlanmıştır: “Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan, etkilenen toplumun baş etme kapasitesinin yeterli olmadığı doğa, teknoloji veya insan kaynaklı olay. Afet bir olayın kendisi değil, doğurduğu sonuçtur.”¹⁰ AFAD’ın sözlüğünde afete yol açan olayın kendisi ise genel olarak felaket biçiminde ifade edilmektedir. Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü, felaketi “büyük zarar, üzüntü ve sıkıntılara yol açan olay veya durum; yıkım, *katastrof*” şeklinde tanımlamıştır.¹¹ Bu iki tanımdan

⁸ YELEK 2021, s. 13.

⁹ YELEK 2021, s. 78.

¹⁰ “Açıklamalı Afet Terimleri Sözlüğü”, T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim tarihi: 17 Nisan 2024)

¹¹ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 8 Aralık 2023)

hareketle, afete yol açan olayın “normal hayat” akışını askıya alacak nitelikte olduğu ve toplumun büyük bir kısmını etkilediği söylenebilir. İkinci bir önemli unsur, afetin toplumsal boyutta “baş edilemez” nitelikte görülmesidir. Bu baş edilemezlik önemli ölçüde bireyin maddi sorumluluklarını da etkilemektedir.

İslam şeriatı içinde afet kelimesi, günümüzde yaygın olarak bilinen ve yurtdışında açıklanan tanımına¹² ek olarak, zayıf hadisleri¹³ ve insanın ahlaka aykırı duygu ve davranışlarını¹⁴ da kapsayan bir terimdir. Çağdaş İslam hukukunda mücbir sebep veya beklenmeyen hal için ise “*afet-i semâvîyye ve'l-caiha*” terimi kullanılmaktadır.¹⁵ Semâvî kelimesiyle İslam’da insan iradesinden bağımsız, Allah’ın iradesiyle meydana gelen olaylardan bahsedilmektedir.¹⁶ Bu yönüyle terim, afetin insan tarafından kontrol edilemez nitelikte olduğunu da vurgulamaktadır. Kontrol edilemezliğin bu şekilde tanımlanması sırf İslam’a özgü değildir, esasen Kıta Avrupası ve özellikle Anglosakson hukukunda da mücbir sebebi ortaya çıkaran büyük felaketler hakkında *act of God* terimi kullanılmaktadır. İslam hukukunda *afet-i semâvîyyenin* kuraklık, don, kasırga, çekirge istilası, yıldırım, şiddetli yağmur, deprem gibi olaylar için kullanıldığı anlaşılmaktadır.¹⁷ *Caiha* ise hukuk terminolojisinde daha ziyade meyve ve sebzelerin uğradığı önceden bilinemez kuraklık, dolu, çekirge istilası, zirai hastalık gibi olaylar için kullanılmıştır.¹⁸ Bu kelimenin de sözlük anlamı afet, musibet şeklinde açıklanmaktadır.¹⁹ Bunun haricinde klasik dönem kaynaklarında *el-ah* yine meyve ve sebzelere zarar veren bela, musibet, *kaht* yağmurun yağmamasından kaynaklanan kuraklık, *ataş* ise yine yağmurun veya suyun kesilmesi, *en-nazile* salgın hastalıklar, kuraklık, çekirge istilası gibi olaylar için kullanılmıştır.²⁰ Makale kapsamında afetin günümüzdeki anlamını içeren bir diğer terimin, *musibet* kelimesinin de dikkate alınması gerektiği düşünülebilir. *Musibet* “insanın genellikle kendi iradesi dışında ve beklemediği şekilde karşı-

¹² ÖZEL Ahmet, “Afet”, *Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (TDV İA)*, C. 1, 1988, s. 399.

¹³ AYDINLI Abdullah, “Afet”, *TDV İA*, C. 1, 1988, s. 399.

¹⁴ ÇAĞRICI Mustafa, “Afet”, *TDV İA*, C. 1, 1988, s. 399.

¹⁵ YELEK 2021, s. 38. Birazdan görüleceği üzere bu terim bazı fetva mecmualarında belli ölçüde kullanılmıştır.

¹⁶ KIYLIK 2016, s. 10.

¹⁷ KIYLIK 2018, s. 64.

¹⁸ BARDAKOĞLU s. 78-83; KIYLIK 2016, s. 15, s. 132.

¹⁹ BARDAKOĞLU, s. 79.

²⁰ KIYLIK 2018, s. 66-67.

laştığı durum²¹ anlamındadır ve hastalık, kıtlık, yangın, deprem gibi olaylar için olduğu kadar, ağır bir üzüntü sıkıntı veren durumlar için de (örneğin sevilen bir kişinin ölümü) kullanılmıştır.²² Terimin hukuki metinlerden ziyade şeriatın inanç ve ibadete dair alanında yaygın olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.²³

Modern dönem öncesinde fıkıh eserlerinde felaket veya kaza olaylar her bir sözleşmede taraflar arası karşılıklı dengeyi koruma amacıyla ücretin belirlenmesine veya malın telef olmasına dair çeşitli ihtimalleri değerlendirecek şekilde kullanılmıştır.²⁴ Ali Bardakoğlu, fıkıh kitaplarındaki bu tercihin bir taraftan İslam hukukunun kazuistik yapısından kaynaklandığını belirtmektedir. Yazarın gösterdiği ikinci gerekçe, İslam hukukunda akitlerin “mücerret bir nazariye içinde dondurulmak yerine, tarafların ihtiyacını karşılıklı giderilebileceği” bir araç olarak değerlendirilmesiyle bağlantılıdır.²⁵ Yazar konuyla ilgili olarak İslam hukukunun dini boyutuna dikkat çekmiştir; hukuk otoritesi ve dinin kontrol gücü birleşmiş durumdadır ve sözleşmenin adil bir biçimde kurulması bu iki unsura bağlıdır.²⁶

Makalede değerlendirilen fetvaların bir kısmında modern hukukta müc- bir sebep olarak bilinen ve borcu tamamen sona erdirebilecek olaylara denk düşen örnekler dikkate alınmıştır.²⁷ Çağdaş İslam hukuku terminolojisinde bu tip olaylara *kuvvetu'l-kahira* da denmektedir.²⁸ İncelenen örneklerin bir kısmının ise modern hukuktaki “beklenmeyen hal” kavramına benzediği düşünülebilir. Klasik İslam hukukunda bu ayrım yer almasa da aradaki farkı gösteren bir örnekten bahsedilebilir: Sürüye tek bir kurdun saldırması gibi bir kişi tarafından def edilebilecek ve beklenmeyen hal olarak kabul edilmişken sürüye birden çok kurdun saldırması halinde mücbir sebebin oluştuğu, dolayısıyla çobanın sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir.²⁹

²¹ ÇAĞRICI Mustafa, “Musibet”, **TDV İA**, C. 31, 2020, s. 255.

²² A.y.

²³ Bkz. ÇAĞRICI, 2020.

²⁴ BARDAKOĞLU, s. 76.

²⁵ BARDAKOĞLU, s. 77-78.

²⁶ BARDAKOĞLU, s. 78.

²⁷ Bu noktada Kıyılık, İslam hukukunun modern yorumunda bireysel olarak sonuç doğuran olayların beklenmeyen hal kabul edilemeyeceğini, genele mahsus bir olayın söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Örnek olarak sadece bir kişinin evinin yanmasını göstermiştir. Buna karşın mücbir sebep için böyle bir koşulun İslam hukukunda da aranmadığını yazar ayrıca belirtmiştir. KIYILIK 2016, s. 44-45; s. 110. Klasik yorumda ise bir kişinin başına gelen bu şekilde gelen zararın etkisinin farklı olduğu anlaşılmaktadır.

²⁸ ERGÜN, s. 968, KIYILIK 2016, s. 94.

²⁹ ERGÜN, s. 969; ESER Ercan, İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiiliden Doğan Sorumluluk, doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 600.

Felaket ve kazaların malın itlafından doğan sorumluluğu ortadan kaldırması için, taraflardan birinin başına gelen zarar ile olay arasına başka bir fiilin girmemiş, modern hukukundaki ifadeyle illiyet bağının kopmamış olması esastır. Bu ilişkiyi daha net bir şekilde belirleyebilmek için malın telef olmasından kaynaklanan zarara kimin hangi durumda katlanması gerektiğine dair bazı genel kurallardan bahsetmek gerekir ki bir sonraki bölümün amacı budur.

B. Hanefî Hukukuna Göre İtlaftan Kaynaklanan Sorumluluk

Yukarıda belirtildiği üzere, bu makalede incelenen fetvaların hemen hepsinde soru, bir malın telef olmasına dayanmaktadır. Bu nedenle İslam hukukunda itlaftan kaynaklanan sorumluluğun temel esaslarına dair genel bir bilgi vermek yerinde olacaktır. Klasik İslam hukuku eserlerinde sorumluluk kavramının *damân* kelimesiyle ifade edildiği anlaşılmaktadır. Hanefî hukukçular bu kelimeyi özellikle maddi sorumluluk anlamında kullanmışlardır.³⁰ Çağdaş İslam hukukunda ise dört farklı sorumluluk çeşidinden bahsetmek mümkündür, bunlar *şârinin* koyduğu yükümlülüğe dayanan *ilzâm*, sözleşme sorumluluğu yani *damânü'l-akd*, zilyetlik sorumluluğu yani *damânü'l-yed* ve zarar vermekten kaynaklanan *damânü'l-itlaftır*.³¹ *İlzâm* kavramının makaleyle doğrudan bağlantısı olmadığı için dikkate alınmamıştır. *Damânü'l-akd* özellikle sözleşme konusu olan mala zarar vermek veya onu yok etmek biçiminde ortaya çıkan sorumluluğu ifade etmek için kullanılmıştır.³² Ancak bazı konularda *damânü'l-akd* ve *damânü'l-yed* bir arada bulunabilir. *Damânü'l-yed* ise kendi içinde *yed-i damân* ve *yed-i emânet* olarak ikiye ayrılmaktadır. *Yed-i damân* bir malı sahip olma veya yararlanma amacıyla elinde bulundurma anlamına gelirken *yed-i emânet* böyle bir amaç taşımaz, sadece mal sahibinin vekili sıfatıyla elde bulundurma anlamına gelir.³³ Bu ayrımın önemli ve hadis kaynaklı bir sonucu, *yed-i damân* olan zilyet, kusuruna bakılmaksızın, malı elinde bulundurduğu süre boyunca sorumlu sayılırken *yed-i emânet* olan zilyet için kusur sorumluluğu aranmasıdır.³⁴ Makalede incelenen vedia ve ariyet akdi *emânet* sözleşmeleri iken,

³⁰ DEMİRCİ Abdullah, İslam Borçlar Hukukunda Akit Konusunun Telefinden Doğan Sorumluluk, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 28.

³¹ DEMİRCİ s. 30-31.

³² DEMİRCİ s. 32.

³³ DEMİRCİ s. 35.

³⁴ DEMİRCİ s. 34-35; YELEK, 2019, s. 15.

icâre hem *emânet* hem de *damân* yönü bulunan, “çift vasıflı” sözleşme olarak tanımlanmaktadır.³⁵

Mehmet Akif Aydın, fıkıh eserlerinde haksız fiillerin bazen *Kitabu'l-Gasb* kısmında bazen de itlaf ile birlikte *Kitabu'l-Gasb ve'l-İtlaf* başlığı altında incelendiğini belirtmiştir.³⁶ Yelek, Üsrüşeni, İmadüddin ve Şeyh Bedreddin'in itlaf konularını gasp ile içiçe aldığını, Fudayl Çelebi'nin ise itlafı *Damânatü's-Sirb*, *Damânatü'l-Gasb* ve *Damânatü'l-Cinâyât* başlığında değerlendirdiğini belirtmektedir.³⁷ Yazar Kudurî (ö. 1037) ve Merginanî'nin (ö. 1197) de gasp konusu altında itlafın incelediklerini zikretmiştir.³⁸ Yelek ayrıca klasik Hanefî fîrû literatüründe itlafı terim olarak açıklamış tek kişinin Kasânî (ö. 1191) olduğunu tespit etmiştir. Yazarın aktardığı kadarıyla bu tanım şu şekildedir: “Bir şeyi, âdeten kendisinden beklenen şekilde faydalanılabilir olmaktan çıkarmaktır. Bu da hakka aykırı bir davranış ve zarar vermektir.”³⁹

İslam hukukunda gasp, bir haksız fiil olarak değerlendirilebilmektedir. Aydın, İslam hukukunda haksız fiil kavramına bir bütün olarak yaklaşmadığını, ayrı ayrı her haksız fiilin kendi içinde değerlendirilmiş olduğunu belirtir; fıkıh kitaplarında bazı haksız fiiller *muamelat* yani sözleşmeler kısmında incelenirken, bazı haksız fiiller *ukubat* yani ceza hukuku kısmında değerlendirilmiştir. Buna göre şahsa yönelik haksız fiiller ceza, mala yönelik haksız fiiller ise hem ceza hem de borçlar hukuku altında değerlendirilmiştir.⁴⁰

Gasp kavramının yaygın bilinen anlamı, menkul bir mala haksız olarak el atmak şeklinde tanımlanabilir. İkinci tip gasp ise ilki sözleşmeye aykırı davranış niteliğinde bir el koymadır.⁴¹ Örneğin vedia sözleşmesinde malın sahibinden izinsiz alıkonması vedia alanın sorumluluğunu bir tür gasp sorumluluğuna çevirmektedir.⁴² Bu durum önemli bir fark yaratmaktadır; Ay-

³⁵ DEMİRCİ s. 35, 69.

³⁶ AYDIN Mehmet Akif, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İz Yayınları, İstanbul, 1996, s. 237.

³⁷ YELEK, 2021, s. 166.

³⁸ YELEK, 2021, s. 112-113.

³⁹ YELEK, 2021, s. 167.

⁴⁰ AYDIN, Mehmet Akif, “Haksız Fiil”, **TDV İA**, C. 15, 1997, ss. 210-211, s. 211; AYDIN 1996, s. 81-82, AYDIN Mehmet AKif, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. Bs., Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 390.

⁴¹ AYDIN 1997, s. 210; AYDIN 1996, s. 238.

⁴² AKMAN Mehmet, “İslam-Osmanlı Hukukunda Ariyet Sözleşmesi”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, 2003, ss. 3-26, s. 18-19.

dın, İslam hukukunda başkasının malını gasp eden kişilerin tazmin sorumluluğundan herhangi bir biçimde kurtulamayacağını belirtmiştir; afetlerin ve kazaların varlığı halinde de gasp nedeniyle sorumluluk geçerliliğini korumaktadır.⁴³ Bu etki, gasp sorumluluğuna dönüşmüş sözleşmeler için de geçerlidir. Sözleşmeye bu şekilde aykırı davranılarak gasp edilen bir mala gelen zarar söz konusu ise, zarara sebep olan fiilin gasp eden tarafından ya da dış etkenlerle gelişmiş olması sonucu değiştirmez.⁴⁴ Schacht gasbın aynı zamanda günah olduğunu ve gâsıbın tazir edilebileceğini ifade etmektedir.⁴⁵ Her halükârda gasp kavramının Hanefî mezhebinin ilk dönemlerinden itibaren fıkıh eserlerinde ayrı bir bölüm olarak incelendiği anlaşılmaktadır.⁴⁶ Yukarıda görüldüğü üzere bu başlık altında itlaf da değerlendirilebilmektedir.

Hanefî hukukunun klasik kaynaklarında itlaf kavramının *mübaşeret*en (doğrudan) ve *tesebbüben* (dolaylı) olmak üzere ikiye ayrıldığı anlaşılmaktadır.⁴⁷ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'nin itlafı düzenleyen maddelerinde bu ayrım dikkate alınmıştır. *Mübaşeret*en itlaf kavramı ile bir şeyin bizzat telef olmasına sebep olmak, *tesebbüben* itlaf kavramı ile zararın gelmesine uygun bir zemin hazırlayan bir fiil kastedilmiştir.⁴⁸ Bu ayrım, sorumluluk için aranan unsurların belirlenmesi bakımından fark yaratmaktadır. Mehmet Akif Aydın, itlafı kaynaklanan sorumluluktan bahsedebilmek için *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'de beş unsurun belirlendiğinden bahsetmiştir; bunlar fiil, zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve *tesebbüben* itlaf söz konusu ise, kusurdur.⁴⁹ Felaketler ve/veya kazaların sonucu malın telef olması da dolaylı itlaf sayılabilir. Zira mal doğrudan failin bir fiili nedeniyle telef olmamış ancak zarara yol açan kişi dolaylı biçimde itlafın ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁵⁰

İtlaf konusunda kusur, kast, ihmal gibi kavramlarla ilgili olarak dikkatle yaklaşılması gereken bir terimin *teaddî* olduğu anlaşılmaktadır. *Teaddî* (yahut taaddî) "haddini aşma, sınırı geçme, saldırgan olma, acı çektirme, zul-

⁴³ AYDIN 1997, s. 210; AYDIN 1996, s. 241.

⁴⁴ KIYLIK 2016, s. 160-161. Bu kural aşağıda görüleceği üzere ariyet akdinde de geçerlidir. Bkz. aş.

⁴⁵ SCHACHT Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, Clarendon Press, Oxford, 1982, s. 160

⁴⁶ YELEK 2021, s. 109.

⁴⁷ YELEK 2021, s. 25; 31-32.

⁴⁸ AYDIN 2012, s. 394.

⁴⁹ AYDIN 1996, s. 86

⁵⁰ AYDIN 1996, s. 83-84

metme, geleneğe ters düşme, kanun tanımama” anlamında kullanılabilen bir kelimedir.⁵¹ Kamil Yelek’e göre, bu terimin literatürde ağırlıklı olarak “hukuka aykırılık” şeklinde algılanması ve bu şekilde kullanılması bazı sorunlara yol açmaktadır; yazar bu sorunlara bir örnek olarak literatürde *mübaşeret* halinde hukuka aykırılığın bir şart olarak aranmadığı görüşünü vermiştir. Yazara göre tazmine konu olan bir zararın hukuka aykırı olmaması düşünülemez:

“*Serahsî’nin de belirttiği gibi, itlaf ancak hukuka aykırı (bi gayri hakkın) olduğunda tazmin sorumluluğunu doğurur.*”⁵²

Teaddî kavramının bazen taksir anlamında kullanılabildiği tespit edilmiştir.⁵³ Schacht *teaddî* kelimesini haksız fiil şeklinde açıklamayı tercih etmiş ve bu terimin sorumluluk doktrininden daha geniş biçimde, genel anlamda haksız fiil olarak anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Yazara göre *teaddî* kavramı üzerinden edimin ifa edilmemesinden kaynaklanan sorumluluk, bir tür haksız fiil sorumluluğuna indirgenmiştir.⁵⁴ Yelek ise *teaddî*’nin İslam hukukunun klasik kaynaklarında hukuka aykırılığın ötesinde daha geniş bir biçimde kullanıldığını savunmaktadır.⁵⁵ Yazarın dikkat çektiği önemli bir mesele, Mecelle’nin 93. maddesinde *tesebbüben* sorumlu olan kişi hakkında “*mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz*” şeklinde kaleme alınmış ifadedir. Yazar bu maddede *taammüd*/kast kelimesinden gelen *müteammid* kelimesi yerine klasik Hanefî kaynaklarında *teaddî* kelimesinin kullanılmış olduğu üzerinde durmaktadır.⁵⁶ Yazarın belirttiği kadarıyla, Mecelle haricinde *teaddî* yerine *müteammid* kelimesinin kullanıldığı iki kaynak, İbn Nüceym’in (ö. 1563) *el-Eşbâh ve’n-nezair*’i ile, Hâdimî’nin (ö. 1762) *Mecamiu’l-hakaik*’idir.⁵⁷ Yazara göre buradaki sorun klasik Hanefî hukukunda kast ve kusur kavramlarının tam olarak ayrışmamasından kaynaklanmaktadır; yazarın klasik hukuk kaynaklarında verdiği örneklerde de gösterdiği üzere, *teaddî* kelimesi kast (*taammüd*), ihmal, meşru bir hakkın kullanımında özensiz ve dikkatsiz davranmak gibi

⁵¹ PARLATIR İsmail, **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2006, s. 1593; SCHACHT, s. 157; AYDIN 1996, s. 90

⁵² YELEK 2021, s. 45.

⁵³ ESER Ercan, **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**, doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 87.

⁵⁴ SCHACHT, s. 148.

⁵⁵ YELEK 2021, s. 56.

⁵⁶ YELEK 2021, s. 64.

⁵⁷ YELEK 2021, s. 73-75.

farklı anlamlarda kullanılmaktadır.⁵⁸ Yazarın kavram ve terimler konusundaki bir diğer önemli uyarısı, *teaddî* kavramının hem taksir hem de *taammüd* için kullanılsa da aynı anda ikisi bir arada karşıladığı yönünde bir değerlendirme yapılmaması gerektiğidir.⁵⁹

*Teaddî*nin varlığını belirlemek için önem arz eden bir unsur, yapılan işin *mutâda* uygun olup olmadığıdır. Yelek'in Mevsilî'den (ö. 1284), kendi arazisini sularken başkasının arazisine su akıtan kişinin sorumluluğuna dair alıntıda şu ifade üzerinde durulabilir:

“...ancak araziyi *mutâd* bir şekilde sulamamışsa, sorumlu olur. Çünkü kişi bu şekilde sulamasıyla *teaddî* unsurunu taşıyan bir eylemde bulunduğu için *müteaddî*dir.”⁶⁰

*Mutâd*ın kelime anlamı, her zamanki gibi, alışılmış, itiyat haline getirilmiş şekilde açıklanabilir.⁶¹ Bu şekilde aslında örf-adetin de kastedildiği düşünülebilir. Nitekim Yelek'in Binâye'den yaptığı alıntıda bu konuda örf-adetin rolü açıkça belirtilmiştir:

“Bir kimse örf ve âdette [*cârî* olan] miktardan daha fazla şekilde bir su ile arazisini sularsa, o kişi tazminle sorumlu olur. Şu meselede denilenler da aynen böyledir: Bir kimse evinde ateş yakar[sa bakılır:] Yakılan ateş örf ve âdette yakılan ateş düzeyinde ise, komşusunun evi yandığında tazminle sorumlu olmaz. Çünkü sebep olduğu bu eylemde kişinin *teaddî*si yoktur. Ancak yakılan ateş, örf ve âdette yakılan ateşten fazla ise, bu durumda yakan kişi sorumlu olur. Çünkü kişinin sebepte *teaddî*si vardır.”⁶²

Bu alıntıda görüldüğü üzere *teaddî* ateş veya su kullanımı gibi teknik meselelerde örf-adete uygun olmayan davranıştan kaynaklanabilir. Yelek'e göre, ateş ve suyun kullanımına dair bu tip durumlarda *teaddî* “meşru bir hakkın kullanımı esnasında gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olması durumunu”⁶³ ifade etmektedir. Zira bu örneklerde bireyin kendi mülkünde gerçekleştirdiği bir eyleminden başka biri zarar görmektedir.

⁵⁸ YELEK 2021, s. 70.

⁵⁹ YELEK 2021, s. 77.

⁶⁰ YELEK 2021, s. 68.

⁶¹ PARLATIR, s. 1140.

⁶² YELEK 2021, s. 68-69.

⁶³ YELEK, 2021, s. 69.

Kişinin kendi mülkünde yaktığı ateşin verdiği zarar bakımından Hanefi hukukunda farklı yorumların mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu fark, Hanefi hukukunda kişinin kendi mülkü üzerinde kullandığı tasarruf hakkının sınırlanıp sınırlanamayacağı sorusuna verilen cevaba bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. İmam Muhammed'in savunduğu ve bir dönem ağırlık kazanmış görüşe göre bu durumda kişi sorumlu tutulmaz; Yelek, Serahsî'nin (ö. 1090) bu hususta İmam Muhammed'in görüşünü naklederken mülk üzerinde kişinin istediği gibi tasarruf edeceği kaydını da eklediğini belirtmiştir. Nitekim yazar Merginânî'nin *Hidâye*'sinde de aynı görüşün mevcut olduğundan bahseder.⁶⁴ Buna karşın, daha sonra yaşamış⁶⁵ Hanefî alimlerine göre bireyin kendi mülkünde mutlak tasarrufunun kısıtlanabileceği ve tasarrufun başkala-rına zarar vermemesi gerektiği kuralı üstün gelmiştir.⁶⁶

Hanefi hukukçular bireyin kendi mülkünde yaktığı ateşin başka araziye geçmesi konusunda dar bir yorum yapmışa benzemektedirler, Yelek, bu hususta Hanefilerin ateş ile suyu karşılaştırdıklarını zikretmiş ve ve Fudayl Çelebi'den aradaki farkı açıklayan şu alıntıya yer vermiştir:

*“Ateşin tabiatı bulunduğu yerde kıpırdamamak/hareketsiz olmaktır. Genellikle de başka bir yere geçmez. Bulunduğu yerden başka bir yere geçmesi de, ancak rüzgâr ve benzeri bir şeyin fiiliyle/etkisiyle olur. Bu yüzden söz konusu itlaf eylemi, ateşi yakan kişiye izâfe edilmez.”*⁶⁷

Görüldüğü üzere burada dar yorumla kastedilen, ateş yakmanın tek başına sorumluluğa sebep olmadığıdır; ancak rüzgâr gibi farklı bir etkiyle bu mümkün kabul edilmiştir. Ateşin bir yerden bir yere taşınırken (mum, çıra vb.) yere düşmesi veya sıçraması durumunda yol açılan zararlar ilgili olarak da kişinin kendi fiilinden kaynaklanan sıçramanın tazmin edilmesi gerektiği ancak rüzgâr etkisiyle taşınan ateşten dolayı sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır.⁶⁸ Dolayısıyla klasik kaynaklarda ateş yakmak tek başına, yine biraz anakronik bir ifadeyle, “tehlike arz eden fiil” olarak kabul edilmemektedir.

⁶⁴ YELEK, 2021, s. 180.

⁶⁵ Bu konuda fıkıh açısından hatırlanması gereken bir ayrım; erken dönemde yaşamış hukukçular *mütekaddimin*, geç dönemde yaşamış olanlar için *müteahhirin* kavramı kullanılmaktadır. Her mezhep için farklı döneme denk gelen bu ayrımın Hanefî literatürü açısından 10.-11. yüzyıla denk geldiği anlaşılmaktadır. Bkz. KAYA Eyyüp Said, “Mütekaddimin ve Müteahhirin”, **TDV İA**, Cilt 32, 2006, 188-189.

⁶⁶ YELEK, 2021, s. 182.

⁶⁷ YELEK, 2021, s. 183.

⁶⁸ YELEK, 2021, s. 183-184.

Hanefî hukukunun temel fıkıh eserlerinde itlaftan kaynaklanan sorumluluk bu şekilde özetlendikten sonra meselenin bu makalede incelenen fetva mecmualarına nasıl yansdığına dair teknik birkaç unsurdan bahsetmek yerinde olur.

C. Fetva Mecmualarında Sorumluluğun Düzenleniş Biçimi

Fetva örneklerinde deprem, su baskını, yangın, fırtına, dolu ve veba gibi bir kısmı afet olarak değerlendirilebilecek, bir kısmı ise acil durum veya kaza niteliğinde olsa da ifa imkansızlığı yaratabilen, sorumluluğu ortadan kaldıracak veya tazmin sorumluluğu gerektirebilecek yeni bir durum yaratan konular dikkate alınmıştır. Bu tip olaylardan bahsedilirken *afet-i semâviyye* kavramı, Çatalcalı Ali Efendi'nin mecmuasında itlafa sebep olan bir felaket (*metâ'ı Zeyd'in yedinde afet semâviyye ile helâk olsa*),⁶⁹ Feyzullah Efendi'nin *Fetava-yı Feyziyye*'sinde, bir binada yangına sebep olan afet (*afet-i semâviyye ile muhterika oldukda*)⁷⁰ ve kuraklık (*afet-i semâviyye ile ol bağçe eşcârının bir mikdan kuruyup*),⁷¹ *Behçetü'l-Fetava*'da ise yine ürünün itlafına sebep olan afet anlamında kullanılmıştır.⁷² Klasik fıkıh kaynaklarında telef olan mal için kullanılan *helâk* ve *istihlak* terimlerinden⁷³ özellikle *helâk* kelimesinin bu makalede incelenen fetvalarda sık sık kullanıldığı birazdan görülecektir.

Literatürden görüldüğü üzere fıkıh literatüründe genel bir *damân* ve sorumluluk fikri Şeyh Bedreddin, Merginânî, Fudayl Çelebi gibi fakihler tarafından düşünülmüş ve eserlerinde sözleşmeler ve haksız fiilleri birlikte dikkate alan bir sorumluluk fikri şekillenmiştir. Bu makalede incelenen fetva mecmualarının genelinde benzer bir fikirden bahsetmek pek mümkün değildir. Fetva mecmualarında sözleşmelere dair sorumluluk her sözleşme tipi için ayrı ayrı düzenlenmiş; bu başlıklar altında itlafa yol açan çeşitli unsurlar arasında kaza ve felaketler yer almıştır. Malın sözleşme dışında gerçekleşen bir duruma telef olmasına dair örnekler *Kitabu'l-Gasb* başlığı altında değerlendirilmiştir. Çatalcalı Ali Efendi, Feyzullah Efendi ve Yenişehirli Abdul-

⁶⁹ DEMİRTAŞ H. Necati, *Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Evvel*, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2014, s. 440.

⁷⁰ ŞEYHÜLİSLAM FEYZULLAH EFENDİ, *Fetava-yı Feyziye*, haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 126.

⁷¹ *Fetava-yı Feyziye*, s. 199.

⁷² Bkz.aş. II.C.1.a.

⁷³ DEMİRCİ, s. 40.

lah Efendi'ye ait fetva derlemelerinde başlık sırf bu haliyle kullanılmış, ancak yine de itlafa dair konular değerlendirilmiştir.⁷⁴ Şeyhülislam Zekeriyazade Yahya Efendi'nin mecmuasında itlaf meselesi *Kitabu'l-Gasb ve'l-Damân* başlığı altında yer almıştır.⁷⁵ Bu kısımda gasp fiilinin yanı sıra gayrimenkullerin hukuka aykırı zapt edilmesine dair örneklerin değerlendirildiği ve kişinin kendi mülkünde veya herhangi bir yerde yaktığı ateşin kontrolden çıkmasına dair itlaf örnekleri incelenmiş ancak su kullanımından doğan zarara dair örnek görülmemiştir. Menteşzade Abdürrahim Efendi'nin mecmuasında da *Kitabu'l-Gasb ve'l-Damân* başlığı yer almaktadır.⁷⁶ Bu kısım altında da gasb, itlaf veya zapt edilen şeyin tipine göre alt başlıklar yer almıştır; örneğin ateşin sebep olduğu zarar ile ilgili fetvalar *fi damânât fi's-sebeb ve's-sirâye ve gayrihum* başlığı altındadır.⁷⁷ Bu son örnekteki benzer bir alt başlığın Abdürrahim Efendi'nin kısmen çağdaşı sayılabilecek Ali Efendi, Feyzullah Efendi ve Abdullah Efendi'ye ait mecmualarda görülmediğini belirtmek gerekir.

Fetva mecmualarında gasp kavramı altında itlaf hükümlerin incelenmesine dair tercihin, Hanefî sistematığına bağlı olduğu, Aydın ve Yelek'in bir önceki bölümdeki ifadelerinden anlaşılmaktadır. Esasen başlık ve alt başlık kullanımı kendi içinde bağımsız bir çalışmayı hak eden bir konudur, zira bu konu fetva literatürünün bazı örneklerde daha detaylı bir biçim kazandığını göstermektedir. Örneğin Ebussuud Efendi'nin mecmualarında (ve mecmuaların yayımlanmış kopyalarında *bâb fi (ücreti)'t-talim, bâb fi'l-hademe* gibi alt başlıklar yer almaktadır.⁷⁸ Zekeriyazade Yahya Efendi'nin mecmua nüshasında *icâre* bölümü altında *fi damâni'l-ecîr ve ademihî* haricinde alt başlık yer almaz.⁷⁹ Buna karşın Ali Efendi, Feyzullah Efendi, Abdürrahim Efendi ve Abdullah Efendi'nin mecmualarında özellikle *icâre* konusu detaylı bir biçim-

⁷⁴ DEMİRTAŞ H. Necati, **Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2014, s. 336; **Fetava-yı Feyziye**, s. 391; ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, **Behçetü'l-Fetava**, haz. Süleyman Kaya et al, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 525.

⁷⁵ **Fetava-yı Yahya Efendi**, Süleymaniye Kütüphanesi, Amcazade Hüseyin 254, varaka (vr.) 348/1.

⁷⁶ **Fetava-yı Şeyhülislam Menteşzade Abdürrahim Efendi**, Kayseri Kütüphanesi, Raşid Efendi 384, vr. 323/1.

⁷⁷ **Fetava-yı Abdürrahim**, vr. 328/1.

⁷⁸ **Fetava-yı Ebussuud**, Süleymaniye Kütüphanesi, Satın Alınan Yazma Eserler 40, vr. 160/1; DEMİRTAŞ H. Necati, **Osmanlı Fetvaları IV Fetava-yı Ebussuud Fatih Nüshası 2. Cilt**, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2020, s. 866.

⁷⁹ **Fetava-yı Yahya Efendi**, vr 341/1.

de alt başlıklar halinde irdelenmiştir ki bunların arasında da Feyzullah Efendi'nin yayımlanmış mecmua nüshasında başlık sayısı daha genelken diğer üçünde daha detaylıdır. İkinci bir husus, Çatalcalı Ali Efendi'nin, Feyzullah Efendi'nin ve Abdullah Efendi'nin mecmuasında başlıklarda benzer sistematik mevcutken Abdürrahim Efendi'nin nüshalarında farklı tipte bazı başlıklar vardır. Örnek vermek gerekirse, Ali Efendi ve Abdullah Efendi'nin mecmuaları sözleşmenin taraflarının hak ve borçlarını düzenleyen başlıktan sonra *icâre-yi faside* yer almakta ve daha sonra fesih ve *damân* konularına geçilmektedir.⁸⁰ Abdürrahim Efendi'nin mecmuasının farklı tarafı, kiralanan şeyin niteliğine göre alt başlıklar kullanılmasıdır; örnek olarak *fi icâreti'l-bostan*, *nev fi icâreti'l-arazi fi icâreti'l-devvab*, *fi ücreti's-sefine*, *fi ecr-i talim-i Kurran*, *fi isticâri't-tabib* gibi alt başlıklar verilebilir.⁸¹

Bu tip şekli farklılıkları nasıl açıklamak gerekir? Bu noktada fetva mecmualarının işlevinin hatırlanması yerinde olacaktır. Bu nüshalar bir tür talim amacıyla medreselerde veya başvuru kaynağı olarak kadılar tarafından kullanılmış olabilirler. Mecmualarda kullanılan başlık sistematigi temelde fıkıh kitaplarınınki ile aynıdır; buna konu sıralaması da dahil edilmelidir. Ebussuud Efendi ve Abdürrahim Efendi mecmuasındaki sistematigin bir ölçüde benzerlik taşıdığı düşünülebilir; en azından kiranın konusuna göre alt başlık bu iki örneğin ortak noktası olarak tespit edilebilmiştir. Ancak, Abdürrahim Efendi'nin mecmuasında göze çarpan farklılığın başka bir konuya sirayet ettiği literatürde dikkati çekmiştir. Ravza Cihan klasik fıkıh eserlerinde ve ona bağlı olarak fetva mecmualarında ibadete dair konulardan sonra *Kitabu'n-Nikah* başlığı gelirken Abdürrahim Efendi'nin mecmuasında hac konusundan sonra *Babû'l-Aşar* başlığının yer aldığını belirtmektedir.⁸² Bu başlık altında *fi rüsûm*, *fi mevt-i sahibu'l-tumar kable't-tumar kabl ahdi'l-öşr fi'l-ref'* ve *l-mevat ve tescili'l-berat* gibi aslen mîrî arazi hukukunu ilgilendiren konu başlıkları yer almaktadır.⁸³ Cihan sıralamadaki bu değişikliğin araziye dair meselenin fetvaların derlendiği dönemde devletin gündemini işgal etmesiyle ilgili olabileceğini düşünmektedir.⁸⁴ Bu durum her mecmuanın

⁸⁰ **Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, s. 459; **Behçetü'l-Fetava**, s. 19.

⁸¹ **Fetava-yı Abdürrahim**, içindekiler kısmı, sayfa numarası yok, görüntü numarası 8.

⁸² CİHAN Ravza, **XVIII. Yüzyılda Osmanlı'da Hukuki Hayat**, İstanbul, Diyanet Vakfı Yayınları, 2021, s. 6.

⁸³ **Fetava-yı Abdürrahim**, görüntü numarası 4/1.

⁸⁴ Cihan, Çelik tarafından Minkârizade ve Menteşzade arasındaki ilişkiden bahsetmeyen yazarlar arasında zikredilmiştir. Bkz. CİHAN, s. 6; ÇELİK, s. 10-11.

kendi içinde yazıldığı/derlendiği dönemin etkisiyle şekillenebileceği üzerinde daha fazla düşünmeyi gerektirmektedir.⁸⁵

II. FELAKETLER VE KAZALARIN VEDİA, ARIYET VE İCÂRE SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

A. Kaza ve Felaketlerin Vedia Akdine Etkisi

Vedia bir kişiye koruyup gözetilmesi amacıyla bir malın bırakılmasını konu edinen bir sözleşmedir. Fıkıhta bu sözleşmenin karşılıklı güven ilişkisine dayandığı belirtilmiştir.⁸⁶ Vedia alınan malın korunmasında gerekli özenin gösterilmesi, malın sahibi tarafından belirlenen kurallara uyulması, örneğin kullanma izni verilmemişse malın kullanılmaması, esastır. Bu sözleşme *yed-i emânet* olarak kabul edildiği için vedia alanın kusur sorumluluğu esastır; mala gelen zarar, eğer vedia alanın kusurlu fiili nedeniyle ortaya çıkmadıysa tazminat yükümlülüğünden bahsedilemez.⁸⁷ Fetva mecmualarında kusur sorumluluğuna dair pek çok örnek gösterilmiştir, bu örnekleri iki gruba ayırmak mümkündür. Bir kısım fetvada vedia alan, malı talep edildiği anda teslim etmemesi sorumluluk tipini değiştirmekte ve artık vedia alan malı gasp etmiş sayılmaktadır.⁸⁸ Böyle bir durumda malın bir kaza veya felaket sonucu telef olması artık vedia alanı tazmin borcundan kurtarmayacaktır. İkinci bir sorun ise vedia alanın malı korumak için gereken özeni göstermemesidir.

Ebussuud Efendi'nin *Maruzat*'ında yer alan kural, vedia gerekliliği özenin gösterilmemesine dair sorumluluğu özetlemektedir:

*“Harik vâki’ olub kendi esbabını yığdığı mahalle emanet esbabı hamal ile gönderüb bile gitmese inde’z-ziyâ dâmin olur mu? El-cevab: Olur. Vediayı teslim mümkün oldukda mâlik tâlib iken vermeyüb zayi olsa dâmin olur, teaddîdir.”*⁸⁹

⁸⁵ Minkârizade Yayha Efendi'nin fetvalarının Menteşzade Abdürrahim tarafından derlenme ihtimali nedeniyle, bu nüshalarda diğer fıkıh eserleri ve fetva mecmualarından farklı nitelikte başlık ve alt başlık kullanılması daha fazla önem kazanmaktadır. Bu durumda Menteşzade'nin müstensih olarak nüshaya katkısı artmaktadır.

⁸⁶ YILDIRIM Mustafa, “Vedia”, **TDV İA**, Cilt 43, 2012, ss. 596-598, s. 596; HACI HASAN Abdullah Alwi, **Sales and Contracts in Early Islamic Commercial Law**, The Other Press, Kuala Lumpur, 2007, s. 184.

⁸⁷ YILDIRIM, s. 597.

⁸⁸ AYDIN 1996, s. 249.

⁸⁹ ŞEHÜLİSLAM EBUSSUUD EFENDİ, **Maruzat**, haz. Pehlül Düzenli, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 167.

Bu fetvanın soru kısmında vedia alan, emanet edilen eşyayı yangın çıktığı sırada kendi eşyasının bulunduğu yere bir hamal aracılığı ile yollamış; ancak kendisi hamal ile birlikte gitmemiş (*bile gitmese* ifadesindeki *bile* kelimesi “birlikte” anlamında kullanılmıştır) yolda eşya telef olmuştur. Bu durumda vedia alan sorumlu kabul edilmektedir. Cevabın devamında soruyla doğrudan ilgili olmayan genel kural belirtilmiş; malın teslim mümkün ve mâlik talep ettiği zaman malı iade etmeyen kişinin sorumlu tutulacağı zira bu davranışın *teaddî* teşkil ettiği açıkça düzenlenmiştir. Malı teslim etmeyen kişinin davranışı artık gasp kabul edileceği için her türlü zarardan sorumlu tutulacağı açıktır.

Vedia veren talep ettiği takdirde malı iade etmeyen kişinin öngörülemez ve beklenmeyen kaza veya felaket anında dahi tazmin sorumluluğunun doğacağı farklı fetva mecmualarında ifade edilmiştir. Çatalcalı Ali Efendi'den alınan örneklerden biri deve ödücü şeklindedir:

*“Zeyd, iki devesini Amr’a îdâ ve teslim idüb badehu Zeyd, ol develeri Amr’dan taleb itdikde Amr, teslimi mümkün iken teslim itmeyüb tagallüben alıkoyduktan sonra develeri kurdlar yiyüb ihlâk eylese Amr’a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olur.”*⁹⁰

Bu olayda vediaya konu olan iki deve kurt saldırısı nedeniyle ölerak telef olmuştur. Vedia alan Amr’ın develeri ne şekilde muhafaza ettiği soru ve cevap kısmında dikkate alınmamıştır; zira ifa imkansızlığı yaratan bu durumun sebebi kurtların saldırısı değil, Amr’ın Zeyd talep ettiği zaman ifadan kaçınması ve yine olaydaki sorumluluğun gasp sorumluluğuna dönmesidir. Bu fiille develerin başına gelen saldırı ve zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiştir.

Menteşzade Abdürrahim Efendi mecmuasında ise aynı sorunla ilgili olarak kitap emanetini konu alan bir fetva verilmiştir:

*“Zeyd Amr’a îdâ ve teslim itdiği bir kitabı Amr’dan birkaç defa taleb eyledikde Amr ol kitabı virmek mümkün iken inad idüb virmeyüb Zeyd’in rızasız Amr’ın yedinde iken ol kitab harikde muhterik olsa maa damân lâzım olur mu? El-cevab: Olur.”*⁹¹

⁹⁰ Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, s. 208.

⁹¹ Fetava-yı Abdürrahim, varaka (vr.) 316/2

Bu örnekte de soru kısmında vedia verenin malı birkaç defa talep etmesine rağmen vedia alanın bundan kaçındığı hatta kitabı iade etmemekte direndiği anlaşılmaktadır; *inad idüb virmeyüb* ifadesi belirli bir süre devam eden, akde aykırı bir davranışı işaret etmektedir. Yukarıdaki develerin durumuyla kitabın durumu aynıdır; yangının verdiği zarara Amr kitabı zamanında teslim etmeyerek sebep olmuştur. Dolayısıyla kitabı tazmin etmek zorundadır.

Vedia akdinde bir diğer kusurlu davranış, sözleşme süreci boyunca mal sahibinin belirlediği saklama koşullarına uygun davranmamaktır. Bu tip örnekler bazen bir malın bir yerden bir yere aktarılmasına dair emanet ilişkisinde de ortaya çıkmaktadır. Yahya Efendi'nin mecmuasında *Kitabu'l-Vedia* kısmında böyle bir örnek mevcuttur:

“Zeyd Amr’dan buğday iştira itdirmek için vedia tarikiyle vaz’ ve talim eylediği akçe ile Amr aher diyara varub Zeyd için alivirdiği buğdayı kendü nefsiçün iştira eylediği buğdaya halt idüb bir anbara vaz’ itdikde sel gelüb anbarın içinde olan buğdayın cümlesini ifsad eylese Zeyd Amr’dan ol alivirdiği buğdayı tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Amr halta mezun değil ise olur.”⁹²

Bu fetvada taraflardan birinin diğerine kendi ticari işi için bir para teslim etmesi söz konusudur. Parayı vedia alan Amr, gerektiği şekilde buğday satın almış, ancak bu buğdayı kendisi için aldığı buğdayla karıştırmış ve hepsini bir ambara koymuştur. Vedia akdinde teorik olarak, emanet edilen malın vedia alanın kendi malıyla ayırt edilemeyecek şekilde karışması halinde vedia alanın bundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.⁹³ Bu fetvanın cevap kısmında Amr'ın sorumluluğunu belirleyen unsur, vedia veren Zeyd tarafından belirlenen yetkinin sınırlarıdır. Normal şartlar altında ürünü karıştırmamak asıl kuraldır; dolayısıyla Zeyd Amr'a buğdayı karıştırmaması için özellikle izin vermediyse, ambarı sel basmış olsa bile Amr sorumlu tutulacaktır. Görüldüğü üzere bu metinde vedia verenin iade talebi yer almamıştır; akdin devam ettiği süreçte meydana gelen izinsiz/yetkisiz karıştırma işlemi kendi başına kusur teşkil etmiştir.

⁹² Fetava-yı Yahya, vr. 305/1

⁹³ QUDÜRİ, AHMAD IBN MUHAMMAD, *The Mukhtaşar of Imām Abū'l-Ḥusayn Aḥmad Ibn Muḥammad Ibn Aḥmad Ibn Ja'far Ibn Ḥamdān Al-Qudūrī Al-Baghdādī (362 AH-428 AH): a Manual of Islamic Law According to the Ḥanafī School*, çev. Tāhir Maḥmūd, Kiānī, Ta-Ha, Londra, 2010, 338.

Aynı mecmuadaki bir diğer fetva yine gerekli özenin gösterilmemesine ve tedbirin alınmamasına dair bir örnektir.

“Mesele: Zeyd Venedik diyarından aher diyarda olan Amr’a birkaç pafta çukasını isal etmek için Bekr’e ücret virüb teslim itdikde bu çukaları Amr’a isal idinceye dek bir hoşça hıfz etmek için bir mikdar akçe dahi virüb ve yolda yağmur yağub yahud suya düşüb ıslanırsa çıkarıb kurutmak için tenbih idüb Bekr dahi vech-i mübeyyin üzere kabul ve ol çukaları bargirine yükleyüb götürürken yolda üç denk çuka suya düşüb ıslandıkda Bekr kurutmak mümkün iken kurutmayub gıtdikde ol denkler içinde olan çuka çürüyüb zâyi’ olsa hâlâ Zeyd ol çukasını Bekr’e tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”⁹⁴

Çuka yani yün kumaş satımında malların teslimi için Zeyd, Bekr’e vedia vermiştir. Bu akitte Zeyd’in bu amaçla Bekr’e belli bir ücret ödemiş olduğu da dikkati çeker. Ancak esas önemli unsur, Zeyd’in Bekr’e kumaşlar hakkında verdiği talimattır; çuka bir şekilde ıslandığı takdirde kurutulup öyle yola devam etmelidir. Nitekim yolda kumaş suya düşmüş buna karşın Bekr kurutmak mümkünken gerekli önlemi almamıştır. Olaydaki kusurlu davranış kumaşın suya düşmesi değildir; nitekim bu kaza tabiri caizse “sözleşmede öngörülmüş bir risktir”. Ancak Bekr kumaşı kurutmadan yola devam etmiştir. Dolayısıyla kaza ile zarar arasındaki illiyet bağı yine kesilmiştir. Bu nedenle çürüyen kumaşın tazmini gerekecektir.

Vedia alınan malın zaruret halinde daha büyük bir zararı engellemek için vedia alan tarafından yok edilmesi durumunda yine tazminat yükümlülüğü mevcuttur:

“Zeyd sefinesiyle aher diyara giden Amr-ı reise ol diyarda Bekr’e teslim eyle deyu şu kadar fıçı yağ teslim idüb Amr dahi alub sefinesine koyub götürüb giderken esna-yı tarikde fırtına olub gark ihtimali galib oldukda Amr ol fıçıların bir mikdarını deryaya ilkâ itmekle sefinesine zabt gelüb halâs olsa Zeyd ol fıçıların hini ilkâda olan kıymetini Amr’a tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”⁹⁵

Buna benzer bir örnek icâre akdi için farklı bir mecmuada görülmüştür. Fırtına nedeniyle kaptanın gemiyi kurtarması o an için gerekli bir eylem

⁹⁴ Fetava-yı Yahya, vr. 306/1

⁹⁵ Fetava-yı Abdürrahim, vr. 320/1.

olabilir, ancak bu durum malın telef olmasından dolayı tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İtlafa fırtına değil, kaptanın fıçıları suya atması sebep olmuştur; dolayısıyla burada *mübaşeret*en itlaf söz konusudur ve kaptanın davranışının daha iyi bir amaca yönelmesi fark yaratmaz; hatırlanacak olursa *mübareşeten* itlafta kusur olmaksızın fail sorumlu tutulmaktadır.

Buna karşın vedia alan, vedia verenin izni üzerine yaptığı işlerden dolayı olarak meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaz. Menteşzade mecmuasından bir örnekte gereken izin alınmış ancak yangın çıkmıştır:

“Zeyd Amr’ın kendiye idâ ve teslim itdiği bir sepet sandığı ile bazı eşyasını Amr’ın izniyle bir handa hıfz üzere iken han muhterik oldukda ol eşya dahi bila teaddî muhterik olub zâyi’ olsa Zeyd’e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”⁹⁶

Fetvada vedia alanın vedia verenin izniyle malın içinde bulunduğu sandığı belli bir handa tutması söz konusudur. Bahsi geçen handa çıkan yangın nedeniyle meydana gelen ve vedia alanın kusuruna dayanmayan yangından kaynaklanan zarara mal sahibinin katlanması beklenmektedir, zira bu olay onun izni sonucu ve bilgisi dahilinde meydana gelmiş ve olarak vedia alan Zeyd’in *teaddî*sinin olmadığı özellikle zikredilmiştir.

B. Ariyet/İare Akdinde Kaza ve Felaketlerin Etkisi

Ariyet ya da *iare* sözleşmesinin konusu bir malın geçici bir süre için herhangi bir karşılık elde etmeksizin ödünç verilmesidir. Bu tip ödünçler belirli bir mal üzerinde gerçekleşen ve Roma Hukuku’nda parça borcu (*species*) denilen borçtur.⁹⁷ İslam hukukunda da aynı şart geçerlidir.⁹⁸ Sözleşmenin karşılıksız niteliği ve belirli bir malın sözleşmeye konu edilmesi, taraflar arasında bir tür güven ilişkisinin varlığını işaret etmektedir. Nitekim, *ariyet*in temelde hayırseverlik fikrine dayandığı da dikkati çekmiştir.⁹⁹ Buna bağlı olarak mal sahibinin ariyet alanın kusurundan kaynaklanmayan bazı durumlara katlanması gerekeceği hemen akla gelebilir. Mal ariyet alanın kusuru olmadan telef olduğunda sorumluluğun doğması konusunda mezhepler arasında görüş farkları bulunmaktadır. Hanefî ve Mâlikîlere göre ariyet alan, kusur veya ihmalin-

⁹⁶ Fetava-yı Abdürrahim, Raşid Efendi vr. 318/2; Beyazıt Kütüphanesi B9044, vr 311/1.

⁹⁷ AKMAN, s. 6.

⁹⁸ HACI HASAN, s. 181.

⁹⁹ AKMAN, s. 3.

den bağımsız olarak ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulamaz.¹⁰⁰ Ancak hataya dayanan, örneğin sözleşme koşullarına aykırı davranmaktan kaynaklanan zararı karşılamakla yükümlüdür.¹⁰¹ Buna karşın, Hanbeli ve Şafi hukukçular ariyet alanı kusuru olsun veya olmasın her türlü zarardan sorumlu tutmaktadır.¹⁰² Buradan hareketle ariyet verilen herhangi bir eşyanın deprem sebebiyle yıkılması, hatta çalınması bile Hanefi ve Mâlikî hukukçular açısından tazmin sorumluluğu doğurmayacaktır.¹⁰³ Osmanlı uygulamasında bilindiği üzere 16. yüzyıldan itibaren Hanefi yorumu tercih edilmiştir. Ariyetin de *yed-i emânet* niteliği taşıdığı kabul edilmesi, kusur sorumluluğuna dayanan yorumu beraberinde getirmektedir. Ariyet alanın malı kendi malı gibi koruyup özen göstermesi gerektiği yine genel olarak kabul görmektedir.¹⁰⁴

Fetva mecmualarında bir kaza veya felaket sonucu malın telef olması halinde ariyet alanın sorumluluğunu konu alan pek çok örnek yer almaktadır. Bu durumda dahi ariyet alanın belli bir özeni göstermiş ve belli kurallara uyumuş olması gerekmektedir. Bu sorumluluk yine iki türdür, malın iadesi talep edildiğinde bu fiil ifa edilmeli ve mal gerektiği gibi korunup gözetilmelidir. Ebussuud Efendi'nin mecmualarında yer alan ilk örnek gemi kaptanının ariyet aldığı gemiye dair sorumluluğunu ilgilendirmektedir:

*“Zeyd Amr-ı reise gemisini sefer itmek için virüb Amr deryada sefer iderken rüzgâr muhalif olub, Amr gemiyi demür üzerinde koyub yoldaşları ile gemiden çıkub gitse, gemi deryada gark olsa Amr'a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”*¹⁰⁵

Burada rüzgârın sefer yoluna ters estiği için Amr'ın demir attığı ve gemiyi terk ettiği anlaşılmaktadır; geminin nerede bırakıldığı belirsizdir. Ancak Ebussuud Efendi bu durumda terk edilmiş gemi için ariyet alanın tazmin yükümlülüğünün olmadığı yönünde bir cevap vermiştir. Zira geminin batmasına sebep olan Amr'ın fiili değil, fırtınadır.

¹⁰⁰ HALLAQ, s. 266.

¹⁰¹ **Açıklamalı Osmanlı Fetvaları**, Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, haz. DEMİRTAŞ, H. Necati, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1; **Al-Mukhtasar**, s. 342.

¹⁰² HALLAQ, 266, karşı. AKMAN, s. 13.

¹⁰³ GÖZÜBENLİ Beşir, “Ariyet”, **Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (TDV İA)**, C. 3, 1991, ss. 379-380, s. 380.

¹⁰⁴ AKMAN, s. 17.

¹⁰⁵ H. Necati Demirtaş, **Fetvaları ile Şeyhülislam Ebussuud Efendi**, Akıl Fikir Yayınları, İstanbul, 2016, s. 466; DEMİRTAŞ 2020, s. 821.

Çatalcalı Ali Efendi'ye ait mecmuadan bir örnekte bu sefer taşınır bir malın ödünçü söz konusudur:

*“Hind, Zeyd'e iare itdiği samur kürkünü Zeyd'den talep itdikde Zeyd, teslim mümkün iken virmeyüb Hind'in izinsiz alıkoyduktan sonra Zeyd'in menzili muhterik olsa Hind kürkünü Zeyd'e tazmine kâdire olur mu? El-cevâb: Olur.”*¹⁰⁶

Bu fetvada yangının ne şekilde çıkmış olduğu fetvada belirsizdir. Dolayısıyla bütün şehri etkilemiş bir yangın olabileceği gibi sadece Zeyd'in evini de etkilemiş olabilir. Ancak bu örnekte, tazmin sorumluluğu yaratan şey, Zeyd'in ifa mümkünken bundan kaçınmasıdır. Zeyd'in kürkü Hind'den izinsiz alıkoyması şeklinde gerçekleşen sözleşmeye aykırı davranış biçiminin sorumluluk tipini değiştirmesi ve kürkün gasp edilmesi söz konusudur. Fetvada örnek verilen olayda, yangının kimin kusuruyla çıktığından bağımsız, önemli olan, izinsiz alıkoyma ve bunun sonucunda malın telef olmasıdır. Başka bir deyişle ariyet alanın malı iade borcu yangın nedeniyle değil, Zeyd'in zamanında ifadan kaçınması yüzünden imkânsız hale gelmiştir. Bunun tam tersi bir olay yaşansa, örneğin Zeyd zamanında ifa etmek için harekete geçmiş ancak Hind malı kabulden kaçınmış olsa veya Zeyd malı üç ay kullanmak için almış ancak yangın bu süre içinde meydana gelmiş olsa bu sefer cevabın farklı olacağı ve Zeyd'in borçtan kaçınabileceği, fetvadaki sorunun biçiminden anlaşılabilir.¹⁰⁷

Şeyhülislam Feyzullah Efendi'nin *Fetava-yı Feyziyye*'sinde *Kitabu'l-Ariye* başlığı altında tarafların sorumluluğuna dair pek çok soru yer almaktadır ki bu soruların bir kısmı da borç bir kaza veya felaket nedeniyle sona erdiği için sorulmuştur. Bu mecmuada yer alan bazı örneklerde borç altına girebilecek ariyet alan tarafın kusursuz olduğu *“teaddî ve taksirinsiz”* kelimeleriyle ifade edilmiş, böylece hata, ihmal, hukuka aykırılık ya da sözleşme koşullarına uymamaktan kaynaklanan bir zararın söz konusu olmadığı belirtilmiştir:

¹⁰⁶ **Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, s. 137.

¹⁰⁷ Bu makalenin kapsamı dışında kalsa da Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'de ödünç verenin talebi halinde ödünç alanın malı iade etme yükümlülüğü olduğu 827. Maddede düzenlenmiştir. Bu iade gerçekleşmediği takdirde ödünç alanın telef halinde tazmin sorumluluğu doğacağı da yine Mecelle'de yerini almıştır. Bu durum, Osmanlı hukuk sistemindeki devamlılık açısından güzel bir örnektir. Bkz. AKMAN, s. 20-21.

“Zeyd bir mahallede vâki‘ mülk menziline Amr’a iare ve teslim itdikden sonra mahalle-i merkûmede harik vâki‘ olmakla Amr’ın teaddî ve taksîrinsiz ateş menzil-i mezbûra isabet edip muhterik olsa Amr’a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁰⁸

Bir önceki fetvadan farklı olarak bu fetvada ödünç alan Amr’ın herhangi bir *teaddîsi* veya kusuru söz konusu değildir. Sözleşme koşullarına aykırı bir elde bulundurma da mevcut değildir. Yangın mahallede çıkmış ancak Amr’ın herhangi bir hatası olmadan ariyet verilen eve isabet etmiştir. Bu durumda artık ariyet veren Zeyd’in Amr’a yöneltebileceği bir talep mevcut değildir.

Fetava-yı Abdürrahim’de ariyet verenin belirlediği koşullara uyulmadığı takdirde nasıl bir sorumluluğun doğacağına dair iki farklı örnek yer almaktadır. İlk örnekte yine ev ariyeti söz konusudur:

“Zeyd Amr’ın menziline ariyeten sakin iken Zeyd ol menzilin ocağında Amr’ın izinsiz *mutâddan ziyade* ateş yakmağla Amr’ın menzili ve içinde olan eşyası muhterik olsa Zeyd’e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olur.”¹⁰⁹

Bu fetvada ariyet alanın kusurlu kabul edilmesine sebep olan iki unsur mevcuttur. Bunlardan ilki ariyet alan Zeyd’in ariyet veren Amr’dan izinsiz ateş yakması, ikincisi ise bu ateşin *mutâddan ziyade* olmasıdır. Bu örnekte *mutâddan ziyade* ateşin bölgesel olarak farklı şekilde anlaşılması mümkündür. Buna ek olarak, ocağın veya evin büyüklüğü gibi unsurlar *mutâd* kavramının ne olup ne olmadığına karar vermek için önemli etkenler olacaktır.

Mecmuadaki ikinci fetva gemi ödünçünü konu almaktadır:

“Hind Zeyd’e *filan diyara sefer idüb ol diyardan buğday tahmil itmek için ariyet virdiği sefinesi ile Zeyd filan diyara sefer itmeyüb Hind’in izinsiz aher diyara sefer itmekle sefine gark ve helâk olsa Zeyd’e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olur.*”¹¹⁰

Bu örnekte sözleşmeye aykırı bir davranış nedeniyle gaspa dönüşen bir ariyet söz konusudur. Ariyet veren Hind ile ariyet alan Zeyd, geminin belli bir yere (*filan diyara*) gitmesi konusunda anlaşmışlardır. Buna karşın Zeyd, bu koşula aykırı davranıp başka bir beldeye gitmiş ve gemi bu sırada batmış-

¹⁰⁸ *Fetava-yı Feyziye*, s. 348-349.

¹⁰⁹ *Fetava-yı Abdürrahim*, Raşid Efendi vr 314-2.

¹¹⁰ *Fetava-yı Abdürrahim*, Raşid Efendi, vr. 316-1.

tır. Geminin neden battığı bu fetvada belirsizdir, ancak Zeyd'in bu davranışı meseleyi yine gasp sorumluluğuna çevirdiği için yine felaketler dahil her türlü zarardan sorumlu tutulacaktır. Bir diğer gemi ödünçü örneğinde ise bu sefer açıkça bir doğa olayının etkisiyle batan bir gemi konu alınmıştır. Bu fetva da Feyzullah Efendi'nin yayınlanmış fetva mecmuasında yer almaktadır. Bu örnekte yukarıdakilerden farklı olarak müşterek bir malın ödünç verilmesine dair bir soru sorulmuştur:

“Zeyd ve Amr alev-iştirak mâlik oldukları sefineyi falan iskeleye varıp gelinceye dek Bekr'e iare ve teslim edip Bekr dahi sefine ile ol iskeleye giderken teaddî ve taksirinsiz sefine fırtınadan batıp Bekr bir tarik ile halâs olsa Bekr'e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹¹¹

Bu fetvada ortak bir gemi ödünç ile Bekr'e verilmiş, Bekr de sözleşme çerçevesinde gitmesi gereken iskeleye yönelmişken yolda fırtına çıkmış ve gemi batmıştır. Fırtına esnasında Bekr'in olması gerektiği gibi davrandığı yine *teaddî ve taksirinsiz* kelimeleriyle ifade edilmiştir. Bu nedenle yine ariyet alanın tazmin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

C. İcâre Sözleşmesi ve Sorumluluk

İcâre sözleşmesi en genel anlamıyla bir menfaatin ücret karşılığı temlik edilmesi şeklinde tanımlanabilir.¹¹² İslam ve Osmanlı hukukunda *icârenin* günümüz hukukundaki kiradan farklı, daha geniş kapsamlı bir sözleşme olduğu hatırlanmalıdır. İslam hukukunda bu sözleşme günümüzde kira (*icâretü'l-a'yân*), iş (*icâre-i ademî, icâretü'l-eşhâs*) ve istisna sözleşmesine tekabül eden bir sözleşmedir ve aynı zamanda hayvan emeğinin kiralanması için de kullanılmaktadır.¹¹³ İcârenin iş ve emeğe dayalı sözleşmeler için kullanılmasının arkasındaki mantık, bu tip sözleşmelerde bir kişinin kendi emeğini kiralayabilmesidir. Klasik anlamda *icâre* bir şeyin tasarruf hakkından yararlanmayı sağlayan sözleşmedir. Dolayısıyla *icâre-i ademî*de de emek tasarruf edilmektedir. Eşya kirasında kiracının mal üzerinde *yed-i emânet* sorumluluğu olduğu konusunda görüş birliği olduğu anlaşılmaktadır.¹¹⁴ Bu

¹¹¹ Fetava-yı Feyziye, s. 349.

¹¹² BARDAKOĞLU Ali, “İcâre”, TDV İA, C. 21, 2000, ss. 379-388, s. 380.

¹¹³ HALLAQ, s. 256; DEMİRCİ, s. 101.

¹¹⁴ DEMİRCİ, s. 102-103. Yazarın bu kanaati Kasânî, İbn Rüşd (ö. 1126), Şirazi (1083) ve İbn Kudame'nin (ö. 1283) eserlerine dayanmaktadır.

durumda kiracı, elindeki malı gerektiği gibi korumadığı veya sözleşmede belirlenen şartlara uymadığı takdirde kusurlu kabul edilecektir. Emek kirasında da *yed-i emânetten* söz edilmesi gerektiğine dair çoğunluğun mutabakatının mevcut olduğu anlaşılmalı beraber bu konuda görüş farkları mevcuttur.¹¹⁵

1. Felaket ve Kazaların *İcâre* Akdinden Alınan Ücrete Etkisi

İcâre sözleşmesinin unsurlarından biri olan ücretin, açık ve bilinir veya örfe dayanarak tespit edilebilecek nitelikte olması, *mütekavvim* (dinen yararlanılması mübah) mal olması hem kira hem de iş sözleşmesi niteliğindeki *icâre* için geçerli bir şarttır.¹¹⁶ Fetva mecmualarında felaket veya kaza niteliğindeki olayların ücrete etkisini açıklayan pek çok örnek yer almaktadır. Bu soruların bir kısmı ücretin hangi koşullarda tamamen sakıt olacağı, hangi koşullarda ücretin kısmen ödenmesi gerektiğine dair çeşitli meselelere dayanmaktadır. Hanefî hukukuna göre kiracının eşyayı kullanma imkânı varken kullanmaması nedeniyle ücret ödememesi mümkün değildir.¹¹⁷ Bu nedenle de kaza veya felaketin etkisiyle işin imkânsız hale gelip gelmediğine dair bilgi fetvaların soru kısmında verilmiştir. Gerek kira gerek iş akdinde menfaatin kısmi ifası halinde ücretin belli bir bölümünün ödenebileceği kabul edilmiştir. Zira Hanefî hukukunda ağırlıklı görüş, kira borcunun menfaatin elde edilmesiyle doğduğudur.¹¹⁸

İş akdinde ödemeyi belirleyen unsurlardan biri, ifanın işveren için yarar sağlamasıdır.¹¹⁹ Ücretin ifası konusunda bir diğer belirleyici unsurun yapılan işin niteliği olduğu anlaşılmaktadır. Teorik olarak iş akdi biçiminde yapılan *icâre* sözleşmesinde *ecîr-i has* ve *ecîr-i müşterek* olarak ikiye ayrılmaktadır. *Ecîr-i has* belli bir süre için yalnız kiracı (işveren) için çalışıp emeğini ona tahsis etmişken *ecîr-i müşterek* yalnız belli bir işin ifası için “kiralananmaktadır” ve aynı anda birden fazla kişi için iş yapabilir.¹²⁰ Bu ayrımın önemli bir farkı, Hanefî fıkhnın temel kaynaklarından *El Muhtasar*'da işçiye ödenecek

¹¹⁵ DEMİRCİ, s. 103. Bkz.aş. B. Felaket ve Kazaların Mal Tazminine Etkisi

¹¹⁶ BARDAKOĞLU 2000, s. 382, 384.

¹¹⁷ BARDAKOĞLU 2000, s. 382.

¹¹⁸ BARDAKOĞLU Ali, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi ve Özellikle Personel İstihdamı, doktora tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1982, s. 84-85.

¹¹⁹ BARDAKOĞLU 2000, s. 386

¹²⁰ BARDAKOĞLU 2000, s. 384.

ücret üzerinden gösterilmiştir. Buna göre *ecîr-i müsterek* parasını işin bitiminde alır. Yine aynı eserde Ebu Hanife'den yapılan alıntıya göre eğer elindeki mal kendi kusuru haricinde bir sebepten telef olursa sorumlu tutulmaz. Bu tip işe örnek, boyacı, terzi, gemici gibi işler verilmiştir.¹²¹ *Ecîr-i müsterek* ücreti hak etmek için işi tamamlamak ile yükümlüdür.¹²² *Ecîr-i hassın* ücreti ise hizmet sunduğu döneme dairdir; bir başka ifadeyle *ecîr-i hassın* vaktini belli bir işe ayırması sebebiyle ücreti hak ettiği söylenebilir. Bu nedenle de ücret, işin tamamlanmasından bağımsız olarak hak edilir.¹²³

Eşya kirasına dair sözleşmelerde, bir kaza veya doğal afet sebebiyle mal telef olduğu ve ifa imkansızlaştığı takdirde kira sözleşmesi feshedilebilmektedir. Hallağ herhangi bir şekilde tasarruf imkânsız hale gelirse bunun sözleşmeyi bitireceğine dair bir ortak fikrin hukukçular arasında mevcut olduğunu belirtir.¹²⁴ Nitekim İslam kira hukukunda ücretin kiralanan şeyin menfaatinden faydalanılan süreç boyunca ödeneceği ancak kira konusu eşyanın yok olmasından sonra ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır.¹²⁵ Bu durumda mal telef olan zamana kadar ödenen kira geçerli kabul edilmiş ancak mal zarar gördükten ve akit feshedildikten sonra ödenmeye devam edilmesi reddedilmiştir.

a. “Emek Kirası” İş Akitlerine Dair Örnekler

Fetva mecmualarında görülen farklı tipte *icâre-i ademî* akitleri, bir taraftan Osmanlı İmparatorluğu'nun sosyal yapısına dair ipuçları da vermektedir. Bu çalışmada üzerinde en fazla durulan örnekler gemi kaptanlığı, çobanlık ve bağ-bahçe-tarla işçiliği hakkındadır. Bu akitlerin konuları gereği doğal afetlerden etkilenme olasılıkları daha yüksektir. Bunların haricinde bir küçüğün bakımı amacıyla bir kadının çalıştırılması, bir çocuğun meslek veya sanat öğrenmesi için bir ustanın yanına verilmesi, ücret karşılığı kitap okunması, ücret karşılığı Kuran-ı Kerim okuma veya öğretme gibi sözleşmeler de fetva mecmualarının *Kitabu'l-İcârat* kısmında yerini almıştır.¹²⁶

¹²¹ **Al-Mukhtasar**, s. 236.

¹²² **DEMİRCİ**, s. 102.

¹²³ **Al-Mukhtasar**, s. 237; **HALLAQ**, s. 257; **DEMİRCİ**, s. 110.

¹²⁴ **HALLAQ**, s. 258-259.

¹²⁵ **KIYLIK** 2016, s. 208-209; **DEMİRCİ**, s. 105. Yazarın bu hususta dikkate aldığı kaynaklar Kasânî, İbn Rüşd, Garyabi, Mühezzeb, Şîrbînî ve İbn Kudame'dir

¹²⁶ **Fetava-yı Yahya Efendi**, vr 324/2-325/1; **ÇATALCALI ALİ EFENDİ**, s. 258.

Gemi kaptanıyla yapılan sözleşme hakkında ilk birkaç örnek, Zekeriyayazade Yahya Efendi'nin fetva mecmuasında görülmüştür:

“Mesele: Zeyd aher diyardan bir mikdar buğdayını Amr'ın sefinesine navl ile İstanbul'a dek götürmek için tahmil idüb kendi aher diyarda kalub bade Amr Zeyd'in ol buğdayını sefinesiyle İstanbul'a götürürken furtuna olub sefine gark olmağla buğday helâk olsa hâlâ Amr sefine gark olduğu mahalle gelinceye Zeyd'den ücretin almağa kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹²⁷

Burada taraflar arasındaki anlaşma, buğdayın adı bilinmeyen bir şehirden İstanbul'a gemiyle ücret karşılığı (navl ile) taşınmasıdır. Gemi yolda fırtına nedeniyle batmıştır, bu kazanın *icâre* veren kaptan Amr'ın kusuruyla ortaya çıktığına dair herhangi bir bilgi fetvada yer almamıştır. Ancak bu ilk örnekte, Yahya Efendi, Amr'ın geminin battığı yere kadar olan ücreti işveren Zeyd'den talep edemeyeceğini kabul etmiştir. Bu fetva ile mecmuada benzer konudaki ikinci bir fetvanın birlikte dikkate alınması yerinde olur:

“Mesele: Zeyd diyarından İstanbul'a götürmek için bir mikdar arpasını Amr-ı reisin sefinesine bin akçe navl kavli ile tahmil ve tesmiye olunan navl-i mezkuru yedine tamamen teslim idüb bade kendü dahi ol sefineye girüb ma'an İstanbul'a gelür iken vasat-ı tarikde fırtına ahzı ile ol sefine ve arpa gark ve helâk olsa hâlâ Zeyd navl-i mezkurdan ol arpanın helâkı mahallinden İstanbul'a değin kalan tarikin kıstı miktarını Amr'dan aldıktan sonra ziyadesin dahi istirdâd idüb almağa şer'an kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹²⁸

Bu iki fetva arasında birkaç fark mevcuttur. Öncelikle ikinci örnekte sözleşme kurulurken ücretin miktarı belirlenmiş (*tahmil ve tesmiye*) ve tamamı baştan ödenmiştir. Yüklenen malın cinsinin ve kiralayan Zeyd'in gemiye binmesinin sonucu değiştiren bir etkisi (örneğin talimata aykırı hareket) metinde doğrudan veya dolaylı olarak ifade edilmemiştir. Ancak, İslam hukukunda geminin tüm yolu kat edememesi halinde, ücretin hak edilip edilmediği konusunda Hanefiler işverenin gemide olup olmamasına göre bir ayırım yapmış, eğer işveren gemideyse ücretin kısmen ödenebileceğini söylemişler.¹²⁹ İlk fetvada işveren Zeyd gemiye binmemişken ikinci örnekteki

¹²⁷ Fetava-yı Yahya Efendi, vr. 339/1

¹²⁸ Fetava-yı Yahya Efendi, vr. 339/2

¹²⁹ KIYLIK 2016, s. 239.

işveren gemiyle yolculuğa katılmıştır. Bunun haricinde kaptanın kusurunu belirlemek bakımından iki fetva örneği arasında farklı bir etken yoktur. Gemi yolun ortasında batmıştır; ilk fetvada yolun hangi kısmında battığı açıkça yazılmış değildir. Dolayısıyla fark yaratan unsur, işverenin gemiye binip binmemiş olmasıdır.

Çatalcalı Ali Efendi'ye ait mecmuada gemi kaptanı ile ilgili tercih edilen görüş, yine klasik görüşe uygun gözükmektedir. İlk fetva örneğinde yol tamamlanmış ancak fırtına etkisiyle gemi geri gitmiştir. Fetvada, bu durum kaptanın kusurundan kaynaklanmadıysa ücretin tamamının ödenmesi gerekeceği savunulmuştur:

“Zeyd, Amr-ı reisin sefinesini metâ'ını filân iskeleye götürmek için şu kadar akçeye isticâr ve metâ'ını tahmil idüb Zeyd ile bile gidüb sefine ol iskeleye vâsıl oldukdan sonra metâ'ı çıkarmadan furtuna sefineyi tahmil olunan mahalle reddeylese Amr ecr-i müsemâyı Zeyd'den almağa kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”¹³⁰

Bu örnekte diğer ikisine nazaran önemli bir fark; gemi kaptanın iradesinden ve kontrolünden bağımsız fırtına sebebiyle yüklemenin yapıldığı limana sürüklenmiş, bu esnada taşınan eşyaya zarar gelmemiştir. Bu durumda kaptan Amr, sözleşme kurulurken belirlenmiş ücretin (*ecr-i müsemma*) tamamını Zeyd'den tahsil edebilecektir zira o sözleşmenin kendi tarafına düşen kısmını yerine getirmiş, yani belli bir işi tamamlamış, menfaat ortaya çıkmıştır.

Ali Efendi'nin bu fetvası *Fetava-yı Abdürrahim*'de tekrar edilmiştir.¹³¹ Abdürrahim Efendi'nin mecmuasında *fi icâre-yi sefine* başlığı altındaki kısımdan bir diğer örnekte Yahya Efendi'nin ilk fetvadaki görüşüne benzer bir durum söz konusudur:

“Zeyd Amr'in sefinesine navl ile bir mikdar metâ' tahmil idüb ve İstanbul'a irsal idüb kendi kaldıkda Amr sefine ile deryada gelürken fırtına olmağla fırtınadan sefine bir mevzide karaya urub helâk oldukda Zeyd'in ol metâ'ı helâk ve telef olsa Amr Zeyd'den kavlı olunan navlın ol mevzie gelinceye lâzım olan kıstını almağa kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹³²

¹³⁰ **Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, s. 262.

¹³¹ **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi, vr 297/1

¹³² **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi vr 296/2

Bu fetva örneğinde de işverenin gemiye binmediği dikkati çekmektedir. İş sahibi gemiye binmediği takdirde baştan ödenen ücretin tamamen iade edilmesine dair bir fetva ise tam anlamıyla afet veya kaza niteliğinde bir durumla ilgili değildir; ancak tarafların sorumluluğu bakımından aynı unsura dayanmaktadır:

“Zeyd, Amr-ı reisin sefinesine filan diyara götürmek için ücretle şu kadar eşya tahsil idüb ücret-i mezbûreyi tamamen Amr’a teslim idüb kendi gitmeyüb reis-i mezbûr yürüyüp giderken esna-yı tarikde harbi kefare müstevli olub sefineyi ve ol eşyayı alub daru’l-harbe götürüb istimplâk eyleseler Amr halâs olub geldükde Zeyd meblağ-ı mezburu Amr’dan istirdada kâdir olur mu? El cevab: Olur.”¹³³

Bu örnekte yine iş sahibi Zeyd’in gemiye binmediği görülebilir. Bu olayın da bir bakıma insan eliyle gerçekleşmiş bir felaket olduğu düşünülebilir, anakronik bir yaklaşımla günümüz hukuku çerçevesinde beklenmeyen hal olarak tanımlanması mümkündür. Bu durumda gemi ve içindeki eşyaya yabancı ve o dönemde savaş halinde olunan bir ülkeye ait başka bir kaptan el koymuş ancak Amr bir şekilde kurtulmuştur. Menteşzade Abdürrahim Efendi’nin mecmuasında, bu durumda peşin ödenen ücretin geri alınabileceğine hükmedilmişti. Zeyd gemide olsa kısmen yolculuk ettiği için yine kısmi ödemenin mümkün olacağı tahmin edilebilir.

Fetva mecmualarında sık rastlanan bir diğer *icâre* tipi çobanlık ile ilgilidir. Ancak bu örnekler daha ziyade hayvanlara beklenmeyen bir felaket veya kaza nedeniyle gelen zarardan doğan sorumluluğu açıklamaya yöneliktir. Çatalcalı Ali Efendi’nin mecmuasından bir örnekte ise ücretin hak edilmesine dair bir soru mevcuttur:

“Zeyd’in ecîr-i hassı, çobanı Amr, Zeyd’in koyunlarını bir müddet ra’y itdikden sonra müddet-i icâre tamam olmadan Amr’ın teaddî ve taksirinsiz koyunların cümlesi bir hastalıktan helâk olsalar Amr ecr-i müsemmadan ol müddete isabet eden mikdarı Zeyd’den taleb itdikde Zeyd: ‘Mücerred koyunlar helâk olmağla virmem’ dimeğe kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹³⁴

¹³³ Fetava-yı Abdürrahim, Raşid Efendi vr 296/2

¹³⁴ Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, s. 260.

Bu örnekte çoban Amr'ın *ecîr-i has* olduğu, ayrıca koyunların ölümünde herhangi bir kusurunun olmadığı, hastalık nedeniyle kayıp yaşandığı açıkça ifade edilmiştir. Kusuru veya haksız fiili olsaydı muhtemelen tazmin sorumluluğu doğacaktı. Hastalığın yöredeki tüm hayvanlara yayılıp yayılmadığı fetvada belirtilmemiştir, ancak bir sürüdeki bütün hayvanların bu nedenle ölmesi, kuşkusuz sürü sahibi açısından ağır bir kayıptır. Bu kayıp, sürü sahibi Zeyd'i, Amr'ın işi sürdürdüğü döneme dair ücreti ödeme borcundan kurtarmamıştır. Ama işin niteliğine bağlı olarak talep edilecek paranın bir sınırı vardır; Amr koyunların ölümünden sonraki döneme ait bir ücreti talep edemez. *Ecîr-i has* olan Amr'ın hak edişi belli bir işin bitmesine değil çalıştırıldığı süreç boyunca kazanıldığı için bu şekilde yorum yapılmıştır. Bu fetvadaki görüş, klasik dönem fıkıh eserleriyle uyumludur.¹³⁵ Aynı kural tarla işçiliğinde de belirgin bir biçimde görülmektedir.

Behçetü'l-Fetava'da tarla sahibinin işçinin emeğini kiralaması üzerinden ücret borcuna dair fetva yer almaktadır:

*“Zeyd tarlasında idrak ettiği ekini biçmek için orakçılardan Amr ve Bekr'i şu kadar akçeye icâre-i sahiha ile isticâr, Amr ve Bekr dahi ekinin bir mikdarını biçdiklerinde bi-emrillâhi Teâlâ dolu yağış mâ'adâyı itlâf eylese mezbûrlar ücret-i mezbûreden biçtikleri ekine isabet eden mikdarı Zeyd'den almağa kâdir olurlar mı? El-cevab: Olurlar.”*¹³⁶

Bu fetvanın hemen akabinde, benzeri bir durumla ilgili icâre verenlerin (yani emekçilerin) farklı bir talebi ele alınmıştır:

*“Zeyd bir tarlasında hasıl olan buğdayı biçmek için Amr ve Bekr'i şu kadar akçeye icâre-i sahiha ile isticâr ve mezbûrlar bir mikdarını biçip mâ'adâsını biçmeden ol mâ'adâ afet-i semâviyye ile helâk olsa Zeyd ecr-i müsemmadan biçtikleri mikdara isabet eden ücreti verirken mezbûrlar kanaat etmeyip ‘Tamamen ecr-i müsemmayı alırlar’ demeğe kâdir olurlar mı? El-cevab: Olmazlar.”*¹³⁷

İlk fetva ile ikinci fetva arasında yapılan işin niteliği birebir aynıdır. Her iki fetvada da sözleşmenin başında belli bir ücret kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır, ilk fetvada bu durum “şu kadar akçeye” ifadesiyle ikinci fetvada

¹³⁵ DEMİRCİ, s. 110.

¹³⁶ *Behçetü'l-Fetava*, s. 473.

¹³⁷ A.y.

ise ecr-i müsemma terimi ile belirtilmiştir. İlk fetvada iki tarafın da kusursuzluk hali “*bi emrillâhi Teâlâ*” ifadesiyle belirtilmiştir. İlk fetvada ürünün biçilmeyen kısmı dolu yüzünden ikinci fetvada ise, yine tarafların elinde olmayan bir sebepten telef olmuş, metinde açıkça *afet-i semâviyye* terimi kullanılmıştır. Her iki örnekte de işveren için kısmi menfaat doğmuştur. Bu durumda, kiraya veren işçilerin yapmaları gereken, bu zamana kadar bitirdikleri biçilmiş buğdaya dair ücreti talep etmektir; işin bütünü tamamlanmadığı için kaybın yaşandığı zamandan sonraya yönelik, ürünün geri kalanına (*mâ’adâsına*) dair ücret talebi geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak, işin kısmen tamamlandığı dolayısıyla işveren için kısmî bir menfaat doğduğu için, kiracı/işveren Hanefî hukukuna göre bu kısım için ücreti ödemekle mükelleftir.

Görüldüğü üzere Osmanlı fetva literatüründen verilen bu örneklerde *ecîr-i has* olan işçiler işe başladıkları andan itibaren ücreti hak ettikleri için çalıştıkları sürenin ücretini almışlardır. *Ecîr-i müşterek* sayılabilecek durumlarda ise işveren için kısmî bir faydanın sağlanması durumunda kısmî ödeme mümkün kabul edilmiştir.

b. Eşya Kirasına Dair Örnekler

Bir felaket veya kaza sebebiyle eşyanın telef olması veya menfaatin imkânsız hale gelmesine dair incelenecek örnekler tarla, bostan vb. kirasına dairdir. Sel ve kuraklık gibi tarafların kusuruna dayanmayan durumlarda kira bedelinin ne şekilde tahsil edileceği sorusu, Osmanlı İmparatorluğu gibi ekonomisi geleneksel tarıma dayanan bir toplum için önemli bir sorudur.

Yahya Efendi fetvalarından ilk örnekte sorun, bir bostanın kiralananından sonra sel nedeniyle ürünün telef olması ve akitte belirlenen süre içinde tekrar ürün elde etmenin imkansız hale gelmesidir:

“*Zeyd Amr’ın bostanını bir sene tamamına ücret-i muayyeneye hıyar ve kabak zer’ itmek için isticâr idüb bade’z-zer’ mutâddan ziyade yağmur yağub seyl-i azim olub ol zer’ olunan eşya zayi olub bakiyesine de bir daha zer’ olunub iken hasıl itmeğe imkan olmayacak Zeyd fesh-i akd ile ücret-i mezbûreden Amr’a bir nesne virmemeğe kâdir olur mu? El-cevab: Helâk-ı zer’e değın ücretinden kısmını virmemeğe kâdir olmaz.*”¹³⁸

¹³⁸ Fetava-yı Yahya Efendi, vr. 338-1.

Bir yıllık kira devam ederken Zeyd, bostana çeşitli sebzeler ekmiş ancak yağmur nedeniyle sel gelmiş ve ürün telef olmuştur. Bostanın kiranın kalan süresi içinde tekrar ekilmesi mümkün değildir. Bu durumda Zeyd akdi fesh edebilir, ancak sel yani *helâk* zamanına kadar geçen süre için kira ücretine düşen payı (*kıstını*) ödemekle yükümlüdür.

Benzer bir kira sözleşmesinde peşin olarak ödenen kira bedeline ne olacağına dair Feyzullah Efendi tarafından verilmiş fetva ise şu şekildedir:

“Zeyd Amr’ın mülk arsasını kavun ve karpuz zer etmek için müddet-i muayyene tamamına dek icâre-i sahiha ile şu kadar akçeye isticâr ve kabz ve ecr-i müsemmayı Amr’a peşin verip bade’z-zer’ mutâddan ziyade yağmur yağıp zer’ helâk olduktan sonra tekrar zer’ ve husûl mümkün olmamakla Zeyd ve Amr icâreyi fesh eyleseler Zeyd ecr-i müsemmadan helâk-i zer’dan müddet-i bakıyeye isabet eden mikdarı Amr’dan istirdada kâdir olur mu? El-Cevab: Olur.”¹³⁹

Bu örnekte de kiracının peşin verdiği ücretin, ifa imkansızlığı nedeniyle fesih durumunda telef anına kadar ödenen kısmının geçerli olduğu, ancak bu andan sonra sözleşmenin tamamlanmasına kadar kalan süre için iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İmkânsızlık sebebiyle feshedilen *icâre* sözleşmesinde mal sahibinin talebinin sınırlarını belirten bir fetva ise Abdürrahim mecmuasında verilmiştir:

“Zeyd Amr’ın tasarrufunda olan bostan yerini şu kadar akçeye bir sene tamamına dek isticâr idicek lahana ve kabak ve bâzicân zer’ idüb nâbit olduktan sonra seyl-i azim gelüb ol mezrûu götürüb itlâf eylese hâlâ müddet-i icâre tamamından bir nesne zer’ olunub hasıl olmak mümkün değil iken Amr ecr-i müsemmayı Zeyd’den almağa kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁴⁰

Bu olayda yine bir yıllık yapılan bir sözleşmede ürün telef olduğu ve tekrar ekilemeyeceği için Amr’ın bir yıllık önden kararlaştırılan ücretin (*ecr-i müsemma*) tamamını talep etmesi uygun bulunmamıştır. Menteshade Abdürrahim fetvalarında *icâret-i bostan* kısmında yer alan bu örnek dışında çeşitli doğal koşullar nedeniyle imkansızlaşan ekim nedeniyle ücretin ne kadarının ödenebileceğine dair bir diğer örneğe kuraklığı konu almaktadır:

¹³⁹ **Fetava-yı Feyziye**, s. 375.

¹⁴⁰ **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi vr. 295/2

“Zeyd bir bostanı Amr’a yevmi şu kadar akçeye icar Amr dahi isticâr ve bazı sebzevat makulesini zer‘ idüb yanında olan nehirden saky iderken nehr kuruyub Amr’ın ol (zer‘) itdiği sebzevat dahi kuruyub hasıl olmasa Zeyd ol bostanın icâresini bi’t-tamam Amr’dan almaya kâdir olur mu? El-cevab: Zer‘ helâk olduğu vakte dek kıstını almağa kâdir olur.”¹⁴¹

Burada bostanın yanından geçen nehrin kuruması belli ki bostandaki ürünün de kurumasına yol açmıştır. Bu durumda Menteşzade ücretin sebzelerin telef olduğu döneme denk gelen payının kiraya verenden geri alınabileceğine ancak tamamının ödenmesinin uygun olmadığına dair bir cevap vermiştir.

Mecmuada bostan kirasıyla ilgili bir diğeri fetva da yıllık peşin veya aylık veya günlük olarak ödenen kira ücretinin, bostan ekimi dolu sebebiyle imkânsız hale geldikten sonra ne kadarının iade edileceği üzerinde kuruludur. Bu örneklerin tümünde ücret iadesi için önemli olan bir unsur, ürünün telef olmasından sonra bostanın kira süresi içinde bir daha ekim yapılamayacak ve ürün alınamayacak durumda olmasıdır.¹⁴² Bu örnekler kısmî yararlanma konusunda yukarıda Hanefi hukukuna dair yer verilen görüşle uyumludur.

Menteşzade’nin fetvaları arasında farklı konuda bir soru, yine dolu sonrası telef olan ürünün tohumundan bir sonraki sene çıkan yeni ürünün kime ait olacağına dair meseledir:

“Zeyd Amr’ın bir kuta tarlasını ücretle alub üzerine buğday eküb ekini hasada geldikde biçüb almadın ol ekini dolu urub helâk olduktan sonra dökülen hububundan sene-yi âtîde nâbit olub mahsul olsa ol mahsulü Zeyd ile Amr’dan kangisinin olur? El-cevab: Zeyd’in olur.”¹⁴³

Bu fetvayla benzer bir diğeri soru da aynı mecmuada farklı şekilde sorulmuştur:

“Zeyd Amr’dan bir sene tamamına dek isticâr ettiği tarlaya buğday ziraat idüb nâbit olduktan sonra kable’l-hasad dolu urub mahsul

¹⁴¹ **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi vr. 295/2.

¹⁴² “Zeyd tarlasını buğday ekmek için şu kadar keyl buğdayı ücret-i kavliyle Amr’a bir sene tamamına dek icâr idüb Amr dahi ol tarlaya buğday eküb nâbit olmaktan dolu yağup cümlesin helâk olub bad baki müddette tekrar ekin ekme mümkün olmasa müddetin tamamında Zeyd Amr’dan bakiye müddet için ücret almağa kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.” **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi vr. 295/2

¹⁴³ **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi vr. 296/1

*helâk olub hasad mümkün olmayub sene-yi âtîde tekrar zira olunmadın ol tarlalara şu kadar buğday nâbit olsa Zeyd ol buğdayı benim buğdayımdan nâbit olmuştur deyu almak murad itdikde Amr-ı mücerred 'Bir seneye dek isticâr itmiştik sene tamamından sonra bitmek ile yere tebeiiyetle benim olmuş olur' deyu Zeyd'i defe kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.*¹⁴⁴

Her iki örnekte de kiracı Zeyd, kiraya veren Amr'ın tarlasını ekmiş ancak hasat zamanı geldiğinde dolu yağmış ve ürün telef olmuştur. İlk fetvada sözleşmenin süresi belirtilmemişken ikinci fetvada taraflar bir yıllık süreyle kira sözleşmesi yapmıştır. Bu nedenle ikinci fetvada aynı sözleşme dönemi içinde hasadın mümkün olmadığı bilgisi geçmektedir. Ancak dolu nedeniyle dağılan tohumdan üreyen buğday, sözleşme sona erdikten sonra büyümüş olsa dahi kiracı ve tarlayı eken, dolayısıyla tohumların sahibi olan kişiye ait kabul edilmiştir. Bu nedenle de tarla sahibinin “ürün yere tabiidir” (*tebeiiyetle*) gerekçesi kabul görmemiştir.

2. Felaket ve Kazaların Mal Tazminine Etkisi

İcâre sözleşmesi ister mal ister emek kirası şeklinde olsun, bir taraf diğer tarafa bir eşya emanet ediyorsa bu eşyanın korunmasında belli bir özenin gösterilmesi gerekmektedir. Bu sorumluluk, malın gerektiği gibi korunmaya alınmasını da kapsamaktadır. Bu konuda *icâre-yi ademî* açısından işçinin niteliği önem kazanmaktadır, zira literatürde *ecîr-i hassın* sorumluluğu *yed-i emânet* kabul edileceği kaynaklar üzerinden ifade edilmiştir.¹⁴⁵ *Ecîr-i müşterek* konusunda ise Ebu Hanife ve İmameyn arasında görüş farkı olduğu anlaşılmaktadır; İmameyn *ecîr-i müştereki yed-i damân* kabul ederek haksız fiili olmasa dahi itlaf nedeniyle sorumlu tutmuş, ancak büyük yangın, düşman, toplu felaket gibi olaylarda işçinin sorumlu tutulmayacağını belirtmişlerdir.¹⁴⁶

Gemi taşımacılığı hakkında Ebu Hanife'den beri devam eden görüş, mala gelen zararın kaptanın fiilinden kaynaklanmaması halinde kaptanın malı tazmin sorumluluğunun bulunmayacağıdır.¹⁴⁷ Bu görüşün bu makalede incelenen Osmanlı fetva mecmualarında da benimsendiği görülebilir. Klasik

¹⁴⁴ **Fetava-yı Abdürrahim**, Raşid Efendi vr. 295/2.

¹⁴⁵ DEMİRCİ, s. 103. Yazarın bu konudaki kanaati Kasani, Ayni, İbn Rüşd, Eş-Şirazi, Şirbini ve İbn Kudame gibi fakihlere dayanmaktadır.

¹⁴⁶ DEMİRCİ, s. 104.

¹⁴⁷ KIYLIK, 2016, s. 237.

dönem kaynaklarından Osmanlı fetva literatürüne devam eden bir diğer kural, eğer taraf gereken özeni göstermişse rüzgâr ve fırtına dolayısıyla oluşacak zarardan sorumlu tutulamayacağıdır.¹⁴⁸ Herhangi bir kaza veya felaket esnasında işçinin belli bir özeni göstermiş olması, kusursuz olması gibi unsurlar fetvalarda aranmıştır.

Gemiyle taşınan malın telef olmasına dair en erken tarihli örnek Kemalpaşazade'ye aittir:

*Mesele: Zeyd-i reis navl ile Amr'ın tuzunu gemisine koyub ahar şehre getirip Amr'ın izniyle dışarı çıkardıkta, yağmur yağıp tuzun bir miktarı helâk olsa Amr Zeyd'den helâk olan tuzun şer'an ecrini vermemeye kâdir olur mu? Beyan buyurub müsab oluna. El-cevab: Teaddî ettiyse ücreti değil, tuzun kıymetini bile alır. Teaddî etmediyse de bir kavilde dâmin olur birinde olmaz. (Harrarahû Ahmed).*¹⁴⁹

Bu fetvada kaptan Zeyd, Amr'a ait tuzu kendi gemisine yüklemiş ve belli olmayan bir şehre taşımıştır. Daha sonra Zeyd, Amr'ın izniyle tuzu dışarı çıkarmış ancak bu esnada yağmur yağdığı için tuzun bir kısmı telef olmuştur. Kemalpaşazade iznin varlığına rağmen cevap kısmında *teaddî* unsurunun dikkate alınacağını ifade etmiş, ancak bu konuda iki farklı görüşün bulunduğunu da zikretmiştir. Örnek özelinde mal tuzun sahibinin izniyle çıktığına göre, burada bir sorumsuzluk halinin geçerli olması mümkündür.

Ebussuud'un yayımlanmış Fatih nüshasından iki örnekte de kaptanın tazminat sorumluluğunda *teaddî* esastır: İlk örnek, gemiyi işleten birinin kiraladığı geminin zarar görmesi halinde tazminat yükümlülüğüdür ve kusur koşulu aranmaktadır.

*“Zeyd Amr'a ücretle bir gemi virüb Amr gemiyi işledürken gemi helâk olsa Amr'a damân lâzım olur mu? El-cevab: Teaddî ve taksir itdi ise olur. Ebussuud Fatih.”*¹⁵⁰

¹⁴⁸ ERGÜN, s. 971.

¹⁴⁹ İNANIR, s. 104. Çeviriyaşıya dayanan kitapta bazı hataların olduğu tespit edilmiştir. Örneğin İnanır, navl kelimesini nul, gemisine kelimesini kimse, koyub kelimesini karib olarak okumuştur. Metnin aslı kitapta verilen atıf üzerinden kontrol edilmiş ve gerekli değişiklikler yapılmıştır. Orijinal metin için bkz. **Mecmuatü'l-Fetava**, Süleymaniye Kütüphanesi, Şehid Ali Paşa 2867 vr. 14/1

¹⁵⁰ DEMİRTAŞ 2020, s. 879.

Bu ilk örnekte kiralanan geminin bir şekilde zarar görüp telef olduğu anlaşılmalıdır. Ancak fetvada Amr'ın sorumluluğunu belirleyecek şey, yine *teaddî* unsurunun ve taksirin varlığıdır.

İkinci örnekte bu sefer gemiyi batmaktan kurtarmak için başkasına ait yükü suya atan kaptanın sorumluluğu değerlendirilmiştir:

“Zeyd-i reis gemisi helâke müşerref oldukda Amr ve Bekr metâ'larını gemiyi kurtarmak için mezbûrlardan izinsiz deryaya döküb kurtuldukda metâ'larını taleb idüb Zeyd'e tazmine kâdir olurlar mı? El-cevab: Olurlar. Ebussuud-Fatih”.¹⁵¹

Burada geminin batma ihtimalini yaratan olayın niteliği belirsizdir, ancak kaptan Zeyd bu nedenle başkasına ait yükü izin almadan suya atmıştır. Bu durumda suya attığı malı tazmin etmelidir. Esasen bu durum bir *mübaşeret* itlaf halidir.¹⁵²

Gemi taşımacılığı sırasında telef olan malın tazmin edilmesi yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceğine dair bir fetva, *Fetava-yı Feyziyye*'de yer almaktadır:

*“Zeyd şu kadar keyl ununu ahar diyara getirmek için Amr-i reise verip Amr dahi götürürken esna-i tarîkde fırtına olup gark ihtimali galib olmakla Amr sefineye hıffet gelmek için unun bir mikdarını deryaya ilkâ eylese Amr ol mikdarın vakt-i ilkâda olan kıymetini dâmin olurken Zeyd razı olmayıp ‘Ol mikdar un alırım’ demeye kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”*¹⁵³

Çatalcalı Ali Efendi'nin mecmuasında yer alan fetvayla hemen hemen aynı örneğe dayan bu fetvadaki asıl mesele, borcun türüne dair bir meseledir. Zeyd'in Amr'a verdiği un, yine fırtına karşısında gemisini korumak isteyen kaptan Amr tarafından suya atılmış ve Feyzullah Efendi bu durumda kaptanın sorumlu olacağını kabul etmiştir. Ancak Amr malın suya atıldığı andaki değerini nakit olarak ifa etmek istediğinde bunu kabul etmeyen Zeyd, aynı iade konusunda diretmiştir. Zeyd'in böyle bir taleple bulunması mümkün görülmemiştir; bunun gerekçesi telef olan malın misli nitelikte un olmasıdır; bu durumda asıl kural borcun para şeklinde ödenmesidir.¹⁵⁴

¹⁵¹ DEMİRTAŞ 2020, s. 879.

¹⁵² YELEK, 2021, s. 246.

¹⁵³ **Fetava-yı Feyziye**, s. 376.

¹⁵⁴ AYDIN Mehmet Akif, “Borç”, TDV İA, C. 6, 1992, ss. 285-291, s. 289.

Çatalcalı Ali Efendi'nin mecmuasından örneklerde fırtına vb. doğa olaylarının tek başlarına sorumsuzluk hali yaratmadığı görülmektedir; malı emalet alan taraf gerekli özeni göstermeli ve *teaddîden* kaçınacak şekilde davranmalıdır. İlk örnekte asgari sorumluluğun açıkça zikredilmediği bir fetva kaleme alınmıştır:

*“Zeyd, Amr-ı reisi şu kadar tuzunu sefinesiyle ahar diyara götürmek için isticâr idüb Amr dahi götürürken sefine furtunadan garkolub tuz helâk olsa Amr’a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”*¹⁵⁵

Bu fetva aynı mecmuadaki diğer örneklerle birlikte değerlendirilmelidir. İkinci örnekte emeğini kiralayanın davranışı bakımından daha detaylı bir bilgi verilmesi söz konusudur:

*“Zeyd, şu kadar eşyasını ahar diyara götürmek için Amr-ı reîsin sefinesine tahmil idüb Amr dahi götürürken sefine Amr’ın teaddî ve taksîrinsiz furtunadan garkolmağla eşyâ-i mezbûre zâyia olub Amr bir tarîk ile halâs olsa Amr’a damân lâzım olur mu? El-Cevâb: Olmaz.”*¹⁵⁶

Bu örnekte kaptan Amr'ın herhangi bir kusuru ve ihmali olmadığı (*teaddî ve taksîrinsiz*) ve geminin fırtına nedeniyle battığı daha açık bir biçimde zikredilmiştir. Ancak her iki durumda da malın itlafına yol açan olay fırtınadır; dolayısıyla kaptanın sorumluluğu yoktur.

Kaptanın taşıma konusu malı gemiyi batmaktan kurtarmak için itlaf etmesi tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır:

*“Zeyd, bir mikdar metâ’ını ahar diyara götürmek için Amr reise virüb Amr dahi götürürken esna-i tarikde furtuna olub gark ihtimâli galib olmağla Amr sefineye hiffet gelmek için ol metâ’ı deryaya ilkâ eylese Zeyd ol metâ’ın vakt-i ilkâda olan kıymetini Amr’a tazmine kâdir olur mu? El-Cevab: Olur.”*¹⁵⁷

Fetvada gerekçe malı denize atarak geminin yükünü hafifletmek (*hiffet gelmek*), dolayısıyla gemiye gelebilecek zararını engelleme olarak belirtilmiştir. Buna rağmen, malı tazmin yükümlülüğü doğmaktadır. Her halükârda bu konuda Ebussuud ve Çatalcalı Ali arasındaki yaklaşım aynı niteliktedir.

¹⁵⁵ Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, s. 310.

¹⁵⁶ Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, s. 316.

¹⁵⁷ Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, s. 314.

Bazı durumlarda mal sahibi gemiye binmiş, fırtına anında kaptandan bazı taleplerde bulunmuş ancak kaptan bu talepleri dinlememiştir. Bu durumda, kaptan sözleşme koşullarına aykırı davranmış olduğu için gasp benzeri bir sorumluluk söz konusu olmuştur. Farklı iki mecmuadan birbirine benzeyen iki örnekten ilki Yahya Efendi nüshasından alınmıştır:

“Mesele: Zeyd aher diyardan İstanbul’a götürüvirmek için Amr-ı reisin sefinesine bir mikdar sisam ve bir mikdar incir ve bir mikdar üzüm tahmil idüb bade diyardan gelürken sefine sulanub Zeyd dahi Amr’a ‘Bir iskeleye yanaşib eşya-yı merkumeyi çıkaralım’ dedikde Amr inad idüb iskeleye yanaşmayub bir limana gelüb yatmak için demir bıraktıkda sefineye fırtına falya virmekle Zeyd tekrar eşya-yı merkumeyi çıkarmak murad itdikde Amr ‘Zarar itmez’ deyu sefine-nin anbarının kapusunu kilitleyüb aher yere gidüb bade Zeyd Amr’ı bulub ‘Gel elbette benim eşyayı çıkar yürü’ didikde Amr inad idüb anbarının kapusunu açmayub Zeyd’i ihracdan men ettikde iki üç saat sonra sefine ol limanda yaturken gark olub eşya-yı merkume helâk olsa hâlâ Zeyd ol eşyasının hini helâkda olan kıymetlerini Amr’dan tazmine idüb almağa şer’an kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”¹⁵⁸

Bu fetvada eşyayı taşıyan Zeyd, bizzat gemidedir ve geminin muhtemelen beklenenin üzerinde su alması (*sulanub*) nedeniyle kaptanı doğrudan iskeleye yanaşması için uyarılmış, ancak kaptan Amr bu uyarıları dinlemeyip gemiyi limanda demir atacak şekilde bırakmıştır. Gemiye fırtına *falya vermiş* yani fırtına nedeniyle gemide delik açılmıştır;¹⁵⁹ bunun üzerine Zeyd tekrar eşyayı çıkarmak istemiş ancak Amr kabul etmediği gibi Zeyd’in malını kurtarmasına da engel olmuş, ambarı kilitlemiştir. Gemi (muhtemelen aldığı suyun etkisiyle) limanda demir atmışken ağırlıktan batıp eşya da beraber battığı için malın fırtına nedeniyle değil Amr’ın gerekli özen ve dikkati göstermeyip Zeyd’i dinlememesi nedeniyle telef olması söz konusudur.

Yukarıdakine benzer bir örnek *Behçetü’l-Fetava*’da yer almakta ancak bu sefer yer adları net bir biçimde zikredilmektedir:

¹⁵⁸ **Fetava-yı Yahya Efendi**, vr 339/2

¹⁵⁹ Açılan bir delikten geminin su alması. Bkz. KATİP ÇELEBİ, **Deniz Savaşları Hakkında Büyüklere Armağan (Tuhtefü’l-Kibâr fi Esfâri’l-Bihar)**, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2007, s. 128.

“Zeyd şu kadar keyl buğdayını Tekfurdağı’ndan Amr’m sefinesine ücret ile İstanbul’a götürmek için yükledip badehu yelken edip giderken rüzgâr müştred olup ziyade fırtına olup Erikli Limanı beraberine geldikde limana girmekde sühûlet olmakla Zeyd Amr’a ‘Gitme, limana gir, rüzgar bir mikdar sakın oldukdan sonra gidelim’ demişken Amr dinlemeyip gitdikde fırtınadan sefine karaya düşüp buğday telef olsa Amr’a damân lâzım olur mu? El-Cevab: Olur.”¹⁶⁰

Bu örnekte, yine fırtınaya bağlı olarak ortaya çıkan bir tehlike söz konusudur. İşveren-kiracı Zeyd’in uyarısına rağmen ve belli ki geminin aradaki limana yanaşması işleri kolaylaştırarak kaptan bunu yapmamış, dolayısıyla sorumlu tutulmuştur. Buna karşın benzer koşullar altında limana girmeyi kaptan Amr önermiş ve kiracı Zeyd reddetmiş olsa bu durumda Zeyd’in tazminat talep edemeyeceği tahmin edilebilir.

Çatalcalı Ali Efendi tarafından verilmiş son bir fetvada ise yine bireyin kontrolünde olmayan bir doğa olayı ve insan eliyle gerçekleşen bir beklenmeyen hal bir aradadır:

“Amr, tuzunu sefinesine koyub filân beldeye gitmek için şu kadar akçeye Zeyd reisden isticâr ve kabzidikden sonra Zeyd, tuzu sefinesine koyub ol beldeye giderken şedîd rüzgâr zâhir olub sefineyi belde-i uhrâya sürüb Zeyd imsâke kâdir olmamağla Zeyd’in sun’unsuz rüzgâr sefineyi belde-i uhrâya götürürken harbî kâfir rastgelüb sefineyi ve tuzu kahren alub Zeyd bir tarik ile halâs olsa Zeyd’e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁶¹

Bu örnekte tuzun kaybedilmesine yol açan birbirine bağlantılı iki olay söz konusudur. Öncelikle gemi yoldayken çıkan kuvvetli fırtına sebebiyle kaptan Zeyd geminin kontrolünü kaybetmiştir. Bu nedenle ve Zeyd’in elinde olmadan gemi yabancı bir bölgeye sürüklenmiş ve bu sırada aborda edilmiştir. Zeyd’in kendi iradesiyle rotayı değiştirmemiş olması bu bağlamda kusuru kaldırmıştır denebilir. Yine gemiyi batmaktan kurtarmak için eşyayı suya atan kaptan örneği ile birlikte düşünüldüğü zaman, Zeyd eğer fırtınadan kaçmak için rotayı kendisi değiştirmiş olsa bu sefer tazmin yükümlülüğünün doğacağı varsayılabilir.

¹⁶⁰ Behçetü’l-Fetava, 487.

¹⁶¹ Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani, s. 318.

Feyzullah Efendi'nin *Fetava-yı Fevziyye*'sinden yine gemi kirasına dair bir örnekte bu sefer fırtına limanda duran gemilere zarar vermiştir:

“Zeyd Amr’ın sefinesini falan beldeye metâ’ını nakil için şu kadar akçeye Amr’dan isticâr ve kabzedip badehu metâ’ı tahmil ve ol beldeye varıp sefineyi ol beldenin limanında mutâd üzere rabtettikde fırtına olmakla sefine Zeyd’in teaddî ve taksirinsiz lengerini kırıp garkolsa Zeyd’e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁶²

Bu örnek şu ana kadar incelenen gemi taşımacılığı sözleşmelerinden farklı olarak hizmet kirasına değil gemi kirasına dayanmaktadır. Feyzullah Efendi, kiralayan Zeyd’in herhangi bir kusur veya ihmalden kaynaklanan sorumluluğu olmadığını belirten kelimeleri (*teaddî ve taksirinsiz*), fırtına varlığına rağmen ve gemi limana çekilmişken dahi kullanmıştır. Buna ek olarak, gemiyi kiralayıp alan Zeyd’in gemiyi limana genel olarak yapıldığı adet üzere (*mutâd üzere*) bağladığını da belirtmiştir. Dolayısıyla Zeyd’in sorumlu bir kiracı olarak gerekli özeni göstermiş olduğu bu şekilde vurgulanmıştır. Bu durumda kiracının tazmin sorumluluğu yoktur.

Mecmualarda farklı zanaatkârlara emanet edilmiş mallarda yine tarafların kusuru var mıdır buna dikkat edilmektedir. *Ecîr-i müşterek* sayılabilecek *sarrâc*¹⁶³ ile kurulan bir sözleşmeye Ali Efendi yer vermiştir:

“Zeyd, şu kadar kuşak paftasını sarrâc olan Amr’a kolan geçirmek için virdükden sonra Amr, gice Zeyd’in izniyle ol paftaları dükkânında kodukdan sonra ol gice seyl-i gâlib vâki’ olub Amr’ın dükkânını basub dükkân münhedim olmağla paftaları tahlîs mümkün olmayub zâyi’ olsa Amr’a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁶⁴

Bu olayda, eşyanın Amr’a emanet edilmesi sonrası gerçekleşen bir sel felaketi söz konusudur. Dükkân yıkılıp mallar telef olmuştur. *Ecîr-i müşterek*in kusursuz tazmin sorumluluğu olduğuna dair görüşe yukarıda yer verilmişti. Ancak, bu örnekte malın telef olma sebebine bakıldığında, mal sahibi Zeyd’in eşyanın dükkânda kalmasına izin vermiş olduğu, dolayısıyla şiddetli olduğu da açıkça belli olan selden kaynaklanan sorumluluk haline etki eden herhangi bir kusurun söz konusu olmadığı düşünülebilir.

¹⁶² A.y.

¹⁶³ *Serrac*, saraç; at takımları, eğer, koşum yapan kişi.

¹⁶⁴ **Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, s. 312

Bir diğ er ö rnekte, Feyzullah Efendi, bu sefer un ö ğ ütmek üzere de ğ ir-menciye verilmesine dayanan bir fetva verirken, yine iş in *mutâd* şekilde yapılması kriterini dikkate almıştır:

“Zeyd ş u kadar buğ dayını ö ğ ütmek için Amr-i tahhâna verip Amr dahi mutâd üzere de ğ irmende ö ğ ütmek esnasında harîk-i galib vâki ‘ olup buğ day dahi muhterik olsa Amr’a damân lâzım olur mu? El-Cevab: Olmaz.”¹⁶⁵

Burada yangının kuvvetli oldu ğ u özellikle zikredilmiş ancak ne şekilde çıkt ı anlatılmamıştır. Yine de yangının *tahhânlık*¹⁶⁶ yapan Amr’ın kusurundan kaynaklanmış bir durum olmadığı rahatlıkla tahmin edilebilir. Dolayısıyla Zeyd kendi arzusuyla teslim etti ğ i ve adet üzere dükkânda bıraktığı buğ dayı, kuvvetli yangın da söz konusu oldu ğ u için, Amr’dan talep edemeyecektir.

Son olarak, bir köy halkı tarafından veya bir ki ş i tarafından ücretle ç a-lı ş tırılan ç obanın, kendisine emanet edilen hayvanların baş ına gelen zarardan sorumlulu ğ unu etkileyen bazı ko ş ullar de ğ erlendirilmiştir. Bu durumda da temel kural, hayvanın baş ına gelen zararda ç obanın kusurlu davranıp dav-ranmamış olmasıdır:

“Zeyd ş u kadar koyun ve ke ç isini ecîr-i hassı olan ç obanı Amr’a verip Amr dahi rayederken ol koyun ve ke ç iler teaddî ve taksîrinsiz hatfe enfîhi helâk olsalar Amr’a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁶⁷

Fetava-yı Fevziye’de görülen bu fetva, genel kuralı tekrar etmektedir. Ö rnekte koyun ve ke ç ilerın do ğ al yolla öldü ğ ü *hatfe enfîhi* ifadesiyle de vurgulanmıştır. Buna kar ş ın mecmualarda ç obanın kaza veya felaket halinde tazmin sorumlulu ğ una dair birkaç durumun de ğ erlendirilmiş oldu ğ u da dik-kati ç ekmiştir. *Fetava-yı Yahya*’da tek bir kurdun sürüye saldırması halinde sığ ırtmacın *damân bi ’n-nısf* yani de ğ erinin yarısı kadar bir tazminat ödemesi gerekece ğ ine dair birkaç ö rnek verilmiştir:

“Bir kariye ahalisinin ücretle sığ ırtmaçları olan Zeyd, sığ ırları me-rada ra’y idüb kariyeye götürürken kurt gelüb Amr’ın bir sığ ırını mecruh idüb ol sığ ır helâk olsa Amr ol sığ ırını Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Damân bi ’n-nısf ihtiyar olmuştur.”¹⁶⁸

¹⁶⁵ **Fetava-yı Fevziye**, s. 376.

¹⁶⁶ De ğ irmenci, ö ğ ütücü.

¹⁶⁷ **Fetava-yı Fevziye**, s. 378.

¹⁶⁸ **Fetava-yı Yahya**, vr. 341/2

Bu fetvada saldırı açık alanda gerçekleşmiştir; meradan köye dönerken kurt saldırmış ve sürüden tek bir kişiye ait olan sığırı yaralamıştır. Bu durumda değerlin yüzde ellisinin talep edilebileceğine hükmedilmesi, Zeyd'in köyün tamamına hizmet etmesi olabilir; kurt pek çok kişiye ait olan hayvanlardan sadece birine zarar vermiştir. Bir diğer fetvada daha benzer bir durum söz konusudur, yine köyün çalıştırdığı Zeyd'in götüğü hayvanlara dönüş yolunda kurt saldırmıştır:

“Bir kariyenin sığırlarını ücret ile ra'y iden Zeyd, ol sığırları ahşama koyub sahradan kariyeye götürürken kendi sığırların ardında olmağ-la sığırların önünden Amr'ın bir ineğini kurt cerh idüb zikr olunan inek ol cerhden helâk olsa Amr ol ineğinin kıymetini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Damân bi'n-nusf ihtiyar olunmuştur.”¹⁶⁹

Bu örnekte de Zeyd'in sürünün arkasından yürüdüğü özellikle belirtilmiştir, bu bilginin fetvada tartışılan mesele açısından anlamı, Zeyd'in hayvanları gözetim altında tutmasıdır. Ancak kurt sürünün önünde olan bir ineğe saldırınca yine mevzubahis sığırın değerinin yarısı kadar tazminat vermekle yükümlüdür.

Yukarıdaki Yahya Efendi'ye ait iki fetvada işçinin statüsü açık değildir, ancak iki örnekte de çoban köyün tamamına hizmet ettiği için *ecîr-i müşterek* olduğu düşünülebilir. Bu durumda, İmameyn'in görüşü ile uyumlu bir fetvanın verilmiş olduğu düşünülebilir; zira çobanın açık kusuru yoktur, ancak tek bir kurt saldırısı söz konusu olduğu için kuvvetli nitelikte bir itlaf sebebi mevcut değildir. Yahya Efendi'nin mecmuasında ağıla yani kapalı mekâna kurt saldırısını konu alan bir diğer örnekte ise *ecîr-i has* söz konusudur ve açıkça kusur unsuruna bakılmıştır:

“Zeyd'in ecîr-i hası olub ağnamının çobanı olan Amr, ol ağnamı gece ile ağıl içinde yalnız bırakıp Zeyd'in izinsiz evine gidüb ol ağıl mahfuz olmamak ile kurt gelüb ağıl içine girüb birkaç re's koyunlarını ekl idüb ihlâk eylese hâlâ Zeyd ol ihlâk olan koyunlarının kıymetini Amr'dan tazmin idüb almağa şer'an kâdir olur mu? El-cevab: Taksiri olıcak, olur.”¹⁷⁰

Bu olayda çobanın kusuruna işaret eden birkaç unsur mevcuttur. Öncelikle Amr sürü sahibi Zeyd'den izin almadan evine dönmüştür ki bu durum

¹⁶⁹ **Fetava-yı Yahya**, vr. 341/2-342/1.

¹⁷⁰ **Fetava-yı Yahya**, vr. 342/1

zaten başlı başına kusurlu bir harekettir. İkinci olarak koyunları ağılda bırakmıştır. Kapalı mekâna kurt saldırması çok alışıldık bir durum olmasa gerekir; bir ihtimal kapının açılmasını kolaylaştıran bir durum söz konusu olabilir. Ancak bu fetvada Yahya Efendi açık bir biçimde kıymetin %50'sinin değil tamamının tahsilini, kusur da mevcut ise, uygun bulmuştur.

Behçetü'l-Fetava'da bu sefer çobanın doğal koşulların etkisiyle kaybedilen hayvanlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı düzenlenmiştir. Eğer doğal bir afet söz konusu ise, bu durum kusursuzluğu ortadan kaldıracaktır:

“Zeyd'in koyun çobanı Amr Zeyd'in koyunlarını merada ra'y ederken bi-emrillâhi Teâlâ ziyade kar yağmakla koyunlar kar altında kalıp Zeyd'in koyunlarının bir miktarı helâk olsa Amr'a damân lâzım olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁷¹

Bu fetvada yağın karın beklenenin üzerinde olması ve çobanın bu konuda elinden bir şey gelmeyecek olması *bi emrillâhi Teâlâ* ifadesiyle açıklanmıştır. Dolayısıyla Zeyd çobandan malın tazminine dair herhangi bir talepte bulunamayacaktır.

III. İTLAFA YOL AÇAN YANGIN

Fetva mecmualarında *Kitabu'l-Gasb (ve'l-Damân)* kısmında yer alan önemli bir örnek tipi, bilinçli olarak yakılan ateşin kontrolden çıkması ve başkasının malına zarar vermesi şeklindedir. Bu makalede incelenen dönem açısından ateş, tarımsal üretim açısından tarlada yer açmak, yemek pişirmek gibi işlevleri haizdir. Buna ek olarak bazen gençlerin veya çocukların eğlenmek için ateş yaktığı örnekler fetva mecmualarında yerini almıştır.

Bu makaleyle ilgili dikkati çeken örneklerden ilkinde ortak kullanıldığı tahmin edilebilecek bir mekanda çıkan yangının itlafa sebep olması halinde sorumluluğun doğması için, bu konunun kadı huzurunda ispat edilmesi gerektiği vurgulamaktadır:

“Mesele: Zeyd bir değirmende od yakıp, koyup gidip badehû değirmen yandıkta, Zeyd'e 'senin yaktığın ateşten yandı' diye ispat olmadan şer'an ödetebilir mi? El-cevab: Ödetemezler, Zeyd'in odundan yandığı sabit olursa, olur.”¹⁷²

¹⁷¹ Behçetü'l-Fetava, s. 489.

¹⁷² İNANIR, s. 151.

Kemalpaşazade'ye ait bu fetvada değirmende yakılan ateş gözetimsiz bırakılmış, bu nedenle de değirmen yanmıştır. Ancak bu zararın tazmin edilebilmesi için Zeyd'in yaktığı ateşin itlafa sebep olduğunu kanıtlamak gerekmektedir. Bu ilk metinde değirmenin büyük bir ihtimalle ortak kullanılan veya başkasına ait bir maldır; bu nedenle de ateşin Zeyd'in fiilinden kaynaklandığı kanıtlanmalıdır.

İtlafın mutlaka kadı huzurunda kanıtlanması gerektiğine dair bir örnek, Hoca Saadeddin Efendi'nin mecmuasında *Kitabu'l-Gasb* başlığı altında yer almıştır:

“Mesele: Zeyd buğday ekmek için tasarrufunda olan dağının ağacın kesip ateşe verecek mahalde kurbunda bahçesi olan Amr Zeyd-i mezbûra ‘Sen bu ağaçları yakarsan benim bahçem bile yanar, etme’ deyu tebyine edip badehu Amr-ı mezbûr ahar diyara gitdikde Zeyd-i mezkûr zikrolunan yere ateş verdikde zikrolunan bahçe bile yanıp harâb oldukda Amr-ı mezbûr Zeyd-i mezbûra bahçenin kıymetini tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Rîh varken sirâyeti müteayyin olup ihrâk etse rey-i hâkimle tazmine kâdir olur.”¹⁷³

Bu fetvada Hoca Saadeddin, tazminatın alınabilmesi için birkaç unsuru vurgulamıştır; ateş yakıldığı zaman rüzgâr mevcut olup olmadığı, Zeyd'in bu ateşin yayılmasını öngörmesinin mümkün olup olmadığı (*sirâyeti müteayyin*) ve son zarar gören Amr'ın kadı huzuruna çıkıp gerekli kararı alması gerektiğini de hükmetme ihtiyacı duymuştur.

Yukarıda Kemalpaşazade'ye ait olan örnek ile ve Hoca Saadeddin'e ait bu iki fetva birlikte değerlendirilmelidir; yangının çıktığına dair delil şeriata göre sunulmuş ve kadı tazminat konusunda karar vermiş olmalıdır. Bu iki örnekte yer alan ispat ve karar şartını açıkça zikredilmediği pek çok fetva örneği mevcuttur. Ancak bu durum, diğer şeyhülislamların ispat unsurunu görmezden geldiği veya kadı kararı olmadan tazminatı uygun buldukları şeklinde değerlendirilemez. Sadece bazı fetvalarda müftü bu tip zorunlulukları ayrıca belirtme ihtiyacı duymamıştır.

Hoca Saadeddin'in fetvasına hayli benzeyen bir örnek Yahya Efendi mecmuasında görülmüştür:

¹⁷³ SALUR Rabia, Şeyhülislam Hoca Saadeddin Efendi'nin Fetva Mecmuası ve Tahlili, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, Sakarya Üniversitesi Temel İslam Bilimleri, 2019, s. 232.

“Zeyd’in bağı kurbunda tarlası olan Amr ol tarlada nâbit olan otları tathir için bir rüzgârlı günde ateş urmak istedikde Zeyd ‘şimdi itme zamanı değildir’ der iken Amr dinlemeyüb ateş bıraktıkta rüzgâr olmak ile ateş Zeyd’in bağına ulaşıb kürûmunu cümle ihrak eylese hâlâ Zeyd ol bağının kürûmunu Amr’a tazmine şer‘an kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”¹⁷⁴

Görüldüğü üzere bu örnekte de tarafların ateş yakıldığı takdirde bunun sıçrayıp yayılabileceğini öngördükleri bir durum vardır ve her iki örnekte de zarar görebilecek kişi mülk sahibini uyarmıştır. İlk örnekte farklı olarak burada havanın rüzgârlı olduğu soru kısmında açıktır. Bağ sahibi Zeyd, kuru otları belirli bir zamanda yakmaması için tarla sahibi Amr’ı uyarılmış ancak uyarısı dikkate alınmamıştır. Bu durumda, Amr’ın tazminat yükümlülüğü söz konusudur. Son iki örnekte, kişinin kendi mülkünde yaptığı tasarruf nedeniyle başkasının malında yol açtığı zarara dair Hanefî hukukunda mevcut olan dar yoruma uyulduğu söylenebilir.

Yelek, Ebussuud Efendi, Feyzullah Efendi ve Yenişehirli Abdullah Efendi’nin fetva derlemelerinden hareketle, Osmanlı İmparatorluğu’nda kişinin kendi mülkünde başkasının zararına yol açacak fiilleri nedeniyle sorumlu tutulacağına dair *müteahhirîn* Hanefî fukahasının görüşünün hâkim olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, Ebussuud bu görüşü Maruzat’ta kanunlaştırmış, sonraki mecmualarda da aynı görüş takip edilmiştir. Yazarın örnek verdiği bu üç şeyhülislamın fetvalarında dikkat çektiği bir ayrıntı, üç örnekte de ateşi yakan kişinin bu fiili kendi mülkünde gerçekleştirmiş olup olmadığının ayrıca belirtilmemesidir. Bu eksikliği yazar, zararın geniş yorumlanmasıyla açıklamıştır; artık ateşin nerede yakıldığından bağımsız olarak *teaddînin* etkisi dikkate alınmıştır.¹⁷⁵ Yahya Efendi’nin mecmuasından bir örnekte de kişinin kime ait olduğu bilinmeyen bir, başka birinin mülküne yakın bir yerde tütün içerken itlafa yol açması değerlendirilmiştir:

“Mesele: Zeyd rüzgârlı günde Hind’in buğday yığını yanında duhan içüb külünü ol mahalde dökdükde külün içinde olan ateşi rüzgâr ol yığına iletmek ile yığın muhterik olsa hâlâ Hind Zeyd’e muhterik olan yığının tazminine şer‘an kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”¹⁷⁶

¹⁷⁴ Fetava-yı Yahya, vr. 350/2.

¹⁷⁵ YELEK, 2021, s. 255-256.

¹⁷⁶ Fetava-yı Yahya, vr. 350/2.

Bu fetvada buğday yığını yanında tütün içen Zeyd'in nerede durduğu (yol, özel mülk vb.) belirsizdir. Ancak bu fiili rüzgârlı günde yaptığı için *teaddîsi* mevcuttur. Buna karşın, rüzgârın mevcut olmadığı veya öngörülmediği zamanlarda ateş yakıldı ve daha sonra ortaya çıkan rüzgâr etkisiyle kontrolden çıktıysa sonuç farklıdır:

“Rüzgârın şiddeti yok iken Zeyd bir ormanda bir miktar çalı yakub bade ol çalu yanmak üzere iken rüzgâr müşt ed olub etrafını ihrak iderek Amr'ın değirmeni yanına gelüb ol değürmene sirâyet-i nar ile muhterik olsa hâlâ Amr Zeyd'e ol değirmenin binasını tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁷⁷

Bu örnekte, Amr'ın binasının yanmasının sebebi Zeyd'in ateş yakması değildir, zira Zeyd rüzgârsız, sakin bir havada çalı yakmıştır. Ancak rüzgâr şiddetlenmiş ve Amr'ın değirmenine sıçramışsa bu durumda artık Amr'ın Zeyd'den talep edebileceği bir şey yoktur.¹⁷⁸ Bu son örnekte de ateşin ormanda yakıldığı ifade edilmiş, ancak ormanın hukukî statüsü hakkında bilgi verilmemiştir.

Menteşzade Abdürrahim'in açık havada gerçekleşmiş yangına dair fetvalarında yine havanın rüzgârlı olup olmadığına göre bir ayırım yapılmıştır. İlk örnekte, zarar veren kişinin fiili nerede gerçekleştirdiği yine belirsizdir:

“Zeyd Amr'ın tarlası kenarında bir rüzgârlı günde taam tabh itmek için ateş yakub tahrik-i rîh ile ol ateş Amr'un ekinini yakub közünü Bekr'in bağçesine ulaşub birkaç meyve eşcarı muhterik olsa Zeyd'e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olur.”¹⁷⁹

Bu fetvada ateş, yemek pişirme amaçlı yakılmıştır. İşe bağlandığı zaman hava zaten rüzgârlıdır, ancak muhtemelen kısa bir süre sonra *tahrik-i rîh* olmuş yani rüzgâr şiddetlenmiştir. Bu nedenle de öngörülebilir bir durum vardır. Buna karşın rüzgâr yokken yakılan ateş halinde sorumluluk doğmamıştır:

¹⁷⁷ **Fetava-yı Yahya**, vr. 351/2.

¹⁷⁸ Benzeri bir diğer örnek için **Fetava-yı Yahya**, vr. 351/2 “*Mesele: Zeyd rüzgâr yok iken kendü bağına ateş yakdıktan sonra rüzgâr çıkub carı Amr'ın bağını yakdıkdâ Amr Zeyd'e ol bağını sebeb oldun deyub tazmine şer'an kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.*”

¹⁷⁹ Aynı varakada diğer örnek: *Zeyd tasarrufunda olan tarlasının otunu yakmak için bir şedid rüzgârlı günde tarlasında ateş yakdıkdâ ol ateş kurbunda olan Amr'in ekinine isabet idüb Amr'in ekinini muhterik olsa Zeyd'e damân lâzım olur mu? El-cevab: Olur. Fetava-yı Abdürrahim*, vr. 328/2.

“Zeyd tarlasında olan otluğu rüzgâr yoğiken ihrak idüb bade rüzgâr çıkub nehr aşuru olan Amr’ın bağçe ve tarlalarına götürüb eşcar ve ekdasını ihrak eylese Amr ol eşcar ve ekdasını Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁸⁰

Bu örnekte de Zeyd’in bu sefer kendi tarlasında hava sakinken yaktığı ateş, sonradan rüzgârın çıkmasıyla yayılmıştır. Rüzgârın şiddetli olduğu tahmin edilebilir, nitekim nehrin öte yanındaki bir bağa ulaşmıştır. Normal şartlar altında imkânsızlık yaratacak nehir mesafesinin aşılmasına sebep olan bu rüzgâr nedeniyle Zeyd, Amr’ın yanan meyve ağaçlarını ve hurmalarını (*ekdas*) tazmine zorlanamaz, zira Zeyd ateşi rüzgâr çıkmamışken yaktığı için *teaddisi* yoktur.

Kontrolden çıkan ateş hakkında tazminat talep edilebileceği durumlarda, bu talep ateşi yakan kişinin yaşına bağlı olarak doğrudan kendisine veya ebeveynine yöneltilebilir. Fetvalarda bazen ateşi yakan kişinin yaşı üzerinden bir değerlendirme yapılmıştır. Bilindiği üzere, tam eda ehliyetinden bahsedebilmek için sayılan üç şarttan ilki yaptıklarının sonucunu idrak edebilmek, ikincisi Aydın tarafından “kişinin kendi mallarını koruma ve idare etmede yeterli olması” şeklinde açıklanan rüşt ve son unsur bulûğ çağında gelmiş olmaktır.¹⁸¹ Bulûğ dönemi her insan için aynı olmadığından gerek kadınlar gerek erkekler için alt ve üst sınır belirlenmiştir. Erkekler açısından bu yaş en erken 12, en geç ise Hanefi hukukçuların çoğunluğuna göre 15 olarak kabul edilmiştir. Bundan sonra kişi kural olarak şeriatın dinî ve hukukî ve cezaî alanları bakımından sorumlu kabul edilmektedir.¹⁸² Dolayısıyla verdiği zararı da tazmin etmekle yükümlüdür.

Yahya Efendi’nin mecmuasında görülen bir örnekte on yaşında çocuğun babasından, bir diğer örnekte ise on beş yaşındaki gençten talepte bulunulmuştur. Bu iki örneğin temelde Hanefi hukukunda belirlenen ve Ebus-suud’un *Maruzat*’ında da tekrar edilen kuralları takip ettiği söylenebilir:¹⁸³

“Mesele: On yaşında olan Zeyd-i sagir Amr’ın menzili kurbunda oynarlarken mulâabe tariki ile nar ikad itdiklerinde tahrîk-i rîh ile nar Amr’ın menziline isabet idüb menzili muhterik olsa hâlâ Zeyd’in babası Bekr’e ol menzilin kıymetini tazmine şer’an kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”¹⁸⁴

¹⁸⁰ Fetava-yı Abdürrahim, vr. 328/2.

¹⁸¹ AYDIN 2012, s. 213-215.

¹⁸² BARDAKOĞLU Ali, “Bulûğ”, TDV İA, C. 6, 1992, ss. 413-414, s. 413.

¹⁸³ Maruzat, s. 178.

¹⁸⁴ Fetava-yı Yahya, vr. 350/2.

Bu örnekte Amr'ın evine yakın bir yerde oynarken ateş yakan Zeyd'in on yaşında olması önemli bir unsurdur. Bu yaştaki bir erkek çocuk henüz bulûğ çağına ulaşmış sayılmaz, ancak İslam hukukuna göre temyiz kudretine kavuşmuş olduğuna dair genel bir fikir birliğinden bahsedilebilir.¹⁸⁵ Öte yandan *mübaşeret*en itlafın mevcut olduğu durumlarda kusur unsuru aranmadığı için zarar gayri mümeyyiz bir çocuk tarafından verilse dahi, bu zararın çocuğun malından tazmin edeceği kabul edilmektedir. Gayrimümeyyiz çocuğun malı yoksa zarar çocuğun babasından talep edilmez ancak çocuk mal sahibi olana kadar (*hal-i yüsr*) beklenmesi gerekmektedir.¹⁸⁶ Ancak fetvada *mübaşeret*en değil *tesebbüben* gerçekleşen bir itlaf mevcuttur ve bu nedenle *teaddî* unsuru dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla Zeyd'in babası Bekr'in de sorumlu tutulması mümkün değildir. Bunun gerekçesi de oyun esnasında rüzgârın sonradan şiddetlenmesidir. Nitekim bir diğer örnekte, Yahya Efendi bu sefer on beş yaşında birinin sorumluluğunu dikkate almıştır:

*“Mesele: Bir şedid rüzgârlı günde on beş yaşında olan Zeyd bazı sıbyan ile Amr'ın menzili kurbunda oynarlarken nar ikad itdikde tahrik-i rih ile nar Amr'ın menziline isabet idüb menzil muhterik olsa hâlâ Amr ol menzilin kıymetini Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”*¹⁸⁷

Bu örnekte ise rüzgâr oyunun başından beri rüzgâr mevcuttur ve bunu öngörebilecek olgunluğu haiz biri tarafından yakılmıştır, dolayısıyla *teaddî* mevcuttur. Yaşı sebebiyle bu kişi verdiği zararı bizzat tazmin etmek durumundadır.

Sorumluluğu ortadan kaldıran bir unsur, mal sahibinin iznidir:

*“Mesele: Zeyd'in harmanında olan çaluları Zeyd'in emr ve izni ile hizmetkârı Amr ihrak itdikde ateş zabt olmayub Zeyd'in harman yerinde olan yığınlarını tecavüz etmekle ihrak eylese hâlâ Zeyd ol muhterik olan yığınlarını Amr'a tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”*¹⁸⁸

¹⁸⁵ AYDIN 2012, s. 218.

¹⁸⁶ YELEK 2021, s. 47. Yelek bu konuda hem Fudayl Çelebi'ye hem de Mecelle'nin ilgili maddesine atıfta bulunmuştur.

¹⁸⁷ **Fetava-yı Yahya**, vr. 350/2-351/1.

¹⁸⁸ **Fetava-yı Yahya**, vr. 350/2.

Bu örnekte rüzgâr vb. unsurdan bahsedilmez, ancak emri altında çalışan Amr'a kendi harmanında çalılarını yakması için izin veren Zeyd'in bunun yol açtığı zararı Amr'dan tahsil edemeyeceği kabul edilmiştir. Menteşzade fetvasında benzer bir iznin varlığına rağmen ateş yakan tarafın kusur unsuru vurgulanmıştır:

“Zeyd Amr’ın anbarından gece ile Amr’ın izniyle tohum ihraç etmek için çıra yakub geldikde ol çıranın ateşi anbara isabet idicek kadar yakar mevzie vaz’ idüb tohum çıkarmağa gitdikde ateş anbara isabet idüb bade gelüb ateşin anbara isabet ittiğini görmeden ol çırayı ol mevziden alub gitdikden sonra ol anbar muhterik olsa hâlâ Amr Zeyd’e anbarının kıymetini tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Teaddîsi olıcak olur.”¹⁸⁹

Bu örnekte, Zeyd Amr'ın izniyle gece vakti ambara gidip tohum almak istemiş ve önünü görebilmek için çıra yakmıştır. O çıradan ambara ateş sıçramış ancak Zeyd bunu görmeden çırayı da alıp gitmiştir. Bu durumda fetvaya Zeyd'in tazminat ödemesi için ayrıca *teaddî olıcak* şartını eklenmiştir. Fetva şu şekilde yorumlanmalıdır: Gece vakti bir ambara girerken karanlık sebebiyle bazı aksaklıkların olması mümkündür. Amr bir bakıma izin vererek bu riski göze almıştır. Ancak Zeyd'in gerekli özeni göstermesi gerekmektedir; örneğin çırayı sabit tuttuğu yerden almış ancak bu esnada sıçrayan ateşin nereye sıçradığını görmemiş olabilir. Ateşten bir kor parçasının görülmeden yayılması mümkündür.

Neticetü'l-Fetava isimli derlemede Damadzâde Ebulhayr Ahmed Efendi'nin (ö. 1741) ismini taşıyan bir örnekte bu sefer mal sahibi izni olmadan gerçekleşen bir durum söz konusudur:

“Zeyd Amr’ın dükkânına ateş ile Amr’ın izninsiz girdikde Zeyd’in yedinden dükkânın içine ateş düşüp dükkân muhterik olsa Amr bina-i muhterikin mebniyyen kıymetini Zeyd’e tazmine kâdir olur mu? El-cevab: Olur (Damadzâde Ebulhayr Ahmed Efendi).”¹⁹⁰

Bu olay diğerlerinden farklı olarak haksız el atma niteliğinde olduğu için kusur sorumluluğu aranmaz, her halükârda Zeyd verdiği zarardan sorumlu tutulacaktır.

¹⁸⁹ **Fetava-yı Abdürrahim**, vr. 336/1

¹⁹⁰ **Neticetü'l-Fetava**, der. Es-Seyyid Ahmed Efendi ve Es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi, haz. Süleyman Kaya et al, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 368.

Çatalcalı Ali Efendi ve Behçetü'l-Fetava'da *teaddî* unsuru ilk örnekte *mutâd* kavramıyla ifade edilmiştir:

“Zeyd, menzilinde *mutâd* üzere ateş yakdukda menzil bi-emrillâh muhterik olmağla cârı Amr'ın menzil ve eşyâsını dahi yaksa Amr: 'Mücerred ateş menzilden isâbet ve sirâyet eyledi' deyu menzil ve eşyâyı Zeyd'e tazmine kâdir olur mu? El-Cevâb: Olmaz.”¹⁹¹

Ali Efendi ateşin “*mutâd* üzere” yakılmış olduğunu belirtmiş, dolayısıyla her zamanki uygulamadan farklı bir şeyin söz konusu olmadığını vurgulamıştır. Bu kelime aynı zamanda ateşin kolay kolay kontrolden çıkmayacağını da ifade etmektedir. Yine *bi emrillâhi Teâlâ* kelimeleriyle ateşin kendiliğinden kontrolden çıktığı anlatılmaktadır. Bu bakımdan da Zeyd'in tazminat ödemekle yükümlü olmayacağı belirtilmiştir. Bir diğer fetvada Ali Efendi *teaddî*nin varlığını ateş yandığı zaman rüzgârın mevcut olup olmaması üzerinden belirtir:

“Zeyd, rüzgâr yoğiken tarlasının otluğunu tarlası içinde ateş yakdıktan sonra rüzgâr zuhur etmekle ateş kurbünde olan Amr'ın bağına sirâyet idüb çubukları ve üzüümü muhterik olsa Zeyd'e damân lâzım olur mu? El-cevâb: Olmaz.”¹⁹²

Bu fetva bir öncekine göre daha az detay içerir, ancak Ali Efendi'ye göre otlukta rüzgâr yokken ateş yakan bir kişinin daha sonra rüzgâr çıkmasıyla komşusunun bağına verdiği zarardan sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır.

Behçetü'l-Fetava'nın *Kitabu'l-Gasb* kısmında da yine *mutâd* kelimesiyle vurgulanan *teaddî* unsuru söz konusudur:

“Hamam külhanında *mutâd* üzere ateş yakıp ateş ahar yere *teaddî* etmemek için gözetip vakt-i muayyende külhanın ağzını kapatmak için külhanda külhancı ittihâz etmek *mutâd* olan beldede vaki bir vakıf hamamın müstecîri Zeyd ol hamamın külhanında külhancı ittihâz etmeyip galiben şerâre vâsıl olacak mertebeye karîb mahalle odun yığıp külhana ateş yakıp külhanın ağzını kapamayıp hali üzerine terk etmekle ateşin şerâreleri ol oduna vâsıl olup odun tutuşmakla külhanın damı bi'l-küllîye muhterik olsa vakf-i mezbûr mütevellisi Amr bina-i muhteriki mebniyyen kıymetini Zeyd'e tazmi-

¹⁹¹ **Behçetü'l-Fetava**, s. 356

¹⁹² **Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, s. 356

*ne kâdir olur mu? El-Cevab: Olur. Bu surette belde-i mezbûre ahalisinden birkaç kimesneler vakf-i mezbûr müsakkafâtından olup ol hamamın kurbunda olan vakıf menzilleri yıkılmış olsalar mütevellisi Amr Zeyd'e 'Menzillerin yıkılmasına sebep oldun öyle olunca menzilleri dahi dâmin ol' demeye kâdir olur mu? El-Cevab: Olmaz.'*¹⁹³

Bu örnekte bir vakfa ait gelir getiren hamamında suyu ısıtmak için yerel olarak alışlagelmiş şekilde yapılan bazı işlerden bahsedilmektedir; buna göre hamam ocağında birini (*külhancı*) çalıştırmak ve bu kişi ateşe mukayyet olması o bölgede esastır. Ancak hamamın kiracısı Zeyd külhancı istihdam etmemiş, ocak başında beklememiş ve ateş şiddetlenerek ocağın damını tamamen yakmıştır. Bu durumda vakfın mütevellisi olan Amr, Zeyd'den tazminat talep edebilecektir.

SONUÇ

İslam hukukunda sorumluluk kavramını bir bütün olarak inceleyen ve literatür üzerinden işaret edilen eserler bir yana, bu makalede incelenmiş Osmanlı fetva mecmualarında genel bir sorumluluk kavramına yer verildiğinden söz etmek mümkün değildir. Ancak, dağınık şekilde de olsa, sorumluluğu etkileyen haller değerlendirilmiştir. Makalede incelenen sorumluluk tipi, temel olarak bir felaket, afet veya kazanın sonucunda ortaya çıkan itlaftan kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin konusu olan bir malın itlafı, tarafların ücret veya tazmin borcu bakımından sonuç yaratmaktadır. Sözleşme dışında gerçekleşen itlaf ise yine tazmin borcu doğurabilmektedir.

Ücret borcu özellikle *icâre* dikkate alındığı zaman, sözleşme çerçevesinde belirlenen menfaatin tamamen veya kısmen elde edilmiş olup olmadığı fark yaratmaktadır. Bu durum ise her sözleşmenin kendi özelliğine bağlı olarak değişebilir, örnek olarak gemicilikle yük taşımada kısmi yarar ile tarla işçiliğinden elde edilecek kısmi yarar aynı nitelikte değildir. Hatta görüldüğü üzere, yük taşımırken işverenin de taşınması fark yaratabilmektedir. Tazmin borcu açısından ise *icâre*, *vedia* ve *ariyet* arasında itlaf bakımından ortak olan unsur *teaddî*dir.

Fetva mecmualarında *vedia* alan tarafın malın yangın biçiminde bir kaza veya sel, fırtına gibi felaketlerden kaynaklanan durumlarda sorumlu tutulması için sözleşme kurallarına uygun, *teaddî*siz davranması ve malı korurken

¹⁹³ Behçetü'l-Fetava, s. 537-538.

gerekli özeni göstermesi, talimatlara uyması konusunda fetva literatüründe bir bütünlük mevcuttur. Bu bütünlüğün, Hanefi hukukuna uygun geliştiği açıktır. Aynı sonuca güven ilişkisine ve/veya iyiniyete dayalı bir ödünç sözleşmesi olan ariyet hakkında da ulaşmak mümkündür. Ariyet alan *teaddî* ile veya sözleşme koşullarına aykırı biçimde hareket ederse, kendi fiiliyle yol açmadığı kaza veya felaket olarak nitelendirilebilecek olaylar nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. *İcâre* konusunda da kendisine mal emanet edilen *ecîr*, yaptığı işin niteliğine göre sorumluluktan kurtulabilmektedir. Örneğin Yahya Efendi köyün tamamının sığırlarını güden çobanın, sürüdeki tek bir sığırın tek bir kurdun saldırısı nedeniyle yaralanması halinde %50 tazminat ödeyeceğini belirtmiştir ki bu örnekte *teaddî* unsuru yer almamıştır. Buna karşın, Yahya Efendi *ecîr-i has* olduğunu özellikle belirttiği bir çobanın sorumluluğu bakımından kusur unsurunu vurgulayan bir fetva vermiştir; bu ikinci örnekte tek kurt birden fazla koyuna zarar vermiştir ve kusur varsa çoban tam tazminat ödeyecektir.

Teaddî kelimesinin zaman içinde geçirdiği anlam değişikliği, kullanım biçimleri ve algılanmasına dair sorunlar, ikincil literatürde vurgulanmıştır ki bu durum bir yandan da Hanefi hukukunun statik nitelikte olmadığını gösteren unsurlardan biridir. Aynı husus, bireyin kendi mülkünü kullanırken özensiz davranmasıyla ortaya çıkan *teaddî*nin değerlendirilmesi konusunda da mevcuttur. Osmanlı fetva literatüründe makalede incelenen örneklerde bu konuda *müteahhirîn* Hanefi hukukçuların yorumunu tercih etmiştir. Bu bağlamda ateşin kullanılması konusunda asıl unsur, rüzgârın etkisidir; ateşin rüzgâr yokken yakılması *teaddî* unsurunu ortadan kaldırmaktadır. *Teaddî*nin varlığı bakımından önemli bir diğer unsur, işlerin *mutâda* uygun bir biçimde sürdürülmesi de bir bakıma örf ve adete de bir tür referanstır: Bir beldede uzun süreden beri olağan olarak sürdürülen şekilde yapılan iş, bireyin *teaddîsiz* davranmış olduğuna dair bir işarettir. Bireyin ateşi yaktığı anda kontrolden çıkacağını öngörüp öngöremediği sorusu önem taşımaktadır. “Allah’ın emriyle” ateşin kontrolden çıktığı ifadesi de öngörülemeyen bir durumun varlığını ve herhangi bir kusurun, ihmalin ya da hukuka aykırılığın bulunmadığını işaret etmektedir.

Sonuç itibarıyla insan eliyle gerçekleşmeyen, beklenmedik, büyük zarar veren afet niteliğindeki olayların veya afet boyutunda olmasa da yangın gibi kazaların gündelik hayata etkisi İslam-Osmanlı hukukunda düşünülmüş ve dağınık da olsa belli prensipler belirlenmiştir. Bu konuda Osmanlı fetva literatürü içinde içerik açısından bir tür bütünlüğün olduğu söylenebilir ki bu literatür, Hanefi yorumunu genel olarak takip etmiştir.

KAYNAKÇA

Arşiv Kaynakları

Fetava-yı Ebussuud, Süleymaniye Kütüphanesi, Satın Alınan Yazma Eserler 40.

Fetava-yı Şeyhülislam Menteşzade Abdürrahim Efendi, Kayseri Kütüphanesi, Raşid Efendi 384; Beyazıt Kütüphanesi B9044.

Fetava-yı Yahya Efendi, Süleymaniye Kütüphanesi, Amcazade Hüseyin 254.

Mecmuatü'l-Fetava, Süleymaniye Kütüphanesi, Şehid Ali Paşa 2867.

Basılı Kaynaklar

AKGÜNDÜZ Ahmet, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri Cilt 2**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1990.

AKMAN Mehmet, "İslam-Osmanlı Hukukunda Ariyet Sözleşmesi." **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 8, S. 1-2, 2003, ss. 3-26.

AYDIN Mehmet Akif, "Borç", **TDV İA**, C. 6, 1992, ss. 285-291.

AYDIN Mehmet Akif, "Gasp" **TDV İA**, C. 13, 1996, ss. 387-392.

AYDIN Mehmet Akif, "Haksız Fiil" **TDV İA**, C. 15, 1997, ss. 210-211.

AYDIN Mehmet Akif, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İz Yayınevi, İstanbul, 1996.

AYDIN Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. bs., Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

AYDINLI Abdullah, "Afet", **TDV İA**, C. 1, 1988, s. 399.

BARDAKOĞLU Ali, "Bulûğ", **TDV İA**, C. 6, 1992, ss. 413-414.

BARDAKOĞLU Ali, "İcâre", **TDV İA**, C. 21, 2000, ss. 379-388.

BARDAKOĞLU Ali, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Meselesi", **Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 2, 1985, ss. 63-97.

BARDAKOĞLU Ali, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi ve Özellikle Personel İstihdamı, doktora tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1982

CİHAN, Ravza, **XVIII. Yüzyılda Osmanlı'da Hukuki Hayat**, İstanbul, Diyanet Vakfı Yayınları, 2021.

ÇAĞRICI Mustafa, "Afet", **TDV İA**, C. 1, 1988, ss. 398-399

ÇAĞRICI Mustafa, "Musibet", **TDV İA**, C. 31, 2020, s. 255-256.

ÇELİK Ahmet Faruk, Osmanlı Fetva Literatüründe Temel Bir Kaynak Olarak Minkârîzade Yahya Efendi'nin Fetvası ve Vakıf Fetvalarının Analizi, Doktora tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.

DEMİRCİ Abdullah, İslam Borçlar Hukukunda Akit Konusunun Telefinden Doğan Sorumluluk, yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.

DEMİRTAŞ H. Necati, **Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Evvel**, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2014.

- DEMİRTAŞ H. Necati, **Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Fetava-yı Ali Efendi Cild-i Sani**, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2014.
- DEMİRTAŞ H. Necati, **Fetvaları ile Şeyhülislam Ebussuud Efendi**, Akıl Fikir Yayınları, İstanbul, 2016.
- DEMİRTAŞ H. Necati, **Osmanlı Fetvaları IV Fetava-yı Ebussuud Fatih Nüshası 2. Cilt**, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2020
- ESER Ercan, **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**, doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- ES-SEYYİD AHMED EFENDI EL-GEDUSİ, VE ES-SEYYİD HAFIZ MEHMED B. AHMED, **Neticetü'l-Fetava**. haz. Süleyman Kaya et al., Klasik Yayınevi, İstanbul, 2014.
- ERGÜN Mehmed, "İslam Hukukunda Mücbir Sebep", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 12, S. 64, 2019, ss. 967-974.
- GÖZÜBENLİ Beşir, "Ariyet", **TDV İA**, C. 3, 1991, ss. 379-380.
- HACI HASAN Abdullah Alwi, **Sales and Contracts in Early Islamic Commercial Law**, The Other Press, Kuala Lumpur, 2007.
- HALLAQ Wael B., **Shari'a: Theory, Practice, Transformations**, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2009.
- İNANIR Ahmet, **Şeyhülislam İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Kanuni Devrinde Osmanlı'da Hukukî Hayat**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- KATİP ÇELEBİ, **Deniz Savaşları Hakkında Büyüklere Armağan (Tuhtefü'l-Kibâr fi Esfâri'l-Bihar)**, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2007.
- KAYA Eyyüp Said, "Mütekaddimîn ve Müteahhirîn", **TDV İA**, C. 32, 2006, 188-189.
- KIYLIK Mustafa Harun, **İslam Borçlar Hukukunda Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi**, Doktora tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- KIYLIK Mustafa Harun, "Modern Dönemdeki Fıkhi Problemlerin Klasik Kaynaklar Üzerinden Yorumu (Beklenmeyen Hal ve Mücbir Sebep Örneği)", **İlahiyat Araştırmaları Dergisi**, S. 9, 2018, ss. 47-78.
- KIYLIK, Mustafa Harun "İslâm Hukukunda Doğal Âfetlerin İcâre (Kira) Akdi Üzerindeki Etkisi", **Van İlahiyat Dergisi**, C. 11, S. 19, 2023, ss. 74-85.
- ÖZEL Ahmet, "Afet", **TDV İA**, C. 1, 1988, s. 399.
- ÖZEN Şükrü, "Osmanlı Döneminde Fetva Literatürü", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)**, C. 3, S. 5, 2005, ss. 249-378.
- QUDÜRİ, AHMAD IBN MUHAMMAD, **The Mukhtaşar of Imām Abū'l-Ḥusayn Aḥmad Ibn Muḥammad Ibn Aḥmad Ibn Ja'far Ibn Ḥamdān Al-Qudūrī Al-Baghdādī (362 AH-428 AH): a Manual of Islamic Law According to the Ḥanafī School**, çev. Tāhir Maḥmūd, Kiānī, Ta-Ha, Londra, 2010.
- SALUR Rabia, **Şeyhülislam Hoca Saadeddin Efendi'nin Fetva Mecmuası ve Tahlili**, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Temel İslam Bilimleri, 2019.
- SCHACHT Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, Clarendon Press, Oxford, 1982.

- ŞEYHÜLİSLAM EBUSSUUD EFENDİ, **Maruzat**, haz. Pehlül Düzenli, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ŞEYHÜLİSLAM FEYZULLAH EFENDİ, **Fetava-yı Feyziye**, haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009.
- ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH. EFENDİ, **Behçetü'l-Fetava**, haz. Süleyman Kaya et al, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2011.
- VARLIK Nükhet, **Plague and Empire in the Early Modern Mediterranean World, The Ottoman Experience 1347-1600**, Cambridge University Press, New York, 2015.
- YELEK Kamil, “Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefi Sorumluluk Hukuku”, doktora tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- YELEK Kamil, **Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefi Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2021.
- YILDIRIM Mustafa, “Vedia”, **TDV İA**, C. 43, 2012, ss. 596-598.

Çevrimiçi Kaynaklar

- “Açıklamalı Afet Terimleri Sözlüğü”, T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim tarihi: 17 Nisan 2024)
- TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 8 Aralık 2023)

HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ^(*)

Dr. Ali Osman ONAR^(**)

Öz: Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı faile daha az ceza verilmesi ya da ceza verilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Malın değerinin azlığının uygulanması bakımından kabul edilecek kriter de tartışmalıdır. Yargıtayın konuya yaklaşımı dönemsel olarak farklılık göstermektedir. Bununla birlikte bazı uygulamaları kanunilik ilkesini ihlal edici boyutlara dahi varmıştır. Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı ayrıca teşebbüs, iştirak, içtima gibi kurumların uygulamasında çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Tüm bu sorunların çözümünde malın değerinin azlığının uygulamasında kabul edilecek kriter önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık Suçu, Kanunilik İlkesi, Ceza Vermekten Vazgeçme, Objektif Görüş, Cezada İndirim Yapılması.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 22.02.2024 - Makale Kabul Tarihi: 10.07.2024.

^(**) Yargıtay 2. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, Ankara - Türkiye,
E-posta: onaraliosman@windowslive.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2121-9488>.

THE EFFECT OF THE LOW VALUE OF THE GOODS ON CRIMINAL LIABILITY IN THE CRIME OF THEFT

Abstract: In the crime of theft, the lower value of the property results in the perpetrator being given less punishment or no punishment. The criterion to be accepted in terms of applying the low value of the property is also controversial. The approach of the Supreme Court to the issue varies from time to time. However, some of its practices have even reached the extent of violating the principle of legality. The low value of the goods in the crime of theft can also lead to various problems in the implementation of institutions such as enterprise, participation and association. In solving all these problems, the criterion to be accepted in the application of the low value of the property is important.

Keywords: Crime of Theft, Principle of Legality, Waiver of Punishment, Objective Opinion, Reduction in Sentence.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK'nın) yürürlüğe girmesiyle birlikte malın değerinin azlığı konusunda çeşitli sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu sorunların ortaya çıkışında 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde malın değerinin azlığının düzenleniş biçiminin ve kendisine bağlanan sonuçların daha farklı olması da etkilidir. Zira 765 sayılı TCK'da malın değerinin azlığı malvarlığına karşı işlenen tüm suçlarda uygulandığı gibi uygulanacak indirim oranı da aynıdır. Buna karşın 5237 sayılı TCK'da değer azlığı yalnızca hırsızlık ve yağma suçlarında uygulanabileceği gibi uygulanacak indirim oranı da suç tiplerini göre farklılaşmaktadır. Çalışmada bu değişikliklerin ortaya çıkardığı sorunlar tespit edilip, çözüm önerileri de sunulmaya gayret edilecektir. Bu kapsamda öncelikle malın değerinin azlığının dayanakları ve belirlenmesine değinilecek, ardından malın değerinin azlığının uygulanmasında özellik gösteren durumlar incelenecektir. Son olarak malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlar ve kanun yolu sorunu tartışılacaktır.

I. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ TEMELLERİ

Malın değerinin azlığı kavramı öncelikle fiilin toplumsal uygunluğu görüşü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu görüş ilk kez *Welzel* tarafından savunulmuştur. Buna göre, toplumsal yaşam içinde gerçekleşen birçok hareket vardır. Bu hareketlerin çoğunluğu bazı hukuksal yararları ihlal edebilir. Ancak hukukun gayesi, her hukuksal yarar ihlalini yasaklamak değildir. Toplum yaşamını dayanılamayacak hale getirebilecek olan ihlaller yasaklanmalıdır.¹

Toplumsal uygunluk kavramına göre, bir hukuksal yarar ihlali tipik olsa dahi eğer toplumsal düzen içinde uygun bir hareket olarak kabul edilebiliyorsa, cezaya layık görülmez. Toplumsal düzen içinde uygun olan bir hareketle risk yaratılması mutlaka hareketin hukuka aykırı ve suç tipine uygun olduğu anlamına da gelmemektedir.² Örneğin trafik düzeninde araç kullanan kişiler bu kullanımları sırasında yaşanabilecek riskleri kabullenmiştir. Bunun sonucunda ortaya çıkan yaralama ya da ölümlerdeki hareketler nedensel

¹ HAKERİ Hakan: "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", *TBB Dergisi*, S. 69, 2007, s. 73; ÖZBEK Veli Özer/MERAKLI Serkan, "Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2017, s. 4; ÖZKAN Salih, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 186-187.

² ÜNVER Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 1998, s. 68; ÖZBEK/MERAKLI, s. 4; HAKERİ, s. 73.

bir değer taşımaya rağmen, istisnasız olarak hukuka aykırıdır denilemez. Profesyonel spor müsabakalarında gerçekleşen hareketler sonucundaki yaralamalar için de aynı durum geçerlidir.³

Malın değerinin azlığının toplumsal uygunluk kavramına göre değerlendirilmesi kendi içinde ciddi sorunları barındırabilmektedir. Nitekim toplumsal uygunluk kavramının sınırları net olarak belirlenebilmiş değildir. Bu kavramı savunan Welzel dahi fiilin toplumsal uygunluğunu önce tipikliği ortadan kaldıran bir hal olarak kabul ederken, daha sonra görüşünü değiştirip, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmeye başlamıştır.⁴

5237 sayılı TCK'nın 145. maddesine göre, "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" Madde içeriğinden, hareketin hangi hallerde tipe uygun olmasına rağmen daha az cezaya layık görüleceği ya da cezaya layık görülmeceğinin hâkim ya da mahkeme tarafından tespit edileceği anlaşılmaktadır. Bu kavram bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun ise kanun koyucu tarafından malın değerinin azlığının hırsızlık ya da yağma suçlarında olduğu gibi somut olarak belirtilmediği durumlarda ne olacaktır. Tipe uygunluk ve cezaya layık olma, hareketin toplumsal olarak katlanılmaz oluşuna göre belirlenemez. Bu durumun aksi hem kanunilik ilkesi hem de keyfilik yasağı bakımından önemli sorunlara yol açabilir.⁵ Tüm bu sebeplerle malın değerinin azlığı bakımından toplumsal uygunluk kavramının kabul edilemez olduğunu düşünüyoruz.

Normun koruma alanı kavramına göre, bir kimsenin ihlal ettiği normun kendisine isnat edilebilmesi için gerçekleşen neticenin, ihlal edilen normun amacı açısından yasak olan bir netice olması gerekir. Eğer bu netice normun amacı açısından yasaklanmamış ise, objektif olarak kimseye isnat edilemeyecektir.⁶

Malın değerinin azlığının normun koruma alanı kavramına göre değerlendirilmesine gelince, bu kavram esasen faile neticenin objektif olarak isnadiyetini açıklamakta yarar sağlamaktadır. Malın değerinin azlığı ise daha

³ ÜNVER, s. 69; HAKERİ, s. 73; ÖZKAN, s. 186.

⁴ ÜNVER, s. 69; ÖZKAN, s. 188.

⁵ ÖZBEK/MERAKLI, s. 6.

⁶ ÜNVER, s. 289; ÖZBEK/MERAKLI, s. 6-7.

ziyade suç ve ceza politikasıyla ilgilidir. Zira malın değerinin azlığında haksız bir netice meydana gelmiştir ve faile objektif olarak isnat edilebilmektedir. Ancak haksızlık içeriği düşük olduğundan kanun koyucu meydana gelen neticeyi daha az cezalandırmak ya da cezalandırmamak konusunda hâkime takdir yetkisi vermektedir.⁷ Zaten bu düzenleme dahi neticenin normun koruma alanında kaldığının işaretidir. Bunun aksi düşünülmüş olsaydı, hâkime takdir yetkisi tanınmaksızın malın değerinin azlığı halinde failin cezalandırılmayacağına dair açık bir düzenleme bulunması gerekirdi.

II. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ TESPİT EDİLMESİ

A. Objektif Olarak Tespit Edilmesi

Malın değerinin azlığının objektif olarak tespit edilmesi yönündeki görüşlere göre, bir malın değeri onun parasal olarak ekonomideki karşılığıdır. Malın değerinin azlığı da çalınan malın toplumdaki ekonomik değerine göre hesaplanır.⁸ 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde malın değerinin az olup olmadığının takdiri hâkime bırakılmış ise de, malın değeri şikâyetçinin ya da failin durumuna göre değil, objektif bir biçimde belirlenmelidir. Ayrıca bu değer az olup olmadığı suçun işlendiği tarihe göre hesaplanacaktır. Yoksa hüküm tarihindeki değerinin az olup olmadığının bir önemi olmayacaktır.⁹

Şikâyetçi bakımından manevi olarak değeri olan şeylerin çalınması durumunda ise manevi değeri olmakla birlikte piyasada değeri ya da ölçülebilir bir değeri bulunmayan şeyler hükmün uygulama alanı dışında kalacaktır.¹⁰

Malın değerinin azlığının objektif olarak tespit edilmesi görüşünün de iki farklı uygulama yöntemi bulunmaktadır. Bu yöntemlerden ilki, malın değerinin az olup olmadığına hâkim tarafından karar verilmesidir. İkincisi

⁷ ÖZBEK/MERAKLI, s. 7-8.

⁸ HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem: "Hırsızlık", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-2, 2008, s. 785; YAZICIOĞLU R. Yılmaz, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 15, 2011, s. 29-47), s. 33; YAZICIOĞLU R. Yılmaz, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 5, 2007, s. 341.

⁹ ARTUÇ Mustafa, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Kartal, Ankara, 2007, s. 89; YAZICIOĞLU, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", s. 34.

¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 785; YAZICIOĞLU, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", s. 34.

ise kanun koyucunun sınır olarak belirli bir miktarı belirlemesidir. İkinci yöntemin uygulanmasında 5237 sayılı TCK döneminde kanun koyucu tarafından bir sınır belirtilmemesine karşın, 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay mülga Kanun'un 522. maddesinin uygulanacağı değerleri yıllar itibariyle belirlemekteydi.¹¹ Mülga Kanun döneminde yerel mahkemeler de objektif görüşe uygun olarak Yargıtayın belirlediği sınırları nazara alıp, malın değerinin az olup olmadığına karar vermekteydi. Ancak Yargıtayın mülga Kanun döneminde kanun koyucu tarafından bir sınır belirtilmemesine karşın, yıllara göre sınır belirlemesini kanunilik ilkesiyle bağdaştırmanın mümkün olmadığını da belirtmek gerekir.¹²

B. Subjektif Olarak Tespit Edilmesi

Malın değerinin azlığının subjektif olarak tespit edilmesi yönündeki görüşlere göre, bir malın değerinin azlığının tespitinde suçun işleniş şekli ve özellikleri dikkate alınacaktır. Ancak, burada “suçun işleniş şekli ve özellikleri”nden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Bu ibareden anlaşılması gereken, eylemi işlerken faile eşlik eden ya da faili yönlendiren tüm etkenlerdir.¹³ Malın değerinin az olması ya da failin hırsızlık yaptığı malın

¹¹ Yargıtay 6. Ceza Dairesince mülga Kanun'un 522. maddesinin uygulanması bakımından 1986 yılı için 100.000 liraya kadar pek hafif, 200.000 liraya kadar hafif, 300.000 liraya kadar normal, 300.000 liradan fazla ise pek fahiş, 1987 yılı için 150.000 liraya kadar pek hafif, 300.000 liraya kadar hafif, 400.000 liraya kadar normal, 400.000 liradan fazla ise pek fahiş, 1988 yılı için 200.000 liraya kadar pek hafif, 400.000 liraya kadar hafif, 600.000 liraya kadar normal, 600.000 liradan fazla ise pek fahiş, 1989 yılı için 300.000 liraya kadar pek hafif, 600.000 liraya kadar hafif, 1000.000 liraya kadar normal, 1000.000 liradan fazla ise pek fahiş kabul edilmekteydi. Daire kararlarında da belirlenen sınırlara göre bir değerlendirme yapılmaktaydı. Y. 6. CD, E. 1989/2208, K. 1989/3656, 13.04.1989 sayılı kararına göre, “Eylemin kullanma hırsızlığı olduğu oluş ve kabulden anlaşılmasına göre, TCK.nun 522. maddesinin uygulanmasında yıpranma gideri ve yakıt harcama gibi bu kullanmadan doğan zarar tutarının nazara alınacağı gözetilmeden, suça konu mobiletin değerini esas alınması ve yapılan bu uygulamaya göre 1.000.000 TL değerini pek fahiş yerine normal kabul edilmesi...” GÜNDEL Ahmet, **İçtihatlı - Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları**, Seçkin, Ankara, 1998, s. 1164, 1665, 1172.

¹² ÖZBEK/MERAKLI, s. 14; 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise Yargıtay yıllık değer ölçütü belirleme kıstasından vazgeçmiştir. Karara göre, “...Bu itibarla 5237 sayılı Yasa'nın 145. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde öngörülen “hafif” ya da “pek hafif” kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma gidilmemeli, Yargıtay'dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. 5237 sayılı Yasa'nın konuluş amacı gözetilmeli, anılan hükmün 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinden farklı olduğu kabul edilmelidir.” Y. CGK, E. 2010/11, K. 2010/65, 30.03.2010, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 08.07.2023)

¹³ ŞEN Ersan, “Hırsızlık Suçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2012, s. 320-357), s. 349; YAZICIOĞLU, “TCK m. 145. “Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve

daha çoğunu alma imkânı varken daha azını alması bu etkenlere örnek olarak gösterilebilir.

“Suçun işleniş şekli ve özellikleri” ibaresi 5237 sayılı TCK’nın 145. maddesinin metnine 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile eklenmiştir. Maddenin değişiklikten sonraki hali “Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, *suçun işleniş şekli ve özellikleri* de göz önünde bulundularak, ceza vermektan de vazgeçilebilir.” şeklindedir. Bu ibare ile birlikte öğretide nispeten azınlıkta kalan subjektif görüşün öne çıktığı yönünde bir izlenimin oluştuğu da bir gerçektir.

Malın değerinin subjektif görüş çerçevesinde tespit edilmesine yol açan bu ibarenin kanun maddesindeki yerinin de sorunlu olduğunu belirtmek gerekir. Zira “suçun işleniş şekli ve özellikleri” ibaresi madde metninde ceza vermektan vazgeçilmesinden önce yer almaktadır. Bu düzenleniş şeklinden çıkan anlam şudur: Hâkim hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı sebebiyle başka hiçbir şart aramaksızın failin cezasından indirim yapabilecektir. Ancak faile ceza vermektan vazgeçmek istediğinde malın değerinin az olmasının yanı sıra suçun işleniş şekli ve özelliklerini de göz önünde bulundurmak zorundadır.¹⁴ Öğretide bir görüş, “suçun işleniş şekli ve özellikleri”nin madde metninin başına eklenmesini önermektedir. Bu sayede hâkim hem cezadan indirim yapıp yapmama hem de ceza vermektan vazgeçip vazgeçmemeyi takdir ederken suçun işleniş şekli ve özelliklerini de nazara alacaktır.¹⁵ Yargıtay da o dönemki kararlarında bu yaklaşım tarzını kabul etmişti.¹⁶

Özelliklerinin” Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, s. 40. Öğretide HAFIZOĞULLARI/ÖZEN’e göre, “suçun işleniş şekli ve özellikleri” ibaresinden ne kastedildiği belirli değildir. Bu ibareler ile 5237 sayılı TCK’nın 61/1. maddesindeki temel cezayı belirlemeye yarayan ölçütler nazara alınmayacaktır. Bunun yerine hırsızlık suçunun basit ya da nitelikli hallerinden birinin mi işlendiği, suçun hafifletici nedenleri gibi özellikler nazara alınacaktır. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 786.

¹⁴ AKKAŞ Ahmet Hulusi, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S. 1, 2018, s. 331.

¹⁵ AKKAŞ, s. 331.

¹⁶ “...malın değerinin azlığı kavramı, olayın özelliği, sanığın kişiliği ve mağdurun konumu da değerlendirilerek, hâkime cezada indirim yapabilme ya da ceza vermektan vazgeçebilme konusunda seçenekli bir takdir hakkı hakkı tanıyan yeni bir kurumdur. Hâkim öncelikle belirlenen ölçütleri dikkate alarak, malın değerinin az olup olmadığını değerlendirecek, ikinci aşamada da, değer azlığı nedeniyle indirim yapıp yapmamaya veya ceza verip vermemeyi takdir edecektir.” Y. CGK, E. 2007/2-67, K. 2007/271, 11.12.2007, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 10.07.2023)

C. Yargıtayın Uygulaması

Yargıtayda hırsızlık suçlarının temyiz incelemesinin yapıldığı özel dairelerce malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulamalarına bakıldığında, objektif görünüşten uzaklaşıldığı anlaşılmaktadır. Özel daireler malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasında “*daha çoğunu alma imkânı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma*” ölçütünü getirmişlerdir.¹⁷ Ancak bu ölçüt de özel dairelerce yeknesak bir biçimde uygulanamamıştır. Zira bazı özel daireler sonraki tarihli bir takım kararlarında failin daha çoğunu alma imkânı varken yalnızca gereksinimi kadar alıp almadığını değerlendirmeksizin malın değerinin az olmasını maddenin uygulanması bakımından yeterli görmektedir.¹⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise 5237 sayılı TCK’daki değer azlığı kavramının, 765 sayılı mülga Kanun’da yer alan kavramdan farklı olduğunu ve daha çoğunu alma imkânı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan şeyi almanın maddenin uygulanma şekillerinden yalnızca birisi olduğunu vurgulamaktadır. Genel kurula göre, her somut olayda olayın özelliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve failin kişiliği de değer azlığının uygulama şekillerindedir.¹⁹

¹⁷ ARTUK ve diğ., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, s. 599; “...2- 5237 sayılı TCK’nun 145. maddesindeki suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı kavramından, daha çoğunu alabilme imkanı varken sadece gereksinimi kadar ve değer olarak da az şeyi alma durumunun anlaşılması ve suçun işleniş şekli ile özellikleri de nazara alınarak uygulanabileceğinden, söz konusu olayda 5237 sayılı TCK’nun 145. maddesinin uygulanma imkanı olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde ceza verilmesinden vazgeçilmesine karar verilmesi, ...” Y. 2. CD, E. 2013/12215, K. 2014/2805, 05.02.2014, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.07.2023); “...2- TCK’nun 145. maddesindeki “malın değerinin azlığı” kavramının, 5237 sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş şekli ve özelliği de gözetilmek suretiyle, daha çoğunu alma imkanı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da gerekiyorsa ceza vermekten vazgeçebileceği ölçüdeki düşük değerler esas alınmak, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanmak koşuluyla uygulanabileceği düşünülmeden, ...” Y. 13. CD, E. 2012/7282, K. 2013/18766, 17.06.2013, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.07.2023)

¹⁸ “Suça sürüklenen çocuğun 17.05.2011 tarihinde müşterinin kapısının önünden bir çift terlik ile bir çift ayakkabı çaldığı olayda, suça konu eşyaların değer belirlenerek, suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı TCK’nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan yazılı şekilde uygulama yapılması...” Y. 13. CD, E. 2012/7282, K. 2013/18766, 17.06.2013, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.07.2023); “... LCW mağazasından çalınmaya teşebbüs edilen gömleğin değerinin 29,90 TL olduğu nazara alınarak, sanık hakkında TCK’nın 145. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ...” Y. 2. CD, E. 2021/4555, K. 2022/15900, 03.10.2022, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.07.2023); “Müştekiye ait iş yerinden çalınan içkinin değerinin 82.50 TL olması karşısında; çalınan içkinin değeri nazara alınarak sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 145. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ...” Y. 2. CD, E. 2022/2210, K. 2022/8119, 25.04.2022, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.07.2023)

¹⁹ ARTUK ve diğ., s. 599; “...Madde ile getirilen sistem sadece malın objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliği,

Özel Daire ve Genel Kurul kararlarından buraya kadar bahsedilen kısımlar konusunda değinilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Öncelikle, özel dairelerce 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde aranmamasına karşın, "daha çoğunu alma imkânı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma" şeklinde bir kriterin getirilmesi kanunilik ilkesine aykırıdır. Özel Daireler burada kanun koyucunun iradesiyle çelişen bir uygulamaya gitmektedir. Kaldı ki kendi aralarında dahi yeknesak bir uygulama geliştirememişlerdir. Genel Kurul özel daireler arasındaki uygulama farklılıklarını gidermek için çalışsa da, getirmiş olduğu mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli gibi subjektif kriterler de bu sorunu çözmekten uzaktır. Ayrıca kararlarda failin kişiliği ya da mağdurun konumu ile malın değerinin azlığı hükmü arasında nasıl bir bağ kurulduğu da gerekli düzeyde açıklanamamıştır.²⁰

Özel Dairelerin ve Ceza Genel Kurulunun bazı kararlarında yine subjektif görüş çerçevesinde ele alınabilecek olan sanığın kastının değeri az olan eşyaya yönelik olması da aranmaktadır. Yani sanığın özgülünen kastı bir kriter olarak vurgulanmaktadır.²¹

mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenecek ve takdirin gerekçesi de kararda gösterilecektir..." Y. CGK, E. 2012/6-375, K. 2012/1809, 09.10.2012, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.07.2023)

²⁰ GÜRÜHAN ve diğ. "Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 8, 2016, s. 219-237), s. 228.

²¹ "...Sanığın, mağdura ait işyerinin dışında teşhir amacıyla bulunan 30 lira değerindeki bir çift spor ayakkabıyı alarak, montunun iç kısmına saklayıp olay yerinden uzaklaşmaya başladığı sırada yakalanması şeklinde gerçekleşen olayda; sanığın hırsızlık suçu teşebbüs aşamasında kalmış ise de, özgülünen kastının bir çift ayakkabıyı almaya yönelik olması, suç tarihinde paranın satın alma gücü ve ekonomik şartlar gözetildiğinde, hırsızlığa konu eşyanın değer bakımından az olması, suçun işleniş biçimi ile hak ve nesafet kuralları göz önüne alındığında, sanığın cezasından TCK'nun 145. maddesi uyarınca belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir." Y. CGK, E. 2017/17-733, K. 2017/341, 20.06.2017, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.08.2023); "...hırsızlık suçunun konusunu oluşturan 40 liranın değer bakımından az olduğundan kuşku bulunmamakta ise de, aynı gece başka bir işyerine benzer yöntemle girerek hırsızlık yapan, ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanığın kişilik yapısı, benzer eylemleri icraya yatkınlığı ve suçun işleniş biçimi göz önüne alındığında 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmediğinin kabulü gerektiğinden bahisle hükmün bozulmasında isabet bulunmamaktadır. ..." Y. CGK, E. 2014/13-850, K. 2015/128, 28.04.2015 <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.08.2023); "... suçta sürüklenen çocukların kastının ve neticeye yönelik fiillerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre, 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm verilmesi, ..." Y. 13. CD, E. 2014/5524, K. 2014/13253, 08.04.2014, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 06.08.2023); "... Somut olayda ise; sanığın 3 adet ve her biri 700 gram ağırlığındaki kaşar peyniri çalmaya teşebbüs etti-

Yukarıda da belirtildiği gibi gerek özel dairelerin gerek genel kurulun bazı kararlarından malın değerinin azlığı sebebiyle cezadan indirim yapılması ya da ceza verilmesinden vazgeçilmesi için sanığın kastının malın değerinin azlığını da kapsamı gerektiği anlaşılmaktadır. Öğretide ÖZBEK/MERAKLI Alman öğretisinde de cezanın belirlenmesine yönelik uygulamalarda neticenin haksızlık içeriğinin azalmasının yanı sıra failin kusuru ile hareketin haksızlık içeriğinin de dikkate alınması gerektiğinin savunulduğunu belirtmektedir.²² Buna göre, hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için malın objektif olarak değerinin az olmasının yanı sıra failin subjektif planının da malın değerinin azlığına ilişkin olması gerekmektedir.²³

Sorunun çözümü için düzenlemenin hukuki niteliğinin iyi anlaşılması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde düzenlenen ve hırsızlık suçunda malın değerinin az olması sebebiyle cezadan indirim yapılması ya da ceza vermektan vazgeçilebilmesine imkân veren düzenleme, suçun maddi unsurlarıyla ilgili değildir.²⁴ Bu sebeple, failin malın değerinin az olmasını bilmesi ve istemesi gerekmez. Şu halde, failin kastının tipik fiilin yalnızca objektif unsurlarını kapsamı yeterli olup, bunun dışında kalan sebeplerin ayrıca araştırılması gerekmeyecektir.

Yargıtayın özel dairelerinden olan 6. Ceza Dairesi hırsızlık suçundan malın değerinin azlığı sebebiyle cezada indirim yapılabilmesi ya da ceza vermektan vazgeçilebilmesi için uzun süredir benimsemiş olduğu daha ço-

ğinin anlaşılması ve sanığı neticeye götüren kastının da yalnızca bu miktardaki ürüne yönelik olması karşısında; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanma yerinin olup olmadığının tartışılıp sonuca bağlanması gerektiğinin gözetilmemesi, ... Y. 17. CD, E. 2015/30253, K. 2018/5099, 12.04.2018, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 10.08.2023); "... TCK'nın 145. maddesinde düzenlenen değer azlığı kavramı, suçun işleniş şekli ile olayın özelliği de dikkate alınarak, failin kast ve iradesini değer olarak az olan eşyaya özgülemesi, kastının ne bulursa almaya yönelik olmaması veya daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar almış olmakla birlikte, alınan bu şeyin değerinin de cezadan indirim yapılmasını gerektirecek şekilde gerçekten az olması hallerinde yasal ve yeterli gerekçeleri açıklanmak koşuluyla uygulanabileceği, somut olayda sanığın, katılan kuruma ait üç adet logar kapaklarını sökerek çalmak istemesi biçimindeki eylemin işleniş biçimine ve suça konu eşyaların değerine göre 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeden aynı Kanun'un 145. maddesi gereğince, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, ..." Y. 2. CD, E. 2019/2820, K. 2019/14132, 25.09.2019, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.08.2023)

²² ÖZBEK/MERAKLI, s. 20.

²³ ÖZBEK/MERAKLI, s. 20.

²⁴ ÖZBEK/MERAKLI, s. 21.

ğunu alma imkânı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma kriterinden döndüğünü, artık malın değerinin az olduğunun objektif olarak tespit edildikten sonra somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak hükmün uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da sonraki tarihli kararlarında bu içtihat değişikliğini benimsemiştir.²⁶

Yargıtay (Kapatılan) 13. Ceza Dairesi sonraki tarihli bir kararında hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hükümleri sebebiyle cezada indirim yapılabilmesi ya da ceza vermektен vazgeçilebilmesi için objektif görüşe uygun bir kriter getirmiştir. Bu kriter, suç tarihinde yürürlükte olan *brüt asgari ücretin onda birine kadar* olan değer az kabul edilmesidir.²⁷ Dairenin anılan kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz kanun yoluna gidilmiş; ancak Dairece *brüt asgari ücretin onda biri* kriterinin daha önceki bir Yargıtay kararına işlenmemiş olmakla birlikte, 2016 yılı başlarında hırsızlık suçlarının temyiz incelemesiyle görevli olan 2., 13., 17. ve 22. Ceza Dairelerinin çoğunluğunun ortak düşüncesiyle uygulamada birliği sağlamak amacıyla belirlenen objektif bir ölçüt olduğu, Yargıtay tarafından her yıl değer azlığı miktarının yeniden belirlenmesi yerine, kamu, işçi ve işveren temsilcileriyle birlikte, ekonomik ve bilimsel verilere göre her yıl yeniden belirlenen, suç tarihinde geçerli olan asgari ücretin brüt tutarının onda birinin esas alınması gerektiği belirtilmek suretiyle itirazın reddine ve

²⁵ "...5237 sayılı TCK'nın 145. (veya 150/2) maddelerinde veya gerekçelerinde "Daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma" koşulu yoktur. Elbette değer az olmasına ilaveten, daha çoğunu alma olanağı varken daha az alınmış ise; bu maddeler sanık lehine uygulanmalıdır. Ancak; her iki maddenin, yalnızca bu tanımlamayla sınırlandırılması da olanaklı değildir. TCK'nın 145 veya 150/2. maddeleri uyarınca faile verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması kural olarak yeterli olup, suç ve cezada kanunilik ilkesi ile aleyhe kıyas ve yorum yasağı gereği, kanunda bulunmayan başka bir koşul ihdas edilemez. ..." Y. 6. CD, E. 2021/22061, K. 2021/20507, 28.12.2021, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.08.2023)

²⁶ "...Yargıtay 6. Ceza Dairesinin, değer azlığı ile ilgili olan ve bu konudaki içtihadı daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma şeklinde yansıtılan görüşünün, TCK'nın 145. maddesi uygulamasında ... sadece bu tanımlamayla sınırlandırılması mümkün değildir. TCK'nın 145. maddesinin gerek ilk şekli gerekse değiştirilmiş biçimi ortak biçimde, hırsızlık konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır. ..." Y. CGK, E. 2022/2-588, K. 2023/201, 05.04.2023, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.08.2023)

²⁷ "...Suça konu cüzdanın ve içindeki paraların değerinin tespit edilerek, sonucuna göre suç tarihindeki brüt asgari ücretin onda birinden az olduğunun anlaşılması karşısında, sanık hakkında değer azlığı nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediğinin gözetilmemesi, ..." Y. 13. CD, E. 2018/15398, K. 2019/9375, 29.05.2019, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 17.08.2023)

dosyanın Ceza Genel Kuruluna gönderilmesine karar verilmiştir.²⁸ Ceza Genel Kurulunca itiraz üzerine öncelikle 13. Ceza Dairesine gelen ve Dairece itirazın reddine karar verilip, kendisine gönderilen karar ile ilgili suça konu eşyanın değerinin *belli bir miktar ile sınırlandırılmasının* isabetli olup olmadığının tespitinin, 13. Ceza Dairesince verilen eksik araştırma bozması sonucunda verilecek karara göre tartışılmasının gerekmesi sebebiyle 13. Ceza Dairesinin bozma ilamının gerekçesine yönelik olan uyuşmazlık konusunun bu aşamada incelenmesinin mümkün olmadığı belirtilmek suretiyle itirazın değişik gerekçeyle reddine karar verilmiştir.²⁹

Yargıtayın hırsızlık suçunda malın değerinin az olması sebebiyle cezada indirim yapılması ya da ceza vermektan vazgeçilebilmesi için malın ekonomik değerinin brüt asgari ücretin onda birine kadar olmasını aramasının da kanunilik ilkesine aykırı olduğunu düşünüyoruz. Zira Yargıtayın benimsemiş olduğu bu kriter 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin kapsamını daraltmaktadır. Buna göre, yerel mahkeme somut olayın özelliğine göre kendi yapacağı değerlendirme sonucunda malın değerinin az olduğu kanaatine varsa dahi, malın değeri brüt asgari ücretin onda birinden az olmadığı için bu hükmü uygulayamayacaktır. Oysa 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde mahkemenin değer azlığı hükmünü uygulayabilmesi açısından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Yargıtayın bir an için yeknesak bir uygulama sağlamak amacıyla böyle bir kriter getirdiği düşünülebilirse de, bu durum hem kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecek hem de adil olmayan uygulamalara yol açabilecek niteliktedir.

III. HATA, TEŞEBBÜS, İŞTİRAK, İÇTİMA, ETKİN PİŞMANLIK, SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ ve KULLANMA HIRSIZLIĞI HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI

A. Hata

Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığının hata bakımından özellik gösterdiği iki durum bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, failin değerinin az olmamasına karşın değersiz zannederek bir şeyi almasıdır. Öğretide bu du-

²⁸ Y. 13. CD, E. 2019/5553, K. 2019/13629, 02.10.2019, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 17.08.2023)

²⁹ Y. CGK, E. 2019/13-529, K. 2023/102, 22.02.2023, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 19.08.2023)

rumda değer azlığına ilişkin indirimden yararlanılması konusunda birlik vardır.³⁰ Bu durumda fail, 5237 sayılı TCK'nın 30/2. maddesi gereğince bir suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleştiği konusunda hataya düşmüştür. Bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı araştırılmaksızın 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi hükmünden yararlanacaktır.

İkincisi ise failin değeri az olan bir şeyi değerli zannederek almasıdır. Öğretide çoğunluk görüşe göre bu durumda failin subjektif kanaatine üstünlük tanınmamalı, yine değer azlığı hükümlerinden yararlanması sağlanmalıdır.³¹ Buna karşın öğretideki bir görüşe göre, failin değerinin az olmamasına karşın değersiz zannederek bir şeyi aldığına değer azlığı hükümlerinin uygulanmasında, yani hatasından yararlanmasında bir problem yoktur. Buna karşın, failin değeri az olan bir şeyi değerli olduğunu zannederek almasında maddenin *ratio legis* nazara alınarak değer azlığı hükümlerinden yararlanamaması gerekir. Daha açık bir anlatımla, failin bu indirimden yararlanabilmesi için mutlaka malın değerinin az olduğunu tasavvur etmesi gerekecektir.³²

Kanaatimizce failin değerinin az olmamasına karşın değersiz zannederek bir şeyi almasının yanı sıra değeri az olan bir şeyi değerli zannederek alması durumunda da değer azlığı hükümleri uygulanacaktır. Zira ikinci durumda failin hareketinin ifade ettiği haksızlık içeriği fazla olsa da neticenin ifade ettiği haksızlık içeriğinin düşük olması failin değer azlığı hükümlerinden faydalanmasını mümkün hale getirmektedir.

B. Teşebbüs

Hırsızlık suçunda failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda malın değerinin azlığına ilişkin hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda gerek öğretide gerek Yargıtay içtihatlarında farklı görüşlere rastlanmaktadır.

³⁰ ÖZBEK/MERAKLI, s. 19; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 479; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, s. 730; TEZCAN ve diğ., **Teorik ve Pratik Ceza Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 781-782; YAZICIOĞLU, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", s. 45.

³¹ ARTUÇ, s. 89; YAZICIOĞLU, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", s. 45; ÖZBEY Özcan, "Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.5, S. 44, 2010, s. 129-139), s. 131.

³² HAKERİ, s. 90-91.

Öğretideki bazı görüşlere göre, hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda, değer azlığı hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusunda suça konu şeyin değerinin belirlenip belirlenemediği esas alınmaktadır. Buna göre, suça konu şeyin değeri belirlenebiliyorsa değer azlığına ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Buna karşın, suça konu şeyin değeri belirlenemiyorsa değer azlığına ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.³³

Öğretideki diğer bazı görüşlere göre, hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde suça konu şeyin değeri belirlenemese dahi şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince failin değer azlığı hükümlerinden yararlandırılması gerekir.³⁴ Bu görüşe taraftar olanlara göre hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde suça konu şeyin değeri belirlenemediğinde az olarak kabul edilmesi sonucu doğmaktadır.

Yargıtayın hırsızlık suçunda teşebbüs aşamasında değer azlığı hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki içtihatları da farklılık göstermektedir. Şöyle ki; Yüksek Mahkemece 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık suçuna teşebbüs durumunda failin hangi eşyayı alacağını bilmemesi onun lehine yorumlamakta ve değer azlığı hükmünün uygulanması gerektiği vurgulanmaktaydı.³⁵ 5237 sayılı TCK döneminde ise Yargıtayın bazı özel daireleri ve Ceza Genel Kurulu arasında da çelişki yaratabilecek türden içtihatlarla rastlanmaktadır. Yargıtayın bazı özel dairelerince hırsızlık suçunda failin almaya teşebbüs ettiği şeyin değeri bilinebiliyorsa değer azlığı hükümlerinin uygulanabileceği, aksi durumda uygulanamayacağı yönünde kararlar vermiştir.³⁶ Buna karşın bazı özel daire kararlarında hırsızlık suçunda teşebbüs

³³ AKKAŞ, s. 339; HAKERİ, s. 90; MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013, s. 2400; TEZCAN ve diğ., **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 21. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s.679; ARTUK ve diğ., s. 600.

³⁴ ÖZBEK ve diğ., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 633; KÖPRÜLÜ, s. 261; YAZICIOĞLU, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", s. 36.

³⁵ "...Mağdur Cahit'in evinden yapılan hırsızlık eksik kalkışma aşamasında kalmış olmasına göre sanığın çalmak istediği para veya eşya miktarı belirlenmemiş olmasına rağmen "kuşku-dan sanık yararlanır" genel ilkesi uyarınca TCK.nun 522. maddesinin pek hafif değere ilişkin hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." Y. CGK, E. 1987/6-94, K. 1987/237, 27.04.1987, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 01.09.2023)

³⁶ "...Somut olayda ise; katılan Rifat Hatipoğlu'nun, kendisine gösterilen malzemelerin değerinin yaklaşık 100 TL civarında olduğunu belirtmesi karşısında, çalınmaya teşebbüs edilen eşyaların toplam değerinin bilirkişi vasıtasıyla tespiti yapılarak sanık hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükümden 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..." Y. 2. CD, E. 2020/22719, K. 2020/12001, 04.11.2020, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.09.2023); "5237 sayılı TCK'nın 145.

aşamasında değer azlığı hükümlerinin uygulama olanağının bulunmadığı belirtilmiştir.³⁷ Buna karşın Ceza Genel Kurulunun kararlarında hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde suça konu şeyin değeri belirlenebiliyorsa değer azlığı hükümlerinin uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.³⁸

Kanaatimizce hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde değer azlığı hükümlerinin uygulanması konusunda bakılacak olan husus,

maddesindeki "malın değerinin azlığı" kavramının düşük değerlerin esas alınması suretiyle, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanmak koşuluyla uygulanabileceği dikkate alınarak, sanıkların değer tespit tutanağına göre 75.00 TL değerindeki demir mazgalı çalmaya teşebbüs etmiş olması karşısında, sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediği tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi, ..." Y. 2. CD, E. 2016/17173, K. 2019/1935, 05.02.2019, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 13.09.2023); *"...Somut olayda ise; sanığın müştekinin müdürü olduğu mağazadan 49,90 TL değerinde ayakkabı çalmaya teşebbüs etmesi karşısında; sanık hakkında suçun işleniş şekli ve özellikleri itibarıyla ceza vermektен vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması karşısında TCK'nun 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, ..."* Y. (Kapatılan) 17. CD, E. 2019/10373, K. 2020/1139, 22.01.2020, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.09.2023), sayılı kararı; *"...Somut olayda ise; sanığın mağdura ait firının yazar kasasından 15 TL çalmaya teşebbüs ettiğinin anlaşılmasına göre 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, ..."* Y. (Kapatılan) 17. CD, E. 2019/11717, K. 2020/1831, 10.02.2020, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 19.09.2023)

³⁷ *"... Kalkışma aşamasında kalan suçlarda uygulanma olanağı olmayan ve koşulları da oluşmayan TCY'nin 145/1. maddesiyle sanığın cezasından indirim yapılması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış, ..."* Y. 6. CD, E. 2008/9128, K. 2012/551, 23.01.2012 kararı, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 23.09.2023); *"...Hırsızlık suçunun kalkışma aşamasında kaldığı anlaşıldığına göre 5237 sayılı TCK. 145 maddesi uyarınca indirim yapılamayacağına gözetilmemesi, ..."* Y. 6. CD, E. 2007/3031, K. 2011/2602, 16.03.2011, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 23.09.2023)

³⁸ *"... Sanık ...'nın 39,90 TL değerindeki bir çift ayakkabıyı çalmaya teşebbüs ettiği olayda; suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak, ... kastını özgüleyerek hırsızlık suçuna teşebbüsün konusunu oluşturan 39,90 TL'nin değer bakımından az olması ... dikkate alındığında, sanığın cezasından TCK'nun 145. maddesi uyarınca belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir. ..."* Y. CGK, E. 2018/13-295, K. 2022/49, 25.01.2022, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 10.10.2023); *"... Sanığın, mağdurun sorumlusu olduğu mağazadan, toplam değeri 50 lira olan bir adet kazak ile bir adet hırkayı deneme kabineine götürüp, alarm barkotlarını koparıktan sonra kol çantasına koyduğu, kabinden ayrılıp hızlıca çıkış kapısına doğru yöneldiği sırada, mağaza içinde bulunan kolluk görevlilerince kesintisiz takip sonucu çıkış kapısı yanında yakalandığı olayda; sanığın hırsızlık suçu teşebbüs aşamasında kalmış ise de, özgülenen kastının bir adet kazak ile bir adet hırkayı alma-ya yönelik olması, suç tarihinde paranın satın alma gücü ve ekonomik şartlar gözetildiğinde, hırsızlığa konu eşyaların değer bakımından az olması, suçun işleniş biçimi ile hak ve nesafet kuralları göz önüne alındığında, sanığın cezasından TCK'nun 145. maddesi uyarınca belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir. ..."* Y. CGK, E. 2015/13-156, K. 2017/256, 09.05.2017, <http://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.10.2023)

suça konu şeyin değerinin belirlenmiş olup olmadığıdır. Şayet bu değer belirlenebiliyorsa, değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Zira hırsızlık suçunda teşebbüs aşamasında kalmış hareket ile tamamlanmış hareket arasında eylemin haksızlık içeriği bakımından bir fark yoktur.³⁹ Ayrıca, failin tamamlanmış olan hareketten dolayı daha fazla cezalandırılıp, değer azlığı sebebiyle cezasından indirim yapılmasına muvafakat veren kanun koyucunun aynı hareketin teşebbüs aşamasında kalması sebebiyle değer azlığı hükümlerinin uygulanmasına cevaz vermemesi de kendi içinde çelişki oluşturacaktır.⁴⁰

C. İştirak

Hırsızlık suçunun iştirak halinde işlenmesi halinde malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına nasıl karar verileceği de tespit edilmelidir. Burada eylemin birden fazla suç ortağının katılımıyla gerçekleşmesi sebebiyle suça konu malın değerinin tamamı hesaplanıp, suç ortağı sayısına bölünerek ortaya çıkan değer ya da her bir suç ortağının almış olduğu malın değeri tek tek esas alınmayacaktır.⁴¹ Suça konu malın toplam değerine göre değer azlığı hükümlerinin suç ortakları hakkında uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir.⁴²

Suçta konu malın toplam değerine göre değer azlığı hükümlerinin uygulanması gerekmesinin sebebine gelince, birden fazla suç ortağının katılımıyla gerçekleştirilen hırsızlık suçunda meydana gelen zarar mağduru bir bütün

³⁹ AKKAŞ, s. 339.

⁴⁰ AKKAŞ, s. 339.

⁴¹ DÖNMEZER Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, 2001, s. 541; ÖNDER Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul, 1994, s. 489; ARTUK ve diğ., s. 600.

⁴² ÖZBEK ve diğ., s. 634; TEZCAN ve diğ., s.781; Ayrıca Yargıtay da iştirak halinde işlenen suçlarda her bir suç ortağı bakımından değer azlığı hükümlerinin uygulanmasında suça konu malın tamamının değerinin esas alınacağını belirtmiştir. Karara göre, "...yerel mahkemece, çalınan fındığın değeri veya ika olunan zarar yerine sanıkların elde ettikleri menfaati gözönüne alındığı ve suçun müştereken işlendiği dikkate alınmadan değerlerin sanık adedine bölünerek normal kabul edildiği görülmektedir. Böyle bir uygulama usul ve yasaya ve Yargıtay'ın yerleşik içtihadına aykırıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, sanıklar müştereken toplam 9.618 kilo miktarında ve 500.000 liraya yakın değerdeki fındığı üç partide çalıp götürmüşlerdir. Her bir partide götürdükleri fındığın değeri 100 bin liranın üzerindedir. Suç müştereken işlendiğine göre TCK.nun 522. maddesinin uygulanmasında tüm değer gözönünde tutulması gereklidir. Olay tarihindeki ekonomik koşullara göre 100.000 liranın üzerindeki bir değer pek faahiş olarak kabulü zorunludur." Y. CGK, E. 1982/6-112, K. 1982/170, 26.04.1982, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 17.10.2023)

olarak olumsuz etkileyecektir. Bu sebeple, eylemin haksızlık içeriğinin de meydana gelen toplam zarar dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir.⁴³

D. İçtima

Hırsızlık suçunun bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda birden fazla kez işlenmesi durumunda zincirleme suç gündeme gelecektir. Bu durumda TCK'nın 43/1. maddesi gereğince bir hırsızlık suçundan cezaya hükmedilip, bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Burada sorun teşkil eden husus ise şudur: Zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı suçlarda malın değerinin azlığına ilişkin hükmün uygulanıp uygulanmayacağına işlenen suçların toplamı üzerinden mi yoksa zincirin halkasını oluşturan her bir suç üzerinde mi karar verileceğidir.

Öğretideki bazı görüşlere göre, hırsızlık suçunun zincirleme şekilde işlenmesi halinde değer azlığı hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı her bir suçu oluşturan malın değeri değil hırsızlıktan elde edilen malların toplam değeri esas alınarak belirlenecektir.⁴⁴

Öğretideki diğer bazı görüşlere göre, hırsızlık suçunun zincirleme şekilde işlenmesi halinde değer azlığı hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı zinciri oluşturan her bir suç dikkate alınarak belirlenecektir.⁴⁵ Şu halde, zinciri oluşturan suçlardan bir tanesinde bile suça konu şeyin değeri az değilse, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Buna karşın, aynı neviden fikri içtima halinde yani hırsızlık suçuna konu birden fazla kişiye ait eşyayı fail gerçekleştirmiş olduğu tek bir fiil ile elde etmiş ve bu şeylerin değerleri de ayrı ayrı az ise, malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına suça konu şeylerin tamamının değeri üzerinden karar verilecektir.⁴⁶

⁴³ ÖZBEK/MERAKLI, s. 22.

⁴⁴ ARTUÇ, s. 89; GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 4. Cilt, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2021, s. 5302; GÜRÜHAN ve diğ., s. 229.

⁴⁵ ÖZBEK ve diğ., s. 634; TEZCAN ve diğ., s. 781; ÖZBEK/MERAKLI s. 21; AKKAŞ, s. 341, YAZICIOĞLU, "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", s. 44; ÖNDER, s. 490; CENTEL ve diğ., **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt: 1, Beta, İstanbul, 2017, s.327; SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: 1, 7. Baskı, Adalet, Ankara, 2023, s.840; ARTUK ve diğ., s. 600.

⁴⁶ AKKAŞ, s. 342.

Yargıtayın bazı özel daireleri ve Ceza Genel Kurulu arasında da hırsızlık suçunun zincirleme şekilde işlenmesi halinde değer nasıl belirleneceği konusunda içtihat farklılıkları mevcuttur. Özel ceza dairelerinden birine göre, hırsızlık suçunun zincirleme şekilde işlenmesi halinde malın değer azlığı her bir suç bakımından ayrı ayrı belirlenmeli iken⁴⁷ diğer bazı özel ceza daireleri ve Ceza Genel Kuruluna göre malın değeri zincirleme suçta konu şeylerin toplam değeri üzerinden belirlenmelidir.⁴⁸

E. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, failin eylemin tamamlanmasından sonra pişmanlık gösterip, bu eylem sebebiyle ortaya çıkan zararları giderme yönünde gösterdiği davranışlardır. Etkin pişmanlık failin ceza sorumluluğunu etkilemez. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'da yalnızca bazı suç tipleri ile ilgili olarak bu kurum cezayı ortadan kaldıran ya da daha az ceza verilmesini gerektiren şahsi bir hal olarak düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği suç türlerinden biri de hırsızlıktır.

Hırsızlık suçunda mağdurun uğramış olduğu zararın soruşturma evresinde giderilmiş olması halinde 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesi gereğince hükmolunan cezadan üçte ikisine kadarı, kovuşturma evresinde gide-

⁴⁷ "...suçun konusunu oluşturan 5-10 milyon lira para ve ışıldak ile yine 10.000.000 lira para ve daktilonun değerinin de az olmamasına ve öngördüğü koşullar gerçekleşmemesine karşın, aynı Yasanın 145/1. maddesi uyarınca indirim yapılması, ..." Y. 6. CD, E. 2006/406, K. 2006/7179, 04.07.2006, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.11.2023)

⁴⁸ "...Sanığın ilk olarak 17.03.2010 günü gündüz vakti müşterinin sorumlusu olduğu işyerine girip 1 kg kaşar peynirini hırsızladığı, ikinci olarak ise 18.03.2010 günü aynı işyerine gidip 1 adet tavuk bonfileyi hırsızlamaya çalıştığı sırada yakalandığı mahkemece de oluşturma uygun olarak kabul edilen olayda, ... toplam 18 TL değerinde bir adet tavuk bonfile ve 1 kg kaşar peyniri çalan sanık hakkında, suçun işleniş şekli ve özellikleri itibarıyla ceza vermektен vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK'nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." Y. 17. CD, E. 2015/6293, K. 2015/8337, 27.10.2015, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 14.11.2023); "... Sanığın, aynı suçu işleme kararı altında, mağdura ait iş yerinde 02.01.2013 tarihinde toplamda 30 TL değerinde olan bir kavanoz bal ve bir paket tereyağı çaldığı; 05.01.2013 tarihinde de aynı iş yerine gelerek toplam değeri 37.50 TL olan iki adet hazır çorba, bir kilogram çam fıstığı, bir paket zeytin ve yaklaşık bir kilogram cevizli baklavayı çalmaya teşebbüs ettiği olayda; ...sanığın, aynı mağdura karşı ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme şekilde gerçekleştirdiği hırsızlık eylemlerinin konusunu oluşturan toplamda 67.50 TL'nin değer bakımından az olması dikkate alınarak, hak ve neşafet kuralları uyarınca, sanığın TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasına göre belirlenecek olan cezasından aynı Kanun'un 145. maddesi gereğince belli bir oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir." Y. CGK, E. 2015/13-770, K. 2019/74 K., 07.02.2019, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 14.11.2023)

rilmiş olması halinde ise aynı Kanun'un 168/2. maddesi uyarınca yarı oranında indirim yapılacaktır. Mağdurun zararının tamamen giderilmesi halinde sanığa hükmolunan cezadan indirim yapılabilmesi için mağdurun rızası aranmayacaktır. Buna karşın, mağdurun zararının kısmen giderilmesi halinde ise sanığa hükmolunan cezadan indirim yapılabilmesi ise 5237 sayılı TCK'nın 168/4. maddesi gereğince mağdurun rızasına tabidir. Konunun, değer azlığı bakımından önem arz eden yönü de kısmi iade bakımındandır. Sanığın mağdurun zararını kısmi olarak karşılayıp, mağdurun da bu iadeye rıza göstermesi durumunda, malın değerinin azlığı hükmünün uygulanmasında geriye kalan malın değeri değil, suça konu malın tamamının değeri esas alınacaktır.⁴⁹ Zira sanığın etkin pişmanlık göstermesi ortada tamamlanmış bir suçun bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Malın değerinin az olup olmadığına da suçun tamamlanmış şeklinde göre karar verilmektedir. Suçun tamamlanmasından sonra kısmi iadenin gerçekleştirilmesi eylemin haksızlık içeriğini azaltmamakta ve fakat faile verilecek cezada indirim olanağını sağlamaktadır.⁵⁰

F. Suçun Nitelikli Halleri ve Kullanma Hırsızlığı

Değer azlığı hükmünün hırsızlık suçunun temel şekli yanında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinde de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin nitelikli hırsızlığa ilişkin aynı Kanun'un 142 ve 143. maddeleri ile daha az cezayı gerektiren 144. maddesinden sonra düzenlenmiş olduğu, bu sebeple hükmün hırsızlık suçunun temel şekli yanında nitelikli halleri içinde uygulanabileceği sonucunun çıkarılabileceği ifade edilmiştir.⁵¹ Hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin işlenmesi durumunda temel şekline göre uygulanacak ceza miktarı daha ağır olduğundan malın değerinin azlığı sebebiyle ceza vermektен vazgeçilemeyeceği ve fakat cezadan indirim yapılabileceği düşünülebilirse de, kanunda böyle bir kısıtlama yoktur. Ayrıca bu durumun hâkimin takdirine bırakılıp, somut olayın koşullarına göre bir karar verilmesinin de isabetli olacağını düşünüyoruz.

Değer azlığı hükmünün 5237 sayılı TCK'nın 146. maddesinde belirtilen kullanma hırsızlığında uygulanması konusuna da değinmek gerekir. Esasen

⁴⁹ AKKAŞ, s. 340.

⁵⁰ AKKAŞ, s. 340.

⁵¹ HAKERİ, s. 90; KÖPRÜLÜ, s. 258-259.

bu konu 5237 sayılı TCK'nın Adalet Komisyonundaki görüşmeleri sırasında da gündeme gelmiş ve komisyon üyelerinden olan Özgenç, kullanma hırsızlığı durumunda malın değerinin az ya da çok olmasının temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceğini, kullanma hırsızlığına konu malın değerinin az olduğu durumlarda genellikle mağdurun rızası olduğu düşüncesiyle hareket edildiğini, bu şartlarda da zaten kastın ortadan kalkacağını savunmuştur.⁵² Özgenç'in kullanma hırsızlığı durumunda failin genellikle mağdurun rızası bulunabileceği düşüncesiyle hareket ettiğine yönelik görüşüne katılmanın mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira kullanma hırsızlığında mal sahibinin rızasının bulunacağı yönündeki bir düşünce ancak istisnai olarak düşünülebilir. Bu sebeplerle, kullanma hırsızlığında da değer azlığı hükümleri uygulanabilecektir.

Kullanma hırsızlığında değer azlığının tespiti konusunda da öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı görüşlere göre, kullanma hırsızlığında değer azlığı malın bütünüünün ekonomik değeri üzerinden değil, kullanım sebebiyle oluşan yağ, yakıt gibi değerler üzerinden hesaplanmalıdır.⁵³ Buna karşın diğer bazı görüşlere göre, kullanma hırsızlığında suçun konusu alınan eşyadır. Bu eşyadan istifade etmek için harcanan yağ ya da yakıt ise suçun

⁵² Komisyon tutanaklarına bu durum şöyle yansımıştır: “Niyazi Güney: Sayın başkanım, getirilen müesseseye taraftar olmakla birlikte, kullanma hırsızlığı yönünden 146 ncı maddenin uygulanamaması sebebiyle, bu 146 ve 147'nin her ikisine uygulanması yönünden, zorunluluk hali ve malın değerinin az olması biçiminde, yani bu maddelerden sonra ortak hüküm olarak bunun düzenlenmesinde yarar mülhaza ediyorum. Şu bakımdan: Bunu biz 146'da düzenlememiz halinde, kullanma hırsızlığına konu olan bir malın değeri de çok hafif olabilir. Cezayı müstelzim bir mal olabilir. Bu vaziyet bunu kapsamıyor. Yani, Sayın komisyon takdir buyurduğu takdirde, bunu da kapsayacak biçimde düzenlemeyi yapmakta yarar görüyorum. Başkan: Buyurun. İzzet Özgenç: Kullanma hırsızlığıyla malın değerinin az olmasını birbirine karıştırmamak lazım gelir. Malların değerinin alınmış olması halinde, bir zilyetliği kişiden koparıyorsunuz, kullanma hırsızlığında ise tekrar malı kişiye iade ediyorsunuz. Malın burada değerinin az olması veya çok olması, bu suçtan dolayı kişiye verilecek olan temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır ve kullanma hırsızlığında eğer malın değeri azsa, bu gibi durumlarda, genellikle malı alan kişi, malın sahibinin buna rıza gösterebileceği, rızasının olabileceği düşüncesiyle hareket etmektedir. Bu da, hırsızlık suçu açısından kastı ortadan kaldırır. Mesela, bir komşu çocuğunun bisikletinin biraz eğlenmek üzere, kullanılmak üzere alınmış olması halinde, kullanma hırsızlığı söz konusudur; ama burada, bisikleti bulunduğu yerden alan kişi, bunun sahibinin buna rıza gösterebileceğini düşünerek bunu almaktadır. Buna karşılık, bir bisikletçi dükkanının önünde hiç kullanılmamış olan bir bisikleti aldığı takdirde, burada, bir rıza konusunda yanılma söz konusu olamaz. Böyle bir durumda, hırsızlık suçunun temel şekline ilişkin kurallar göz önünde bulundurulmak suretiyle cezaya hükmedilmemelidir. Dolayısıyla, bu sistemde, kullanma hırsızlığında 146 ncı maddenin malın değerinin az olmamasını kapsamaması bir eksiklik değil, bir çelişkiyi de ifade etmiyor.” **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2005, s. 572-573.

⁵³ ARTUÇ, s. 89; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5303.

konusu değildir.⁵⁴ Yargıtay ise özellikle eski tarihli kararlarında kullanma hırsızlığında değer azlığı hükmünün uygulanmasında yalnızca kullanmadan kaynaklanan zararın esas alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁵

IV. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ KURULACAK HÜKME ETKİSİ

A. Cezada İndirim Yapılması

5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde hırsızlık suçu bakımından malın değerinin az olması halinde hâkimin takdirinde olan ilk hal, cezada indirim yapılmasıdır. Ancak madde metninde yapılacak indirimin oranı belirtilmiş değildir. Bu durum maddenin meclis komisyonu görüşmelerinde dile getirilmiş; ancak komisyon üyelerinden olan Özgenç hâkime cezadan tamamen vazgeçebilme yetkisi veren bir hükümde cezada yapılacak indirim oranını belirlemenin isabetli olmayacağını belirtmiştir.⁵⁶ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira madde metninde indirim oranına yer verilmemesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gibi keyfi uygulamalara da yol açabilir. Ayrıca malın değerinin azlığı halinde 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesi gereğince yağma ve aynı Kanun'un 249. maddesi uyarınca da zimmet suçundan hükmolunan cezaların üçte birine kadar indirilebileceği belirtilerek açıkça indirim oranlarına yer verilmişken, 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi gereğince hırsızlık suçunda değer azlığı sebebiyle yapılacak indirimin oranına yer verilmemesi kendi içinde tutarlı da değildir.⁵⁷ Bunlara ek olarak aynı Kanun'un 61/10. maddesinde kanunda açıkça yazılmış olmadıkça ceza-

⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 731.

⁵⁵ “ Kullanma hırsızlığı olarak benimsenen eylemle çarpma sonucu doğan ve cürmi kastın dışında kalan zarar arasında nedensellik bağı kurulmadığı gözetilmeden, benzin ve yıpranma bedeli olan ve nesnel ölçütlere göre pek hafif sayılması gereken 2.500 TL yerine 44.000 TL değerini gözetilerek TCY'nin 522. maddesinin buna göre uygulanması yasaya aykırıdır.” Y. 6. CD, E. 1987/218, K. 1987/2113, 03.03.1987, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 19.11.2023)

⁵⁶ Komisyon tutanaklarına bu durum şöyle yansımıştır: “Osman Şirin: ...Buradaki cezada indirim, bugüne kadar alıştığımız tarzda bir nispette indirim değildir; kayıtlara geçmesi için hocadan talep ediyorum. Bu, hapis cezasının en azına kadar indirim mi hedefleyen ifadedir, bunun, hocalarımızca açıklanmasını rica ediyorum. İzzet Özgenç: Cezadan tamamen vazgeçebilme yetkisini hakime tanıdıktan sonra, cezada yapılacak olan indirim oranını belirlemenin mantıksızlık olduğunu düşünerek buraya bir oran yazmadık. Burada cezada indirim yapıldığında, eğer söz konusu olan hapis cezasıysa, hapis cezasının alt sınırı zaten bu sistemde bir aydır. Bir aydan da aşağı inemeyecektir. Ya bir aya kadar hapis cezası verecektir veyahut da ceza vermektan tamamen vazgeçecektir.” **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, s. 572.

⁵⁷ ÖZBEK/MERAKLI, s. 34.

ların ne artırılabilirliği, ne eksiltebileceği ne de değiştirilebileceği belirtilmiştir. Bu maddeden çıkan bir sonuç, cezada yapılacak indirim oranının da kanunda açıkça belirtilmesi gerektiğidir. Eğer kanun koyucu komisyon görüşmelerinde öne sürüldüğü gibi cezanın alt sınırının bir ay olduğunu murat ediyorsa, bunun açıkça kanun metninde belirtilmesi gerekirdi.⁵⁸

B. Ceza Vermekten Vazgeçme

5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde hırsızlık suçu bakımından malın değerinin az olması halinde mahkemenin takdirinde olan ikinci hal ise ceza vermekten vazgeçmedir. Bu halde de esasen fiil tipikliğini korumaktadır. Hukuka uygun bir durum da söz konusu değildir. Bununla birlikte fiilin haksızlık içeriği öylesine azalmıştır ki; kanun koyucu hâkime ceza vermekten vazgeçme yetkisi tanımıştır. Fiilin tipik olma özelliğini halen devam ettirmesi sebebiyle de fail hakkında beraat değil, CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir.

CMK'nın 223/4-d maddesindeki ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecek hallerden biri olan “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” öğretide ve uygulamada tereddütlere neden olmuştur. Öğretide bazı görüşlere göre, maddenin anılan bendiyle 5237 sayılı TCK'nın hangi maddelerine yollama yaptığı anlaşılammamaktadır. Daha açık bir anlatımla, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararının bütün suç tiplerinde mi yoksa yalnızca TCK'nın 145. maddesinde belirtilen hırsızlık suçunda malın değerinin az olması halinde mi uygulanacağı sorusunun yanıtı açık bir şekilde belli değildir.⁵⁹ Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesini de ihlal edebilecek niteliktedir. Şayet kanun koyucunun muradı anılan bentteki halin yalnızca TCK'nın 145. maddesindeki durumla sınırlı olarak uygulanması ise, olması gereken, bentteki “işlenen fiilin haksızlık içeri-

⁵⁸ ÖZBEK/MERAKLI, s. 34; KÖPRÜLÜ, s. 263.

⁵⁹ ŞENSES Erkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı”, **TBB Dergisi**, S. 105, 2013, s. 396; FEYZİOĞLU Metin, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, S. 62, 2006, s. 59; BABA Yasemin: Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 274; ÖZBEK Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı**, İzmir, 2005, s. 867. ÖZBEK ayrıca “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” kavramını toplumsal uygunluk kavramıyla açıklamaktadır. Yazara göre, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı durumunda failin kusur yeteneği vardır. Fiili tipe uygundur. Ceza verilmemesinin sebebi ise fiilin örf ve adet kuralları gereğince toplumsal uygunluğu haiz olmasıdır. Örneğin yol kenarındaki bahçeden birkaç elma alınması fiilindeki durum böyledir. ÖZBEK, s. 866.

ğinin azlığı” ifadesinin “hırsızlık suçunda malın değerinin az olması sebebiyle fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” biçimine dönüştürülmesidir.⁶⁰

Öğretide bir görüşe göre “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” durumunda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilmesi konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira CMK’nın 223. maddesindeki hüküm çeşitleri herhangi bir suç ile bağlantılı olmayıp, bütün suçlar için geçerlidir.⁶¹

Öğretideki başka bir görüşe göre CMK’nın 223/4’te belirtilen “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” durumunda esasen ortada bir suç bulunmaktadır. Bu halde fiilin suç ve failin suçlu olduğunda bir tereddüt yoktur. Bu sebeple ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine cezanın düşmesi de denilebilecek bir tür sorumsuzluk kararının verilmesi daha isabetli olacaktır. Bu hali beraat ile bir tutmamak gerektiği gibi mahkûmiyetin bir türü saymak dahi mümkündür. Bu sebeple, fail mahkûm olmuş gibi yargılama giderlerine de hükmolunmalıdır.⁶²

Yargıtayın CMK’nın 223/4-d bendinin hangi hallerde verilebileceği konusunda farklı içtihatları mevcuttur. Yüksek Mahkeme çoğunlukla anılan bendin tüm suçlarda uygulanabilen bir hüküm olmadığını, bunun için ilgili suç tipinde açık bir düzenleme olması gerektiğini belirtmişken⁶³ bazen de aksi yönde karar vermiştir.⁶⁴ CMK’nın 223/4-d bendindeki düzenleme yal-

⁶⁰ ŞENSES, s. 396, FEYZİOĞLU, s. 59.

⁶¹ AKKAŞ, s. 344-345.

⁶² YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 824.

⁶³ “...fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp, sadece yasada öngörülen hallerde uygulama olanağı bulunan bir hükümdür. Somut olayda sanığın, kızıyla gayri resmi birliktelik yaşadığı sırada onu döverek düşük yapmasına neden olan mağdura “semtime gelirsen dişlerini kırarım” biçimindeki sözleri söylemekten ibaret eyleminin, TCK’nın 106/1-1. cümlesine uyan tehdit suçunu oluşturduğu, bu suç bakımından “fiilin haksızlık içeriğinin azlığına” dayalı ceza verilmekten vazgeçilmesine dair yasal bir hüküm bulunmadığı... gözetilmeden yasal olmayan gerekçe ile tehdit suçundan uygulama olanağı bulunmayan CMK’nın 223/4-d madde ve fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...” Y. 4. CD, E. 2010/11213, K. 2012/15780, 27.06.2012, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 01.12.2023)

⁶⁴ “...Gerçekte yeşil kartı bulunmayan sanığın, usulsüz olarak yeşil kart çıkartıp, bu kartla hastanede tedavi görerek, ilgili kurumun toplam 0.58 TL zararına sebebiyet vermek suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, suça konu haksız menfaatin değerinin 0.58 YL olması nedeniyle haksızlık içeriğinin çok az olduğu dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK’nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır.” Y. 15. CD, E. 2014/10982, k. 2014/12474, 23.06.2014, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 05.12.2023)

nızca lafzı itibariyle ve “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” dikkate alınarak değerlendirildiğinde, tüm suç tiplerinde uygulanabilecek bir hüküm olarak anlaşılmaya müsaittir.⁶⁵ Bununla birlikte cezasızlık sonucuna neden olan bir düzenlemenin maddi hukukta da bir dayanağı olması gerekir. Anılan düzenlemeyi tüm suç tipleri için uygulanabilir kabul etmek, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Zira kanun koyucu 5237 sayılı TCK’nın 145. maddesiyle yalnızca hırsızlık suçu bakımından uygulanabilecek olan bir düzenleme ihdas etmiştir.⁶⁶

V. KANUN YARARINA BOZMAYA KONU OLUP OLAMAYACAĞI SORUNU

Kanun yararına bozma olağanüstü bir kanun yolu olup, CMK’nın 309 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanun yoluna, istinaf ve temyiz kanun yollarından geçmeksizin kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulabilir. Kanun yararına bozma kanun yolunun amacı, ülke çapında uygulama birliğini sağlamaktır. Bununla birlikte bu kanun yolu kesin hüküm otoritesini de sarsması sebebiyle oldukça dar bir uygulama alanına sahip olmalıdır. Bu sebeple, her hukuka aykırılık bu kanun yolunun uygulama alanına girmeyecektir.

5237 sayılı TCK’nın 145. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunda malın değerinin az olması durumunda hâkime cezadan indirim yapma ve ceza vermektен vazgeçme olmak üzere tanınmış iki yetki bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu hırsızlık suçuna konu şeyin değerinin azlığı durumunda hâkimi bu yetkilerini kullanmaya zorlamamış, takdirine bırakmıştır. Yargıtay içtihatlarında hâkimin takdir hakkını kullanmasından kaynaklanan hataların olağanüstü bir kanun yolu olan kanun yararına bozmaya konu olamayacağı vurgulanmıştır.⁶⁷ Hâkimin takdir hakkına ilişkin hatalar olağan kanun yollarına başvuru esnasında ise elbette dikkate alınabilecektir.

⁶⁵ BABA, s. 274.

⁶⁶ BABA, s. 274.

⁶⁷ “5237 sayılı TCK.nun 145/1. maddesinde düzenlenen “malın değerinin azlığı” kavramı, kanun koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi ve olayın özelliği de gözetilerek hakime cezada indirim yapabilme veya ceza vermektен vazgeçebilme konusunda takdir hakkı tanıdığı, takdir hakkına giren konularda kanun yararına bozma istenemeyeceğinden, bu husustaki kanun yararına bozma isteminin reddine, ...” Y. 6. CD, E. 2006/12782, K. 2009/12770, 05.10.2009, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 08.12.2023); “...Yasa yararına bozma yöntemi, karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesini ve ülke sathında uygulama birliğine ulaşılmasını sağlama amacıyla, olağan

SONUÇ

Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığının gerek öğretisi gerek Yargıtay uygulamasında ne şekilde belirleneceği önemli bir sorun olarak gözükmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin metnine 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile eklenen "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresi subjektif ölçütün mü esas alınacağı sorusunu da akla getirmektedir. Malın değerinin azlığının belirlenmesi sırasında objektif olarak malın değerinin tespiti yanı sıra suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulması isabetli değildir. Her şeyden önce bu durum TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen cezanın belirlenmesi kuralını anlamsız hale getirmektedir. Zira hâkim bu maddeye göre suçun işleniş şekli ve özelliklerini zaten nazara alarak temel cezayı belirlemektedir. Temel ceza bu şekilde belirlendikten sonra malın değerinin azlığı sebebiyle cezada indirim yapılmasına karar verilirken bir kez daha suçun işleniş şekli ve özelliklerinin dikkate alınması durumunda çifte değerlendirme yasağı da ihlal edilmiş olur. Nitekim bu durumda suçun işleniş şekli ve özellikleri bir fiil hakkında ve fakat iki kez etki doğurmuş olacaktır. Bu sebeple, madde metnine eklenen bu ibare yerinde olmamıştır. Kanaatimizce hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı objektif ölçüt esas alınarak belirlenmelidir. Subjektif ölçütün varlığını aramak adil olmayan sonuçlara yol açabilir.

Yargıtayın hırsızlık suçunda malın değerinin azlığının belirlenmesi bakımından aradığı "daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması" kriteri yerinde olmamıştır. Zira böyle bir kriter, 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde yer almamaktadır. Yargıtay kanun koyucu tarafından aranmayan bir kriteri öngörmekle hükmün uygulama alanını daraltmıştır. Bu durum kanunilik ilkesine

nüstü bir denetim muhakemesi yolu olarak Ceza Yargılaması Yasası'nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu denetimin konusu, maddi ve yargılama hukukuna ilişkin hukuka aykırılıklardır. Ancak, gerek kesin hükmün otoritesinin korunması zorunluluğu, gerekse olağanüstü bir denetim yolu olması nedeniyle dar kapsamlıdır; her türlü hukuka aykırılığın öne sürülüp incelenmesine elverişli bir denetim yolu değildir. Nitekim, yasa yolunun bu özelliği nedeniyle, hakimın takdirini hatalı kullanmasına ilişkin hususlardaki hukuka aykırılıklar, örneğin; temel ceza miktarının saptanmasında kullanılan ölçütlerin hatalı takdir edilmesi, cezada artırma ve indirme yapılırken kullanılan oranların seçimindeki isabetsizlik gibi hususlar, Yargıtay'ın sadece olağan bir denetim yolu olan temyiz incelemesi sırasında dikkate alabileceği hukuka aykırılıklardandır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddi gerekmektedir. ..." Y. CGK, E. 2008/5-19, K. 2008/31 19.02.2008, <http://kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.12.2023)

açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay güncel tarihli içtihatlarında bu kriteri aramaktan isabetli olarak vazgeçmiş ve bunun yerine “asgari ücretin brüt yüzde onu” kriterini yeterli görmüştür. Bu içtihat değişikliği Yüksek Mahkemenin önceki uygulamalarına bakılarak isabetlidir. Ancak bu belirlemeyi hâkimin her somut olayın özelliğini dikkate alarak yapmasının daha doğru sonuçlar vereceğini düşünüyoruz.

Hırsızlık suçunda failin değerinin az olmamasına rağmen değeri az zannederek bir şeyi almasının yanı sıra değeri az olan bir şeyi değerli zannederek alması durumunda da değer azlığı hükümlerinin uygulanacağını düşünüyoruz. Çünkü bu durumda failin hareketinin ifade ettiği haksızlık içeriği fazla olsa da neticenin ifade ettiği haksızlık içeriğinin düşük olması failin değer azlığı hükümlerinden faydalanmasını mümkün hale getirmektedir.

Hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde malın değerinin az olması sebebiyle cezada indirim yapılması ya da ceza vermektен vazgeçilmesi konusunda öğretide ve Yargıtay içtihatları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Düşüncemize göre, eylem teşebbüs aşamasında kalmış ve suçla konu şeyin değeri belirlenebiliyorsa, değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bunun sebebi ise hırsızlık suçunda teşebbüs aşamasında kalmış hareket ile tamamlanmış hareket arasında eylemin haksızlık içeriği bakımından bir fark bulunmamasıdır. Suçun zincirleme şekilde işlenmesi durumunda malın değerinin azlığına ilişkin kanunda zincirleme suç hükümlerinde ayrı bir durum öngörülmemiştir. Şu halde değer azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için zincirin her bir halkasını oluşturan suç bakımından değer az olmaları aranacaktır.

Malın değerinin az olması sebebiyle cezadan indirim yapılabilmesi olanağının hırsızlık ve yağma suçlarına yönelik olarak ayrıca düzenlenmesi elbette kanun koyucunun bir tercihidir. Bununla birlikte haksızlık içeriği hırsızlık ve evleviyetle yağma suçundan çok daha az olan güveni kötüye kullanma, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, karşılıksız yararlanma gibi diğer malvarlığına karşı suçlarda bir indirim sebebi öngörülmemesinin de kendi içinde tutarlı olmadığını düşünüyoruz. Önerimiz malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından malın değerinin azlığı durumunda uygulanabilecek olan ortak bir hükmün oluşturulmasıdır.

5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde hırsızlık suçunda malın değerinin az olması sebebiyle hâkime failin cezasından indirim yapılması imkânının tanınmasına karşın, yapılacak indirim oranının belirtilmemesi, aynı Ka-

nun'un 61/10. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Zira kanun koyucu anılan maddede cezaların artırılabilmesi, eksiltilebilmesi ve değiştirilebilmesi için kanunda açıkça yazılı olması şartını aramaktadır. Bu sebeple, madde metninde cezada indirim yapılabilmesinin yanı sıra yapılacak indirim oranının da açıkça yazılması gerekirdi. Hırsızlık suçunda malın değerinin az olması durumunda hâkime faile ceza vermektен vazgeçme imkânı da tanınmıştır. Bu durumda hâkim 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir. Önerimiz bu durumda ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine cezanın düşmesi olarak da tabir edilebilecek bir tür sorumsuzluk kararının verilmesinin daha isabetli olacağıdır. Zira burada failin eylemi gerçekleştirdiği sabittir. Eylem aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Hatta bunu mahkûmiyetin bir türü saymak dahi yanlış olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKKAŞ Ahmet Hulusi, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S. 1, 2018, ss. 323-348.
- ARTUÇ Mustafa, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Kartal, Ankara, 2007.
- ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet, Ankara, 2022.
- BABA Yasemin, Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt: 1, Beta, İstanbul, 2017.
- DÖNMEZER Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul, 2001.
- FEYZİOĞLU Metin, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, S. 62, 2006, ss. 27-61.
- GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 4. Cilt, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2021.
- GÜNDEL Ahmet, **İçtihat - Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları**, Seçkin, Ankara, 1998.
- GÜRÜHAN Caner / TOPAÇ Tahir Hami / KANAT, Ahmet Serhat Ergin “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 8, 2016, ss. 219-237.
- HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem: “Hırsızlık”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-2, 2008, ss. 773-796.
- HAKERİ Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **TBB Dergisi**, S. 69, 2007, ss. 55-96.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet, Ankara, 2022.
- ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı**, İzmir, 2005.
- ÖZBEK Veli Özer/MERAKLI Serkan, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, 2017, ss. 1-42.
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZCAN Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.5, S. 44, Ankara, 2010, ss. 129-139.
- ÖZKAN Salih, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

- SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: 1, 7. Baskı, Adalet, Ankara, 2023.
- ŞEN Ersan, “Hırsızlık Suçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2012, ss. 320-357.
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005.
- ŞENSES Erkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Karar”, **TBB Dergisi**, S. 105, 2013, ss. 379-400.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ÜNVER Yener, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 1998.
- YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 5, 2007, ss. 337-362.
- YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “TCK m. 145. “Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin” Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 15, 2011, ss. 29-47.
- YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASINDA ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN ROLÜ^(*)

Ayşe Nur AFACAN^(**)

Öz: Toplumların kolektif hafızasını oluşturan kültürel varlıkların yakın tarihte gerçekleşen silahlı çatışmalarda tahrip edildiği birçok örneğe rastlanmaktadır. Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasını amaçlayan uluslararası hukuk normlarının 20. yüzyılın başlarından itibaren oluşmaya başlamasına karşılık, bu konuda yapılan yargılamalara 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren rastlanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde silahlı çatışmalarda kültürel varlıkları tahrip edenlerin bireysel cezai sorumluluğunun uluslararası hukuk kapsamında ileri sürülebilmesi uluslararası ceza hukuku sayesinde mümkün olmuştur. Uluslararası ceza hukuku günümüzde silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatının önüne geçilmesini sağlamamış olsa da bu amaca yönelik kapsamlı bir hukuki zemin tesis etmiştir. Bu çalışmada ilgili normlar ve yargılamalar dikkate alınarak silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasında uluslararası ceza hukukunun nasıl bir işleve sahip olduğu araştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Silahlı Çatışma, Kültürel Varlık, Uluslararası Ceza Hukuku, Savaş Suçu, İnsanlığa Karşı Suç.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 16.11.2024.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ankafacan@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6198-8014>.

THE ROLE OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN THE PRESERVATION OF CULTURAL PROPERTY IN ARMED CONFLICT

Abstract: There are many examples where cultural property, which constitutes the collective memory of societies, have been destroyed in recent armed conflicts. While international legal norms aimed at the preservation of cultural property in armed conflicts have started to form since the beginning of the 20th century, the proceedings concerning this matter have occurred since the second half of the 20th century. In the aftermath of the Second World War, the individual criminal responsibility of those who destroyed the cultural property in armed conflicts was invoked under international law by means of international criminal law. Although international criminal law has not prevented the destruction of cultural property in armed conflicts, it has provided a comprehensive legal basis for this purpose. In this study, how international criminal law functions in the preservation of cultural property in armed conflicts is researched by taking into consideration the relevant norms and judgments.

Keywords: Armed Conflict, Cultural Property, International Criminal Law, War Crime, Crime Against Humanity.

GİRİŞ

Uluslararası hukukta kültürel varlıkların korunması meselesi çok yönlüdür; bir yandan kültürel varlıkların haksız bir biçimde asıl yerlerinden götürülmesi ve bunların iadesi hakkında detaylı çalışmalara¹ rastlamak mümkünken diğer yandan silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahrip edilmesinin önlenmesi, uluslararası hukukçuları epey meşgul eden bir konu olmuştur. Özellikle yakın tarihte yaşanan silahlı çatışmalar kapsamında kültürel varlıkların korunması kaygısı ile bu konu sık sık gündeme gelmiştir.² 2015-2016 yıllarında yoğun bir şekilde Irak ve Şam İslam Devleti (İŞİD) terör örgütü tarafından Suriye ve Irak'ta, antik kentler ve müzelerdeki tarihi eserler hedef alınarak gerçekleştirilen tahribat bu kaygıları güçlendirmiştir.³ 2020 yılında Dağlık Karabağ meselesi nedeniyle Ermenistan ve Azerbaycan arasında gerçekleşen silahlı çatışmada birçok caminin, kilisenin, kütüphanenin, anıtın tahrip edilmesi⁴ ve 2022 yılında Ukrayna'da bulunan birçok müzenin, çeşitli dini ve tarihi yerin Rusya tarafından yapılan bombardımanlarda zarar

¹ STAHN Carsten, **Confronting Colonial Objects: Histories, Legalities, and Access to Culture**, Oxford University Press, New York, 2023; VRDOLJAK Ana Filipa, "Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects", **Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law**, Silvia Borelli / Federico Lenzerini (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, ss. 107-140; PETERS Robert, "Remedying Historical Injustice: Ethical and Historical Considerations in Returning Cultural Materials" **Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law**, Silvia Borelli / Federico Lenzerini (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, ss. 141-156; TITI Catharine, **The Parthenon Marbles and International Law**, Springer, 2023.

² STRECKER Amy / POWDERLY Joseph (Editör), **Heritage Destruction, Human Rights, and International Law**, Brill-Nijhoff, 2023; PARZINGER Hermann, "Cultural Heritage Under Attack: Learning from History", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 59-77; SANDS Philippe / RAI Ashrutha, "After the Dust Settles: Transitional Justice and Identity in the Aftermath of Cultural Destruction", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 343-356; CHARLIER Benjamin / MUSTAFAYEV Tural, "International Humanitarian Law and the Protection of Cultural Property", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 381-395; HUSSEIN MOUSTAFA Laila, "Cultural Heritage and Preservation: Lessons from World War II and the Contemporary Conflict in the Middle East", **The American Archivist**, C. 79, S. 2, 2016, ss. 320-338; AMINEDDOLEH Leila A., "The Legal Tools Used before and during Conflict to Avoid Destruction of Cultural Heritage", **Future Anterior: Journal of Historic Preservation, History, Theory and Criticism**, C. 14, S. 1, 2017, ss. 37-48.

³ STEIN Gil J., "Performative Destruction: Da'esh (ISIS) Ideology and the War on Heritage in Iraq", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 168-185.

⁴ ERÇAKICA Mustafa, "Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları, Ermenistan ve Azerbaycan Çatışmaları ve Bu Çatışmalardan Zarar Gören Kültürel Varlıklar", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2021, ss. 66-84.

görmesi bu konudaki tartışmaları alevlendirmiştir.⁵ 2023'ten itibaren İsrail tarafından Filistin'e yapılan bombardımanlarda zarar gören birçok dini ve tarihi yerin varlığı bu tartışmaların sürmesine sebep olmuştur.⁶ Nitekim günümüzde İsrail'in Lübnan'a yaptığı hava saldırılarında tarihi binaların zarar görmesi ve Baalbek antik kentinde bulunan kalıntıların bu saldırılardan kıl payı kurtulması⁷ söz konusu kaygıları pekiştirmektedir.

Kültürel varlık kavramı mimari yapılar ve sanat eserleri gibi toplumların kültürel kimliğinin inşasında payı olan, sahibinden ve kökeninden bağımsız olarak taşınır veya taşınmaz tüm eşyaları ifade eder.⁸ Bu kavram⁹ uluslararası

⁵ KIRCHMAIR Lando / SCHAFFER Cornelia, "The War of Aggression Against Ukraine, Cultural Property and Genocide: Why It is Imperative to Take a Close Look at Cultural Property", **EJIL:Talk!**, 21.03.2022, <https://www.ejiltalk.org/the-war-of-aggression-against-ukraine-cultural-property-and-genocide-why-it-is-imperative-to-take-a-close-look-at-cultural-property/> (Erişim Tarihi: 18.04.2024).

⁶ MILLENDER Michaela / LYUBARSKY Nicolette "When Protectors Become Perpetrators: The Complexity of State Destruction of Cultural Heritage, **IPI Global Observatory**, 24.04.2024, <https://theglobalobservatory.org/2024/04/when-protectors-become-perpetrators-the-complexity-of-state-destruction-of-cultural-heritage/> (Erişim Tarihi: 15.11.2024); HAWARI Mahmoud, "Israel Destroys Palestinian Cultural Heritage Sites in Gaza", **Institute for Palestine Studies**, 28.02.2024, <https://www.palestine-studies.org/en/node/1655264> (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

⁷ MAO Frances, "Israeli Bombing Puts Ancient Ruins at Risk, Archaeologists Warn", **BBC News**, 08.11.2024, <https://www.bbc.com/news/articles/c86qp55q3vyo> (Erişim Tarihi: 13.11.2024); "Israeli Strike Destroys Ottoman-era Building Near Baalbek Ruins", **Reuters**, 07.11.2024, <https://www.reuters.com/world/middle-east/israeli-strike-destroys-ottoman-era-building-near-baalbek-ruins-2024-11-07/> (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

⁸ VERRI Pietro, **Dictionary of the International Law of Armed Conflict**, ICRC, Cenevre, 1992, s. 89.

⁹ Türkçe literatürde kültürel varlık kavramı yerine kimi zaman kültürel mal ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. ÇOKIŞLER Elvan, "Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi", **Uluslararası İlişkiler**, C. 16, S. 61, 2019, ss. 55-74; ERDEM Merve, "Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2018, ss. 185-216; Buna karşılık uluslararası hukukçular tarafından ekseriyetle kültürel varlık kavramının tercih edildiği görülmektedir. Bkz. KURAN Selami / TÜRKAY KAHRAMAN F. Şeyda "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak "Askeri Gereklilik": Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, 2017, ss. 89-158; ÖZKERİM GÜNER Neslihan, "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, 2022, ss. 255-282; ÖKTEM Emre, "Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna-Hersek Örneği", **Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar**, Faruk Sönmezoglu (Editör), Der Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 129-165, ERÇAKICA, s. 66; Bu ifadelerin hepsi aynı anlamı karşılamakta olup İngilizce literatürde kullanılan "*cultural property*" ve Fransızca literatürde kullanılan "*biens culturels*" kavramlarının çevirisidir. Bkz. O'KEEFE Roger, **The Protection of Cultural Property in Armed Conflict**, Cambridge University Press, New York, 2006; O'KEEFE Roger, "Protection of Cultural Property Under Internatio-

sı hukuk terminolojisine, İkinci Dünya Savaşı'nda meydana gelen yıkımın etkisiyle 1954 yılında kabul edilen¹⁰ Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlıkların Korunması için Lahey Sözleşmesi (1954 Lahey Sözleşmesi)¹¹ ile girmiştir.¹² Bununla birlikte, literatürde kimi zaman kültürel miras kavramına da rastlanmaktadır.¹³ Kültürel miras kavramı¹⁴ kültürel varlık kavramından daha geniş bir kavram olup, hem mimari yapılar ve sanat eserleri gibi fiziki varlığı olan maddi kültürel mirası hem müzik, halk oyunları, zanaat gibi fiziki varlığı olmayan manevi kültürel mirası kapsamaktadır.¹⁵ Bu ça-

nal Criminal Law”, *Melbourne Journal of International Law*, C. 11, 2010, ss. 339-392; HLADIK Jan, “Different Legal Issues Related to the Protection of Cultural Property in Peacetime and Wartime”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, C. 106, Özel Sayı: Confronting Complexity, 2012, ss. 453-462; CLEMENT Etienne “Le concept de responsabilité collective de la communauté internationale pour la protection des biens culturels dans les conventions et recommandations de l’UNESCO”, *Revue Belge de Droit International*, C. 26, S. 2, 1993, ss. 534-551; BUGNION François, “La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, C. 86, S. 854, 2004, ss. 313-324; MAINETTI Vittorio, “De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: l’entrée en vigueur de Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, C. 86, S. 854, 2004, ss. 337-366; FUHRMANN Rémi, La protection des biens culturels en cas de conflit armé et la bipolarité du droit international, Yüksek Lisans Tezi, Montréal, Université du Québec A Montréal, 2020.

- ¹⁰ GRAHAM Gael “Protection and Reversion of Cultural Property: Issues of Definition and Justification”, *The International Lawyer*, C. 21, S. 3, 1987, ss. 755-793, s. 756.
- ¹¹ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215.
- ¹² Türkiye'nin 1965 yılında katıldığı Sözleşme TBMM tarafından 02.04.1965 tarihli ve 563 sayılı kanunla uygun bulunmuştur ve uygun bulma kanunu 11.04.1965 tarihli ve 11976 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz. La Haye'de 14 Mayıs 1954 tarihinde imzalanan “Silahlı bir çatışma halinde kültür mallarının korunmasına dair Sözleşme” ile bu Sözleşme'nin tatbikatına ait Tüzük, Protokol ve kararlara katılmamızın uygun bulunduğu hakkında Kanun, Kanun No: 563, Kabul Tarihi: 2/4/1965, R.G. t. 11.04.1965, s.11976. Türkiye Sözleşme'ye 24.07.1965 tarihli ve 6/5041 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile katılmıştır. Bkz. Bakanlar Kurulu Kararnamesi, Karar Sayısı: 6/5041, Karar Tarihi: 24.07.1965, R.G. t. 08.11.1965, s. 12145.
- ¹³ Bkz. BOKOVA, Irina, “Cultural Cleansing Harnessing the Law to Preserve Cultural Heritage”, *Harvard International Review*, C. 36, S. 4, 2015, ss. 40-45; ÇAKIRCA, Düzgün, “Savaşın Savunmasız Düşmanı: Kültürel Miras”, *Munzur Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 6, 2015, ss. 16-35.
- ¹⁴ Günümüzde uluslararası hukukun bir alt dalı olan kültürel miras hukuku bağlamında kültürel miras kavramının sualtı kültürel mirası, arkeolojik kültürel miras gibi birçok alt kavramı kapsadığı düşünülmektedir. NAFZIGER James A. R., *Frontiers of Cultural Heritage Law*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2021, s. 167.
- ¹⁵ VAN DER AUWERA Sigrid, “Contemporary Conflict, Nationalism and the Destruction of Cultural Property During Armed Conflict”, *Journal of Conflict Archaeology*, C. 7, S. 1, 2012, ss. 49-65, s. 51.

lışmanın konusu yalnızca maddi kültürel mirasın silahlı çatışmalarda korunması ile sınırlı olduğundan, bu çalışmada 1954 Lahey Sözleşmesi'nin benimsediği terminolojiye de uygun olarak kültürel varlık kavramı kullanılmıştır.

Silahlı çatışma kavramı¹⁶ “devletler arasında silahlı kuvvetlerden yararlanılması” ya da “devlet makamlarıyla organize silahlı gruplar arasında veya bir devlet içinde böyle gruplar arasında uzun süreli silahlı şiddet eylemlerini” ifade etmektedir.¹⁷ Tüm bu durumlarda uygulanan silahlı çatışmalar hukukunun temel mantığı bir silahlı çatışmada gerekli olmayan acıların ve zararların önüne geçilmesidir.¹⁸ İşte silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatı da askeri gereklilik bulunması durumu haricinde gerekli olmayan bir zarar telakki edilir.

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatı bu fiilleri gerçekleştiren kişilerin bireysel cezai sorumluluklarının doğmasına neden olmaktadır. Uluslararası hukukta bireylerin cezai sorumluluğuna gidilebilmesi uluslararası ceza hukuku sayesinde mümkündür. Uluslararası ceza hukuku uluslararası hukukun İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşan yeni alanlarından biridir.¹⁹ Bilindiği üzere, klasik uluslararası hukukta devletlerin egemenliği esastır; bu sebeple temel hukuki kişilik devlettir ve egemen devletlerin cezai sorumluluklarından bahsedilemez.²⁰ Buna karşılık, İkinci Dünya Savaşı es-

¹⁶ Silahlı çatışma kavramı anlamsal bakımdan her ne kadar savaş kavramını içinde barındırsa da savaş daha geleneksel bir kavram olup çatışmanın tüm taraflarının devlet olduğu durumları ifade etmektedir. VERRI, s. 123; Diğer yandan en eski kavram olan savaş, klasik uluslararası hukukta bir devletin sübjektif olarak başka bir devletle savaşta olma iradesini beyan etmesini gerektirmekteydi; böylece eskiden savaş esnasında uygulanan “savaş hukuku” tüm çatışmaları kapsamazdı. Bu hukuki boşluk modern uluslararası hukukta silahlı çatışma kavramının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Nitekim günümüzde silahlı çatışmalar hukuku resmi bir savaş ilanı olmasa dahi tüm silahlı çatışmalarda uygulanabilmektedir. KOLB Robert, / HYDE Richard, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2008, s. 16 vd.

¹⁷ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 02.10.1995, para. 70.

¹⁸ Bu temel mantık silahlı çatışmalar hukukunda sınırlılık ilkesi, gereklilik ilkesi ve orantılılık ilkesi şeklinde tezahür etmektedir. Bkz. KOLB / HYDE, s. 45 vd.

¹⁹ FERNANDEZ Julian, **Droit International Pénal**, 2. Basım, LGDJ, Paris, 2022, s. 32 vd.

²⁰ Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin hazırlık sürecinde özel raportör Roberto Ago tarafından yazılan beşinci raporun 19. maddesinde devletler tarafından bazı uluslararası yükümlülüklerin ihlal edilmesi “uluslararası suç” telakki edilmiştir. Bkz. Annuaire de la Commission de Droit International, Rapport de la Commission a l'Assemblée générale sur les travaux de sa vingt-huitième session, 1976, Volume II, Deuxième Partie, A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), s. 89; Bu mad-

nasında gerçekleşen ve insanlığın ortak vicdanında derin yaralar açan vahşete kayıtsız kalamayan uluslararası toplum, söz konusu vahşetin sorumluları olan bireylerin cezai sorumluluğuna gidilebilmesini mümkün kılan uluslararası yargı mekanizmalarını kurmuş ve böylece uluslararası ceza hukukunun temelleri atılmıştır.

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların zarar gördüğü durumlar ise çok eski zamanlardan beri varlığını sürdürmektedir. Buna paralel olarak silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması anlayışı da zaman içinde oluşmuştur. 20. yüzyılın başında silahlı çatışmalar hukuku teamülleri kapsamında genel bazı normlar kodifiye edilmiş ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı büyük yıkımın da etkisiyle silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuk normları ihdas edilmiştir. Yine de söz konusu kuralların ihlal edildiği örneklere özellikle yakın tarihte rastlamak mümkündür. Bu çalışmada silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasında uluslararası ceza hukukunun nasıl bir işleve sahip olduğunun belirlenmesi hedeflenmektedir. Bunun için aşağıda silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuk normlarının ortaya çıktığı tarihsel süreç incelenecek ardından silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası ceza yargılamaları değerlendirilecektir.

I. SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUK NORMLARININ ORTAYA ÇIKMASI

Tarih boyunca silahlı çatışmalarda anıtlar, ibadethaneler veya o toplum için önemli olan yapılar gibi birçok kültürel varlığa zarar verilerek düşmanın kültürel hafızasının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır; bazen de böyle bir amaç olmaksızın kültürel varlıklar silahlı çatışmalarda yağmalanmış veya zarar görmüştür. Bununla birlikte, kültürel varlıkların gördüğü zarar silahlı çatışmada gerekli olmayan acılar kapsamında addedilmiş ve bu eylemler zaman içinde kınanır hale gelmiştir. Bu eğilim sayesinde zamanla silahlı çatışmalarda kültürel varlıklara zarar verilmesini önlemeyi amaçlayan ulus-

de açıkça ceza hukuku kavramlarına atıf yaptığı için ve devlet sorumluluğunun cezai nitelikte olmadığı gerekçesiyle ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Nitekim söz konusu düzenleme 2001 yılında nihai haline kavuşan metinde kabul edilmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. PİRİM Ceren Zeynep, "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 32, S. 2, 2012, ss. 147-182, s. 156 vd.

lararası hukuk normları ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukukta söz konusu normların oluşumunda, erken dönemde yaşanan gelişmeler ve bu dönemde ortaya konan düşüncelerin yanı sıra ilk kodifikasyon çalışmaları da etkili olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nda kültürel varlıkların ciddi şekilde tahribatı nedeniyle ilerleyen yıllarda ilk defa konusu yalnızca silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması olan 1954 Lahey Sözleşmesi akdedilmiştir. Daha sonra çeşitli silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahrip edildiği örneklerle şekillenen modern dönemde uluslararası örgütler bünyesinde bu konuda düzenlemelere devam edilmiştir. Böylece uzun yılların düşünsel birikimlerine ve tecrübelerine dayanan bir hukuki rejim meydana gelmiştir. Tüm bu süreç aşağıda kronolojik olarak üç aşamada incelenecektir.

A. Erken Dönem ve İlk Kodifikasyon Çalışmaları

Eski Çağ'da zafer kazanan askerler düşmanı manevi olarak sindirmek amacıyla buldukları kentteki önemli yapıları tahrip etmişlerdir.²¹ Bu dönemde ele geçirilen kentlerin yağmalanması bir barbar geleneği,²² düşmanın mallarına el konulması veya tahribatı ise silahlı çatışmaların kaçınılmaz bir sonucuydu.²³ Buna karşılık, kültürel varlıkların silahlı çatışmalarda koruma görmesi gereken özel bir kategori olduğu düşüncesinin izlerine yine Eski Çağ'da rastlamak mümkündür. Örneğin M.Ö. 2. yüzyılda Antik Yunan'da Polybius bu anlayışı “*tapınaklar, sütunlar, heykeller gibi yok edildiğinde ne düşmanı zayıflatacak ne de bunları yok edene bir şey katacak şeylerin yok edilmesi öfkeli bir zihniyetin göstergesidir*” diyerek ifade etmiştir.²⁴

Roma döneminde savaş ganimeti olarak kültürel varlıkları da kapsayacak şekilde yağmaya izin veren *discrepio jus praedae* ilkesi²⁵ Justinianus'un

²¹ Bkz. LIVIUS T. *Ab Urbe Condita*, XXI. Kitap, CICERO M., *C. Verrum Actio*, IV. Kitap, XXXIII, aktaran GRAHAM, s. 756; VRDOLJAK Ana Filipa, “The Criminalisation of Intentional Destruction of Cultural Heritage”, *Forging a Socio-Legal Approach to Environmental Harm: Global Perspectives*, Tiffany Bergin / Emanuela Orlando (Editör), Routledge, Londra, 2016, ss. 237-266, s. 237.

²² NAHLIK Stanislaw “La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé”, *Recueil des Cours de l'Academie de droit international*, C: 120, S: 1, 1967, s. 92, aktaran ÖKTEM, s. 133.

²³ TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé: Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Éditions UNESCO, Paris, 1994, s. 18.

²⁴ MERRYMAN John Henry, “Cultural Property Internationalism”, *International Journal of Cultural Property*, C. 12, 2005, ss. 11-39, s. 14.

²⁵ Bu ilke silahlı çatışma başladığı andan itibaren tüm yolların meşrulaştığı ve savaşanların düşman ve düşman malları üzerinde sınırsız bir hakkı olduğu anlamına gelmektedir. CHECHI

Codex’inde meşrulaştırılmıştır.²⁶ Romalılar tarafından meşru kılınan bu uygulama Venedikliler tarafından Haçlı Seferleri esnasında da sürdürülmüştür.²⁷ Ortaçağ’da Katolik Kilisesi’nin devletler üzerindeki etkisine rağmen silahlı çatışmalarda dini yapıların yağmalanmasının önüne geçilememiştir.²⁸ 16. yüzyılda Machiavelli, fethedilen bir düşman toprağını elde tutmanın yollarından birinin şehirlerini tamamen yok etmek olduğunu söylemiştir.²⁹

İlk kez Grotius 17. yüzyılda uluslararası hukukun düşman mallarının yağmalanmasına cevaz verdiğini, buna karşılık kutsal yerlerin ve kültürel varlıkların yağmalanması veya bunlara zarar verilmesinin uluslararası hukuku ihlal ettiğini söylemiştir.³⁰ Ardından 18. yüzyılda Vattel meşru bir amaç için gerekli değilse silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatının uluslararası hukukta kabul görmediğini bildirmiştir.³¹ Nitekim yine 18. yüzyılda Fransa’da Katolik rahip Henri Grégoire kültürel varlıkların³² tahribatını kınamış ve bunların tahribatını ifade etmek için “*vandalizm*” kelimesini türetmiştir.³³

Savaş zamanında bazı kültürel varlıkların tahrip edilmesinin veya yağmalanmasının uluslararası hukukla örtüşmediği düşüncesi 19. yüzyılın başlarında Napolyon Savaşları sırasında gölgelenmiştir.³⁴ Zira bu dönemde Fransa, başta İtalya olmak üzere işgal ettiği birçok ülkeden yağmalayarak

Alessandro / ROMANI Francesco, “International Law: Guardian Against, or Complicit in, the Damage and Destruction of Cultural Heritage in the Event of Armed Conflict?”, **Monuments and Identities in the Caucasus, Karabagh, Nakhichevan and Azerbaijan in Contemporary Geopolitical Conflict**, Brill, Leiden, 2023, ss. 461-504, s. 462.

²⁶ CHECHI Alessandro, **The Settlement of International Cultural Heritage Disputes**, Oxford University Press, New York, 2014, s. 259.

²⁷ MERRYMAN, 2005, s. 13.

²⁸ GRAHAM, s. 757.

²⁹ MACHIAVELLI Niccolo, **Prens**, (çev. Nazım Güvenç), 2. Basım, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 56; Ayrıca bkz. CHECHI, s. 259.

³⁰ GROTIUS Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)**, (çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967, s. 206; Ayrıca bkz. CHECHI, s. 259.

³¹ VATTEL Emmerich, **Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains**, III. Kitap, 9. Bölüm, 168. Kısım, aktaran MERRYMAN, 2005, s. 14; Ayrıca bkz. CHECHI, s. 259.

³² Grégoire’in kültürel varlıkların akıbetine milletın karar vereceği düşüncesiyle kültürel varlıkların korunmasını Fransız Devrimi’nin ideolojisiyle bağdaştırdığı yönündeki değerlendirme için bkz. SAX Joseph L., “Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbé Grégoire and The Origins of an Idea”, **Michigan Law Review**, C. 88, S. 5, 1990, ss. 1142-1169, s. 1161.

³³ GERSTENBLITH Patty, “Protecting Cultural Heritage: The Ties Between People and Places”, **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 363-380, s. 364.

³⁴ GRAHAM, s. 758.

topladığı kültürel varlıkları uluslararası andlaşmalarda savaş tazminatı olarak göstererek bu eylemlerini meşrulaştırmıştır.³⁵ Napolyon yenildikten sonra 18. yüzyılda benimsenen silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması gerektiği yönündeki düşünce tekrar önem kazanmıştır.³⁶

19. yüzyıldan itibaren silahlı çatışmalar hukuku uluslararası belgelerde kodifiye edilmeye başlanmıştır.³⁷ Bu kapsamda 1863 Lieber Kanunu,³⁸ 1874 Brüksel Deklarasyonu,³⁹ 1880 Oxford El Kitabı⁴⁰ kodifikasyon çalışmalarında önemli basamakları oluşturmaktadır.⁴¹ Bu kodifikasyon süreci 19. yüzyılın sonunda önemli bir noktaya ulaşmış ve 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri akdedilmiştir.⁴²

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına dair ilk yazılı normlar 1907’de imzalanan IV. Lahey Sözleşmesi’ne ek Kara Savaşına İlişkin Hukuk ve Teamüllere İlişkin Ek Tüzük’te düzenlenmiştir.⁴³ Bununla birlikte o tarihlerde kültürel varlık kavramı ayrıca tanımlanmış ve özel bir koruma rejimi altına alınmış değildi.⁴⁴ Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması bu tarihlerde ilk defa pozitif uluslararası hukuk normları olarak kodifiye edilen silahlı çatışmalar hukukunun genel teamülleri kapsamın-

³⁵ Bu dönemde toplanan birçok eser sonradan Louvre Müzesi’ne dönüşecek olan Musée Français için toplanmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. MERRYMAN, 2005, s. 14 vd.

³⁶ GRAHAM, s. 759.

³⁷ Bu süreç ve belgeler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖKTEM, s. 131.

³⁸ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24.04.1863, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863> (Erişim Tarihi: 02.05.2024); Bu metin Amerikan İç Savaşı’nda hazırlanan Birleşik Devletler Orduları için Talimatname olarak da anılmaktadır. Bkz. ÖKTEM, s. 131.

³⁹ Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brüksel, 27.08.1874, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/brussels-decl-1874> (Erişim Tarihi: 02.05.2024); Bu metin 1870’te Fransa-Prusya Savaşı’nda Strasbourg Katedrali’nin tahrip edilmesinin yol açtığı kamuoyunun etkisiyle 1874’te toplanan uluslararası konferansta kabul edilmiştir. VRDOLJAK, 2016, s. 238.

⁴⁰ The Laws of War on Land, Oxford, 09.09.1880, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/oxford-manual-1880> (Erişim Tarihi: 02.05.2024); Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından kabul edilen bu metin bugün silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasında kabul edilen temel unsurları içermektedir. VRDOLJAK, 2016, s. 238.

⁴¹ VRDOLJAK Ana Filipa, “Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law”, **Multiculturalism and International Law**, Kalliopi Koufa (Editör), Sakkoulas Publications, Atina-Selanik, 2007, ss. 377-396, s. 380.

⁴² ÖKTEM, s. 131.

⁴³ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Lahey, 18.10.1907, 205 CTS 277.

⁴⁴ ÖKTEM, s. 133.

da sağlanıyordu. Nitekim bu durum, yalnızca silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması amacıyla tahsis edilen çok taraflı bir uluslararası anlaşma olan 1954 Lahey Sözleşmesi'nin akdedilmesine kadar sürecektir.

1907 IV. Lahey Sözleşmesi Ek Tüzüğü'nün 23. maddesinin (g) bendinde düşman mallarının tahribatı veya bunlara el konulması askeri gereklilik olmadıkça yasaklanmıştır. 25. maddede ise savunmasız şehirlere köylere, konutlara ya da binalara saldırı veya bunların bombalanması yasaklanmıştır. Yanı sıra, 47. maddede yağma kesinlikle yasaklanmıştır. Aynı yasak 28. maddede taarruzla ele geçirilen yerler için özel olarak düzenlenmiştir.⁴⁵ Bu hükümlerin yanı sıra 27. maddede askeri amaçlarla kullanılmıyor olmaları şartıyla dini, sanatsal, bilimsel amaçlarla veya hayır işleri için kullanılan binaların ve tarihi anıtların ayırık tutulması için mümkün olan tüm gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü ihdas edilmiştir. 56. maddede ise kullanımı bakımından dine, hayır işlerine, eğitime, bilim ve sanat için özgülenmiş yerlerin devlet malı olsa dahi özel mülk gibi muamele göreceği belirtilmiştir. Bu nitelikteki yerlere el koyulması, bunların yok edilmesi veya kasten tahrip edilmesi yasaklanmış ve bu fiillerin yargılanacağı bildirilmiştir.⁴⁶ Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere 1907 IV. Lahey Sözleşmesi özel olarak kültürel varlıkların korunmasına ilişkin bir hukuki rejim tesis etmemiştir. Yine de silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasını ilgilendirebilecek genel teamülleri kodifiye ederek bu konuda ileride yapılacak başka düzenlemelerin de kapısını aralamıştır.⁴⁷

1914-1918 yılları arasında gerçekleşen Birinci Dünya Savaşı esnasında da birçok kültürel varlık tahrip edilmiştir. En bilinen örnekler arasında Notre

⁴⁵ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Lahey, 18.10.1907, 205 CTS 277.

⁴⁶ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Lahey, 18.10.1907, 205 CTS 277.

⁴⁷ Ne var ki 1907 IV. Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesinde *si omnes* (eğer herkes) hükmü mevcuttur. Bu hükme göre sözleşmenin hükümleri yalnızca tüm ilgili devletler sözleşmeye taraf ise uygulanır. Başka bir ifadeyle, bu sözleşme yalnızca savaşan tarafların hepsi aynı zamanda bu sözleşmeye de taraf ise uygulanabilir. ÖKTEM, s. 133. Bununla birlikte, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı, 1907 IV. Lahey Sözleşmesi'nin ve getirdiği hükümlerin uluslararası teamül hukuku olduğunu çeşitli kararlarında teyit etmiştir. Bkz. ICTY, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Trial Judgement, IT-95-14/2-T, 26.02.2001, para. 206; ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 227; ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Trial Judgement, IT-95-14-T, 03.03.2000, para. 168; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 89.

Dame de Reims katedralinin Almanlar tarafından bombalanması sonucunda büyük ölçüde yanması ve Louvain Üniversitesi kütüphanesinin tahribatı gösterilebilir.⁴⁸ Almanların Birinci Dünya Savaşı'nda gerçekleştirdikleri tahribatın özellikle milli ve kültürel kimliği tartışmalı olan bölgeleri hedef aldığı ve böylece milli aidiyeti ispatlama amacı güttüğü de bilinmektedir.⁴⁹ Birinci Dünya Savaşı'nı takip eden dönemde ise silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin genel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.⁵⁰ Bununla birlikte kültürel varlıkların tahrip edilmesi öğretilde kınanmaya devam etmiştir. Örneğin 1933'te vandalizm kavramı Polonyalı hukukçu Raphael Lemkin⁵¹ tarafından "vandalizm suçu" şeklinde bugün kültürel soykırım⁵² kavramının anlamını karşılayan "ırksal, dini veya sosyal grupların kültür ve sanat eserlerinin yok edilmesi"⁵³ eylemlerini ifade etmek üzere kullanılmıştır.⁵⁴ Bu anlayışa göre vandalizmden yalnızca belli bir grup değil tüm insanlık zarar görmektedir.⁵⁵ Kültürel varlıkların tahribatından tüm insanlığın zarar gördüğü anlayışı ilerleyen yıllarda uluslararası toplum tarafından da benimsenecektir.

Diğer yandan 1935 yılında Roerich Paktı olarak da bilinen Sanatsal ve Bilimsel Kurumların ve Tarihi Anıtların Korunmasına Dair Sözleşme⁵⁶ Pan-Amerikan Birliği üyeleri tarafından imzalanmıştır ve bugün hala yürürlüktedir. Bu sözleşme kültürel varlıkların korunması meselesini devletler arasında

⁴⁸ VRDOLJAK, 2016., s. 239.

⁴⁹ ÖKTEM, s. 145.

⁵⁰ ÖKTEM, s. 135; Birinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan özel barış andlaşmaları kapsamında kültürel varlıklara ilişkin özellikle iadeleri ilgilendiren düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. GRAHAM, s. 760 vd.

⁵¹ Uluslararası hukuk doktrininde Raphael Lemkin "genocide" kavramını literatüre kazandıran kişi olarak tanınmaktadır. Bkz. LEMKIN Raphael, "Genocide as a Crime under International Law", *American Journal of International Law*, C. 41, S. 1, 1947, ss. 145-151, s. 147; Kavramın ilk kez kullanıldığı bağlam için bkz. LEMKIN Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation- Analysis of Government- Proposals for Redress*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, ss. 79-95.

⁵² Kültürel soykırım 1948 yılında kabul edilen Soykırım Sözleşmesi'nin 1947'de yazılan taslağında bir çeşit soykırım olarak öngörülmüştür. Bkz. Draft Convention on the Crime of Genocide, UN Economic and Social Council, UN Doc. E/447, 26.06.1947, s. 6; Bununla birlikte kültürel soykırım kavramı kültürel varlıkların tahribatının soykırımdan ayrı bir mesele olması nedeniyle Soykırım Sözleşmesi'nin nihai halinde kabul edilmemiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. O'KEEFE, 2010, s. 48.

⁵³ LEMKIN, 1947, s. 146.

⁵⁴ GERSTENBLITH, s. 364.

⁵⁵ GERSTENBLITH, s. 365.

⁵⁶ Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact), Washington, 15.04.1935, 167 LNTS 289.

ele alan ilk metindir.⁵⁷ Savaş zamanında sanatsal ve bilimsel kurumların ve tarihi anıtların korunmasını herhangi bir askeri gereklilik sınırlamasına tabi tutmadan sağlayan sözleşme⁵⁸ kültürel varlıkları “*halkların kültürel hazinesi*” olarak nitelemiştir.⁵⁹ Nitekim Roerich Paktı kendinden sonra akdedilen ve bu çalışmanın konusu bakımından en temel uluslararası belge olan 1954 Lahey Sözleşmesi’ni de etkilemiştir.⁶⁰

B. İkinci Dünya Savaşı Sonrası ve 1954 Lahey Sözleşmesi Hukuki Rejimi

Kültürel varlıkların korunmasında 20. yüzyıl bir dönüm noktası olmuştur. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen uluslararası metinlerde kültürel varlıkların korunma alanı silahlı çatışmaları da kapsayacak şekilde genişlemiştir.⁶¹ İkinci Dünya Savaşı sonrasında mağdurlarda açılan derin yaraların da etkisiyle Uluslararası Kızılhaç Komitesi bünyesinde 1949 yılında dört Cenevre Sözleşmesi akdedilmiştir.⁶² Ancak bu dört sözleşme silahlı çatışmalarda özel olarak kültürel varlıkların korunmasına ilişkin hükümler içermektedir.⁶³ Bununla birlikte, sivillerin korunmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesi kapsamında sivil nesnelere de korunmaktadır.⁶⁴ Sivil nesnelere kapsamına hem sivillere ait özel mallar hem de kamu malları girmektedir. Dolayısıyla okul, müze, kütüphane gibi kültürel varlıkların da bu kapsamda genel koruma gördüğü söylenebilir. Zira silahlı çatışmalar hukukunun temellerinden olan ayırt etme ilkesi gereği yalnızca askeri hedeflere saldırı yapılabilir; muhasamat esnasında sivil nesnelere koruma altındadır.⁶⁵

⁵⁷ ÖKTEM, s. 135; STAHN, s. 353.

⁵⁸ ÖKTEM, s. 136.

⁵⁹ Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact), Washington, 15.04.1935, 167 LNTS 289, Başlangıç Metni.

⁶⁰ CLEMENT, s. 536; ÖKTEM, s. 136.

⁶¹ STAHN., s. 345.

⁶² Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12.08.1949, 75 UNTS 31; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12.08.1949, 75 UNTS 85; Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 12.08.1949, 75 UNTS 135; Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12.08.1949, 75 UNTS 287.

⁶³ ÖKTEM, s. 136.

⁶⁴ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12.08.1949, 75 UNTS 287, md.53; KAHRAMAN Firdes Şeyda, “A Case Study on the Protection of Cultural Property Under the Law of Armed Conflict: Russia-Ukraine War”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 44, S. 1, 2024, ss. 121-147, s. 127.

⁶⁵ KAHRAMAN, s. 129.

İkinci Dünya Savaşı'nda kültürel varlıklar ciddi ölçüde tahrip edilmiştir. Hem müttefikler tarafından hem de Naziler tarafından tarihi kentlere birçok bombardıman ve hava saldırısı gerçekleştirilmiştir. İngiltere'nin Exeter, Norwich, York ve Canterbury kentleri büyük zarar görmüştür; Almanya'nın Dresden ve Lubeck kentleri de yerle bir edilmiştir.⁶⁶ Bu kapsamda oluşan tahribat uluslararası hukukun bu konudaki kurallarının zayıflığını göstermiş⁶⁷ ve uluslararası toplumu da harekete geçirmiştir. Böylece 1946'da Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde Eğitim Bilim Kültür Örgütü (UNESCO) kurulmuş⁶⁸ ve takip eden süreçte bu konuda bir uluslararası anlaşma yapılması yönündeki gayretler artmıştır.⁶⁹

Nihayet 21 Nisan-14 Mayıs 1954 tarihlerinde Lahey'de toplanan bir konferansta kültürel varlıkların uluslararası düzeyde korunmasını düzenleyen ilk uluslararası anlaşma olan⁷⁰ 1954 Lahey Sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşme'nin getirdiği en önemli yenilik daha önce farklı şekillerde ifade edilen olguları "*kültürel varlık*" olarak tek bir kavramın kapsamına yerleştirilmesidir.⁷¹ Sözleşme'nin 1. maddesine göre kültürel varlık kavramı "*sahibine veya menşesine bakılmaksızın tüm insanların kültürel mirası için büyük önem arz eden taşınır ve taşınmaz mallar...*" anlamına gelmektedir. Aynı maddede bunlara örnek olarak "*dini veya seküler fark etmeksizin mimari, sanatsal veya tarihi anıtlar; arkeolojik alanlar; bir bütün olarak tarihi veya sanatsal önemi haiz olan bina toplulukları; sanat eserleri; el yazmaları, kitaplar ve sanatsal, tarihi ya da arkeolojik önemi haiz olan diğer nesnelere; aynı şekilde bilimsel koleksiyonlar ve kitapların ya da arşivlerin veya yukarıda tanımlanan eserlerin kopyalarının önemli koleksiyonları*" ve söz konusu taşınır malları koruma ve sergileme amacıyla kurulan "*müzeler, büyük kütüphaneler ve arşivler*" sayılmıştır.⁷²

⁶⁶ ÇAKIRCA, s. 27.

⁶⁷ CLEMENT, s. 538.

⁶⁸ CLEMENT, s. 538.

⁶⁹ GRAHAM, s. 755.

⁷⁰ ÖKTEM, s. 137.

⁷¹ ÖKTEM, s. 137; Ayrıca Sözleşme'nin başlangıç bölümünde "*kime ait olursa olsun kültürel varlığa verilen zararın tüm insanlığın kültürel mirasına verilen zarar anlamına geldiği*" anlayışı kabul edilmiştir. UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215.

⁷² UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215.

1954 Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre kültürel varlıklara sağlanan koruma iki ana yükümlülük ihtiva eder: Koruma tedbiri alma ve saygı duyma. Koruma tedbiri alma tarafların kendi ülkelerinde bulunan kültürel varlıkların bir silahlı çatışmanın öngörülebilir etkilerine karşı uygun gördükleri tedbirleri barış zamanında alması anlamına gelir. Saygı duyma yükümlülüğü ise silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribata uğrama veya zarar görme ihtimali bulunan amaçlarla kullanımından kaçınılması ve kültürel varlıklara yönelen saldırılardan kaçınılmasını ifade etmektedir. Saygı duyma yükümlülüğünün istisnası yalnızca askeri gerekliliğin zorunlu kıldığı hallerdir.⁷³

1954 Lahey Sözleşmesi'nde koruma tedbiri alma ve saygı duyma yükümlülüklerinin yanı sıra taraflara, kültürel varlıklara karşı gerçekleştirilen her türlü hırsızlık, yağma, zimmete geçirme veya her türlü vandalizm eylemlerini yasaklama, önleme ve gerekirse bunlara son verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Ayrıca kültürel varlıklara karşı, tarafların zararlar karşılık vermekten kaçınacağı hükmü benimsenmiştir. Koruma tedbiri alma yükümlülüğünün taraflardan biri tarafından yerine getirilmemesi sebebiyle diğer tarafların kendi yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamayacağı da düzenlenmiştir.⁷⁴ Saygı duyma yükümlülüğünün aksine bu düzenlemelerin askeri gereklilik halinde devreye giren istisnaları yoktur.

İşgal halinde kültürel varlıkların korunması rejimi 1954 Lahey Sözleşmesi altında ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme'nin taraflarından biri başka bir taraf devletin ülkesini işgal ettiğinde orada bulunan kültürel varlıkların korunmasında yerel makamları olabildiğince desteklemelidir ve yerel makamlar gerekli tedbirleri alamayacak durumda ise onlarla iş birliği yapmalıdır.⁷⁵ Ayrıca 1954 Lahey Sözleşmesi'ne Ek I. Protokol'e göre işgalci devlet kültürel varlıkların işgal ettiği bölgeden yurt dışına çıkarılmasını önlemelidir, eğer kültürel varlıklar işgal edilen bölgeden yurt dışına çıkarıldıysa tüm taraf devletler muhasamat sona erdiğinde bunları iade etmelidir.⁷⁶

⁷³ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215.

⁷⁴ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215.

⁷⁵ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, md.5.

⁷⁶ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954 (First) Protocol, 14.05.1954, 249 UNTS 358.

1954 Lahey Sözleşmesi sağladığı genel korumanın yanı sıra taşınabilir kültürel varlıkların gerekli durumlarda aktarıldıkları sığınakları, anıtların ve taşınmaz kültürel varlıkların bulunduğu önemli merkezleri özel koruma rejimine tabi tutmuştur. Bu özel korumanın devreye girebilmesi için söz konusu kültürel varlıkların bulunduğu sığınakların veya merkezlerin havaalanı, yayın istasyonu, liman veya tren istasyonu gibi önemli askeri hedeflerden uzağa konuşturulmuş olması ve herhangi bir askeri amaçla da kullanılmıyor olması gerekmektedir. Taşınabilir kültürel varlıkların bulunduğu sığınak eğer bombalardan etkilenmeyecek şekilde inşa edildiyse yeri neresi olursa olsun özel koruma rejiminden yararlanabilir. Anıtların bulunduğu merkezler ise eğer askeri mühimmat veya personelin bulunduğu veya transferinin sağlandığı yerler olursa bunların askeri amaçla kullanıldığı kabul edilir.⁷⁷ Özel koruma rejimi altındaki kültürel varlıkların bulunduğu sığınaklar veya merkezler askeri amaçlarla kullanılmadıkları sürece dokunulmazdır.⁷⁸

1954 Lahey Sözleşmesi, 1907 IV. Lahey Sözleşmesi'nden farklı olarak *si omnes* (eğer herkes) kaydı içermemektedir. Başka bir ifadeyle, silahlı çatışmanın taraflarından biri sözleşmeye taraf olmasa dahi taraf olan devlet ve birlikleri yukarıda ifade edilen hükümleri uygulamak zorundadır.⁷⁹

Son olarak 1954 Lahey Sözleşmesi'ne taraf devletlerden birinin ülkesinde vuku bulan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, çatışmanın taraflarının asgari ölçüde Sözleşme'nin hükümlerini uygulamakla bağlı oldukları bildirilmiştir.⁸⁰ Bununla birlikte, bir devlet tarafından akdedilmiş bir uluslararası anlaşmanın hükümlerine iç isyancıların uymasını beklemenin abesle iştiğal olacağı yönünde kimi düşünceler göz ardı edilmemelidir.⁸¹

C. Modern Dönem

İlerleyen süreçte, özellikle sömürgeciliğe karşı bağımsızlık mücadelelerine ilişkin tartışmaların yoğun olduğu bir dönemde 1949 Cenevre Sözleş-

⁷⁷ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, md.8.

⁷⁸ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, md.9.

⁷⁹ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, md.18/3.

⁸⁰ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, md.19.

⁸¹ ÖKTEM, s. 142.

melerine Ek 1977 Cenevre Protokolleri imzalanmıştır.⁸² Hem Ek Protokol I⁸³ hem de Ek Protokol II⁸⁴ kültürel varlıkların korunmasına dair bazı hükümler içermektedir.⁸⁵ Bununla birlikte söz konusu hükümler doğrudan kültürel varlık kavramı kullanmak yerine 1954 Lahey Sözleşmesi'nde bu kavramın kapsamına girdiği kabul edilen çeşitli kavramları kullanmayı tercih etmiştir.⁸⁶

Uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemeler getiren Ek Protokol I'in 53. maddesine göre "*halkların kültürel ve manevi mirasını oluşturan tarihi anıtlara, sanat eserlerine veya ibadet yerlerine karşı düşmanca eylemler*", "*bu varlıkların askeri harekâtı desteklemek için kullanılması*", "*bu varlıkların zararlar karşılık vermeye konu edilmesi*" 1954 Lahey Sözleşmesi ve başka ilgili uluslararası belgelerin hükümlerine halel getirmeksizin yasaklanmıştır.⁸⁷ Ayrıca Ek Protokol I'in 85. maddesine göre uluslararası bir örgüt tarafından özel koruma gören ve açıkça ayırt edilebilen tarihi anıtlara, sanat eserlerine ya da ibadet yerlerine bunların askeri amaçlarla kullanıldığına dair hiçbir delil olmadan ve bunların askeri hedeflerin yakınında olmadığı hallerde saldırmak ve tahribatına yol açmak "*ağır ihlal*" kabul edilmiştir. Aynı maddede ağır ihlal teşkil eden eylemler savaş suçu telakki edilmiştir.⁸⁸ Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar konusunda hükümler içeren Ek Protokol II'nin 16. maddesi de benzer şekilde "*halkların kültürel ve manevi mirasını oluşturan tarihi anıtlara, sanat eserlerine veya ibadet yerlerine karşı düşmanca eylemleri*" ve "*bu*

⁸² ÖKTEM, s. 142.

⁸³ Protocol (I) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 UNTS 3.

⁸⁴ Protocol (II) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 UNTS 609.

⁸⁵ ÖKTEM, s. 142.

⁸⁶ 1954 Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "*dini veya seküler fark etmeksizin mimari, sanatsal veya tarihi anıtlar; arkeolojik alanlar; bir bütün olarak tarihi veya sanatsal önemi haiz olan bina toplulukları; sanat eserleri; el yazmaları, kitaplar ve sanatsal, tarihi ya da arkeolojik önemi haiz olan diğer nesnelere; aynı şekilde bilimsel koleksiyonlar ve kitapların ya da arşivlerin veya yukarıda tanımlanan eserlerin kopyalarının önemli koleksiyonları*" ve söz konusu taşınır malları koruma ve sergileme amacıyla kurulan "*müzeler, büyük kütüphaneler ve arşivler*" kültürel varlık örnekleri olarak verilmiştir. 1977 Ek Protokol I ve II'de sayılan "*tarihi anıtlar, sanat eserleri ve ibadet yerleri*" 1954 Lahey Sözleşmesi'ne göre kültürel varlıkların kapsamına girmektedir.

⁸⁷ Protocol (I) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 UNTS 3, md.53.

⁸⁸ Protocol (I) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 UNTS 3, md.85.

varlıkların askeri harekâtı desteklemek için kullanılmasını” 1954 Lahey Sözleşmesi ve başka ilgili uluslararası belgelerin hükümlerine halel getirmeksizin yasaklamıştır.⁸⁹ Görüldüğü üzere bu madde ayrıca kültürel varlıkların zararlar karşılık konusu yapılmasını yasaklamamıştır.⁹⁰ Bu düzenlemelerle hem uluslararası silahlı çatışmalarda hem uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yukarıda belirtilen kültürel varlıkların korunması yükümü ihdas edilmiştir.

Ne var ki kültürel varlıkların silahlı çatışmalarda korunmasına ilişkin tüm bu hukuki düzenlemeler, 1990'lara gelindiğinde Eski Yugoslavya'da yaşanan vahşetin yanı sıra kültürel varlıkların da tahrip edilmesine engel olmamıştır. Hatta Eski Yugoslavya'da özellikle Bosna Hersek'te etnik temizlik ve kültürel temizlik birlikte gerçekleştirilmiş,⁹¹ dini motiflerle bazı yerler yok edilerek düşman etnik grubun da manevi olarak yok edilmesi amaçlanmıştır.⁹² Eski Yugoslavya'da gerçekleştirilen kültürel varlıkların tahribatının en bilinen örnekleri arasında Müslüman Boşnaklar için önem arz eden tarihi Mostar Köprüsü'nün bombalanması⁹³ ve Katolik Hırvatlar için önem arz eden Dubrovnik şehrinin bombalanması sayılabilir.⁹⁴

1990'lerde Balkanlarda yaşanan gelişmeler UNESCO tarafından harekete geçilmesine sebep olmuş ve 1999 yılında 1954 Lahey Sözleşmesi'ne Ek II. Protokol kabul edilmiştir.⁹⁵ Protokol, 1954 Lahey Sözleşmesi'nde silahlı çatışmalarda kültürel varlıklara sağlanan korumayı güçlendirmiş⁹⁶ ve bu korumanın istisnası olan askeri gereklilik halini daha sıkı koşullara bağlamıştır. Şöyle ki 6. maddede bu istisnaya yalnızca kültürel varlık bir askeri hedef haline geldiğinde ve kültürel varlığa düşmanca bir hareketin yöneltilmesi dışında başka makul bir alternatif yolun bulunmaması halinde izin verileceği düzenlenmiştir.⁹⁷ Askeri gerekliliğin korumaya üstün gelmesine iliş-

⁸⁹ Protocol (II) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 UNTS 609, md.16.

⁹⁰ ÖKTEM, s. 144.

⁹¹ ÖKTEM, s. 145.

⁹² CHECHI / ROMANI, s. 461.

⁹³ PARZINGER., s. 69.

⁹⁴ VRDOLJAK, 2007, s. 379.

⁹⁵ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 26.03.1999, 2253 UNTS 172.

⁹⁶ Protokol'ün getirdiği yenilikler hakkında detaylı bilgi için bkz. CHECHI / ROMANI, s. 466.

⁹⁷ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 26.03.1999, 2253 UNTS 172, md.6.

kin istisna bu madde doğrultusunda dar yorumlanmaktadır ve 6. maddenin bir uluslararası teamül olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸

Kültürel varlıklara verilen zarar yukarıda ifade edilen olaylarla sınırlı kalmamış ve 2001 yılında Afganistan’da bulunan Bamiyan Budaları⁹⁹ Taliban tarafından bombalanarak yok edilmiştir.¹⁰⁰ Bu olayın yine 2003 yılında UNESCO bünyesinde toplanan bir genel konferansta Kültürel Mirasın Kasten Yok Edilmesine İlişkin Deklarasyon’un¹⁰¹ (2003 UNESCO Deklarasyonu) kabul edilmesinde payı vardır.¹⁰² 2003 UNESCO Deklarasyonu her ne kadar bir uluslararası andlaşma gibi bağlayıcı nitelikte olmasa da¹⁰³ kültürel mirasın hem barış zamanında hem de savaş zamanında korunması gerektiği anlayışını benimsemesi ve kültürel mirasın kasten tahribatının nerede gerçekleşirse gerçekleşsin devletlerin çeşitli tedbirler alarak bununla mücadele etmesi gerektiğini bildirmesi bakımından önemli bir adımdır.

II. SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI CEZA YARGILAMALARI

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası düzeyde yapılan yargılamalara 20. yüzyılın ortalarından itibaren rastlanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, ilk bölümde incelenen uluslararası hukuk normları devletler tarafından akdedilen uluslararası andlaşmalar veya benimsenen teamül kuralları olduğu için temel olarak devletler üzerinde yükümlülük doğurmaktadır. Devletler bu yükümlülükleri ihlal ederlerse uluslararası sorumlulukları söz konusu olur. Örneğin UAD tarafından 1962 yılında görülen *Preah Vihear* davasında Kamboçya’nın Tayland tarafından işgali

⁹⁸ KIRCHMAIR / SCHAFFER, s. 2.

⁹⁹ Harvard University, Department of History of Art and Architecture, “Bamiyan Buddhas”, **Whose Culture? The Curation and Management of World Heritage**, <https://projects.iq.harvard.edu/whoseculture/bamiyan-buddhas#:~:text=In%202001%2C%20the%20statues%20were,loss%20to%20many%20Afghan%20people> (Erişim Tarihi: 04.05.2024).

¹⁰⁰ VRDOLJAK, 2007, s. 379.

¹⁰¹ UNESCO, Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage, Paris, 17.10.2003.

¹⁰² VRDOLJAK, 2007, s. 379; SANDS / RAI, s. 350.

¹⁰³ Deklarasyonun yazılış şekline bir *soft law* olduğu anlaşılmaktadır. Aynı yöndeki görüş için bkz. VRDOLJAK, 2007, s. 386; Uluslararası hukukta *soft law* kavramının ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. KARAKAŞ Işıl, “Uluslararası Hukukta Yeni Eğilimler: “Soft Law” ve İnsan Hakları”, **Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar**, Faruk Sönmezoğlu (Editör), Der Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 95-128.

kapsamında tahrip edilen bir tapınak sebebiyle Tayland'ın uluslararası sorumluluğunun doğduğuna ve eski hale iade yükümü olduğuna hükmedilmiştir.¹⁰⁴ Bunun yanı sıra, silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle bireylerin cezai sorumluluğu da doğabilir. Zira bir silahlı çatışmada örneğin bir müzenin bombalanması için bir komutan emir vermiş, bu fiil de askerler tarafından gerçekleştirilmiş olabilir. Böyle bir durumda uluslararası suç teşkil eden bir fiilin faillerinin yargılanması uluslararası ceza hukuku kapsamında mümkün olur. Bu çalışmada silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasında uluslararası ceza hukukunun rolü araştırıldığı için bu bölümde yalnızca kültürel varlıkların tahrip edilmesini konu alan başlıca uluslararası ceza yargılamaları incelenmektedir.

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatına ilişkin uluslararası ceza yargılamalarının ilki, uluslararası hukukta gerçekleşen birçok gelişme gibi,¹⁰⁵ İkinci Dünya Savaşı ertesinde gerçekleşmiştir. İkinci Dünya Savaşı'nda işlenen suçların yargılanması için Nürnberg Mahkemesi¹⁰⁶ ve Tokyo Mahkemesi kurulmuştur.¹⁰⁷ Bunlardan uluslararası ceza hukukunun doğduğu yer olarak da kabul edilen Nürnberg Mahkemesi¹⁰⁸ başka suçların yanı sıra silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatının da konu edildiği yargılamalara sahne olmuştur.

Bu konuya ilişkin uluslararası ceza yargılamalarının ikinci dalgası 1990'lardan itibaren ortaya çıkmıştır. Soğuk Savaş'ın bitiminden sonra Eski Yugoslavya'da komünist rejimlerin çözülmesi akabinde yükselen milliyetçilik akımı Avrupa'nın İkinci Dünya Savaşı'ndan beri hiç görmediği kadar büyük bir dehşetin yaşanmasına sebep olmuştur.¹⁰⁹ Bu kapsamda işlenen büyük çapta suçların yanında birçok kültürel varlığın tahrip edilmesi de söz konusu olmuştur. Burada işlenen suçların yargılanması için 1993'te Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) kurulmuştur.¹¹⁰ Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatını yine başka suçlarla birlikte konu alan yargılamalara EYUCM önünde görülen davalarda rastlanmaktadır.

¹⁰⁴ ICJ, *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 6, s. 37.

¹⁰⁵ FERNANDEZ, s. 32.

¹⁰⁶ FERNANDEZ, s. 50; ÖZKERİM GÜNER, s. 265.

¹⁰⁷ CRYER Robert, "International Criminal Law", **International Law**, Malcolm D. Evans (Edi-tör), 5. Basım, Oxford University Press, New York, 2018, ss. 743-773, s. 760.

¹⁰⁸ FERNANDEZ, s. 33.

¹⁰⁹ FERNANDEZ, s. 62.

¹¹⁰ FERNANDEZ, s. 63.

Son olarak bu konuda yapılan önemli bir yargılama 2016'da karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından görülen dava, Mali'nin Timbuktu şehrinde radikal İslamcı gruplardan Ansar Dine adlı terör örgütünün bir üyesinin kültürel varlıkları tahrip etmesini konu almaktadır.¹¹¹ Bunun yanı sıra, aynı olaylar kapsamında başka bir Ansar Dine üyesinin UCM tarafından yargılanması da geçtiğimiz aylarda beraat ile gerçekleştirilmiştir.¹¹²

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası ceza yargılamaları uluslararası ceza mahkemelerinin gelişimine paralel olarak önce, yargı yetkileri yalnızca belli bir olayla sınırlı olan ve yetkisine giren yargılamaları gerçekleştirdikten sonra sona eren *ad hoc* mahkemelerden Nürnberg Mahkemesi ve EYUCM tarafından yapılmıştır. Uluslararası hukukun yeni bir dalı olan uluslararası ceza hukuku zamanla gelişmiş ve ceza yargılaması yapan daimî bir uluslararası mahkemenin kurulması ilerleyen yıllarda yürürlüğe giren Roma Statüsü ile mümkün olmuştur.¹¹³ Böylece uluslararası ceza yargısı uluslararası hukukun yabancı olduğu ceza hukuku güvencelerine de UCM bünyesinde kavuşmuştur. Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahrip edilmesi fiilleri *ad hoc* mahkemeler tarafından yapılan yargılamalarda, örneğin sivillerin öldürülmesi gibi savaş suçu teşkil eden başka fiillerle birlikte yargılanmıştır. Buna karşılık UCM tarafından yapılan yargılamada ilk defa yalnızca silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahrip edilmesi fiili müstakil bir dava konusunu oluşturmuştur.¹¹⁴ İşte bu nedenle silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin olarak aşağıda *ad hoc* mahkemeler tarafından yapılan uluslararası ceza yargılamaları ve daimî bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yapılan yargılamalar incelenecektir. Ardından bu yargılamalara ve henüz bir yargılamanın konusunu oluşturmayan güncel vakalara ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

A. Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemeleri Tarafından Yapılan Yargılamalar

1933'te Naziler iktidara geldikten sonra Alman hükümeti sanat eserlerini ideolojik amaçlarla ortadan kaldırma sürecini başlatmıştır.¹¹⁵ Nazi rejimi-

¹¹¹ ELOUNDOU ASSOMO Lazare "Cultural Heritage at Risk in Mali: The Destruction of Timbuktu's Mausoleums of Saints", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 253-263, s. 254.

¹¹² ICC, *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, ICC-01/12-01/18, 26.06.2024.

¹¹³ FERNANDEZ, s. 95.

¹¹⁴ ELOUNDOU ASSOMO, s. 254.

¹¹⁵ PARZINGER, s. 66.

nin temelini oluşturan Yahudilerin yaşamlarına ve kültürlerine sistematik olarak son verilmesi süreci de 1933'ten kısa bir süre sonra başlamıştır. Bu kapsamda birçok sinagog yakılmış ve yağmalanmıştır. Bunun için Naziler tarafından Avrupa'nın Yahudi nüfusuna karşı gerçekleştirilen soykırımının aynı zamanda bir kültürel soykırım olduğu da ifade edilmektedir.¹¹⁶

İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde Naziler tarafından işlenen savaş suçlarının yargılanması amacıyla kurulan Nürnberg Mahkemesi 8 Ağustos 1945'te müttefikler tarafından imzalanan Londra Andlaşması ile kurulmuştur.¹¹⁷ Bu kapsamda kabul edilen Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesinde mahkemenin yetkisine giren suçlar barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olarak sayılmıştır. Aynı maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde savaş suçları arasında “*kamu mallarının veya özel malların yağmalanması; şehirlerin, kasabaların veya köylerin askeri gereklilik nedeniyle gerekçelendirilmeden kasten tahrip edilmesi*” sayılmıştır.¹¹⁸ Burada kültürel varlıklara zarar verilmesi doğrudan bir savaş suçu olarak düzenlenmemiş olsa da müzeler, kütüphaneler ve sanat eserleri gibi kültürel varlıkların yağmalanması Mahkeme tarafından bu madde kapsamında savaş suçu olarak değerlendirilmiştir.

Nürnberg Mahkemesi'nde yargılananlara yapılan suçlamalardan biri şehirlerin, kültürel varlıkların yok edilmesi olmuştur.¹¹⁹ Sanıklar arasında özellikle Alfred Rosenberg'e yapılan suç isnadı silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması bakımından önem arz etmektedir. Rosenberg 29 Ocak 1940 tarihinde Hitler tarafından Nasyonal Sosyalist İdeolojik ve Eğitimsel Araştırma Merkezi'nin başkanlığına atanmıştır ve daha sonra “*Einsatzstab Rosenberg*” olarak adlandırılan bu organizasyon kapsamında büyük ölçekteki planlarını uygulamaya başlamıştır. Özünde bir araştırma kütüphanesinin kurulması için tasarlanan merkez daha sonradan kültürel varlıklara el konularak toplanması projesine dönüşmüştür. Rosenberg'in aktiviteleri daha sonra işgal edilen ülkelere de teşmil edilmiştir. Bu kapsamda işgal edilen birçok ülkede sanat eserlerinden oluşan özel koleksiyonlar soyulmuş, kütüphaneler yağmalanmıştır. Özellikle Doğu Avrupa'da işgal edilen yerlerdeki müzeler

¹¹⁶ PARZINGER, s. 67.

¹¹⁷ FERNANDEZ, s. 51.

¹¹⁸ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, Londra, 08.08.1945, 82 UNTS 279, md.6.

¹¹⁹ VRDOLJAK, 2016, s. 240.

ve saraylar sistematik olarak yağmalanmıştır.¹²⁰ O dönemde sanat eserlerine onları korumak amacıyla el konulduğu iddia edilmiştir. Bununla birlikte, 1 Aralık 1939'da Almanlığı Güçlendirme Komiseri tarafından işgal edilen Doğu bölgelerindeki güvenlik birimlerine verilen bir talimatta bu faaliyetlerin kültürel varlıkları korumak amacıyla değil Almanya'nın zenginleştirilmesi amacıyla yürütüldüğü vurgulanmıştır.¹²¹ Rosenberg başka fiillerin yanı sıra, Avrupa'da işgal edilen ülkelerde müzelerin ve kütüphanelerin yağmalanması, sanat koleksiyonlarına el konulması faaliyetleri nedeniyle hem kamusal hem de özel malların sistematik olarak yağmalanmasından sorumlu tutulmuştur. İşgal edilen doğu bölgelerinde 1907 IV. Lahey Sözleşmesi kurallarının uygulanabilir olmadığı yönünde emir vermiş olması da suçlu bulunmasında etkili olmuştur.¹²² Rosenberg kültürel varlıkların yağmalanması ve tahribatı fiilleri nedeniyle hem savaş suçu hem de insanlığa karşı suç işlemekten mahkûm edilmiştir.¹²³

Nürnberg yargılamalarından neredeyse yarım asır sonra Eski Yugoslavya'da işlenen büyük suçların yargılanması için EYUCM kurulmuştur.¹²⁴ EYUCM Statüsü'nün savaş suçlarını düzenleyen 3. maddesinin (b) bendinde “*şehirlere, kasabaların veya köylerin acımasızca yok edilmesi veya askeri gereklilik ile gerekçelendirilmeyen tahribatı*”; aynı maddenin (d) bendinde ise “*dine, hayır işlerine ve eğitime adanmış kurumlara, sanata ve bilime, tarihi anıtlara ve sanatsal ve bilimsel eserlere el konması, bunların tahribatı ya da bunlara istenerek verilen zarar*” eylemleri sayılmıştır.¹²⁵ Bu hükümlerde kültürel varlıklara zarar verilmesi fiili doğrudan bir savaş suçu olarak

¹²⁰ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22.08.1946-01.10.1946), s. 70.

¹²¹ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22.08.1946-01.10.1946), s. 71.

¹²² International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22.08.1946-01.10.1946), s. 114.

¹²³ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22.08.1946-01.10.1946), ss. 114-115; Ayrıca bkz. O'KEEFE, 2010, s. 42.

¹²⁴ VRDOLJAK, 2016, s. 244.

¹²⁵ United Nations, Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25.05.1993, Bu düzenleme 1907 IV. Lahey Sözleşmesi'nin 56. maddesindeki düzenlemeye oldukça benzemektedir. Aynı yöndeki görüş için bkz. VRDOLJAK, 2016, s. 244.

düzenlenmemiş olsa da tarihi bir köprünün yıkılmasıyla tarihi bir şehrin bombalanması fiillerinin bu hükümler altında savaş suçu olup olmadığı mahkeme tarafından tartışılmıştır.

Eski Yugoslavya'daki silahlı çatışmalar esnasında aralarında UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde olanların da bulunduğu birçok kültürel varlık bilinçli olarak tahrip edilmiştir.¹²⁶ Özellikle Sırp tarafından camiler ve Katolik ibadet yerleri hedeflenmiştir; Hırvatlar ve Boşnaklar da aynı şekilde Ortodoks kiliselerini hedef almıştır.¹²⁷ Söz konusu olaylardan biri de Müslümanlar için sembolik önemi olan Mostar köprüsünün yakılarak yok edilmesidir.¹²⁸

EYUCM, başka fiillerle birlikte Mostar köprüsünün tahribatını da konu alan *Prlic et al.* davasında söz konusu fiili Statü'nün 3(b) maddesindeki savaş suçu tipi altında değerlendirmiştir. Mahkeme köprünün askeri amaçlarla kullanılması ve askeri mühimmat aktarımında stratejik önemi nedeniyle askeri hedef olduğunu¹²⁹ fakat saldırının aynı zamanda bir grup insanın “*gözle görülür bir şekilde tamamen izolasyon*” içine soktuğunu ve özellikle Mostar'lı Müslüman nüfus üzerinde “*çok önemli psikolojik etki*” yarattığını belirtmiştir.¹³⁰ Bu sebeple köprünün tahribatını her ne kadar askeri gereklilik teşkil edebilecek olsa da sivil halk üzerinde ortaya çıkan zararların çok büyük olması nedeniyle “*orantısız*” bulunmuştur.¹³¹ Sanıkların karara itirazı üzerine yapılan temyiz incelemesinde Temyiz Dairesi suçun unsurlarından birinin askeri gereklilik ile gerekçelendirilmeyen bir yok etme eylemi olduğunun altını çizmiştir. Bununla birlikte, köprünün askeri bir hedef olması gerçeğinin saldırının askeri gereklilik nedeniyle yapıldığını destekler nitelikte olduğunu belirtmiştir.¹³² Böylece sanıklar başka savaş suçlarından mahkûm edilmiş olsa da tarihi köprünün yıkılması nedeniyle oluşan bir savaş suçundan cezalandırılmamışlardır.¹³³

¹²⁶ VRDOLJAK, 2016, s. 244.

¹²⁷ PARZINGER, s. 69.

¹²⁸ PARZINGER, s. 69.

¹²⁹ ICTY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Trial Judgement Vol. 3, IT-04-74-T, 29.05.2013, para. 1582.

¹³⁰ ICTY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Trial Judgement Vol. 3, IT-04-74-T, 29.05.2013, para. 1583.

¹³¹ ICTY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Trial Judgement Vol. 3, IT-04-74-T, 29.05.2013, para. 1584.

¹³² ICTY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Appeal Judgement, Vol I, IT-04-74-A, 29.11.2017, para. 411.

¹³³ ÖZKERİM GÜNER, s. 266.

Uluslararası toplumda büyük yankı bulan bir diğer olay ise aralarında UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde bulunan surlarla çevrili tarihi Dubrovnik şehrinin bombalanması olmuştur.¹³⁴ Bu olaydan doğan sorumluluk kapsamında EYUCM tarafından iki önemli dava görülmüştür: *Jokic ve Strugar*. Miodrag Jokic Yugoslav Halk Ordusu'nda bir komutandır ve Dubrovnik'e saldıran birliklerden sorumludur, Pavle Strugar ise onun üstüdür ve bölgedeki birlikler üzerinde hukuki ve etkin kontrolü olduğu tespit edilmiştir.¹³⁵ Her ikisi de tarihi Dubrovnik şehrine top ateşi açılarak yapılan saldırı için ayrı ayrı yargılanmıştır ve başka suçların yanı sıra tarihi bir şehrin tahribatı nedeniyle oluşan savaş suçundan da mahkûm edilmişlerdir.

Jokic davasında EYUCM diğer suçların yanında Statü'nün hem 3(b) hem de 3(d) maddesindeki savaş suçlarından yargılama gerçekleştirilmiştir. Mahkeme 3(b) kapsamında yaptığı incelemede Dubrovnik'e saldırılmasında askeri gereklilik olmadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Mahkeme söz konusu eylemlerin 3(d) kapsamında değerlendirilmesinde şehrin aralarında UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde bulunmasına özel önem atfetmiştir. Zira bu davada tarihi yapıların tahribatı ile işlenen savaş suçu özel olarak korunan bir değer ihlalini teşkil etmektedir.¹³⁶ Mahkeme bu davada ayrıca sivil binalara saldırmanın uluslararası insancıl hukukun ağır ihlali olduğunu, özel koruma altındaki bir yere saldırmanın çok daha ciddi bir suç olduğunu belirtmiştir.¹³⁷

Strugar davasında EYUCM diğer suçların yanında yine Statü'nün hem 3(b) hem de 3(d) maddesindeki savaş suçları için yargılama yapılmıştır. Mahkeme 3(b) kapsamında yaptığı incelemede Dubrovnik'e saldırmanın bir askeri gereklilik olmadığını belirtmiştir.¹³⁸ Bununla birlikte Mahkeme 3(d) kapsamındaki savaş suçunun oluşması için gerekli unsurlar bakımından yaptığı incelemede kültürel varlıkların tahribatı hakkındaki uluslararası teamül hukukunu göz önünde bulundurmıştır¹³⁹ ve kültürel varlık askeri amaçlarla kullanılıyorsa korumadan yararlanamayacağını bildirmiştir.¹⁴⁰ Buna karşılık,

¹³⁴ VRDOLJAK, 2016, s. 244.

¹³⁵ VRDOLJAK, 2016, s. 244.

¹³⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Miodrag Jokic*, Trial Judgement, IT-01-42/1-S, 18.03.2004, para. 49-51.

¹³⁷ ICTY, *The Prosecutor v. Miodrag Jokic*, Trial Judgement, IT-01-42/1-S, 18.03.2004, para. 53.

¹³⁸ ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 295.

¹³⁹ ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 309.

¹⁴⁰ ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 310.

tahrip edilen kültürel varlıkların askeri amaçlarla kullanıldığına ilişkin herhangi bir delil olmadığı söylemiştir.¹⁴¹ Suçun *mens rea* (kast) unsuru bakımından yaptığı incelemedeyse UNESCO Dünya Mirası kabul edilen şehrin tarihi ve kültürel olarak özel olduğunun herkesçe bilinen bir gerçek olması nedeniyle saldırıların kasten ve hedef alınarak yapıldığını belirtmiştir.¹⁴² Böylece Mahkeme bu davada tarihi bir şehrin tahrip edilmesinin bir savaş suçu oluşturduğuna hükmetmiştir.

Diğer yandan EYUCM Statüsü'nün insanlığa karşı suçları düzenleyen 5. maddesinin (h) bendinde “*siyasi, ırksal ve dini temellerle zulüm*” eylemine yer verilmiştir.¹⁴³ EYUCM *Blaskic* davasında bu hükmün yalnızca kişi üzerinde fiziki ve akli zararı değil, malvarlığına verilen zararı da kapsayabileceğini söylemiştir.¹⁴⁴ Ancak bunun için suçun mağdurlarının belli bir gruba aidiyeti sebebiyle seçilmiş olması koşulu aranmaktadır.¹⁴⁵ Nitekim Mahkeme aynı davada insanlığa karşı suç teşkil eden zulmün Müslüman Boşnaklar için önem arz eden binaların tahrip edilmesi şeklinde tezahür ettiğini bildirmiştir.¹⁴⁶ Benzer şekilde Mahkeme *Kordic & Cerkez* davasında kültürel varlıkların ayrımcı kastla tahribatını bir insanlığa karşı suç olan zulüm kapsamında değerlendirmiştir.¹⁴⁷ Nitekim *Milutinovic et al.* davasında da Mahkeme'nin içtihadının spesifik olarak dini yerlerin ve kültürel anıtların tahribatını bir zulüm olarak değerlendirip insanlığa karşı suç kabul ederek yasakladığı ifade edilmiştir.¹⁴⁸

EYUCM tarafından görülen *Krstic* davasında kültürel varlıkların tahribatının soykırım altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi gündeme gelmiştir ve Mahkeme soykırımın tanımının uluslararası teamül hukukuna göre bir grubun tamamının veya bir kısmının fiziksel veya biyolojik olarak yok edilmesini amaçlayan fiillerle sınırlı olduğunu vurgulamış-

¹⁴¹ ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 328.

¹⁴² ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 329.

¹⁴³ United Nations, Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25.05.1993.

¹⁴⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Trial Judgement, IT-95-14-T, 03.03.2000, para. 233.

¹⁴⁵ O'KEEFE, 2010, s. 43.

¹⁴⁶ O'KEEFE, 2010, s. 43.

¹⁴⁷ ICTY, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, Trial Judgement, IT-95-14/2-T, 26.02.2001, para. 207; O'KEEFE, 2010, s. 43.

¹⁴⁸ ICTY, *The Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Trial Judgement, Vol. 1, IT-05-87-T, 26.02.2009, para. 205.

tır.¹⁴⁹ Mahkeme böylece “*kültürel soykırım*” kavramını reddetmiştir.¹⁵⁰ Bununla birlikte Mahkeme, bir grubun fiziksel veya biyolojik olarak yok edilmesi söz konusu olduğunda genellikle eş zamanlı olarak bu grubun dini yapılarına ve kültürel varlıklarına da saldırıldığının altını çizmiştir. Bu nedenle kültürel varlıkların tahribatının bir grubun fiziksel olarak yok edilmesi kastının varlığını kanıtlayabileceğini bildirmiştir.¹⁵¹

B. Daimî Bir Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Yargılamalar

Daimî bir uluslararası ceza yargı mercii olan UCM’yi kuran Roma Statüsü 17 Temmuz 1998’de kabul edilmiştir ve 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girerek 123 taraf devleti bağlamaya başlamıştır.¹⁵² Roma Statüsü’nün 8. maddesinin 2. fıkrasında sayılan savaş suçları arasında kültürel varlıkların tahrip edilmesine ilişkin düzenlemeler uluslararası silahlı çatışmalarda ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda olmak üzere iki farklı bağlamda yapılmıştır. Madde 8(2)(b)(ix) uluslararası silahlı çatışmalarda, Madde 8(2)(e)(iv) ise uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda “*dine, eğitime, sanata, bilime veya hayır işlerine adanmış binalara, tarihi anıtlara karşı ... bunlar askeri hedef olmamak kaydıyla ... kasten yöneltilen saldırılar*” savaş suçu kabul edilmiştir.¹⁵³ Bu düzenlemede kültürel varlıkların tahrip edilmesi fiili doğrudan bir savaş suçu olarak düzenlenmemiş olsa da bu kapsama giren kültürel varlıkların tahrip edilmesi bu madde altında UCM tarafından bir savaş suçu kabul edilmektedir.

UCM 2016 yılında *Al Mahdi* davasında ilk defa yalnızca kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşan savaş suçları hakkında karar vermiştir.¹⁵⁴ Dava konusu olayda 2012 yılı boyunca Mali’de bulunan kültürel varlıklar silahlı gruplar tarafından tahrip edilmiş; UNESCO Dünya Mirası Listesi’nde bulunan iki alanın da bulunduğu Mali’nin kuzey bölgesi Ansar Dine adlı İslamcı terör örgütü ve diğer radikal gruplar tarafından ele geçirilmiştir.¹⁵⁵ Tarihi ve kültürel

¹⁴⁹ ICTY, *The Prosecutor v. Radislav Krstic.*, Trial Judgement, IT-98-33-T, 02.08.2001, para. 580.

¹⁵⁰ O’KEEFE, 2010, s. 49.

¹⁵¹ ICTY, *The Prosecutor v. Radislav Krstic.*, Trial Judgement, IT-98-33-T, 02.08.2001, para. 580.

¹⁵² Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için bkz. FERNANDEZ, s. 95 vd.

¹⁵³ Rome Statute of the International Criminal Court, 17.07.1998, 2187 UNTS 3, md.8.

¹⁵⁴ ELOUNDOU ASSOMO, s. 254.

¹⁵⁵ ELOUNDOU ASSOMO, s. 253.

önemi bulunan Timbuktu şehri de bu grupların kontrolü altına girmiş ve bu kapsamda birçok kültürel varlık tahrip edilmiştir.¹⁵⁶ Timbuktu’da UNESCO Dünya Mirası Listesi’nde bulunan on altı türbenin çoğu yok edilmiş, üç cami ciddi biçimde tahrip edilmiş ve 4203 antik el yazması yakılmıştır.¹⁵⁷ Şans eseri en eskisi 12. yüzyıldan kalma 300.000 ciltlik el yazması Timbuktu’dan kurtarılabildiği.¹⁵⁸ Mali hükümetinin çağrısı üzerine bölgeye uzmanlar gönderen ve farkındalık yaratmak için çeşitli kampanyalar düzenleyen UNESCO aynı zamanda kültürel varlıkların kasten tahribatının soruşturulması için UCM ile de iş birliği yapmıştır.¹⁵⁹ Nitekim 2012 yılında Mali, UCM Savcısı’nın söz konusu olaylar hakkında soruşturma başlatmasını talep etmiştir.¹⁶⁰

Al Mahdi davasının açılışında Savcı Fatou Bensouda bu davanın “*insanlığın ortak mirasının bireyler ve gruplar tarafından tekrar eden ve planlı tahribata maruz bırakılması*” nedeniyle tarihi önemi haiz olduğunu ve davanın konusunun “*tüm toplumların zenginliğini oluşturan (değerlere) karşı olan ... ve bu nedenle hepimizi zayıflatan ve korumakla yükümlü olduğumuz evrensel değerlere zarar veren bir suç*” olduğunu ifade etmiştir.¹⁶¹

UCM, Ahmad al-Faqi al-Mahdi’yi Timbuktu’da gerçekleştirilen kültürel varlıkların tahribatı eylemleri nedeniyle 2016 yılında mahkûm etmiştir.¹⁶² Mali’deki olaylar Ansar Dine adlı silahlı grup ve Mali hükümeti arasında bir çatışma olduğu için ve çatışmalar yeterli bir yoğunluğa ulaştığı için uluslararası olmayan silahlı çatışma kabul edilmiş¹⁶³ ve dava konusu eylemler Roma Statüsü Madde 8(2)(e)(iv) kapsamında değerlendirilmiştir. Al Mahdi’nin on türbenin ve bazı camilerin tahribatının gerçekleştirilmesinde grubun lideri olarak yetkili kişi olduğunun tespit edildiği ve ona eşlik eden diğer kişilerle

¹⁵⁶ PARZINGER, s. 70.

¹⁵⁷ ELOUNDOU ASSOMO, s. 254.

¹⁵⁸ PARZINGER, s. 71.

¹⁵⁹ ELOUNDOU ASSOMO, s. 254.

¹⁶⁰ UCM’nin yargı yetkisi Roma Statüsü’nün 13. maddesinde de belirtildiği üzere tamamlayıcı nitelikte olduğu için yerel makamların çağrısı üzerine harekete geçmesi mümkün olabilir. Bu konudaki değerlendirme için bkz. VRDOLJAK, 2016, s. 247.

¹⁶¹ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi, 22.08.2016, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opening-trial-case-against-mr> (Erişim Tarihi: 20.04.24).

¹⁶² PARZINGER, s. 71.

¹⁶³ ICC, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016, para. 49.

birlikte bu yapılara büyük zarar verdiği belirtilmiştir.¹⁶⁴ Al Mahdi'nin bir camiye saldırı esnasında o caminin şehirdeki en eski camiilerden biri olduğunu ve bir Dünya Mirası sayıldığını söyleyip UNESCO görevlilerine hakaret ettiği sözleri Mahkeme tarafından kastın varlığı bakımından dikkate alınmıştır.¹⁶⁵ Sonuç olarak Mahkeme Al Mahdi'yi kültürel varlıkların tahrip edilmesi nedeniyle oluşan savaş suçundan mahkum etmiştir.

UCM tarafından yakın zamanda görülen *Al Hassan* davasında başka bir An-sar Dine terör örgütü üyesi diğer suçların yanı sıra 2012 yılında Mali'nin Timbuktu kentinde işlenen kültürel varlıkların tahribatı fiillerine iştirak edip etmediği konusunda yargılanmıştır.¹⁶⁶ *Al Mahdi* davasında incelenen olaylarda kültürel varlıkların tahribatının asıl sorumlusu olduğu belirlenen Al Mahdi ile olan telefon görüşmeleri ve bağlantısı nedeniyle yargılanan Al Hassan, kültürel varlıkların tahribatı suçlamalarından delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiştir.¹⁶⁷

C. Genel Bir Değerlendirme

Al-Mahdi kararında, silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahrip edilmesinin doğrudan bir savaş suçu olarak kabul edilmesi kuşkusuz kültürel varlıkların uluslararası düzeyde korunması yolunda önemli bir adımdır. Zira ilk defa daimî bir uluslararası mahkeme tarafından böyle bir fiil cezalandırılmıştır. Bununla birlikte 2016 yılında verilen bu kararın zamanlaması manidardır. Şöyle ki, 2015 yılı boyunca IŞİD terör örgütü tarafından birçok kültürel varlık tahrip edilmiştir.¹⁶⁸ Bunlar arasında en bilinenleri Suriye'de Palmyra antik kentinde bulunan tapınağın ve birçok eserin bombalanması,¹⁶⁹ Irak'ta Ninova antik kentinde bulunan “*Tanrı'nın kapısı*” olarak da bilinen Maşki kapısının buldozerle yıkılması¹⁷⁰ ve Nimrud antik kentinin içinde bu-

¹⁶⁴ ICC, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016, para. 45.

¹⁶⁵ ICC, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016, para. 48.

¹⁶⁶ ICC, *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, ICC-01/12-01/18, 26.06.2024, para. 1030 vd.

¹⁶⁷ ICC, *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, ICC-01/12-01/18, 26.06.2024, para. 1055.

¹⁶⁸ STEIN, s. 168.

¹⁶⁹ PARZINGER, s. 71; SANDS / RAI, s. 348.

¹⁷⁰ ERTUĞRUL, Erman, “IŞİD Ninova'da 2000 yıllık Maşki Kapısını Yok Etti”, *Arkeofili*, 13.04.2016, <https://arkeofili.com/isid-2-000-yillik-maski-kapisini-yok-etti/>, (Erişim Tarihi: 05.05.2024).

lunan *zigurat* ile birlikte yok edilmesidir.¹⁷¹ IŞİD kültürel varlıkları tahrip ederken özellikle dini yapıları hedef almıştır. Ne var ki bu eylemlere ilişkin herhangi bir uluslararası ceza yargılaması yapılamamıştır. Bu durum uluslararası toplumda derin endişelere sebep olmuştur. Söz konusu olayların hemen ardından UCM tarafından kültürel varlıkları tahrip eden başka bir radikal İslamcı terör örgütü üyesi hakkında hüküm kurulması bu sebeple dikkat çekmektedir. Bu durum elbette bir tesadüf olabileceği gibi, kanaatimce kültürel varlıkların tahribatının uluslararası düzeyde cezasız kalmaması gerektiği yönünde atılan bir adımdır.

Söz konusu dava, ilk defa yalnızca kültürel varlıkların tahrip edilmesi fiili nedeniyle oluşan bir savaş suçunun konu edildiği bir uluslararası ceza yargılaması olması nedeniyle de önem arz etmektedir. Bunun sebeplerinden biri, Roma Statüsü'nün 8. maddesinde bulunan kültürel varlıkların tahrip edilmesi nedeniyle oluşan savaş suçu düzenlemesinin *ad hoc* mahkeme statülerindeki seleflerine göre daha açık olmasıdır. Zira geçmiş tecrübelerden yararlanılarak hem uluslararası silahlı çatışmalarda hem uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen, her türlü kültürel varlığın tahribatını kapsayabilecek ve askeri gereklilik bulunması ihtimalinin öngörüldüğü genel bir savaş suçu düzenlemesi yapılmıştır.¹⁷²

Yukarıda da ifade edildiği üzere Nürnberg Statüsü'nde yalnızca genel olarak kamu mallarının veya özel malların yağmalanması, köylerin ve şehirlerin tahrip edilmesi savaş suçu olarak düzenlenmekteydi.¹⁷³ Bu düzenlemelerde korunan yerlerin hepsi kültürel varlık teşkil etmeyebilirdi. Nitekim Rosenberg kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşan bir savaş suçundan değil müzelerin ve sanat eserlerinin yağmalanması fiili nedeniyle kamu mallarının ve özel malların yağmalanması savaş suçundan sorumlu tutulabilmiştir.¹⁷⁴ Diğer yandan, EYUCM Statüsü'nün 3. maddesinin (d) bendinde kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşabilecek savaş suçu açık bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen bu düzenlemede askeri ge-

¹⁷¹ STEIN, s.177.

¹⁷² Rome Statute of the International Criminal Court, 17.07.1998, 2187 UNTS 3, md.8.

¹⁷³ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, Londra, 08.08.1945, 82 UNTS 279, md.6.

¹⁷⁴ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22.08.1946-01.10.1946), s. 114.

reklilik istisnasına yer verilmemiştir.¹⁷⁵ Bir kültürel varlık olan Mostar Köprüsü'nün yıkımını konu alan davada köprünün askeri mühimmat aktarımındaki rolü, yıkımında askeri gereklilik bulunduğunun kabulüne neden olmuştur.¹⁷⁶ Kanaatimce, kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşan savaş suçu düzenlemesinde askeri gereklilik istisnası bulunmadığı için EYUCM, askeri gereklilik istisnasının bulunduğu 3. maddenin (b) bendinde bulunan köylerin ve şehirlerin tahribatı nedeniyle oluşan savaş suçu düzenlemesini uygulamak zorunda kalmıştır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda Roma Statüsü'nde her türlü kültürel varlığın tahribatı nedeniyle oluşabilecek, askeri gereklilik istisnasını da barındıran genel bir düzenlemenin bulunması, uluslararası ceza hukukunun tecrübelerle geliştiğinin adeta bir kanıtıdır.

Silahlı çatışmalarda yalnızca kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşan savaş suçu sebebiyle yapılan bir yargılamanın ilk defa UCM tarafından gerçekleştirilmiş olmasının başka bir nedeni de bu mahkemenin daimî nitelikte olmasıdır. Zira geçmişte kurulan *ad hoc* mahkemeler özellikle milyonlarca insanın acımasızca katledildiği dönemlerde veya böyle dönemlerin akabinde kurularak adaleti tesis etmeye çalışmıştır. Böyle bir ortamda kurulan *ad hoc* mahkemelerin statülerinin acil ihtiyaçlara cevap verecek şekilde kaleme alınması yukarıda da değinilen çeşitli eksiklikleri de beraberinde getirmiştir. Bu sebeplerle *ad hoc* mahkemelerin sivillere karşı işlenen savaş suçlarının yanında kültürel varlıkların tahrip edilmesi nedeniyle oluşan savaş suçlarını birlikte değerlendirmiş olması normaldir. Oysaki Roma Statüsü acil bir ihtiyaca cevap vermek için yazılmamıştır. Aksine, geçmiş tecrübelerden faydalanılarak daimî bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmuştur. Bunun için yalnızca kültürel varlıkların tahrip edilmesi nedeniyle oluşan savaş suçlarını konu alan bir yargılamanın ilk defa böyle bir mahkeme tarafından yapılmış olması bir sürpriz değildir.

Diğer yandan, daimî bir uluslararası mahkeme önünde kültürel varlıkların tahribatı fiillerinin cezalandırılması silahlı çatışmalarda bu fiillerin yaygın olarak kullanılmasına engel olamamıştır. Özellikle UCM tarafından yapılan yargılamalarda kültürel varlıkların tahribatı suçlamalarının devlet ile

¹⁷⁵ United Nations, Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25.05.1993, md.3.

¹⁷⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Trial Judgment Vol. 3, 29.05.2013, para. 1582; ICTY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Appeal Judgement, Vol I, 29.11.2017, para. 411.

ilişkilendirilebilecek kişilere değil¹⁷⁷ terör örgütü üyelerine karşı yapıldığını gözden kaçırmamak gerekir. Yakın zamanda gerçekleşen silahlı çatışmalar da kültürel varlıkların tahribatının devlet eliyle sistematik olarak da gerçekleştirildiği görülmektedir. Bunun en belirgin örneği Rusya'nın Ukrayna'yı işgali esnasında Ukrayna kültürünü yok etmeye yönelik askeri operasyonlar gerçekleştirilmesidir.¹⁷⁸ UNESCO verilerine göre Rusya'nın işgalinden beri Ukrayna'da yüzlerce kültürel varlığın hedef alındığı veya tahrip edildiği bilinmektedir.¹⁷⁹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Rusya'nın işgal ettiği bölgelerde müzeleri ve tarihi arşivleri tahrip ederek özellikle Ukrayna'nın kültürünü yok etmeye yönelik gayretlerinden bahsetmektedir.¹⁸⁰ Tüm bu verilere rağmen Ukrayna'da kültürel varlıkların tahribatından sorumlu kişilerin herhangi bir uluslararası ceza yargılamasına tabi tutulması henüz gerçekleşmiş değildir. Her ne kadar UCM tarafından Vladimir Putin hakkında tutuklama kararı çıkarılmış olsa da kendisine yapılan suçlamalar kültürel varlıkların tahribatı fiillerini kapsamamaktadır.¹⁸¹

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatını konu alan uluslararası ceza yargılamalarında, yukarıda incelenen kararlar göz önünde bulundurulduğunda, hangi nesnelere neye göre kültürel varlık olarak sınıflandırıldığını belirlemek güçtür. Örneğin sıradan bir okul binası kültürel varlık olarak tarihi bir okul binası ile aynı korumayı görmekte midir? Elbette her ikisi de sivil nesne olduğu için silahlı çatışmalar hukuku teamülleri kapsamında genel korumaya tabidir. Bununla birlikte, kültürel varlık olduğu kabul edilen

¹⁷⁷ MILLENDER Michaela / LYUBARSKY Nicolette "When Protectors Become Perpetrators: The Complexity of State Destruction of Cultural Heritage, **IPI Global Observatory**, 24.04.2024, <https://theglobalobservatory.org/2024/04/when-protectors-become-perpetrators-the-complexity-of-state-destruction-of-cultural-heritage/> (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

¹⁷⁸ UN OHCHR, "Targeted Destruction of Ukraine's Culture Must Stop: UN Experts", 22.02.2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/targeted-destruction-ukraines-culture-must-stop-un-experts>, (Erişim Tarihi: 14.11.2024).

¹⁷⁹ MILLENDER Michaela / LYUBARSKY Nicolette "When Protectors Become Perpetrators: The Complexity of State Destruction of Cultural Heritage, **IPI Global Observatory**, 24.04.2024, <https://theglobalobservatory.org/2024/04/when-protectors-become-perpetrators-the-complexity-of-state-destruction-of-cultural-heritage/> (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

¹⁸⁰ UN OHCHR, "Targeted Destruction of Ukraine's Culture Must Stop: UN Experts", 22.02.2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/targeted-destruction-ukraines-culture-must-stop-un-experts>, (Erişim Tarihi: 14.11.2024).

¹⁸¹ ICC, "Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants Against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova", 17.03.2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

bir sivil nesne, genel koruma sağlayan teamüllere göre *lex specialis* olan 1954 Lahey Sözleşmesi altında özel olarak korunmaktadır. Ancak yukarıda belirtilen uluslararası ceza yargılamalarında yapılan inceleme böyle bir ayrıma değil, dava konusu fiillerin ilgili mahkemenin statüsündeki savaş suçu düzenlemeleri kapsamına girip girmediği sorusuna odaklanmaktadır. Dolayısıyla örneğin sıradan bir okul binasına yapılan saldırı eğitime vakfedilmiş bir bina olduğu için, tarihi bir okul binasına yapılan saldırı ise tarihi anıt olduğu için Roma Statüsü altında kültürel varlıkların tahribatına ilişkin aynı savaş suçu maddesi altında değerlendirilebilir.

Hangi nesnelere kim tarafından neye göre kültürel varlık kabul edileceği sorunsalı, yakın geçmişte İsrail tarafından Lübnan'a yapılan hava saldırıları kapsamında yaşanan bir örnek üzerinden düşünülebilir. İsrail'in hava saldırıları nedeniyle Lübnan'da Osmanlı döneminden kalma tarihi bir bina zarar görmüştür. Bu binanın hemen karşısında bulunan Roma döneminden kalma Baalbek antik kenti kalıntıları ise saldırıdan kıl payı kurtulmuştur.¹⁸² İsrail'in UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde bulunan Baalbek antik kenti kalıntıları haricinde civardaki tüm binaları tahrip ettiği anlaşılmaktadır. Elbette bu durumun bir uluslararası örgüt tarafından özel koruma altına alınmış olan kültürel varlıklara askeri gereklilik olmadan yapılan saldırıların savaş suçu olmasından kaynaklandığı konusunda şüphe yoktur.¹⁸³ Bununla birlikte antik kalıntıların etrafındaki özel koruma altında olmayan tarihi binaların hedef alınması, bir nesnenin UNESCO tarafından özel koruma altında olmasının kültürel varlıkların belirlenmesinde bir kriter olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Yukarıda incelenen EYUCM ve UCM tarafından verilen kararlarda kimi zaman tahrip edilen nesnelere aralarında UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde bulunmasına özel önem atfedildiği gözlemlenmiştir.¹⁸⁴ Buna karşılık, bu hususun genel bir kriter olduğunu söylemek mümkün değildir, zira böyle bir listede bulunmayan nesnelere yapılan saldırıların da aynı mahkemeler tarafından kültürel varlıkların tahribatı se-

¹⁸² "Israeli Strike Destroys Ottoman-era Building Near Baalbek Ruins", **Reuters**, 07.11.2024, <https://www.reuters.com/world/middle-east/israeli-strike-destroys-ottoman-era-building-near-baalbek-ruins-2024-11-07/> (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

¹⁸³ Protocol (I) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 UNTS 3, md.85.

¹⁸⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Miodrag Jokic*, Trial Judgement, IT-01-42/1-S, 18.03.2004, para. 49-51; ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 329; ICC, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016, para. 48.

bebiyle oluşan savaş suçu olarak kabul edildiği görülmektedir. Kaldı ki, EYUCM *Strugar* kararında, UCM ise *Al Mahdi* kararında tahrip edilen kültürel varlıkların aralarında UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde bulunmasını, kültürel varlıkları tahrip eden kişilerin işlediği savaş suçunda kast unsurunun varlığının ispatı olarak değerlendirmiştir.¹⁸⁵ Bu doğrultuda söz konusu hava saldırısı nedeniyle İsrail askeri kuvvetleri mensuplarının yargılandığı bir ihtimalde, kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşan bir savaş suçu işlendiği argümanı her halükârda ileri sürülebilecek olsa da kast unsurunun ispatı konusunda UNESCO koruması altında olmayan kültürel varlıkların tahribatı için daha çok efor sarf edilmesi gerekecektir.

SONUÇ

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması anlayışı çok eski zamanlardan beri varlığını sürdürmekteyken bu konudaki pozitif uluslararası hukuk normları 20. yüzyılın başlarından itibaren oluşmaya başlamıştır. Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların askeri gereklilik olmadığı sürece tahrip edilmemesi şeklinde ifade edilebilecek teamül kuralı 1954 Lahey Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir. Bu sözleşme İkinci Dünya Savaşı esnasında kültürel mirasın tahrip edilmesine bir tepki olarak akdedilmiş ve silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasını amaçlayan normlar ihdas etmiştir.¹⁸⁶ Sözleşmede kültürel varlıklara karşı düşmanca eylemlerden kaçınma yükümlülüğü askeri gereklilik halinde sınırlanmaktadır.¹⁸⁷ Bu sözleşmeye ek 1999 tarihli İkinci Protokol ile bu istisnaya yalnızca kültürel varlık bir askeri hedef haline geldiğinde ve düşmanca bir hareketin yöneltilmesi dışında başka makul bir alternatif yolun bulunmaması halinde izin verileceği düzenlenmiştir.¹⁸⁸ Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması rejimini güçlendiren İkinci Protokol'ün 1990'larda Eski Yugoslavya'da gerçekleşen kültürel varlıkların da zarar gördüğü büyük ölçekteki vahşetin ertesinde kabul edilmiş olması kanaatimce tesadüf değildir. Yine kültürel varlıkların yalnızca savaş zamanında değil barış zamanında da korunmasını öngören

¹⁸⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 329; ICC, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016, para. 48.

¹⁸⁶ STAHN, s. 355.

¹⁸⁷ STAHN, s. 356; UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, md.4.

¹⁸⁸ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 26.03.1999, 2253 UNTS 172, md.6.

2003 UNESCO Deklarasyonu'nun 2001'de Afganistan'da devlet dışı bir aktör olan El Kaide tarafından bombalanarak yok edilen Bamiyan Budaları¹⁸⁹ olayından sonra yayımlanması da manidardır. Zira uluslararası toplum elindeki sınırlı araçla kültürel varlıkların tahribatına tepki vermektedir. Tüm bu süreçten anlaşılmaktadır ki, silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuk normları 20. yüzyıldan itibaren bir determinizm zinciri içinde meydana gelmiştir.

Uluslararası toplumun silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması yönündeki ortak çabaları, bu konuda devletlerin bireysel çıkarlarının her koşulda esas alınmasını gerektiren devlet egemenliği üzerine kurulu klasik uluslararası hukuk mantığından uzaklaşarak tüm uluslararası toplumun ortak menfaatlerinin korunmasını hedefleyen bir anlayışın benimsendiğini göstermektedir. Bu anlayış kültürel varlıkların tüm insanlığa ait değerler olduğu yönündeki evrensellik yaklaşımında vücut bulmaktadır. Bunun en belirgin örneği 1954 Lahey Sözleşmesi'nin başlangıç metninde kullanılan *“hangi halka ait olursa olsun kültürel varlıklara verilen zarar tüm insanlığın kültürel mirasına verilen zarar anlamına gelir...”*¹⁹⁰ ifadesidir. Bu ifade kültürel varlıkların yalnızca bulunduğu ülkenin halkına değil tüm insanlığa ait olması anlamına gelen *“kültürel uluslararasılık”*¹⁹¹ anlayışının izlerini taşımaktadır.¹⁹² Nitekim silahlı çatışmalarda kültürel varlıkları hedef alan saldırıların yalnızca düşmana karşı değil bir bütün halinde insanlığa karşı yapıldığı da artık geniş çapta kabul görmektedir.¹⁹³ Bu düşüncede haklılık payı vardır, zira tüm insanların kültürel birikimi ve bugün sahip olduğumuz bilgiler gelecek nesillere kültürel varlıklar sayesinde aktarıldığı için bunların korunmasında tüm uluslararası toplumun ortak menfaati vardır.

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatına ilişkin uluslararası ceza yargılamaları incelendiğinde uluslararası hukukta kültürel varlıkların tahribatı suçu şeklinde müstakil bir suç bulunmadığı görülmüştür. Buna kar-

¹⁸⁹ VRDOLJAK, 2007, s. 379.

¹⁹⁰ UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 UNTS 215, Başlangıç Metni.

¹⁹¹ Bu kavram 1986 yılında John Merryman tarafından literatüre kazandırılmıştır. Kavramın yazar tarafından yapılan tanımı için bkz. MERRYMAN John Henry, “Two Ways of Thinking about Cultural Property”, *The American Journal of International Law*, C. 80, S. 4, 1986, ss. 831-853, s. 831.

¹⁹² STAHN, s. 356.

¹⁹³ Örneğin Rusya'nın Ukrayna'da yaptığı saldırılar bağlamında etraflıca ortaya konan bu düşünce için bkz. KIRCHMAIR / SCHAFFER, s. 1.

şılık silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahribatının savaş suçu ve insanlığa karşı suç teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır. Söz konusu yargılamalarda kültürel varlıkların tahribatı fiilleri, yargılamayı yapan mahkemelerin statülerinde bulunan savaş suçu ve insanlığa karşı suç tanımları kapsamına sokulmuştur. Bununla birlikte, bu tanımlardan hiçbirinde açıkça kültürel varlık kavramından söz edilmemektedir. Bunun için uluslararası ceza yargılamaları ışığında neyin bir kültürel varlık olduğunu tespit etmek için ortak bir kriter koymak pek mümkün değildir.

1954 Lahey Sözleşmesi'nde yapılan kültürel varlık tanımı "*tüm insanların kültürel mirası için büyük önem arz etme*" kriteri getirmiştir. Buna karşılık, yukarıda incelenen kararları veren uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde bu konuya ilişkin düzenlemelerde böyle bir kriter olmadığı gibi kamu malları, şehirler, kasabalar, köyler, dini yapılar, eğitim kurumları, tarihi anıtlar, sanatsal ve bilimsel eserler gibi çok geniş bir yelpaze oluşturan birçok nesneye yapılan saldırılar belli koşullar sağlandığı takdirde savaş suçu kabul edilmiştir. Bu nesnelere her ne kadar 1954 Lahey Sözleşmesi'nde sayılan kültürel varlık örnekleriyle örtüşür görünse de herhangi bir nesnenin bir kültürel varlık olarak kabul edilmesi için gerekli kriterleri belirlemek güçtür. Bu bağlamda özellikle EYUCM ve UCM tarafından yapılan yargılamalarda tarihi yapıların aralarında UNESCO Dünya Mirası Listesi'nde bulunmasına önem atfedilmiştir. Bununla birlikte bu husus genel bir kriter olmaktan uzaktır, zira bu listede bulunmayan nesnelere de kültürel varlıkların tahribatı nedeniyle oluşan savaş suçlarının konusu olabileceği görülmüştür.

Söz konusu yargılamaları yapan mahkemelerin statülerindeki savaş suçu düzenlemeleri karşılaştırıldığında bunların uluslararası ceza hukukunun gelişimine paralel olarak zamanla daha açık, kapsamlı ve mantıklı hale geldiği gözlemlenmiştir. Zira Nürnberg Statüsü'nde bulunmayan kültürel varlıkların tahrip edilmesi nedeniyle oluşan savaş suçu EYUCM Statüsü'nde düzenlenmiş; EYUCM Statüsü'ndeki bu savaş suçunda öngörülmeleyen askeri gereklilik bulunma ihtimali ise Roma Statüsü'nde aynı sebeple oluşan savaş suçu düzenlemesine dahil edilmiştir. Bu da uluslararası ceza hukukunun zaman içinde eksiklikler tespit edilerek ve bu eksikliklere çözüm üretilerek geliştiğini gözler önüne sermektedir.

Bu çalışmada silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasının uluslararası ceza hukuku aracılığıyla eskiden olduğundan daha iyi bir seviyeye geldiği, buna karşılık tüm dünyada silahlı çatışmalarda kültürel varlık-

ların tahrip edilmesinin tamamen önüne geçilmesinin şu aşamada pek mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira her ne kadar uluslararası ceza hukuku aracılığıyla kültürel varlıkların tahrip edilmesi nedeniyle oluşan uluslararası suçlar yargılanabilmiş olsa da her olayda aynı koruma sağlanamamaktadır. Bunun nedeni klasik uluslararası hukuk mantığında saklıdır. Devlet egemenliği üzerine kurulu uluslararası hukuk, uluslararası ceza hukukunun tüm insanlığın ortak ve evrensel değerlerine yapılan saldırının cezalandırılması anlayışına yabancıdır. Dolayısıyla yalnızca bu konu özelinde değil uluslararası arenada büyük ölçekte suçlar işlendikten sonra adaletin sağlanması devletlerin bu yöndeki iradesine ve iş birliği arzusuna bağlıdır. Uluslararası ceza hukukunun politik bir yönü olmasıyla açıklanan bu durum büyük felaketlerin bireysel sorumlularının cezalandırılması arzusu ile bu yargılamaların göstermelik olması tehlikesi arasında bir yerde konumlandırılmaktadır.¹⁹⁴ Yine de silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların tahrip edilmesi fiillerinin uluslararası ceza hukuku sayesinde cezalandırılması, tüm insanlığın ortak değerlerine zarar veren böyle fiillerin cezasız kalmaması ve gelecekteki olaylarda bu fiillerin cezasız kalmadığı bilinciyle hareket edilmesini sağlayabilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasında uluslararası ceza hukuku önleyici ve caydırıcı işleve sahiptir.

¹⁹⁴ KOSKENNIEMI Martti, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2011, s. 171.

KAYNAKÇA

Doktrin

- AMINEDDOLEH, Leila A., “The Legal Tools Used before and during Conflict to Avoid Destruction of Cultural Heritage”, **Future Anterior: Journal of Historic Preservation, History, Theory and Criticism**, C. 14, S. 1, 2017, ss. 37-48.
- BOKOVA, Irina, “Cultural Cleansing Harnessing the Law to Preserve Cultural Heritage”, **Harvard International Review**, C. 36, S. 4, 2015, ss. 40-45.
- BUGNION, François, “La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé”, **Revue Internationale de la Croix-Rouge**, C. 86, S. 854, 2004, ss. 313-324.
- CHARLIER, Benjamin / MUSTAFAYEV, Tural, “International Humanitarian Law and the Protection of Cultural Property”, **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 381-395.
- CHECHI, Alessandro / ROMANI, Francesco, “International Law: Guardian Against, or Complicit in, the Damage and Destruction of Cultural Heritage in the Event of Armed Conflict?”, **Monuments and Identities in the Caucasus. Karabagh, Nakhichevan and Azerbaijan in Contemporary Geopolitical Conflict**, Brill, Leiden, 2023, ss. 461-504.
- CHECHI, Alessandro, **The Settlement of International Cultural Heritage Disputes**, Oxford University Press, New York, 2014.
- CLEMENT, Etienne “Le concept de responsabilité collective de la communauté internationale pour la protection des biens culturels dans les conventions et recommandations de l’UNESCO”, **Revue Belge de Droit International**, C. 26, S. 2, 1993, ss. 534-551.
- CRYER, Robert, “International Criminal Law”, **International Law**, Malcolm D. Evans (Editör), 5. Basım, Oxford University Press, New York, 2018, ss. 743-773.
- ÇAKIRCA, Düzgün, “Savaşın Savunmasız Düşmanı: Kültürel Miras”, **Munzur Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 4, S. 6, 2015, ss. 16-35.
- ÇOKIŞLER, Elvan, “Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi”, **Uluslararası İlişkiler**, C. 16, S. 61, 2019, ss. 55-74.
- ELOUNDOU ASSOMO, Lazare “Cultural Heritage at Risk in Mali: The Destruction of Timbuktu’s Mausoleums of Saints”, **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 253-263.
- ERÇAKICA, Mustafa, “Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları, Ermenistan ve Azerbaycan Çatışmaları ve Bu Çatışmalardan Zarar Gören Kültürel Varlıklar”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2021, ss. 66-84.
- ERDEM, Merve, “Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2018, ss. 185-216.
- FERNANDEZ, Julian, **Droit International Pénal**, 2. Basım, LGDJ, Paris, 2022.

- FUHRMANN, Rémi, La protection des biens culturels en cas de conflit armé et la bipolarité du droit international, Yüksek Lisans Tezi, Montréal, Université du Québec A Montréal, 2020.
- GERSTENBLITH, Patty, “Protecting Cultural Heritage: The Ties Between People and Places”, **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 363-380.
- GRAHAM, Gael “Protection and Reversion of Cultural Property: Issues of Definition and Justification”, **The International Lawyer**, C. 21, S. 3, 1987, ss. 755-793.
- GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)**, (çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967.
- HUSSEIN MOUSTAFA, Laila, “Cultural Heritage and Preservation: Lessons from World War II and the Contemporary Conflict in the Middle East”, **The American Archivist**, C. 79, S. 2, 2016, ss. 320-338.
- HLADIK, Jan, “Different Legal Issues Related to the Protection of Cultural Property in Peacetime and Wartime”, **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, C. 106, Özel Sayı: Confronting Complexity, 2012, ss. 453-462.
- KAHRAMAN, Firdes Şeyda, “A Case Study on the Protection of Cultural Property Under the Law of Armed Conflict: Russia-Ukraine War”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 44, S. 1, 2024, ss. 121-147, s. 127.
- KARAKAŞ, Işıl, “Uluslararası Hukukta Yeni Eğilimler: “Soft Law” ve İnsan Hakları”, **Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar**, Faruk Sönmezoglu (Editör), Der Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 95-128.
- KOLB, Robert, / HYDE, Richard, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2008.
- KOSKENNIEMI, Martti, **The Politics of International Law**, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2011.
- KURAN, Selami / TÜRKAY KAHRAMAN, F. Şeyda “Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak “Askeri Gereklilik”: Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, 2017, ss. 89-158.
- LEMKIN, Raphael, **Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation- Analysis of Government- Proposals for Redress**, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, ss. 79-95.
- LEMKIN, Raphael, “Genocide as a Crime under International Law”, **American Journal of International Law**, C. 41, S. 1, 1947, ss. 145-151.
- MACHIAVELLI, Niccolo, **Prens**, (çev. Nazım Güvenç), 2. Basım, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1994.
- MAINETTI, Vittorio, “De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: l’entrée en vigueur de Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954”, **Revue Internationale de la Croix-Rouge**, C. 86, S. 854, 2004, ss. 337-366.

- MERRYMAN, John Henry, "Cultural Property Internationalism", **International Journal of Cultural Property**, C. 12, 2005, ss. 11-39.
- MERRYMAN, John Henry, "Two Ways of Thinking about Cultural Property", **The American Journal of International Law**, C. 80, S. 4, 1986, ss. 831-853.
- NAFZIGER, James A. R., **Frontiers of Cultural Heritage Law**, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2021.
- O'KEEFE, Roger, **The Protection of Cultural Property in Armed Conflict**, Cambridge University Press, New York, 2006.
- O'KEEFE, Roger, "Protection of Cultural Property Under International Criminal Law", **Melbourne Journal of International Law**, C. 11, 2010, ss. 339-392.
- ÖKTEM, Emre, "Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna-Hersek Örneği", **Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar**, Faruk Sönmezoğlu (Editör), Der Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 129-165.
- ÖZKERİM GÜNER, Neslihan, "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, 2022, ss. 255-282.
- PARZINGER, Hermann, "Cultural Heritage Under Attack: Learning from History", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 59-77.
- PETERS, Robert, "Remedying Historical Injustice: Ethical and Historical Considerations in Returning Cultural Materials" **Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law**, Silvia Borelli / Federico Lenzerini (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, ss. 141-156.
- PİRİM, Ceren Zeynep, "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 32, S. 2, 2012, ss. 147-182.
- SANDS, Philippe / RAI, Ashrutha, "After the Dust Settles: Transitional Justice and Identity in the Aftermath of Cultural Destruction", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 343-356.
- SAX, Joseph L., "Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbé Grégoire and The Origins of an Idea", **Michigan Law Review**, C. 88, S. 5, 1990, ss. 1142-1169.
- STAHN, Carsten, **Confronting Colonial Objects: Histories, Legalities, and Access to Culture**, Oxford University Press, New York, 2023.
- STEIN, Gil J., "Performative Destruction: Da'esh (ISIS) Ideology and the War on Heritage in Iraq", **Cultural Heritage and Mass Atrocities**, James Cuno / Thomas G. Weiss (Editör), Getty Publications, Los Angeles, 2022, ss. 168-185.
- STRECKER, Amy / POWDERLY, Joseph (Editör), **Heritage Destruction, Human Rights, and International Law**, Brill-Nijhoff, 2023.
- TITI, Catharine, **The Parthenon Marbles and International Law**, Springer, 2023.
- TOMAN, Jiri, **La protection des biens culturels en cas de conflit armé: Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954**, Éditions UNESCO, Paris, 1994.

- VAN DER AUWERA, Sigrid, “Contemporary Conflict, Nationalism and the Destruction of Cultural Property During Armed Conflict”, **Journal of Conflict Archaeology**, C. 7, S. 1, 2012, ss. 49-65.
- VERRI, Pietro, **Dictionary of the International Law of Armed Conflict**, ICRC, Cenevre, 1992.
- VRDOLJAK, Ana Filipa, “Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects”, **Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law**, Silvia Borelli / Federico Lenzerini (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, ss. 107-140.
- VRDOLJAK, Ana Filipa, “Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law”, **Multiculturalism and International Law**, Kalliopi Koufa (Editör), Sakoulas Publications, Atina-Selanik, 2007, ss. 377-396.
- VRDOLJAK, Ana Filipa, “The Criminalisation of Intentional Destruction of Cultural Heritage”, **Forging a Socio-Legal Approach to Environmental Harm: Global Perspectives**, Tiffany Bergin / Emanuela Orlando (Editör), Routledge, Londra, 2016, ss. 237-266.

İçtihat

- International Court of Justice, *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 6.
- International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.
- International Criminal Court, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016.
- International Criminal Court, *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, ICC-01/12-01/18, 26.06.2024.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Trial Judgement, IT-95-14/2-T, 26.02.2001.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 02.10.1995.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Appeal Judgement, Vol I, IT-04-74-A, 29.11.2017.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic et al.*, Trial Judgement Vol. 3, IT-04-74-T, 29.05.2013.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Trial Judgement, Vol. 1, IT-05-87-T, 26.02.2009.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Miodrag Jokic*, Trial Judgement, IT-01-42/1-S, 18.03.2004.
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement, IT-01-42-T, 31.01.2005.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Radislav Krstic.*, Trial Judgement, IT-98-33-T, 02.08.2001.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic.*, Trial Judgement, IT-95-14-T, 03.03.2000.

International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22.08.1946-01.10.1946).

Belgeler

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, Londra, 08.08.1945, 82 United Nations Treaty Series 279.

Annuaire de la Commission de Droit International, Rapport de la Commission a l'Assemblée générale sur les travaux de sa vingt-huitième session, 1976, Volume II, Deuxième Partie, A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2).

Bakanlar Kurulu Kararnamesi, Karar Sayısı: 6/5041, Karar Tarihi: 24.07.1965, R.G. t. 08.11.1965, s. 12145.

Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12.08.1949, 75 United Nations Treaty Series 31.

Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12.08.1949, 75 United Nations Treaty Series 85.

Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 12.08.1949, 75 United Nations Treaty Series 135.

Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12.08.1949, 75 United Nations Treaty Series 287.

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Lahey, 18.10.1907, 205 Consolidated Treaty Series 277.

Draft Convention on the Crime of Genocide, United Nations Economic and Social Council, UN Doc. E/447, 26.06.1947.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24.04.1863, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863> (Erişim Tarihi: 02.05.2024).

La Haye'de 14 Mayıs 1954 tarihinde imzalanan "Silahlı bir çatışma halinde kültür mallarının korunmasına dair Sözleşme" ile bu Sözleşmenin tatbikatına ait Tüzük, Protokol ve kararlara katılmamızın uygun bulunduğu hakkında Kanun, Kanun No: 563, Kabul Tarihi: 2/4/1965, R.G. t. 11.04.1965, s.11976.

Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brüksel, 27.08.1874, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/brussels-decl-1874> (Erişim Tarihi: 02.05.2024).

- Protocol (I) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 United Nations Treaty Series 3.
- Protocol (II) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 08.06.1977, 1125 United Nations Treaty Series 609.
- Rome Statute of the International Criminal Court, 17.07.1998, 2187 United Nations Treaty Series 3.
- Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 26.03.1999, 2253 United Nations Treaty Series 172.
- Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi, 22.08.2016, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opening-trial-case-against-mr> (Erişim Tarihi: 20.04.24).
- The Laws of War on Land, Oxford, 09.09.1880, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/oxford-manual-1880> (Erişim Tarihi: 02.05.2024).
- Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact), Washington, 15.04.1935, 167 League of Nations Treaty Series 289.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16.11.1972, 1037 United Nations Treaty Series 151.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14.05.1954, 249 United Nations Treaty Series 215.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954 (First) Protocol, 14.05.1954, 249 United Nations Treaty Series 358.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage, Paris, 17.10.2003.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, La Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14.05.1954, 249 United Nations Treaty Series 215.
- United Nations, Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25.05.1993.

İnternet Kaynakları

- ERTUĞRUL, Erman, “İŞİD Ninova’da 2000 yıllık Maşki Kapısını Yok Etti”, **Arkeofili**, 13.04.2016, <https://arkeofili.com/isid-2-000-yillik-maski-kapisini-yok-etti/>, (Erişim Tarihi: 05.05.2024).
- Harvard University, Department of History of Art and Architecture, “Bamiyan Buddhas”, **Whose Culture? The Curation and Management of World Heritage**,

<https://projects.iq.harvard.edu/whoseculture/bamiyan-buddhas#:~:text=In%202001%2C%20the%20statues%20were,loss%20to%20many%20Afghan%20people> (Erişim Tarihi: 04.05.2024).

HAWARI, Mahmoud, “Israel Destroys Palestinian Cultural Heritage Sites in Gaza”, **Institute for Palestine Studies**, 28.02.2024, <https://www.palestine-studies.org/en/node/1655264> (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

International Criminal Court, “Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants Against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova”, 17.03.2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

“Israeli Strike Destroys Ottoman-era Building Near Baalbek Ruins”, **Reuters**, 07.11.2024, <https://www.reuters.com/world/middle-east/israeli-strike-destroys-ottoman-era-building-near-baalbek-ruins-2024-11-07/> (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

KIRCHMAIR, Lando / SCHAFFER, Cornelia, “The War of Aggression Against Ukraine, Cultural Property and Genocide: Why It is Imperative to Take a Close Look at Cultural Property”, **EJIL:Talk!**, 21.03.2022, <https://www.ejiltalk.org/the-war-of-aggression-against-ukraine-cultural-property-and-genocide-why-it-is-imperative-to-take-a-close-look-at-cultural-property/> (Erişim Tarihi: 18.04.2024).

MAO, Frances, “Israeli Bombing Puts Ancient Ruins at Risk, Archaeologists Warn”, **BBC News**, 08.11.2024, <https://www.bbc.com/news/articles/c86qp55q3vvo> (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

MILLENDER, Michaela / LYUBARSKY, Nicolette “When Protectors Become Perpetrators: The Complexity of State Destruction of Cultural Heritage”, **IPI Global Observatory**, 24.04.2024, <https://theglobalobservatory.org/2024/04/when-protectors-become-perpetrators-the-complexity-of-state-destruction-of-cultural-heritage/> (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights, “Targeted Destruction of Ukraine’s Culture Must Stop: UN Experts”, 22.02.2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/targeted-destruction-ukraines-culture-must-stop-un-experts>, (Erişim Tarihi: 14.11.2024).

CEZASIZLIK: 1982 ANAYASASI'NIN MÜLGA GEÇİCİ 15. MADDESİ İLE 6755 SAYILI KANUN'UN 37. MADDESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI^(*)

Av. **Buğra FINDIKLI**^(**)

Öz: Şüphesiz ki tarih boyunca meydana gelen dahili ve harici olağanüstü haller, dönemin müktedirlerini kamu düzeninin sağlanması amacıyla olağanüstü kararlar almaya ve olağanüstü düzenlemeler ihdas etmeye sevk etmiştir. Bu olağanüstü düzenlemeler, düzenlemeleri getirenlerin ve yetkilendirdiklerinin bu karar ve tasarruflar nedeniyle sorumluluklarının ortadan kaldırılması amacını da gütmektedir. Hukukumuzda ise bu durumun en tartışmalı örnekleri 1982 Anayasası'nın mülga Geçici 15. maddesi ve 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesidir. En basit tanımlamasıyla, Geçici 15. madde, 80 darbesini müteakip kurulan kurulların ve hükümetlerin karar ve tasarruflarına; 37. madde ise 15/07/2016 tarihinde meydana gelen darbe girişimi çerçevesinde karar alanların ve uygulayanların karar ve tasarruflarına geniş bir sorumsuzluk zırhı bahsetmektedir. Anayasa koyucu veya kanun koyucular tarafından bahsedilen bu sorumsuzluk zırhının tanımının yapılarak çerçevesinin belirlenmesi, bu düzenlemeler dahilinde meydana gelmesi muhtemel ağır ve ciddi insan hakları ihlallerinin önlenmesi için zaruridir. Ağır ve ciddi insan hakları ihlallerinin gerek irade yoksunluğu gerek mer'i mevzuat nedeniyle devlet aygıtları tarafından aydınlatılmamasını ifade eden cezasızlık kavramı ise bahsedilen bu sorumsuzluk zırhını incelemek adına en uygun araçtır. Çalışmamızda en kısa ifadeyle sorumsuzluk zırhının cezasızlık zırhına dönüşüp dönüşmediğine ışık tutulacak olup incelemede, öncelikle cezasızlık müessesesine yer verilecek ve anılan düzenlemeler birçok yönden ayrıntılı olarak karşılaştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cezasızlık, 1982 Anayasası. Mülga Geçici 15. Madde, 6755 sayılı Kanun'un 37 Maddesi, 15 Temmuz Darbe Girişimi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 30.11.2024.

^(**) İstanbul Barosu, İstanbul - Türkiye,

E-posta: findikli@findiklihukuk.net,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2454-7321>.

IMPUNITY: COMPARISON OF ABROGATED PROVISIONAL ARTICLE 15 OF THE 1982 CONSTITUTION AND ARTICLE 37 OF LAW NO. 6755.

Abstract: Undoubtedly, the inside and outside extraordinary circumstances that have occurred throughout history prompted the rulers of the period to take extraordinary decisions and to create extraordinary regulations in order to maintain public order. These extraordinary regulations also aim to eliminate the irresponsibility of those who bring the regulations and those they authorize, due to these decisions and savings. In our law, the most controversial examples of this situation are the Abrogated Provisional Article 15 of the 1982 Constitution and Article 37 of Law No. 6755. As a matter of fact, in its simplest definition, Provisional Article 15 refers to the decisions and dispositions and governments established following the 80 Coup; on the other hand, Article 37 grants a broad shield of irresponsibility to the decisions and dispositions of those who take decisions and implement them within the framework of the coup attempt that took place on 15/07/2016. It is essential to define and determine the framework of this shield of irresponsibility, which is granted by the constitution maker or legislators, in order to prevent grave and serious human rights violations that may occur within these regulations. The concept of impunity, which deals with the fact that grave and serious human rights violations are not disclosed by the state apparatus due to both lack of willpower and legislation in force, is the most appropriate tool for examining this armor of irresponsibility. In short, our study will shed light on whether the armor of irresponsibility has turned into an armor of impunity, and in the examination, primarily, the establishment of impunity will be included and the aforementioned regulations will be compared in detail in many ways.

Keywords: Impunity, Constitution of 1982, Abrogated Provisional Article 15, Article 37 of Law No. 6755, 15 July the Coup Attempt, Constitution of 1982.

I. GİRİŞ

Çalışmamız kapsamında, 1982 Anayasası'nın mülga geçici 15. maddesi ile 6755 Sayılı Kanun'un 37. maddesinin getirdiği düzenlemeleri karşılaştırıp cezasızlığına neden olup olmadığını irdelemeden önce, şüphesiz ilk olarak cezasızlığın tanımına, nedenlerine, türlerine ve çözümlerine yer verilmesi, ulusal ve uluslararası mevzuattaki düzenlemelere ve bu yönde devletlerin sorumluluğuna dikkat çekilmelidir.

Zira her iki mezkûr düzenleme, demokrasinin, silah zoruyla bir askeri cunta/askeri azınlık tarafından ilgâ edilmesinden/edilmeye teşebbüs edilmesinden doğan, bir olağanüstü hal esnasında ihdas edilen ve lafzında belirtilen kurul (Milli Güvenlik Kurulu) ve kişilerin (kamu görevlileri, siviller gibi) mali, cezai, hukuki ve idari sorumluluklarının doğmasını engelleyen düzenlemeler bütünüdür. Kanunlarda suç olarak tanımlanan ve sübut bulan fiillerin faillerinin, soruşturulmasının veya kovuşturulmasının yahut cezalarının infaz edilmesinin gerek anayasa metniyle gerek kanunlarla bu suretle engellenmesi, hiç kuşkusuz cezasızlık kavramıyla doğrudan ilintilidir.

II. CEZASIZLIK KAVRAMI

A. Cezasızlığın Tanımı

Cezasızlık kavramının halen bir gelişim süreci içerisinde bulunmasından mütevellit, hukuksal olarak net ve tüketici bir tanımının bulunmadığını ifade etmek gerekir.¹ Zira cezasızlık, uluslararası hukukta açıkça tanımlanmamış, Türkiye'de yeni tanınan ve salt olarak insan hakları ihlallerinin yaptırımsız kalması olarak açıklanamayacak bir olgudur.² Kavram, Bağımsız uzman Diane Orentlicher'e göre, "*suçlanma, tutuklanma, kovuşturulma ve uygun bir cezaya çarptırılma ve mağdurlarının kayıplarını tazmin etme zorunda kalmayan insan hakları ihlallerinden sorumlu faillerin, hesap veremelerinin -cezai, idari, medeni ya da inzibati yargı süreçlerinin herhangi birinde- de facto veya de jure imkânsız olması durumu*" ifade etmektedir.³

¹ ŞİRİN Tolga, "Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, ss. 1577 - 1607. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/TOLGA-SIRIN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

² ALTIPARMAK Kerem, **Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı**, İnsan Hakları Ortak Platformu-İHAP, Ankara, 2016, s. 5.

³ ORENTLICHER Diane, İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunması, Cezasızlık: Bağımsız Uzman Cezasızlık ile Mücadeleyle İlgili Prensipler Hakkındaki Güncel Raporu, Bağımsız

Uluslararası metinlerde her ne kadar cezasızlık kavramına net bir tanım getirilmese de cezasızlığın nasıl önleneceğine yönelik önerilere yer verilerek birtakım ilkeler belirlenmiştir.

Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması başlıklı 30 Mart 2011 tarihli 1110. Bakan Yardımcıları toplantısında kabul edilen kılavuz ilkelerde, ağır insan hakları ihlallerine yol açan eylemlerden sorumlu faillerin bu eylemlerinden dolayı hesap vermek zorunda bırakılması gerektiği ifade edilerek etkili soruşturma kriterleri ve cezasızlığın önlenmesi ile ilgili genel tedbirler belirlemiş, Cezasızlığın ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu faillerin eylemleri için hesap vermemesi sonucunda ortaya çıktığı vurgulanmıştır.⁴

Bir diğer metin, 16 Aralık 2005 tarih ve 60/147 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul ve ilan edilen “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ciddi İhlalleri ile Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Mağdurlarının Başvuru ve Onarım Hakkına Dair Temel İlke ve Esaslar” ise, devletlerin ihlalleri etkili, hızlı, etraflı ve tarafsız biçimde soruşturmak ve uygun olduğu hallerde, iç ve uluslararası hukuka uygun olarak sorumlu olduğu iddia edilenler hakkında işlem başlatma sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmiştir.⁵

Yine, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonun Bağımsız uzman Diane Orentlicher’in cezasızlık ile mücadeleyle ilgili prensipler hakkındaki güncel raporuna ve uzmanın cezasızlık tanımına yer veren “Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Güncellenmiş Prensipler” adlı metinde bilme hakkı, adalet hakkı ve tazminat hakkına yer verilmiş, cezasızlıkla mücadelede etkili tedbirler almak konusunda ülkelerin üzerine düşen genel yükümlülükler belirlenmiştir.⁶

Uzman, Nihai Gözlem Raporu, Birleşmiş Milletler, 2005, s. 5. https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=562 (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁴ Avrupa Konseyi, Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, (çev. Zeynep Güllü) Strazburg, 2013 <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Avrupa-Konseyi-İnsan-Hakları-El-Kitapları-Ağır-İnsan-Hakları-İhlallerinde-Cezasızlığın-Ortadan-Kaldırılması-2013.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁵ Birleşmiş Milletler, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ciddi İhlalleri ile Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Mağdurlarının Başvuru ve Onarım Hakkına Dair Temel İlke ve Esaslar, (ç. G. Bor) 64’üncü Genel Toplantı, 2005 <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2020/07/Uluslararası-İnsan-Hakları-Hukukunun-Ciddi-İhlalleri-ile-Uluslararası-İnsancıl-Hukukun-1.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁶ ORENTLICHER, s. 6.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, ilk kez cezasızlık (*impunity*) kavramına yer verdiği *Yaşa/Türkiye*⁷ kararında AİHS'in 2. maddesinin etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal edildiğine karar vermiştir. Belirtmemiz gerekir ki cezasızlık, ancak ceza hukuku anlamında yaptırım gerektiren ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olması ve hukuki (*de jure*) veya fiili (*de facto*) nedenlerle sorumluların ceza çekmemesi halinde meydana gelebilir.⁸ Bu yönde cezasızlık soruşturma, kovuşturma, cezalandırma ve infaz aşamalarında gündeme gelen süreçle ilgili bir terimdir.⁹

Sonuç olarak, cezasızlık kavramı süreç ile ilgili olan, ceza hukuku bakımından yaptırım gerektiren ağır insan hakları ihlallerinin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkan ve yaptırım gerektiren fiilin devlet aygıtları tarafından soruşturulmaması, kovuşturulmaması ve infaz edilmemesi halini konu alan, bir insan hakları hukuku kavramıdır.

B. Cezasızlığın Nedenleri

Cezasızlık kavramı, aile içi şiddet ve kadınlara dönük öldürme ve cinsel saldırı fiillerinden iş kazalarına, nefret suçlarından, yasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenen öldürme, işkence, yaralama gibi insanlığa karşı suçlarına kadar bir hayli geniş bir yelpazede, mevzuat ve/veya uygulama nedeniyle soruşturma veya kovuşturmanın açılmaması veya açılan soruşturma ve kovuşturmaların gerektiği gibi yürütülmemesi ya da ortaya çıkan hükmün adalet ile bağdaşmaması veya verilmiş olan hükmün muhtelif nedenlerle infaz edilmemesi durumlarında ortaya çıkar.¹⁰ Fakat bir insan hakları hukuku kavramı olan cezasızlığın temas ettiği problematiğin, daha çok, uluslararası hukuk aleyhine işlenen suçlar ağır veya ciddi insan hakları ihlalleri bakımından ortaya koyulduğunu söylemek gerekir.¹¹

⁷ AİHM, *Yaşa v. Türkiye*, B. No: 22495/93, T. 2/9/1998, § 104. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58238> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁸ ALTIPARMAK, 2016a, s. 11.

⁹ ALTIPARMAK, 2016a, s. 11.

¹⁰ Herta Däubler-Gmelin, "The State of Human Rights in Europe: the Need to Eradicate Impunity". (Report submitted to Committee on Legal Affairs and Human Rights), Doc. 11934, 2009, bkz. 'Summary', 5.4.6; LESSA, Francesca, 'Beyond Transitional Justice: Exploring Continuities in Human Rights Abuses in Argentina between 1976 and 2010', *Journal of Human Rights Practice*, C. 3, S. 30, 2011. Aktaran: SEVDİREN Öznür, **Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2014, s. 19.

¹¹ SEVDİREN, s. 19.

Ağır/ciddi insan hakları ihlalleri, Avrupa Konseyi'nin kılavuz ilkelerinde¹² sayma yöntemiyle sayılmıştır. Buna göre: ağır insan hakları ihlalleri devletlerin yaşam hakkı (m.2), işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı (m.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4), özgürlük ve güvenlik hakkının belirli yönleri (m.5/1) ve özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında (m.8) ortaya çıkan yükümlülüklerdir.¹³ Bu ihlallerin, devletlerin iç hukukuna dahil ettikleri insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan negatif/pozitif yükümlülükleri ihlal etmesinden kaynaklandığını ifade etmek gerekir.

Devletin negatif yükümlülüğüne, AİHS'in 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı bağlamında bir örnek verirsek eğer prensip olarak devlet, organları aracılığıyla, hukuken izin verilen istisnai durumlar dışında, bireyin yaşamını ortadan kaldırmamakla, bir başka deyişle genel olarak yapmamakla yükümlüdür.¹⁴ Pozitif yükümlülükleri negatif yükümlülüklerden ayıran şey ise, pozitif yükümlülükler, devletlerin pozitif müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler müdahaleden imtina etmeyi gerektirmektedir.¹⁵

Cezasızlık kurumunu daha çok ilgilendiren yükümlülük ise devletin pozitif yükümlülükleridir. Pozitif yükümlülükler, esasa ilişkin pozitif yükümlülükler ve usule ilişkin (etkili soruşturma) yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerini bireyleri hak ihlallerine karşı korumak ve bu yönde mevzuat oluşturmak yükümlülükleri oluştururken; usule ilişkin yükümlülüklerini etkili soruşturma yapma ve etkili giderim sağlama yükümlülüğü oluşturmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, cezasızlık kavramının süreçle ilgili bir kavram olmasından ötürü, cezasızlık devletin etkili soruşturma yükümlülüğünü tam anlamıyla yerine getiremediği durumlarda ortaya çıkar.

Gerçekten de cezasızlık sorununun ortak keseni, taraf devletlerin etkili soruşturma konusundaki usul yükümlülükleri/etkili soruşturma yükümlülük-

¹² Avrupa Konseyi, 2013, s. 6-7.

¹³ Bu yönde ilgili kılavuz ilkeler bu suçlar bakımından cezasızlığı AİHS bağlamında ele almaktadır.

¹⁴ DUVAN ÖZKAN Ayşe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, ss. 660-681.

¹⁵ Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, (çev. Ö. Çınar ve A. Kaya) İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2008, s. 11. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811pozitif_yukumluluk.pdf (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

lerini ihlal etmiş olmasıdır.¹⁶ Belirtmek gerekir ki, etkili soruşturma yükümlülüğü, kolluk araştırması, hazırlık soruşturması, kovuşturma süreci, kanun yolları incelemesi ve infaz aşamalarının tamamının kapsayan bir süreci ifade etmekte olup Ceza Muhakemesi Kanunu anlamındaki itibariyle soruşturma evresi anlamına gelmez.¹⁷ Etkili soruşturma yükümlülüğü, bir sonuç değil araç yükümlülüğü olup bu kapsamda devletlere bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda elindeki tüm imkanlarla olayın hangi koşullar altında meydana geldiğini ve muhtemel failleri tespit etmeye yönelik her türlü tedbiri alma yükümlülüğü yükler.¹⁸

Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararına göre, yaşam hakkının ihlali iddiasını incelediği bir kararında, Anayasa'nın 17. maddesi muvacehesinde devletin doğal olmayan her ölüm olayında, öldürmeme ya da yaşamı korumama yükümlülüklerini ihlal etmemiş olsa da gerçekleşen ölümün sebebini ve varsa sorumlularını ortaya çıkarmaya yönelik etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir.¹⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yaşam hakkı kapsamında incelediği *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık* başvurusunda tesis ettiği kararla, taraf devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğünün bulunduğunu ilk kez etraflıca incelenmiştir.²⁰ Mahkemeye göre, yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, AİHS'in 1. maddesi gereğince "*kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu sözleşme'de (...) açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamak*" olan genel yükümlülüğü ile birleştirildiğinde, özellikle Devlet memurları tarafından kuvvet kullanımının bu kişinin ölümü ile sonuçlanması halinde etkili bir soruşturma yürütülmesi gerekliliğini içermektedir.²¹

¹⁶ ŞİRİN, s. 1580.

¹⁷ DEMİR KOŞAR Gizem Ceren, Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Cezasızlık Sorunu, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı, 2021, s. 20, dipnot 56.

¹⁸ GÜLTEKİN YILMAZ Gökçe, **İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Devletin Yükümlülükleri**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, Eylül, 2009, s. 77.

¹⁹ AYM, *Necla Kara ve Diğerleri*, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, § 59. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5075> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

²⁰ AİHM, *McCann And Others v. The United Kingdom*, B.No: 18984/91, 27/09/1995. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57943> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

²¹ Etkin resmî bir soruşturma yürütme yükümlülüğü, kişinin hayatına yapılan ihlalin sorumlusunun devlet memuru niteliğini haiz olmamasına rağmen, bu kişinin şüpheli durumlarda ölümcül olabilecek yaralanmaya maruz kalması halinde etkin resmî bir soruşturma yürütülmesini

Anayasa Mahkemesinin, yaşam hakkının usulü boyutu konusunda, şüpheli bir ölüm olayı hakkında yürütülen ceza soruşturmasının etkililiği için benimsediği genel ilkelere göre:

“1) Soruşturma makamlarının olaydan haberdar olur olmaz, resen harekete geçerek ölüm olayını aydınlayabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri, 2) Soruşturma sürecinin kamu denetimine açık olması ve meşru menfaatlerini korumak için ölen kişinin yakınlarının soruşturma sürecine gerekli olduğu ölçüde katılabilmeleri, 3) Soruşturmanın makul bir özen ve süratle yürütülmesi, 4) Soruşturma makamlarınca olayın sebebinin objektif analizinin yapılması ve soruşturma sonucunda alınan kararın elde edilen tüm bulguların kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir analizine dayalı olması” zaruridir.²²

C. Türleri

Cezasızlık, fiili cezasızlık (*de facto impunity*) nedenleri olan kayıtsızlık, zafiyet, ihmal ya da hesap sormaya yönelik siyasi iradenin yokluğu yoluyla veya hukuki cezasızlık (*de jure impunity*) nedenleri olan genel veya özel af, geriye dönük yargı muafiyeti, zamanaşımı yoluyla meydana gelebilir.²³ Hukuki cezasızlığa neden olan türler 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda düzenlenen soruşturma ve kovuşturma için izin koşulu, özel adli kolluk sisteminin yokluğu, soruşturma sürecinde müdafinin inceleme yetkisinin kısıtlanması, etkin pişmanlık (cezayı kaldıran ve cezada indirim neden olan şahsi sebepler), seçenek yaptırımlara çevirme, adli para cezası, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesiyle düzenlenen ceza indirimi, cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, af ve zamanaşımı gibi düzenlemelerdir.²⁴ Bu türlere şahsi cezasızlık sebepleri de örnek verilmelidir.

gerektirir. (AİHM. *Mustafa Tunç v. Fecire Tunç/Türkiye*, B. No: 24014/05, 14/04/2015) Yaşam hakkı bakımından daha fazla karar için: Bkz. Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, Yaşam Hakkı, Adalet Bakanlığı Çevirisi, 2018.

²² AYM, *Mehmet Ali Bayat*, B. No: 2019/31888, 31/3/2022, § 42. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/31888> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

²³ Stanley Cohen, *State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability and the Policing of the Past*, *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, No. 1, s. 28. Aktaran: Hülya Dinçer, *Kalıcı Olağanüstü Halin Yeni Cezasızlık Rejimi: Adaletin Yasa Eliyle İlgası*, 2020, para. 1. <https://ayrintidergi.com.tr/kalici-olaganustu-halin-yeni-cezasizlik-rejimi-adaletin-yasa-eliyle-ilgasi/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

²⁴ ŞİRİN, 2019, s.1582-1601. DEMİR KOŞAR, s. 138-195.

82 Anayasası'nın Geçici 15. maddesinin ve 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesinin hukuki niteliklerinin tartışmalı olması ve her iki madde bağlamında cezasızlığın ortaya çıkışı maddelerin hukuki niteliğiyle doğrudan bağlantılı olması nedeniyle, çalışmanın bu bölümüne yalnızca cezasızlığın görünümleri/türleri olarak kısaca af, zamanaşımı ve şahsi cezasızlık sebebi müesseseleri dahil edilmiştir.

1. Af

Hukuki olarak af; suçun bağışlanması ve suç işleyen kişinin adalet ve genel yarar düşüncesiyle cezalandırılmasından tamamen veya kısmen vazgeçilmesidir.²⁵ Af, failin bağışlanmasını, devletin bu yönde cezalandırma hakkından vazgeçmesini ifade etmektedir.²⁶ Af, önceden ve belirli bir zamana kadar işlenmiş olan, suç teşkil eden fiiller için yetkili merciler tarafından yapılmış, geçmişe etkili bir hukuki tasarruftur.²⁷ Af ile yalnızca işlenmiş olan suçtan sonra ortaya çıkan ceza veya infaz ilişkisi ortadan kaldırılır.²⁸ Bu yönde suç ortadan kalkmadığından, af suçtan zarar görenlerin özel hukuka ilişkin taleplerini engellemez.²⁹

Türk hukukunda af, genel ve özel af olarak ikiye ayrılır. Genel af suçlara yönelikken, özel af suçlara yöneliktir.³⁰ Genel af kanunlarında işlenen suç belirtilerek af kanununun kapsamı belirlenir, bu belirleme isim olarak, madde numaraları gösterilerek veya TCK'nın belirli bir kısmına yollamada bulunularak yapılabilir; fakat özel af kanunlarında ceza esas alınarak düzenleme yapılır.³¹ Genel af mahkumiyet bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkarken, özel af mahkumiyetin neticeleri devam eder.³²

²⁵ YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 10. bs., Ankara, 2011, s. 44. Aktaran: KAYAOĞLU Demet, *Türk Hukuku'nda Devlet Başkanının Af Yetkisi*, Erzincan, Yüksek Lisans Tezi, Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s. 11.

²⁶ ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m1-75)*, 6. Bası, Beta, 2016, İstanbul, s. 597.

²⁷ HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara 2016, s. 724-725. Aktaran: KAYAOĞLU, s. 12.

²⁸ SÖZÜER Adem, "Türk Hukukunda Af, 4453 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C.17, S.1, ss. 219-253.

²⁹ SÖZÜER, s. 224.

³⁰ ARTUK Mehmet Emin / GÖKÖEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Adalet, 2017, s. 943.

³¹ TCK'nın 65/3. maddesine göre de cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel afra rağmen etkisini devam ettirebilecektir. ZAFER, s. 599.

³² ARTUK ve diğ. s. 941.

Genel af ve özel af ayırımına tekrar dönersek, Geçici 15. madde ve 6755 sayılı 37. maddesi madde lafzında belirtilen hallerde mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla beraber kaldıran, suçlulara ilişkin olan, dolayısıyla genel af niteliğini haiz bir düzenleme olarak yorumlanabileceği için, çalışmanın kapsamını genişletmemek adına yalnızca genel affa ilişkin açıklama yapmak yerinde olacaktır. Bir affin genel af niteliğinde olup olmadığını belirlerken affin birçok kişi için çıkarılmasına değil, affin doğurduğu sonuçlara bakılır.³³ Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere genel affi özel aftan ayıran şey mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırmasıdır.

Genel affin çıkartılma nedeni, siyasal yönden kaosun hâkim olduğu bir dönemden sonra toplumsal uzlaşma ve barışı sağlamak gibi amaçlara dayanmakta olup bu yönüyle adeta geçmişin üzerine bir örtü çekmesidir.³⁴ Her ne kadar genel af çıkarma yetkisinin kanun koyucunun takdirinde olduğu sabitse de devletin bu takdir yetkisinin sınırsız olduğunu kabul etmek gerekir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında bir devlet görevlisine işkence suçlamasının isnat edilmesi halinde “etkili hukuk yolunun” amacı doğrultusunda, ceza davasının ve cezanın infazının zamanaşımına uğratılmaması ve af ya da bağışlamaya izin verilmemesi gerektiğine karar vermiştir.³⁵ Şu halde, kanun koyucunun af yetkisinin sınırsız olmadığını, işkence, zorla kaybetme gibi ağır/ciddi insan hakları ihlalleri halinde cezasızlığa yol açacak bir af yasasının çıkarılmaması gerektiğini ifade etmek gerekir.

2. Zamanaşımı

Cezasızlığa yol açabilecek ikinci bir kurum olan zamanaşımı kavramı, devletin, suçun üzerinden belli bir zaman geçmesi halinde faili cezalandırmaktan veya cezanın infazından vazgeçmesini ifade etmektedir.³⁶ TCK’da, zamanaşımı, dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olarak iki farklı türde düzenlenmiştir. Dava zamanaşımı işlenen suçun cezalandırılabilirliğini ortadan kal-

³³ CAN Sibel, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65 S. 4, 2016, ss. 1291 - 1312.

³⁴ Genel affin tarih boyunca genellikle siyasi değişiklikler ve devrimlerden sonra ortaya çıkar. “Genel af bir anlamda geçmişin tasfiyesidir, silinmesidir.” Bkz. SÜZÜLMÜŞ Seçkin, *Türk Hukukunda Af Kavramı*, Mersin, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s. 5.

³⁵ AIHM, *Abdulsamet Yaman v. Türkiye*, B. No: 32446/96, 02/11/2004, §55. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67228> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

³⁶ TAŞDEMİR Kubilay, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Cantekin Matbaacılık, Ankara 2011, s. 17. Aktaran: DEMİR KOŞAR, s. 164.

dırırken, ceza zamanaşımı cezanın infaz edilebilirliğini ortadan kaldırır. Zamanaşımı süresinin dolması, fiilin suç olma özelliğini kaldırmaz.³⁷ Ceza hukukunda zamanaşımı kurumunun kabul edilmesine getirilmesinin nedenlerinden bir tanesi, aradan geçen sürenin delillere zarar verme mahiyetinin bulunması nedeniyle hükmün doğruluğunun kuşkuya düşmesi ve suçun izlerinin silinmesiyle verilecek cezanın bozulan kamu düzenini yerine getirme mahiyetinin kalmamasıdır.³⁸ Zamanaşımı kurumuyla kişi sonsuza kadar ceza tehdidi altında tutulmaz, belirli bir süre ona tam bir özgürlük tanınır.³⁹

Türk Ceza Hukukunda dava zamanaşımı 5237 sayılı Kanun'un 66. maddesinde düzenlenmiş olup kanunda aksi yönde bir düzenleme yoksa, dava zamanaşımı tüm suçlar için geçerlidir.⁴⁰ Fakat, TCK m. 76, 77 ve 78. maddeleri sırasıyla soykırım suçlarını, insanlığa karşı suçları ve bu suçlar işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarını dava zamanaşımı kurumundan varestede tutmuştur.⁴¹ Öte yandan, 11/04/2013 tarihli 6459 sayılı Kanunla İşkence suçu zamanaşımının işlemeyeceği suçlar kapsamında alınmıştır.

Cezasızlığın bir görünümü olan zamanaşımının tartışmalı olan noktası, ağır insan hakları ihlallerinde zamanaşımının geriye yürümezliği sorununa ilişkindir. Nitekim işkence suçunu örnek verirsek, 6459 sayılı Kanun'unda 30 Nisan 2013 tarihinden önce işlenen işkence suçlarına zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.⁴² Bu sorun, Anayasa'nın *Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar* kenar başlıklı 38. maddesinin suç ve ceza zamanaşımının geriye yürütülemeyeceği, kişinin suç işlediği tarihte bulunan zamanaşımı kurallarının uygulanacağı düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. 2013 tarihinden önce meydana gelen işkence suçlarının zamanaşımına konu olması, bir cezasızlık yaratmaktadır.⁴³

³⁷ ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin, Ankara, 2017, s. 922.

³⁸ TAŞDEMİR Kubilay, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Cantekin Matbaacılık, Ankara 2011, s. 17. Aktaran: DEMİR KOŞAR, s. 164.

³⁹ SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Yetkin, 2018, Ankara, s. 610.

⁴⁰ MERAN Necati, "Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 112, 2015, ss. 66-72.

⁴¹ Ayrıca mezkûr maddenin 7. maddesine göre, Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının dördüncü kısmında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz.

⁴² Aynı tartışma zorla kaybetme suçları için de mevcuttur. Zira zorla kaybetme suçu uluslararası bir sözleşmeye dahi konu olmuşken, TCK'da açıkça düzenlenmemiştir. ŞİRİN, s. 1586.

⁴³ ŞİRİN, s. 1586.

AIHS'in 3. maddesi çerçevesinde işkence yasağı, sözleşme sistemi yönünden zamanaşımına tabi olmadığı söylenebilir. Nitekim Mahkeme *Touvier v. Fransa* kararında insanlığa karşı suçlar için zamanaşımının uygulanmayacağını ve *Kolk ve Kislyiy v. Estonya* kararında insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabi olmamasının hukukun genel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmiştir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi ise gözaltında kötü muamele iddiasına ilişkin *Muzaffer Özer ve Diğerleri* kararında davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesinin, işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunu ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁵

3. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler⁴⁶ ile birlikte "suçun unsurlarının dışında kalan haller" arasında incelenmektedir.⁴⁷ Nitekim şahsi cezasızlık sebepleri suçun oluşumuna etki etmez, şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığına rağmen suç, tüm unsurlarıyla varlığını korur.⁴⁸ Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması fiilin hakkaniyetsiz olduğu gerçeğini değiştirmez. Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında var olmakta olup kişiye özgü sebeplerden doğmaktadır.⁴⁹ Şahsi cezasızlık sebeplerinden, sadece düzenleme bulunan kişi yararlanabilir.⁵⁰

Mevzuatta bazı hallerde kişiler işledikleri suçlardan dolayı güdülen ceza siyaseti nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Örneğin, TCK'nın 167/1. maddesine göre hırsızlık, mala zarar verme, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar

⁴⁴ AIHM, *Touvier v. Fransa*, B. No: 36376/04, 24.07.2020 tarihli karar; *Kolk ve Kislyiy v. Estonya*, 23052/04 ve 24018/04, 17.01.2006 tarihli Karar [BD]. Ayrıntılı bilgi için ŞİRİN, s. 1597.

⁴⁵ AYM, *Muzaffer Özer vd.*, B. No: 2013/1146, 4/2/2016, § 72. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1146> (Erişim Tarihi: 28.09.2024). Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLTEKİN YILMAZ, s. 135.

⁴⁶ Cezayı kaldıran şahsi sebepler, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşir. Suç tamamlandıktan sonra bazı hallerde kişiye ya hiç ceza verilmez ya da cezada indirim yapılır. ÖZGENÇ, s. 663. Cezayı kaldıran şahsi sebeplere TCK'nın 168. maddesinde ve TCK'nın 221. maddesinde yer alan etkin pişmanlık düzenlemeleri örnek verilebilir.

⁴⁷ ARTUK ve diğ. s. 583. Bu hallerde cezalandırmanın koşulları gerçekleştiği halde kanun koyucu, ceza siyaseti gereğince cezalandırma adına suçun unsurları ve kusuru etkileyen haller dışında başka koşulların gerçekleşmesini veya koşulların gerçekleşmemesini ya da özel nedenlerle cezalandırma hakkını kullanmamayı veya daha az ceza ile cezalandırmayı tercih etmektedir. ZAFER, s. 413.

⁴⁸ ARTUK ve diğ. s. 583.

⁴⁹ ARTUK ve diğ. s. 583.

⁵⁰ ZAFER, s. 413.

verme, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, bedelsiz senedi kullanma, dolandırıcılık gibi suçlarda aralarında akrabalık/aile ilişkisi bulunan kişiler hakkında cezaya hükmedilmemektedir. Bu yönde banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK'nın 245/4. maddesi, yalan tanıklık suçunda şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK'nın 273/1 maddesi ve TCK'nın 22/6. maddesinde yer alan hüküm örnek sayılabilir.⁵¹

Bunun dışında şahsi cezasızlık sebepleri olarak Anayasa'nın 83/1. maddesinde yer alan hüküm örnek gösterilebilir. Nitekim ilgili maddeye göre TBMM üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

CMK'nın 223/4-b maddesine göre işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Yine CMK'nın 171/1. maddesine göre şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar verebilir. Maddenin lafzında açıkça yer aldığı üzere, şahsi cezasızlık sebebi var olsa dahi Cumhuriyet soruşturmayı sürdürerek iddianame düzenleyebilecektir. Fakat iddianamenin kabul edilerek kovuşturmaya başlanması halinde kovuşturmanın sonunda ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, “şahsi cezasızlık sebepleri” yürütülen ceza siyaseti nedeniyle kişiye şahsi sebeplerinden dolayı ceza verilememesini ifade etmektedir. TCK'da yer alan hırsızlık, yalan tanıklık, suçluyu kayırma gibi suçlarda akraba/aile bağlarından dolayı cezalandırma yapılamamasının, çalışmamız bağlamında “cezasızlık” yaratmayacağı, zira cezasızlık kavramının ağır insan hakları ihlallerine ilişkin bir kavram olduğu açıktır. Fakat ağır insan hakları ihlallerine (insan öldürme, işkence, kötü muamele, kölelik vb.) dair bir şahsi cezasızlık sebebi yaratılmasının cezasızlığa neden olacağı sabbittir.

⁵¹ Benzer örnekler için bkz. ÖZGENÇ, s. 549.

D. Ara Sonuç

Özetle, cezasızlık kavramı, ağır/ciddi insan hakları ihlallerinde,⁵² devletin uluslararası insan hakları sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerinden birini oluşturan usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini/etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirememesi ve bu nedenle sorumluların soruşturulmaması veya kovuşturulmaması veya kovuşturma sonunda cezalarının infaz edilememesi halinde meydana gelir. Cezasızlık, birden fazla nedenle tezahür edebilir.

Af düzenlemelerinin, zamanaşımının, şahsi cezasızlık sebeplerinin ve benzeri müesseselerin cezasızlık sonucunu doğurabileceğini belirtmiştik. Fakat adı henüz konulamayan ve anılan hiçbir hukuki müesseseye benzemeyen düzenlemeler de pekâlâ mevzuatta yer alabilir. Çalışmanın ikinci bölümünde mülga Geçici 15. maddenin ve 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesinin öncelikle genel anlamda karşılaştırılmasına yer verilecek ve cezasızlık bağlamında bir yorum yapılacaktır.

III. 82 ANAYASASI'NIN MÜLGA GEÇİCİ 15. MADDESİ İLE 6755 SAYILI KANUN'UN 37. MADDESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Düzenlemelerin Lafzı ve Mevzuattaki Benzer Örnekler

09/11/1982 tarihinde 17863 sayılı Resmî Gazete'de 2709 sayılı Kanun olarak yayınlanarak yürürlüğe giren 1982 Anayasası'nın⁵³ mülga Geçici 15. Maddesi (Çalışmada bundan sonra Geçici 15. madde olarak zikredilecektir) şu şekildedir:

“12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetle-

⁵² Yargısız infazlar, yaşam veya sağlığı ciddi bir şekilde riske eden ihmaller; kolluk kuvvetleri, infaz koruma memurları veya diğer kamu görevlileri tarafından işkence veya diğer insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele; zorla kaybedilmeler, insan kaçırma; kölelik, zorla çalıştırma veya insan ticareti; tecavüz veya cinsel taciz; aile içi şiddet bağlamında meydana gelen saldırılar dahil ciddi fiziksel saldırı; konut veya mülkiyeti kasten yıkma. Avrupa Konseyi, 2013, s. 19; ALTIPARMAK, 2016a, s. 33.

⁵³ 82 Anayasası'nın ilk hali için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709-19821018.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

rin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.”

Geçici 15. maddenin, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturmaya kadar geçecek süre içinde çıkarılan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca karar ve tasarrufların Anayasa’ya aykırılığının iddia edilemeyeceğine ilişkin düzenlemesi 03/10/2001 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 4709 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Maddenin geri kalanı ise 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması neticesinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle tamamen ilga edilmiştir.

08/11/2016 tarihinde 29898 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesinin (çalışmada bundan sonra 37. madde olarak zikredilecektir) ilk iki fıkrasının⁵⁴ yürürlükte olan hali şu şekildedir:

“1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü

⁵⁴ Maddenin 3. fıkrası, devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve bu nedenle kamu görevinden çıkarılmış olan kişilerden, adli veya idari soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında da 31/10/2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin bu karar ve fiilleri nedeniyle idari ve cezai sorumsuzluk getirmekte olup ağır ve ciddi insan haklarına ilişkin olan cezasızlık kavramıyla ilgisinin bulunmaması nedeniyle incelemeye dahil edilmemiştir.

hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz. (2) Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.”⁵⁵

6755 sayılı Kanun’un 37. maddesinin ilk fıkrası 27/07/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 668 sayılı KHK’nın 37. maddesiyle getirilen düzenlemenin kanunlaşmış haliyken, maddenin resmî bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmî bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın kapsamına aldığı kişilerin hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunu kaldıran 2. fıkrası, 01/02/2018 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 7079 sayılı Kanun’un 113. maddesiyle aynen kabul edilen 20/11/2017 tarihli 696 sayılı KHK’nın 121. maddesinin kanunlaşmış halidir.

Mevzuatımızda ne yazık ki Geçici 15. madde ve 37. madde ile aynı mahiyette birçok düzenleme bulunmaktadır. Nitekim 23/07/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 667 sayılı KHK’nın 9. maddesine göre bu KHK kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.⁵⁶ Yine 02/01/2017 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 685 sayılı KHK’yla ihdas edilen Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonun Komisyon üyelerinin üyelik görevleri kapsamındaki karar, görev ve fiillerine ilişkin hukuki, idari, mali ve cezai sorumlulukları hakkında 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesi hükümleri uygulanacaktır.⁵⁷

⁵⁵ 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6755.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁵⁶ 667 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname” <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160723-8.html> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁵⁷ 29.04.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 690 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 52. maddesinin 2. fıkrası. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170429-M1-2.html> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

10/05/1990 Resmî Gazete’de yayınlanan 424 sayılı KHK’nın⁵⁸ 10. maddesine göre ise bu KHK ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı, bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.⁵⁹

Geçici 15. maddeye en yakın düzenleme ise şüphesiz 1961 Anayasası’nın Geçici 4. maddesidir. Mezkûr maddeye göre 27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren Kurucu Meclis’in toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar yasama yetkisini ve yürütme görevini Türk Milleti adına kullanmış bulunan Millî Birlik Komitesinin ve Devrim Hükümetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların, idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında cezaî veya malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.⁶⁰

Geçici 15. maddenin ve 37. maddenin mevzuattaki benzerlerine yer verdikten sonra, her iki maddeyi düzenleniş biçimi, yürürlüğe girdiği dönem, kapsam, hukuki nitelik, yüksek mahkeme kararları ve son olarak cezasızlığın meydana geliş biçimi açısından karşılaştırmak yerinde olacaktır.

B. Düzenleniş Biçimi Açısından

Geçici 15. madde, 1982 Anayasası’yla getirilerek bir Anayasa hükmünün getirdiği güvencelerden yararlanan, dolayısıyla bir kanuna göre değiştirilme-

⁵⁸ 424 sayılı Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname. Bkz. Lexpera Mevzuat. <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y1990N20514K424> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁵⁹ 90’lı yıllarda Güneydoğu illerinde ilan edilen OHAL çerçevesinde tanzim edilen birçok KHK’da benzer nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim 16.12.1990 tarihli Resmî Gazete’de yayımlan 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 8. maddesi İçişleri Bakanının, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin ve Olağanüstü Hal Bölgesi dahilindeki il valilerinin karar ve tasarruflarından dolayı cezai, mali veya hukuki sorumluluklarının olmayacağını belirtmektedir. 430 sayılı KHK’nın 8. maddesini diğerlerinden ayıran yegâne husus kişilerin sebepsiz uğradıkları zararlardan dolayı devletten tazminat talep etme haklarının saklı tutulmuş olmasıdır. Detaylı açıklama için Bkz. BACANLI Hakan, **Cumhuriyet Dönemi Olağanüstü Bölge Yönetim Uygulamaları (Umumi Müfettişliklerden Olağanüstü Hal Bölge Valiliği-ne)**, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 187-190.

⁶⁰ 1961 Anayasası’nın tam hali için Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

si/ilga edilmesi daha sıkı koşullara bağlı olan ve asli kurucu iktidar tarafından ihdas edilen bir düzenlemedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında Geçici 15. maddenin de bir Anayasa kuralı olarak Anayasa’da yer almış bulunan diğer kurallarla etki ve değer bakımından eşit olduğunda kuşku olmadığını ifade etmiştir.⁶¹ Hatta ve hatta Anayasa Mahkemesi bir kararında, geçici maddelerin taşıdıkları hukuksal değer itibarıyla temel düzenlemeden ayrı hükümler getirmesi yönünden uygulama önceliğine ve etkinliğine sahip olduğunu içtihat etmiştir.⁶² Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, 1982 Anayasası’nın Geçici 15. maddesi 07/11/1982 tarihinde yapılan halk oylamasıyla seçmenlerin %90’ından fazlasının onayını almıştır.⁶³ Bu yönde Geçici 15. maddenin halkın büyük çoğunluğu tarafından onaylanmakla bir tür meşruiyete sahip olduğu söylenebilir.

37. madde ise o dönem Cumhurbaşkanı’nın öncülük ettiği Bakanlar Kurulu tarafından ihdas edilen OHAL dönemi Kanun Hükmünde Kararnameleyle yürürlüğe girmiş, 37. maddenin 1. fıkrası 08/11/2016 tarihinde, 2. fıkrası ise 01/02/2018 tarihinde bilahare kanunlaşmıştır. 37. maddenin kanun niteliğini haiz olmasından mütevellit, Geçici 15. madde gibi Anayasa hükmünün güvencelerinden yararlanamayacağı ve bu sebeple Anayasa değişikliğinin öngördüğü sıkı şekil şartlarına bağlı olmadan kolaylıkla bir iktidar değişikliği halinde yürürlükten kaldırılabileceğini ifade etmek gerekir. Fakat bu kolaylık, cezai bir sorumsuzluk getiren her düzenlemenin yapılabileceği anlamına gelmez. Zira sorumsuzluk öngören kanun maddesi yürürlükteyken meydana gelen ve suç teşkil eden bir fiilin, kanunun lehe geçmişe yürütülmesi ilkesi nedeniyle cezazımsız kalması ihtimali bulunmaktadır.⁶⁴

⁶¹ “...Belirtmek gerekir ki, söz konusu geçici 15. maddenin, “geçici” olarak adlandırılmasına karşın, bir anayasa kuralı olarak Anayasada yer alan diğer kurallarla etki ve değer bakımından farklı olmadığı da bir gerçektir. Çünkü, anayasa kural ve ilkeleri etki ve değer bakımından eşit olup, aralarında bir alt üst ilişkisi bulunmamaktadır. Anayasa da yer alan bu ve bunun gibi belli bir konuya ilişkin kuralların, Anayasa’nın genel ilkelerinden ayrı nitelikte kabul edilerek Anayasa’ya aykırılıklarından söz edilemez. Anayasada belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken, genel ilkenin değil, konuya özgü anayasa ilkesinin uygulanması doğaldır...” AYM, E.1991/60, K.1992/16, 03/03/1992. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/16> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁶² AYM, E.1990/1, K.1991/1, 16/07/1991. Aktaran: RÜZGAR Canel, 1982 Anayasası’nda Hukuk Devleti İlkesi ve Geçici 15. Madde, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı, 1999, s. 82-83.

⁶³ 1982 Referandumunu Sonuçları için Bkz. <https://referandum.secimsonuclari.com/1982-referandum-sonuclari/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁶⁴ Zira Anayasa’nın 38. maddesine göre: kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

C. Yürürlüğe Girdiği Dönem Açısından

Bilindiği üzere, Geçici 15. madde, o dönem Kenan Evren tarafından deruhte edilen Askeri Cunta tarafından, seçilmiş hükümetin 12 Eylül 1980 tarihinde silah zoruyla emir komuta zinciri içinde alaşağı edilmesini müteakip hazırlanmıştır.

37. madde ise, 15 Temmuz 2016 tarihinde, kendini Yurtta Sulh Konseyi olarak adlandıran askeriyenin içine sızmış bir kısım paralel yapı mensubu askerler tarafından teşebbüs edilen darbe girişimini müteakip ilan edilen OHAL döneminde yürürlüğe girmiştir.

Dolayısıyla her iki maddenin yürürlüğe girdiği tarihte bir olağanüstü durum söz konusu olduğu ve kamu düzeninin sağlanmasının önem arz ettiği durumlara ilişkin düzenlendiği söylenebilir. Fakat Geçici 15. madde, hükümete yeni gelmiş bir askeri iktidar tarafından kamu düzeninin sağlanması amacıyla getirilmişken; 37. madde askeri cunta tarafından düşürülmemiş ve seçilmiş sivil iktidar tarafından, yine kamu düzeninin sağlanması amacıyla, darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki ayaklanmaları bastırmak amacıyla getirilmiştir.

D. Kapsam Açısından

1. Muhatap Bakımından

Geçici 15. madde, genel anlamda Danışma Meclisi'nin, Milli Güvenlik Konseyi'nin ve hükümetin her türlü karar ve tasarruflarını kapsamına almaktadır. Yine maddenin 2. fıkrasına göre bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da madde hükmünden yararlanacaktır. Bu anlamda Geçici 15. maddenin muhatap bakımından kapsamı anılan kurulları oluşturan örnek olarak Başbakan ve bakanlar gibi kamu görevlilerinin sorumsuzluğunu düzenlemektedir.⁶⁵

37. madde ise eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler, OHAL süresince yayımlanan kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin ve resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına

⁶⁵ Detaylı açıklama için bkz. NAZLI Ahmet, 1982 Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1996, s. 48.

veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın hareket eden kişileri kapsamına almaktadır.

Her iki madde karşılaştırıldığında, 37. maddenin çok daha geniş bir sorumsuzluk zırhı getirdiği anlaşılmaktadır. Zira 37. madde kamu görevlisi olmayan sivil vatandaşların da cezai sorumsuzluklarını düzenlerken, Geçici 15. madde gerçek kişi açısından yalnızca Danışma meclisi, MGK ve hükümetin kararlarında görev alan kamu görevlilerinin (bakanların) sorumsuzluğunu düzenlemektedir.

2. Zaman Bakımından

Geçici 15. maddenin uygulama zamanının, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM Başkanlık Divanı'nı oluşturuncaya kadar geçecek süreye ilişkin olacağı açıkça düzenlemiş durumdadır. TBMM Başkanlık Divanı, 07/12/1983 tarihinde oluşturulmuştur. Dolayısıyla, hükümlerin hangi zamana ilişkin olduğu açıktır.

37. madde ise, 15/07/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemler demektir. Bunların devamı niteliğindeki eylemlerin hangi eylemler olduğu, gerçekleşen darbe teşebbüsü kapsamında meydana gelen terör eylemlerini mi ifade ettiği, yoksa darbe teşebbüsünden sonra ve bu darbe teşebbüsüyle ilişkili olmayan terör eylemlerini mi ifade ettiği meçhuldür. Gerçekten de bir eylemin terör eylemi veya darbe teşebbüsünün devamı olduğuna, hangi ölçütler temelinde ve kim tarafından karar verileceği de belirsizdir.⁶⁶ Ayrıca 37. madde, OHAL dönemi olan 21 Temmuz 2016 - 17 Temmuz 2018 tarihleri boyunca çıkarılan tüm KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin de cezai sorumluluğunu kaldırarak, sorumsuzluk doğuran ve zaman bakımından sınırlı özel bir düzenlemeye yer vermektedir. 37. maddenin getirdiği düzenleme, kanun yapma tekniği açısından sorunludur. Zira, temel hak ve hürriyetlere müdahale eden kanunların yalnızca şekli bir kanun olması yetmez. Aynı zamanda ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirlenebilir olması da gerekir.⁶⁷

⁶⁶ AKÇA İsmet / ALGÜL Süreyya / DİNÇER Hülya / KELEŞOĞLU Erhan / ÖZDEN Barış Alp, **Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri**, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2017, s. 69.

⁶⁷ "...Öngörülebilirlik" hukuk kuralının uygulanması hâlinde doğabilecek sonuçların, önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir (Hentrich/Fransa, B. No: 13616/88, 22.9.1994, § 42)...” AYM, *Türkiye İş Bankası A.Ş.*, B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 52. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6192> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

3. Sorumsuzluk Bakımından

Geçici 15. maddenin getirdiği sorumsuzluk, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan kişi/kurulların cezai, hukuki ve mali sorumsuzluklarını düzenlemekte olup 37. madde ilgililerin cezai, hukuki, mali ve idari sorumsuzluklarını düzenlemektedir. Dolayısıyla 37. madde sorumsuzluk çeşidi açısından Geçici 15. maddeye göre fazladan idari sorumsuzluk⁶⁸ getirmektedir.

Her iki maddenin çalışmamızı ilgilendiren ortak düzenlemesi ise cezai sorumsuzluk getirmesidir. Cezai sorumsuzluk, herhangi bir yargı yerinde cezalandırılmamayı ifade etmektedir.⁶⁹ Bu anlamda Geçici 15. maddesinin lafzı “... cezai ... sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz...” demekle; 37. maddenin lafzı ise “... cezai sorumluluğu doğmaz...” demekle suçlanmamayı da kapsamaktadır.⁷⁰

E. Hukuki Nitelik Açısından

37. maddenin niteliği açısından öğretide geniş bir çalışma ve bilgi birikimi henüz oluşmamıştır. Bu nedenle, Geçici 15. madde açısından yapılan tartışmalar 37. maddenin hukuki niteliği açısından da yol gösterici olacaktır. Geçici 15. maddenin:

1. Af Niteliğinde Olduğu Yönündeki Görüş

SELÇUK, “Geçici 15. maddenin ceza davası açamazsın” ifadesiyle, bu maddenin bir af normu niteliğini haiz olduğunu, yasanın af sözcüğünün kullanılmadığı bir af yasası olduğunu ve idari ve özel hukukla ilgili olan bütün sorumlulukları da ortadan kaldırarak af yasasının da ötesine vardığını ifade etmektedir.⁷¹ Geçici 15. maddenin gizli bir af hükmü olduğunu iddia edenler

⁶⁸ AYM, 6755 Sayılı Kanun’un 37. maddesinin 3. fıkrasında yer alan idari sorumsuzluk halini tanımlarken şöyle demektedir: “...Kamu görevlisinin idari sorumluluğu kamu görevlisi ile idare arasındaki disiplin hukuku çerçevesindeki işlemlerde ortaya çıkmaktadır. Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan idari yaptırımlardır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirmemesi nedeniyle her hâlükârda disiplin işlemlerinin yürütülmesini zorunlu kılan bir hükme Anayasa’da yer verilmemiştir...” AYM, E.2020/18, K.2021/38, 03.06.2021, §33-34. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/38?EsasNo=2020%2F18> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁶⁹ NAZLI, s. 44.

⁷⁰ Geçici 15. Madde açısından bkz. NAZLI, s. 44.

⁷¹ Prof. Dr. Sami Selçuk, “Güç Gösterisi Yanlış”, Vatan Gazetesi, http://w9.gazetevatan.com/haberdetay.asp?detay=12_Eylul_asla_yargilanamaz_ama_28_Subat_yargilanabilir&tarih=03.08.2010&Newsid=290419&Categoryid=1. İnternet sitesine erişim sağlanamamaktadır. Akta-

maddi bir ceza hukuku kuralından bahsetmektedir.⁷² Bu tezin aksini savunanlar, henüz işlenmemiş bir suçta af çıkarılamayacağını, bir af kanunun yürürlük tarihinden sonraki fiiller için af hükmü getirilemeyeceğini söylemektedir.⁷³ Zira geçici 15. madde yürürlüğe girdiği 09/11/1982 tarihinden sonra TBMM başkanlık divanının oluşturulma tarihi 07/12/1983 tarihine kadar için de bir sorumsuzluk getirmektedir.

2. Zamanaşımı Niteliğinde Olduğu Yönündeki Görüş

Zamanaşımı görüşünü savunanlar, ortada bir suçun olduğunu ama usuli bir engel nedeniyle kovuşturma yapılamadığı için zamanaşımına uğradığını ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği dönemde en yüksek zamanaşımı 20 yılken, şimdiki kanuna göre 30 yıldır. Dolayısıyla sorumsuzluk söz konusu olmasa bile artık zamanaşımı dava ilişkisini düşürmüş ve yargılama yapılamayacaktır.⁷⁴

3. Kanaatimiz

Kanaatimizce, Geçici 15. madde açısından ileri sürülen her iki görüş de yerinde değildir. Zira gerçekten de af kanunları yürürlükten sonra işlenen ve henüz işlenip işlenmediği belli olmayan suçlar için çıkarılmaz.⁷⁵ Genel af kanunları belirli suçlara ilişkin ve belirli ceza süreleri açısından çıkarılmaktadır.⁷⁶ Ayrıca, af kurumu devlet ile vatandaş arasında bulunan ve devletin vatandaş bir nevi bağışladığı durumlara özgüdür. Devletin, madde lafzında

ran: ALTIPARMAK Kerem, **Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak**, "Cezasızlıktan Hesap Verebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin İzleme ve Müdahale Kapasitelerinin Geliştirilmesi" projesi Cezasızlık Kültürü, Yayın No. 3, s. 106. <https://ihop.org.tr/zaman-ve-asimi-agir-insan-haklari-ihlallerinin-kilifini-kaldirmak/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁷² ALTIPARMAK, 2016a, s. 104.

⁷³ ŞENTOP Mustafa, "Geçici 15. madde kalkarsa darbecilere yargı yolu açılır", http://www.dunyabulteni.net/author_article_detail.php?id=14108. Sayfaya erişim sağlanamamaktadır. Aktaran: ALTIPARMAK, 2016a, s. 111.

⁷⁴ Eski Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk: "Ayrıca 1982 Anayasası yürürlüğe girdiği dönemde en yüksek zamanaşımı süresi 20 yıldır. Şimdi ise 30 yıldır. Bu nedenle zamanaşımı bakımından da yargılama mümkün değil." Aktaran: ALTIPARMAK, 2016a, s. 108.

⁷⁵ Nitekim geçici 15. madde yürürlükten sonra ve önce işlenen(ecek) ve suç teşkil eden(ecek) fiiller için cezai sorumsuzluk getirmektedir.

⁷⁶ 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun (Rahşan Affı) örnek olarak verilebilir. Kanun hangi suçların aften istisnai olduğuna, toplam indirilecek ceza oranının kaç yıla ilişkin olacağına ayrıntılı bir şekilde yer vermiştir. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4616.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

yer alan MGK, Danışma Meclisi vs. kurumların ve kamu görevlilerinin sormuzsuzluğunu kaldırması gibi kendini bağışlayıcı bir işlem yapması af kurumuyula bağdaşmamaktadır. Öte yandan, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere af yasaları ayrıntılı, geçmişte işlenmiş ve çerçevesi belli olan suçlara ilişkin olmakla yürürlükten sonra işlenecek suçlara ilişkin hükümler içermemektedir.

Zamanaşımı görüşünün de yerinde olmadığını ifade etmek gerekir. Maddenin hukuki niteliğiyle getirdiği cezasızlık biçimi farklı şeylerdir. Geçici 15. madde nedeniyle o dönem faillerinin zamanaşımından yargılanamaması cezasızlığın gerçekleşme biçimiyken, maddenin hukuki niteliği af veya başka bir kurum olabilir.

Bunun dışında, ALTIPARMAK, Geçici 15. maddenin 12 Eylül 1980 tarihinden Anayasa'nın yürürlük tarihi olan 9 Kasım 1982 tarihine kadar geçmişe yönelik olduğu bir af düzenlemesi olduğunu, bu tarihten sonra bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunmaktadır.⁷⁷ NAZLI'ya göre ise Geçici 15. madde bir yargı bağısıklığı getirmektedir.⁷⁸ Fakat bu görüşler de yerinde değildir.

Nitekim en başta bir düzenleme hukuka uygunluk nedeni teşkil ediyorsa, başka bir ifadeyle hukuka aykırı değilse, o düzenlemenin bütün hukuk düzeniyle çatışmaması, bütün hukuk düzenine aykırı olmaması gerekir.⁷⁹ Fakat Geçici 15. maddenin getirdiği düzenleme insan hakkı ihlallerine yol açabilecek bir düzenleme olup bu düzenlemenin hukukun temel ilkelerine ve hukuk düzenine uygun olacağı söylenemez. Ayrıca, hukuka uygunluk hallerinde zaten en başta bir ihlal bulunmamaktadır. Gerçekten de hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde fiil başından itibaren bütünüyle hukuka uygun olarak var olmuş/doğmuş sayılır.⁸⁰ Bu nedenle Geçici 15. maddenin yürürlük

⁷⁷ "...Hukuka uygunluk sebepleri Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte burada sayılan nedenler tahdidi değildir. Yasa koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak koşulu ile başka hukuka uygunluk sebepleri düzenlemesi mümkündür. O halde benzer bir durumun Anayasa koyucu açısından evleviyetle geçerli olduğu varsayılabilir. Bu durumda, geçici 15. maddesi referandum sonucunun Resmî Gazete'de yayımlandığı 9.11.1982 tarihi öncesi için bir af hükmüne benzetilebilir. Bu tarihten ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre için ise bir hukuka uygunluk sebebi niteliği taşıyacaktır..." Kerem Altıparmak, 2016b, s. 111.

⁷⁸ NAZLI, s. 30.

⁷⁹ ZAFER, s. 306; KOCA Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", C. 1, S. 1, 2006, ss. 111-143.

⁸⁰ ARTUK ve diğ. s. 404.

tarihi olan 9 Kasım 1982 tarihinden önce af düzenlemesi olduğu, bu tarihten sonra hukuka uygunluk düzenlemesi olduğu söylenemez. Bu husus “bir fiil ya hukuka aykırıdır ya değildir”⁸¹ cümlesiyle de ifade edilebilir.

TCK’da yer alan hukuka uygunluk nedenleri kanun hükmünün yerine getirilmesi ve hukuka uygun emrin ifası (m.24), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m.26) olarak yer almaktadır. Örneğin, meşru savunmaya ilişkin hukuka uygunluk nedeninde zaten bir yaşam hakkı ihlali bulunmaz ki, bu yaşam hakkı ihlalinin cezasızlığa neden olacağı ileri sürülsün.

Geçici 15. maddenin yargı bağımsızlığı getirdiği de söylenemez. Yargı bağımsızlığı kavramı ülkelerin yargılama “yetkisinin” bulunmadığı hallerde ilişkin olup uluslararası hukuktan doğan bir istisnadır.⁸² Geçici 15. maddenin, düzenlemeden yararlananlar yönünden Türk mahkemelerinin yargılama yetkisini kısıtlamadığı açıktır.⁸³

Kanaatimce, Geçici 15. maddenin getirdiği düzenlemeyi bir şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelendirmek gerekir. Zira Geçici 15. maddede Anayasa koyucu, güttüğü ceza siyaseti nedeniyle kendi iradesiyle, belirli bir gruba (Milli Güvenlik Konseyi, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetler, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisi) yönelik cezai sorumluluk iddiasının ileri sürülemeyeceğini ve yargı merciine başvurulamayacağını düzenlemiş ve bu hükmü darbenin gerçekleştiği/fiillerin başladığı 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren geçerli kılmıştır. Şu halde, Geçici 15. madde, şahsi cezasızlık sebeplerinde yer alan “ceza siyasetinden kaynaklanma”, “belirli bir kişiye yönelik olma ve bu kişilerden başkasının bu düzenlemeden yararlanamıyor olması” ve “suçun işlenmesi sırasında var olma” koşullarıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla Geçici 15. maddenin şahsi bir cezasızlık getirdiğinin kabulü gerekir.

4. 37. Maddedeki Durum

37. maddedeki durum, resmi sıfat taşımayan kişilerin de cezai sorumluluğunu düzenlediği için, Geçici 15. maddeden daha çok af niteliğine ya-

⁸¹ ÖZGENÇ, s. 298.

⁸² SOYASLAN, s. 205;

⁸³ Bir görüşe göre yargı bağımsızlığı cezalandırmayı kaldıran bir şahsi cezasızlık sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bkz. KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, 2014, s. 738.

kındır. Aynı zamanda, 37. madde yer alan bunların devamı niteliğindeki ifadesinin darbe teşebbüsüyle sınırlı olduğunu kabul edersek eğer, kanun 08/11/2016 tarihinde yayınlandığı için geçmişe yönelik olması, düzenlemeyi bir af düzenlemesine daha da yakınlıktır.

Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi kapsamında incelediği 37. maddeyi Anayasanın 87. maddesinde yer verilen nitelikli çoğunluğu sağlayıp sağlamadığını şekli açıdan değerlendirdiği kararında (yorumlu ret, bkz. Aşağı) kuralın af niteliğinde olmadığı görüşündedir.⁸⁴ Gerçekten de Geçici 15. maddedeki durum gibi af düzenlemesinin geçmişteki örneklerine bakıldığında, belirli suçlara özgü bir şekilde çıkarıldığı ve torba kanun şeklinde olmaksızın sadece af kurumuna özgü kanunlarla düzenlendiği görülmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre 37. maddenin 15/07/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile 15/07/2016 - 16/07/2016 tarihlerinde gerçekleştirilen bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler bakımından, söz konusu eylemler hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını aşmadığı ihtimalde, hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluk getirmektedir.⁸⁵ Bir başka görüşe göre ise “*maddede belirtilen kapsamı ve sınırları muğlak eylemler bakımından sivil kişilere, meşru müdafaa ve zorunluluk hali gibi hukuka uygunluk sebeplerinin ötesinde bir ceza muafiyeti*” getirdiği savunulmaktadır.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, 37. maddenin Anayasa’ya aykırılığını incelediği yorumlu ret kararında, düzenlemenin yargılama engeli getirmediğini, hukuka aykırı fiilleri kapsamadığını belirttiği ifadeler şu şekildedir:

⁸⁴ “...Maddi ceza hukuku bakımından suç oluşturan fiilin icrası ile devlet ve fail arasında bir cezalandırma ilişkisi doğmaktadır. Af ise bu kapsamda devletin cezalandırma yetkisinden sarfinazar etmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle hem genel af hem de özel aftan söz edebilmek için öncelikli koşul bir suçun varlığıdır. Dava konusu kural ise aşağıda açıklandığı üzere herhangi bir suça ilişkin olmayıp 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmadığını düzenlemektedir... Bu açıklamalar çerçevesinde af niteliğini haiz olmadığı anlaşılan kuralın yer aldığı Kanun’un kabulü için Anayasa’nın 87. maddesinde düzenlenen nitelikli çoğunluk gerekli olmayıp toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Kanun, Anayasa’nın 96. maddesine tabidir...” Bkz. AYM, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020, § 15. (Yorumlu Ret) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/38?EsasNo=2018%2F31> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁸⁵ YEMENİCİ Kürşat / KORUCULU Irmak, “Anayasa Mahkemesi’nin 16/07/2020 Tarih ve 2020/38 Sayılı Kararına İlişkin Ceza Hukuku Yönüyle Bir Değerlendirme”, **Sakarya Hukuk Dergisi**, C. 6-7, S. 1-2, ss. 11-37.

⁸⁶ AKÇA ve diğ., s. 69.

“... Dolayısıyla başta egemenliği gasbedilmeye çalışılan millet olmak üzere millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar ağır bir saldırı altında olduğundan, bu olağan dışı ve istisnai şartlar altında söz konusu saldırıların bastırılmasına yönelik ve sadece bununla sınırlı eylemlerin hukuka aykırı fiiller olarak nitelendirilemeyeceği açıktır... Yargı yerleri kuralda yer alan “bastırılma” kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını belirlemek durumundadır. Başka bir ifadeyle, iptali istenen kuralın atıf yaptığı dönemdeki fiillere ilişkin olarak bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olduğunun iddia edildiği somut olaylarda yargı makamları, bu fiillerin bastırma kapsamında olup olmadığını ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaklardır. Bu değerlendirme sonucunda file ilişkin varılan sonucun anılan kapsamda olmadığını veya bunun sınırlarını aştığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir... Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumlu tutulmamasının, başka bir ifade ile hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluk yüklenmemesinin hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır...”⁸⁷

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre, 37. madde kapsamında giren fiiller darbe teşebbüsünde bulunan şahısların saldırılarının bastırılmasına yönelik ve sadece bu eylemlerle sınırlıysa, bu fiiller hukuka aykırı olarak kabul edilmeyecek, eğer bu fiiller hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aşarsa kişiler sorumlu tutulabilecektir. Fakat 37. madde, TCK'da yer alan meşru savunma gibi düzenlemelerden ayrık bir düzenleme getiriyorsa, meşru savunmanın sınırını aşanlar zaten cezalandırılacaksa, neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da başka bir merak konusudur.

Nitekim 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsünden dolayı halkın mevcut veya gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı nedeniyle kendini savunma yönünde bir meşru savunma hakkının bulunduğunu, meşru savunmada sınırın aşılması halinde kişilerin cezai sorumluluğunun doğabileceğini ifade etmek için ayrı bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.⁸⁸ Bu hususun aksini iddia etmek zaten hukukun hiçbir ilkesiyle bağdaşmaz.

⁸⁷ Yorumlu Ret, § 28.

⁸⁸ Dönemin Başbakan Yardımcısı Bekir Bozdağ da bu düzenleme olmasa dahi darbe teşebbüsünü engellemek adına sokağa çıkanların sorumlu tutulamayacağına yönelik bir açıklamada bulunmuştur: “...Darbecilere karşı mücadele eden demokrasiyi koruyan bir düzenleme yapıyo-

Buradaki esas mesele, düzenlemenin bu meşru savunma sınırının aşıldığı yahut hiçbir şekilde meşru savunmanın bulunmadığı, yani eylemlerin “darbe teşebbüsünü bastırmanın” ötesine geçtiği ihtimallerde doğacak ağır insan hakkı ihlallerine yönelik bir cezasızlık yaratıp yaratmayacağına ilişkindir. Kanaatimce 37. maddenin, aynı Geçici 15. madde gibi “ceza siyasetinden kaynaklanma” “belirli bir kişiye yönelik olma ve bu kişilerden başkasının bu düzenlemeden yararlanamıyor olması” ve “suçun işlenmesi sırasında var olma” koşullarını sağlaması nedenleriyle bir şahsi cezasızlık nedeni olduğunu ifade etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin kararının her ne kadar bir rehber olduğu söylenebilecekse de Anayasa Mahkemesi’nin gerekçeli kararı düzenlemenin ihdasından itibaren yaklaşık 3 yıl sonra yayınlanmış olup düzenlemenin bu 3 yıl içerisinde yarattığı “hukuka aykırılık intibası”, “cezalandırılmayacağım inancı” gözönüne alındığında, bu düzenlemenin bir şahsi cezasızlık sebebi niteliğinde olmadığını söylemek o kadar kolay olmayacaktır.

F. Yüksek Mahkeme Kararları Açısından Karşılaştırma

1. Geçici 15. Madde

a. Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kapsamında Verdiği Kararlar

Anayasa Mahkemesinin Geçici 15. madde ile ilgili vermiş olduğu kararlar, genelde birbirine benzemektedir. Anayasa Mahkemesi bu hüküm nedeniyle açılan davalarda aynı gerekçeleri kullanarak başvuruları yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır. Nitekim bizzat Anayasa’nın kendisi belirtilen dönemin tartışma konusu yapılmamasında kamu yararı görmüştür. Mahkemeye göre, kanun koyucu, gerekli gördüğü halde Anayasa’daki şekli koşullara uyararak Anayasa’daki geçici maddeleri de kaldırabilir. Bunlar dışında bir yargı organının Anayasa’yı dışlayarak Anayasa maddesini etkisiz kılması olanaksızdır.⁸⁹

ruz. Hukuka uygunluk nedeni olarak tanzim ediyoruz. Bu düzenleme olmasa dahi 15 Temmuz’u engellemek için sokağa çıkan vatandaşlarımızı kimse suçlu ilan edemez. Hiçbir savcı da soruşturma başlatmayı aklından geçirmez...” Sputnik, Bozdağ: Yeni bir düzenlemeye ihtiyaç yok, 26/12/2017 tarihli haber. <https://anlatilaninotesi.com.tr/20171226/bekir-bozdag-khk-1031564260.html> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁸⁹ AYM, E.1991/31, K.1991/27, 12.09.1991; AYM, E.1998/17, K.1998/14, 12.05.1998; AYM, E.2001/374, K.2001/337, 12.09.2001. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024). (Kararların tümü erişime açık bulunmaktadır).

b. Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kapsamında Verdiği Kararlar

Birçok mağdur, 12/09/2010 tarihli referandumla kabul edilerek 23/10/2010 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa değişikliğine dair Kanun'la Geçici 15. maddenin yürürlükten kaldırılması üzerine işkence faillerinin soruşturulması önündeki engelin kalktığı gerekçesiyle, Savcılıklara suç duyurusunda bulunmuştur. Savcılıklar, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'na göre üst sınır olan yirmi yıllık zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığına yönelik kararlar vermiştir. Bu takipsizlik kararının Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilmesi ve kesinleşmesi üzerine Anayasa Mahkemesine -mahkemenin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23/09/2012 tarihinden sonra- başvuran başvuruçunun ihlal iddiasını Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usule ilişkin boyutunun ihlal edilmediğinden bahisle kabul edilemez bulmuştur.⁹⁰

Zira, *Zeycan Yedigöl* başvurusunda, Yüksek mahkemeye göre Anayasa'nın Geçici 15. maddesi, 12 Eylül 1980 döneminde oluşturulan hükümetler ile Meclisin karar ve tasarruflarını yerine getiren kişi ve organları güvence altına almakta, kamu görevlilerinin işledikleri kişisel suçlar ve hukuka aykırı fiiller bakımından koruma sağlamamaktadır.⁹¹

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, 12 Eylül 1980 Askeri Darbesi sonrasında 14-22 Ocak 1981 tarihleri arasında gördüğünü iddia ettiği işkence ve kötü muamele nedeniyle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali iddiasını incelediği *Sait Özdemir* kararında, başvuranın ancak 29 Mart 2012 tarihinde, yani olayların üzerinden otuz yıldan fazla, Geçici 15. maddenin kaldırıldığı 12 Eylül 2010 referandumundan sonra ise altı ay kadar zaman geçtikten sonra savcılığa başvurduğunu, olayların mahkemenin zaman bakımından yetkisinin başladığı 28 Ocak 1987

⁹⁰ Mahkemeye göre, başvuruçunun dava veya başvurusunun takibi için gerekli özeni göstermemiştir: "...Başvuruçunun anılan otuz yıllık süre zarfında araştırma yapılması mümkün olan bir dönemde, kanuni bir engel bulunmamasına rağmen işkence iddialarını resmî makamlar önüne taşımamış olmasından devletin sorumlu tutulması, dolayısıyla kötü muamele yasağının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılabileceği mümkün değildir... Bu durumda cezazsızlık sonucu doğmasında kamu makamlarının bir ihmali ya da kusurundan çok başvuruçunun suçun henüz dava edilebilir olduğu dönemde şikâyetinde bulunmamış olmasının etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır..." AYM, *Sait Özdemir*, B. No: 2016/1102, 30.06.2020 §22-23. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/1102> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁹¹ AYM, *Zeycan Yedigöl* [GK], B. No: 2013/1566, 10.12.2015, §41. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1566> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

tarihinden önceye ilişkin olduğunu belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁹²

Fakat mahkeme, başvuruçunun 1980 yılında eşinin ölümüne yol açan işkence eylemleri nedeniyle Savcılığa bildirdiği polis memurlarının yirmi yılı aşkın bir süre boyunca yargılamaması sebebiyle yaptığı başvuruyu, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. Maddesi ve işkence yasağını düzenleyen 3. maddesinin esas bakımından zaman yetkisi nedeniyle kabul edilemez bulmuş, Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinden doğan pozitif yükümlülükler bakımından ise ihlal kararı vermiştir.⁹³ Belirtmemiz gerekir ki, mahkemeye göre Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılması, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddia hakkında soruşturma yükümlülüğü başlatacak nitelikte yeni bir unsur oluşturmamaktadır.⁹⁴

2. 37. Madde (Yorumlu Ret Kararı)

37. maddeden kaynaklanan bir hak ihlali iddiasının yargıya intikal edip etmediği tarafımızca bilinmemekte olup bu hususta tesis edilmiş herhangi bir yüksek yargı merci kararı henüz bulunmamaktadır. Fakat, yukarıda kısaca yer verdiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi'nin 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesinin Anayasa'nın aykırılığı iddiasına ilişkin soyut norm denetimi kapsamında tesis ettiği yorumlu ret kararında 37. maddenin uygulanmasına ve niteliğine ilişkin oldukça önemli açıklamalar yapılmıştır.⁹⁵

En başta, Anayasa Mahkemesi, kuralda yer alan “... terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...” ibaresinin kuralı belirsiz hâle getirdiğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir.⁹⁶ Mahkemeye göre, anılan ibareye 15/07/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile devamı niteliğindeki eylemlerin her birinin

⁹² AİHM, *Sait Özdemir v. Türkiye*, B. No: 44562/15, 47210/15, 28.04.2020. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209811> (Erişim Tarihi: 28.09.2024) Yüksek Mahkeme, başka bir kararında aynı nedenlerle, sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin iddiaları zaman bakımından kabul edilemez bulmuştur. Bkz. AİHM, *Çelik v. Türkiye*, B. No: 56840/10, 28.04.2020. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204570> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁹³ AİHM, *Teren Aksakal v. Türkiye*, B. No: 51967/99, 11.09.2007. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158605> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

⁹⁴ AİHM, *Sait Özdemir v. Türkiye*, B. No: 44562/15, 47210/15, 28.04.2020, § 56.

⁹⁵ AYM, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020. (*Yorumlu Ret*) <https://normkararlarbilgibankasi.ana.yasa.gov.tr/ND/2020/38?EsasNo=2018%2F31> E.T: 06.06.2022.

⁹⁶ *Yorumlu Ret*, § 22.

ayrı ayrı yazılmasının mümkün olmaması nedeniyle yer verilmiş olup bu durum kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla devamı niteliğindeki eylemlerden anlaşılması gereken, gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasında sınırlı zamanda meydana gelen fiillerdir.

Yine mahkemeye göre, Türkiye 15/07/2016 tarihinde büyük bir darbe teşebbüsü atlatmış, darbe teşebbüsü ve bununla bağlantılı terör eylemleriyle demokratik anayasal düzenin ve millet iradesinin üstünlüğünün ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu minvalde, millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar ağır bir saldırı altında olduğundan, Madde metni yalnızca saldırıların bastırılmasına yönelik ve sadece bununla sınırlı eylemleri hukuka uygun olarak düzenlemektedir.⁹⁷ Bu düzenlemeyle, egemenlik hakkına sahip çıkan vatandaşların herhangi bir zarara uğrama ihtimalinin baştan bertaraf edilmesi ihtiyacı duyulmuştur.⁹⁸ Hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluklarının doğmayacağı ifadesinin, kuralın bu kapsamda olmayan, konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin icra edilmesi hâlinde sorumsuzluk öngördüğü söylenemez.⁹⁹ Yargı makamları bastırılma kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını belirlemek durumdadır.¹⁰⁰

Anayasa Mahkemesi, hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluk yüklenmemesinin hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmadığından bahisle, 37. maddenin Anayasa'nın 2. maddesine ihlal olmadığına karar vermiştir.

G. Cezasızlığın Mevcudiyeti ve Cezasızlığın Meydana Geliş Biçimi Açısından Karşılaştırma

Cezasızlığın meydana geliş biçimi, başka bir deyişle cezasızlığın türü açısından karşılaştırma yapmadan önce kuşkusuz Geçici 15. maddenin ve 37. maddenin cezasızlık meydana getirip getirmediğini değerlendirmek gerekir.

⁹⁷ *Yorumlu Ret*, § 28.

⁹⁸ *Yorumlu Ret*, § 29.

⁹⁹ *Yorumlu Ret*, § 30.

¹⁰⁰ "...Başka bir ifadeyle, iptali istenen kuralın atf yaptığı dönemdeki fiillere ilişkin olarak bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olduğunun iddia edildiği somut olaylarda yargı makamları, bu fiillerin bastırma kapsamında olup olmadığını ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaklardır..." *Yorumlu Ret*, § 32.

1. Cezasızlığın Mevcudiyeti

a. Geçici 15. Madde

Geçici 15. maddenin, tam manasıyla bir cezasızlık düzenlemesi olduğunu ifade etmek gerekir. Nitekim en başta, 80 darbesini müteakip gerçekleşen işkence, kötü muamele filleri nedeniyle kamu makamlarına başvuru yapılmış kayda değer bir başvuru bulunmamaktadır. Yapılan başvurular da sonuçsuz kalmıştır. Zira yukarıda¹⁰¹ yer verdiğimiz *Teren Aksakal v. Türkiye* kararına konu olan olayda başvurucunun mirasçısının yargı mercilerine başvurmuş, fakat sanık polis memurları yirmi sene boyunca cezalandırılmamışlardır. 1996 tarihinde kaleme alınmış bir kaynakta, Geçici 15. maddenin konusuna giren eylemlerden kaynaklanan bir dava açıldığı takdirde mahkemelerin nasıl karar vereceğine ilişkin CMK ve Ceza Genel Hukuk doktrinlerinde bir tartışmanın olmadığını, bu konuda herhangi bir yargı merciine başvurulmadığını ve bu doğrultuda herhangi bir mahkeme kararına rastlanılmadığı belirtilmiştir.¹⁰² 28 Mart 2000 tarihinde Adana Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaparken Kenan Evren hakkında darbe yapmak suçundan idam istemiyle iddianame hazırlayan Savcı Sacit Kayasu ise açığa alınmış ve meslekten ihraç edilmiştir.¹⁰³

Geçici 15. maddenin, 12/09/2010 tarihli referandumla kaldırılmasından sonra yargılanmalarına başlanan Eski Genelkurmay Başkanı ve 7. Cumhurbaşkanı Kenan Evren ile eski Hava Kuvvetleri Komutanı Tahsin Şahinkaya ilk olarak yerel mahkeme tarafından müebbet hapis cezasına çarptırılmış, fakat her iki sanığın temyiz süreci sona ermeden ölmesi üzerine dava düşmüş, sanıklar cezalandırılmamıştır.¹⁰⁴

12.9.1980 - 7.12.1983 tarihleri arasında çeşitli alanlarda 838 yasama işlemi¹⁰⁵ gerçekleşmiş, Geçici 15. maddenin 3. fıkrası gereği bu işlemlerin

¹⁰¹ Bkz. Dipnot 98.

¹⁰² NAZLI, s. 44.

¹⁰³ Bianet Bağımsız İletişim Ağı, 12 Eylül Darbesine İlk Davayı Açan Savcı Kayasu Hayatını Kaybetti, 2014, <https://m.bianet.org/bianet/yasam/160374-12-eyul-darbesine-ilk-davayi-acan-savci-kayasu-hayatini-kaybetti> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

¹⁰⁴ AA.com.tr, 12 Eylül Davası Üçüncü Kez Yargıtay'da, 2020, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/12-eyul-davasi-ucuncu-kez-yargitayda/1738581> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

¹⁰⁵ 669 yasa, 90 KHK ile 2324 sayılı Yasa uyarınca çıkarılmış MGK'nin 76 kararı ve 3 bildirisi. Bkz. TAN Turgut, "1982 Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi Üzerine", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 49, S. 01, 1994, s. 373 -385. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3114/43208> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

hiçbirinin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilememiştir. Anayasa Mahkemesi de norm denetimi kararlarında başvuruların reddine karar vermiştir.¹⁰⁶ Dolayısıyla, yürürlüğe giren ve cezasızlığa yol açabilecek düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi yapılamamıştır.

12.09.2010 tarihli referandumdan sonra -ve AYM'nin bireysel başvuruları incelemeye başladığı 23.9.2012 tarihinden sonra- Anayasa Mahkemesine yapılan Bireysel Başvurular AYM tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, Geçici 15. maddenin kamu görevlilerinin işkence gibi suç teşkil eden eylemlerine sorumsuzluk zırhı getirmediğini ifade etmiş, başvuruların 30 yılı aşkın süre sonra başvuru yapmasının bir nevi başvurucunun ihmali olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁰⁷ Yine Cumhuriyet Savcılıkları, bu referandumdan sonra yapılan başvurulara zamanaşımı nedeniyle takipsizlik kararı vermiştir.

AİHM, ihlal iddialarının 28 Ocak 1987 tarihinden önce yaşanan olaylara ilgili olması nedeniyle işkence ve kötü muamele iddiaları için zaman bakımından yetkisizlik kararları tesis etmiştir. Fakat AİHM'in pozitif yükümlülüğün ihlali nedeniyle tesis ettiği bir kararın bulunduğunu ifade etmek gerekir.¹⁰⁸

b. 37. Madde

37. maddeye geldiğimizde, 37. maddenin bu yazının kaleme alındığı tarih itibariyle hukuki bir cezasızlık (*de jure impunity*)¹⁰⁹ meydana getirdiğini belirtmek gerekir. Zira, hukuki cezasızlığın meydana gelmesi için, darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki olaylar kapsamında ağır/ciddi insan hakları ihlallerine maruz kalanların, sorumluların cezalandırılması yönündeki başvurularının bu maddenin şahsi cezasızlık sebebi getirdiği gerekçe gösterilerek cevapsız bırakılması (takipsizlik kararı vs.) gerekmektedir. Şu anda bu yönde bilinen bir başvuru, yüksek mahkeme kararı bulunmamaktadır.¹¹⁰

¹⁰⁶ Bkz. III. Bölüm, F/1-a.

¹⁰⁷ Bkz. III. Bölüm, F/1-b.

¹⁰⁸ *Teren Aksakal* kararı. Bkz. Dipnot 98'de yer alan karar.

¹⁰⁹ Kaynağını mevzuattan alan, Ceza indirimi, cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, af, zamanaşımı, şahsi cezasızlık sebepleri gibi düzenlemeler.

¹¹⁰ Cumhuriyet'in 16/01/2017 tarihli "İşkenceye KHK bahanesi" başlıklı haberine göre Trabzon'da FETÖ soruşturması kapsamında tutuklanan bir kişinin, gözaltındayken darp edildiği, kötü muamele ve tehdide maruz kaldığı iddiasıyla Trabzon Başsavcılığı'na yaptığı şikâyetin,

Fakat, darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemler esnasında, Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararı çerçevesinde, bu eylemlerin bastırılması kapsamında hareket etmeyen, başka bir deyişle meşru müdafaa olmaksızın salt suç işleme saikiyle hareket eden veya meşru savunmanın sınırlarını aşan kişilerin fiillerinin suç oluşturması halinde, adli makamlarının bu fiillere kayıtsız kalarak şahsi cezasızlık sebebi nedeniyle KYOK ya da ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar vermesi pekâlâ fiili cezasızlığa (*de facto impunity*) neden olabilecektir.

2. Cezasızlığın Meydana Geliş Biçimi (Türü)

Geçici 15. maddenin getirdiği cezasızlığın türüne ilişkin, 2010 referandumundan önce ve sonra olarak iki farklı bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır. Kanaatimce, Geçici 15. maddenin getirdiği cezasızlığın türü genel olarak¹¹¹ 2010 referandumundan önce şahsi cezasızlık nedeni iken (bazı görüşler için af, zamanaşımı, TBBM Başkanlığının oluşmasından sonraki dönem için hukuka uygunluk nedeni)¹¹² 2010 referandumundan sonraki cezasızlığın türü, zamanaşımı olarak gerçekleşmiştir. Zira, referandumdan önceki durumda Geçici 15. maddede belirtilen kurulların ve bu kurulların yetkisiyle hareket edenlerin sorumluluğuna şahsi cezasızlık sebebi itibariyle gidilememekteydi. 2010 yılında maddenin tamamen ilga edilmesiyle, suç duyuruları başlatılmışsa da bu sefer de mağdurların önüne zamanaşımı müessesesi çıkmış, savcılıklar ceza dava zamanaşımı nedeniyle takipsizlik kararları tesis etmişlerdir.

savcılık tarafından 667 sayılı KHK'nın 9.maddesi gerekçe gösterilerek, hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğun bulunmadığı belirtilerek, KYOK kararı verildiği yer almaktadır. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/iskenceye-khk-bahanesi-661197> (Erişim Tarihi: 28.09.2024) Her ne kadar KYOK kararı verilme gerekçesine dayanak olan kural 37. maddeye ilişkin olmasa da 37. maddenin uygulanabileceği bir olayda yol gösterici olma ihtimali açısından önem arz etmektedir.

¹¹¹ Neden olan cezasızlığın türünü her somut olay için ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Nitekim AİHM'in *Teren Aksakal v. Türkiye* kararında başvurunun murisininin 80 darbesini müteakip 12 Kasım 1980 tarihinde gözaltında hayatını kaybetmesi üzerine olay adli mercilere intikal etmiş, yirmi yılı aşkın bir süre içerisinde polis memurları cezalandırılmamış, önce sanıkların her biri için üç yıl dört ay hapis cezasına hükmedilmiş, Askeri Yargıtay'ın kararı bozması üzerine sanıkların beraatine karar verilmiş, tekrar temyize gidilmesi üzerine sanıkların Adalet Bakanlığı'nın izni olmaksızın yargılanamayacakları gerekçesiyle karar bozulmuş, iznin verilmesi üzerine sanıklar ceza indirimi uygulanarak 30/12/1997 tarihinde iki yıl bir ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Polis memurları emeklilikleri gelene kadar yargılama boyunca orduda görevlerini icra etmeye devam etmiş, 2007 tarihinde (başvuru tarihinde) halen cezaları infaz edilmemiştir. Örnek verdiğimiz olay, cezasızlığın birden fazla türünü ihtiva etmektedir.

¹¹² Bkz. III. Bölüm, E Bendi.

37. maddenin herhangi bir hukuki cezasızlık (*de jure impunity*) getirdiği hususunda bilgimiz olmadığını, henüz bir yüksek mahkeme kararının bulunmadığını ifade etmiştik. Fakat böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde cezasızlığın ortaya çıkış biçimi şahsi cezasızlık sebebi olacaktır.

H. Ara Sonuç

Geçici 15. madde ile 6755 sayılı Kanununun 37. maddesini, düzenlemele-
rin lafzı ve mevzuattaki benzer örnekleri, düzenleniş biçimi, yürürlüğe gir-
diği dönemi, kapsamı, hukuki niteliği, cezasızlığın mevcudiyeti ve türü ba-
kımından ayrıntılı bir şekilde karşılaştırdık. Şimdi yapılması gereken, ilk
bölümde yer verilen cezasızlık kurumu ve mezkûr 15. madde ve 37. madde-
yi aynı potada eriterek, bir sonuca varmak ve değerlendirme yapmaktır.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Cezasızlığın tanımına tekrar dönersek, cezasızlık kavramı, en geniş ta-
nımıyla, mevzuat ve/veya uygulama nedeniyle soruşturma veya kovuşturma-
nın açılmaması veya açılan soruşturma ve kovuşturmanın gerektiği gibi
yürütülmemesi ya da ortaya çıkan hükmün adalet ile bağdaşmaması veya
verilmiş olan hükmün muhtelif nedenlerle infaz edilmemesinden kaynak-
lanmaktadır. Cezasızlık siyasi iradenin yokluğu ve kayıtsızlık gibi fiili ceza-
sızlıktan kaynaklanabileceği gibi, af, zamanaşımı, şahsi cezasızlık sebebi
gibi hukuki cezasızlık nedenlerinden de meydana gelebilir.

Geçici 15. maddenin o dönem muktedirlerine getirdiği sorumsuzluk zır-
hının, işkence ve kötü muamele faillerinin yargılanmasını -en azından yarat-
tığı hukuka uygunluk intibasıyla- engellediğini, Geçici 15. maddenin 2010
referandumuyla kaldırılmasını müteakip başlatılan soruşturmanın zamana-
şımı nedeniyle takipsiz kaldığını ve 80 Askeri darbesinin baş mimarlarının
yargılamalarının ölüm nedeniyle gerçekleşmediğini, dolayısıyla Geçici 15.
maddenin bir cezasızlık düzenlemesi olduğunu etraflıca açıklamıştık.

37. madde bağlamında yorum yaptığımızda, bu yazının kaleme alındığı
tarihte maddenin getirdiği hukuki cezasızlığın yahut fiili cezasızlığın tahlili-
ni yapmak mümkün değildir. Zira bu konuda yüksek yargı mercilerine inti-
kal etmiş bir olay henüz bilinmemektedir. Fakat, 37. maddenin cezasızlık
getirmeyeceği yönünde cesurca bir yorum yapmak da kolay değildir. Ger-
çekten de 37. madde lafzı itibariyle kapsamına resmî sıfat taşıdığı gözetil-
meksizin birden fazla sivil öğeyi ve iki yılı aşkın bir süre devam eden

OHAL dönemi boyunca tanzim edilen OHAL KHK'ları muvacehesinde karar alan ve görevleri yerine getirenleri kapsamına almakta, bunların devamı niteliğinde ifadesiyle zaman bakımından bir muğlaklık yaratmaktadır. Ayrıca, getirilen cezai, mali, idari ve hukuki sorumsuzluk, Geçici 15. maddeden daha kapsamlıdır.

Geçici 15. madde gibi, o vakit seçmenlerinin %91'inden fazlasının oyu- nu alarak bir yönde bir meşruiyete sahip ve kapsamı sınırlı olan bir sorum- suzluk düzenlemesi cezasızlık getirmişse, 37. maddenin de evveliyetle bir cezasızlık getireceği söylenebilir. 37. maddenin uygulamasının Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararıyla belirlendiği ve madde metninin yalnızca meşru müdafaa hallerinde, terör eylemlerinin bastırılması kapsamında darbe teşebbüsüyle sınırlı durumlara ilişkin olduğu savunulabilecekse de Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararlarındaki gerekçelerin bağlayıcı tartışmalıdır.¹¹³

Hem Geçici 15. madde hem de 37. madde çerçevesinde tesis edilen yüksek mahkeme kararları, düzenlemelerin işkence ve kötü muamele gibi ağır insan hakları ihlallerine mahal vermeyeceğini ve bu yönde bir sorumsuzluk bahşetmeyeceğini yinelemektedir. Fakat burada önemli olan bu düzenleme- lerin toplum nezdinde *bir hukuka uygunluk intibası* yaratmamasıdır.

Gerçekten de ALTIPARMAK şöyle demektedir:

*“... Türkiye’de 12 Eylül 1980 sonrasında gerçekleştirilen ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin yargılanmasının önündeki temel engel olarak Geçici 15. madde gösteriliyor. Yakın zamana kadar bu maddenin içeriğine bakılmaksızın mutlak bir dokunulmazlık getir- diği düşünülüyordu. Maddenin kaldırılması konusunun gündeme gelmesi ile farklı görüşlerin dillendirilmesi, maddenin sanıldığı ka- dar açık bir hüküm getirmediğini gösterdi...”*¹¹⁴

¹¹³ GÖZLER'e göre, yorumlu ret kararları ile normal ret kararları arasında bir fark bulunmamak- tadır. Bu nedenle yorumlu ret kararı verilen bir kanun maddesi yürürlükte kalmaya devam eder ve somut olaylara uygulanır. Somut olaylarda o maddenin ne anlama geldiğine, nasıl yorumlanacağına Anayasa Mahkemesi değil, onu uygulayacak mahkemeler karar verecektir. GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Dördüncü Bası, Ekin, Bursa, 2007, s.517.; Tartışma için Bkz. YILDIZTURAN Şerife İlgin, Anayasa Mahkemesi'nin Yorumlu Ret Kararları, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, s. 93.

¹¹⁴ ALTIPARMAK, 2016a, s. 102.

Hukuka uygunluk intibasını demekle kastettiğimiz şey de tam budur. Zira biz hukukçular bile Geçici 15. madde ve 37. maddeyi ayrıntılı bir şekilde irdelemeden maddenin mutlak bir cezasızlık getirdiği yönünde yorum yapabiliriz. Hukuka güvenlik ilkesi de tam bu noktada devreye girmektedir. Nitekim, hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri *hukuki güvenlik ilkesi* olup hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.¹¹⁵ Bu yönde eylemin hukuken suç olduğunun tespiti ve cezasız bırakılmayacağına yönelik olan güvence, failin etrafındaki zırrı kaldıracak, mağdurun üzerindeki fiziksel şiddet tehdidini azaltacak; hayatta kalanın içine sıkıştırılan korkulu ve güvensiz ruh halini bir nebze tamir edecektir.¹¹⁶

Dolayısıyla kanun koyucunun, mutlak sorumsuzluk öngörüldüğü şeklinde yorumlanabilecek düzenlemelere yer vermesi, hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecek ve failere cesaret verecek niteliktedir. Geçici 15. madde ve 37. madde mutlak bir cezasızlık getirmiyorsa, başka bir deyişle ihdas tarihlerinde bulunan olağanüstü hallerde genel hükümler uygulanacaksa, neden bu düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu da ayrı bir tartışma konusudur.

Öte yandan, 37. maddenin bir Anayasa hükmü olan Geçici 15. maddeden farklı olarak bir kanun hükmü olduğunu ifade etmiştik.¹¹⁷ Anayasa'nın 11. maddesinin 2. fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz. Dolayısıyla 37. maddenin, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına içkin mahkemeye erişim hakkına, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve sair Anayasal güvencelere aykırı olduğunu söylemek zor olmayacaktır.

Sonuç itibarıyla, her ne kadar kanun koyucunun ceza kanunları ihdas ederek şahısları cezalandırma ve af kanunu çıkarmakla yahut şahsi cezasızlık sebepleri düzenleyerek bu cezaları cezalandırmama yönünde takdir hakkı

¹¹⁵ AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28.12.2017, § 309. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/179?KelimeAra%5B%5D=hukuk%20güvenliği%20ilkesi> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

¹¹⁶ DİNÇER Hülya, "90'lardan bugüne Türkiye'de cezasızlık politikalarının bilançosu: Savaşın gölgesinde adalete bağırarak", **Toplum ve Bilim**, S. 152, 2020, ss.40-71. https://www.academia.edu/44749844/90_lardan_bugüne_Türkiye_de_cezasızlık_politikalarının_bilançosu_Savaşın_gölgesinde_adalete_bağırmak (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

¹¹⁷ III.Bölüm, B. kısmı.

bulunsa da bu yetkinin sınırsız olduğunu ifade etmek hukuk devleti ilkesiyle bağdaşabilir değildir. Gerçekten de devletlerin af yetkisinin, şahsi cezasızlık sebebi düzenleme yetkisinin ve sorumsuzluk bahsetme yetkisinin kendi Anayasalarından kaynaklanan ilkelerden ziyade, uluslararası sözleşmelerle ve hukukun genel ilkelerle sınırlı olduğunu savunmak insan hakları hukukuna en uygun yorum biçimi olacaktır.

Nitekim işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele, zorla kaybetme gibi ağır ve ciddi insan hakları ihlallerinin meydana gelmesi halinde bu hususlar hakkında af, şahsi cezasızlık nedeni ve yargı bağışıklığı gibi düzenlemeler yapılması uluslararası hukuka ve iç hukuka aykırılık teşkil eder. Özetle, 82 Anayasa'sının mülga Geçici 15. maddesi ve 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesi, bir hukuk devletinde karşılaşılmaması gereken cezasızlık getiren/cezasızlık getirmesi mümkün olan düzenlemelerdir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKÇA İsmet / ALGÜL Süreyya / DİNÇER Hülya / KELEŞOĞLU Erhan / ÖZDEN Barış Alp, **Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri**, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2017.
- ALTIPARMAK Kerem, **Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı**, İnsan Hakları Ortak Platformu-İHAP, Ankara, 2016.
- ALTIPARMAK Kerem, **Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak**, “Cezasızlıktan Hesap Verebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin İzleme ve Müdahale Kapasitelerinin Geliştirilmesi” projesi Cezasızlık Kültürü, Yayın No. 3, s.106. <https://ihop.org.tr/zaman-ve-asimi-agir-insan-haklari-ihlallerinin-kilifini-kaldirmak/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).
- ARTUK Mehmet Emin / GÖKÖEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet, 2017.
- BACANLI Hakan, **Cumhuriyet Dönemi Olağanüstü Bölge Yönetim Uygulamaları (Umumi Müfettişliklerden Olağanüstü Hal Bölge Valiliğine)**, Ankara Üniversitesi Türki İnkılâp Tarihi Enstitüsü, Ankara, 2012.
- CAN Sibel, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, ss. 1291 - 1312.
- DEMİR KOŞAR Gizem Ceren, Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Cezasızlık Sorunu, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı, 2021.
- DİNÇER Hülya, Kalıcı Olağanüstü Halin Yeni Cezasızlık Rejimi: Adaletin Yasa Eliyle İlgası, 2020, <https://ayrintidergi.com.tr/kalici-olaganustu-halin-yeni-cezasizlik-rejimi-adaletin-yasa-eliyle-iligasi/> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).
- DİNÇER Hülya, “90’lardan bugüne Türkiye’de cezasızlık politikalarının bilançosu: Savaşın gölgesinde adalete bağırarak”, **Toplum ve Bilim**, S. 152, 2020, https://www.academia.edu/44749844/90_lardan_bugüne_Türkiye_de_cezasizlik_politikalarının_bilançosu_Savaşın_gölgesinde_adalete_bağırarak (Erişim Tarihi: 28.09.2024).
- DUVAN ÖZKAN Ayşe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, ss. 660-681.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Dördüncü Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.
- GÜLTEKİN YILMAZ Gökçe, **İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Devletin Yükümlülükleri**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2009.
- ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m1-75)**, 6. Baskı, Beta, 2016, İstanbul.

- KAYAOĞLU Demet, Türk Hukuku'nda Devlet Başkanının Af Yetkisi, Erzincan, Yüksek Lisans Tezi, Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, 2014.
- KOCA Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", C. 1, S. 1, 2006, ss. 111-143.
- MERAN Necati, "Ceza Hukukunda Dava Zamaşımı", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 112, 2015, ss. 66-72.
- NAZLI Ahmet, 1982 Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1996.
- RÜZGAR Canel, 1982 Anayasası'nda Hukuk Devleti İlkesi ve Geçici 15. Madde, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı, 1999.
- ORENTLİCJHER Diane, İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunması, Cezasızlık: Bağımsız Uzman Cezasızlık ile Mücadeleyle İlgili Prensipler Hakkındaki Güncel Raporu, Bağımsız Uzman, Nihai Gözlem Raporu, Birleşmiş Milletler, 2005, ss. 5. https://in.sanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=562 (Erişim Tarihi: 28.09.2024).
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin, Ankara, 2017.
- SEVDİREN Öznür, **Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2014.
- ŞİRİN Tolga, "Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, ss. 1577 - 1607 <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/TOLGA-SIRIN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, Yetkin, 2018, Ankara.
- SÖZÜER Adem, "Türk Hukukunda Af, 4453 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", **Anayasa Yargısı**, C.17, S.1, ss. 219-253.
- SÜZÜLMÜŞ Seçkin, Türk Hukukunda Af Kavramı, Mersin, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020.
- TAN Turgut, "1982 Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi Üzerine", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 49, S. 01, 1994, ss. 373-385. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3114/43208> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).
- YEMENİCİ Kürşat / KORUCULU Irmak, "Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2020 Tarih ve 2020/38 Sayılı Kararına İlişkin Ceza Hukuku Yönüyle Bir Değerlendirme", **Sakarya Hukuk Dergisi**, C. 6-7, S. 1-2, ss. 11-37.
- YILDIZTURAN Şerife Ilgın, Anayasa Mahkemesi'nin Yorumlu Ret Kararları, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011.

İçtihat ve Mevzuat Kaynakları

Lexpera Mevzuat. <https://www.lexpera.com.tr>

Anayasa Mahkemesi Kararları Bilgi Bankası.

Norm Denetimi Kararları için <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

Bireysel Başvuru Kararları için, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

Resmî Gazete. <https://resmigazete.gov.tr/>

AIHM Kararları: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22%5D%7D>

Uluslararası Metinler

Avrupa Konseyi, Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, (çev. Zeynep Güllü) Strazburg, 2013 <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Avrupa-Konseyi-İnsan-Hakları-El-Kitapları-Ağır-İnsan-Hakları-İhlallerinde-Cezasızlığın-Ortadan-Kaldırılması-2013.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, Yaşam Hakkı, Adalet Bakanlığı Çevirisi, 2018.

Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, (çev. Ö. Çınar ve A. Kaya) İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2008, s.11. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811pozitif_yukumluluk.pdf (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Birleşmiş Milletler, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ciddi İhlalleri ile Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Mağdurlarının Başvuru ve Onarım Hakkına Dair Temel İlke ve Esaslar, (ç. G. Bor) 64'üncü Genel Toplantı, 2005 <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2020/07/Uluslararası-İnsan-Hakları-Hukukunun-Ciddi-İhlalleri-ile-Uluslararası-İnsancıl-Hukukun-1.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ciddi İhlalleri ile Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Mağdurlarının Başvuru ve Onarım Hakkına Dair Temel İlke ve Esaslar, Türkçeye Çeviren: Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Adına Hukukçu ve Bağımsız Araştırmacı Güley Bor, 64'üncü Genel Toplantı, 2005 <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2020/07/Uluslararası-İnsan-Hakları-Hukukunun-Ciddi-İhlalleri-ile-Uluslararası-İnsancıl-Hukukun-1.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

ÖZEL HUKUK

COMPETITION LAW VIOLATIONS REGARDING BIG DATA EXPLOITATION IN TURKEY^(*)

Prof. Dr. Murat BALCI^(**)
Muhammet Emirhan HAVAN^(***)

Abstract: Data has recently become a prominent asset in the market. However, its pre-eminence has also raised some concerns with regard to competition law because of unique risks in the data market. Companies possessing enormous amount of data have discovered new ways to exclude their competitors from the market by unjustifiably taking advantage of their data. Because some of these new ways are unprecedented in competition law, the competition law literature strives to respond to these conducts with appropriate instruments. Given the rising popularity of e-commerce in digital markets, comprehending such kind of situations appears to be more critical than ever before. With a population of over 80 million, Türkiye is a crucial market for international business. That's why, compliance with competition law is equally important for Türkiye's international business partners. This paper discusses case law that has been developed by the Turkish Competition Authority with similar cases in the international literature in order to present the status quo in the Turkish competition law in relation to the implication of big data in Türkiye.

Keywords: Big Data, Competition Law, Turkish Competition Authority, Abuse of Dominant Position, Data Access Restrictions.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 06.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 10.12.2024.

^(**) Polis Akademisi Başkanı, Ankara/İstanbul - Türkiye,

E-posta: balci53@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8506-7911>.

^(***) Fribourg Üniversitesi doktora öğrencisi ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti bursiyeri,

E-posta: emirhanhavan@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6210-3337>.

TÜRKİYE'DEKİ BÜYÜK VERİ KULLANIMINA İLİŞKİN REKABET HUKUKU İHLALLERİ

Öz: Veri günümüzde piyasanın önemli bir varlığı haline gelmiştir. Ancak, bu durum aynı zamanda rekabet hukuku bakımından veri piyasalarına özgü riskler sebebiyle bazı endişelere de neden olmuştur. Büyük miktarda veri bulunduran şirketler verilerini kullanarak rakiplerini piyasadan dışlamanın yeni yollarını keşfetmişlerdir. Bu yeni yolların rekabet hukukunda daha önce bir karşılığı olmadığı için öğreti bu eylemlere uygun araçlarla cevap vermeye çalışmaktadır. Dijital pazarlarda e-ticaretin artan yaygınlığı bu gibi durumların anlaşılmasını hiç olmadığı kadar önemli hale getirmiştir. 80 milyonu aşan nüfusu ile Türkiye uluslararası ticaret için oldukça önemli bir pazardır. Bu yüzden rekabet hukuku ile uyum Türkiye'nin uluslararası ticaret ortakları için önemlidir. Bu makale, Türkiye'deki büyük veri uygulamaları ile ilişkili olarak Türk rekabet hukukundaki durumu ortaya koymak için Türk Rekabet Kurumu tarafından uluslararası örneklerine benzer davalar için geliştirilen içtihatları tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Büyük Veri, Rekabet Hukuku, Türk Rekabet Kurumu, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Veriye Erişim Sınırlamaları.

INTRODUCTION

Several authors have stated data as a kind of new oil to imply its leading role in the business world.¹ By possessing and processing data, companies attempt to increase efficiency in their business activities, and hold a significant competitive advantage over their competitors or new entrants. As of today, many different implications of data are being observed in numerous markets. Therefore, some predict that data will occupy a place as important as oil currently does. Oil is the most essential input for most enterprises due to being the principle source of energy, and data will be the most essential input due to being the principle source of information shaping market dynamics.² In fact, this prediction has already been seen to be proven true as a result of the excessive profit figures of IT companies that have dominated the Top Ten Companies lists for several years.³

A competitive advantage in possessing data has been noticed not only by businessmen but also by legal authorities. As a consequence, competition authorities have initiated analyses regarding compliance of these business strategies with competition law. To this end, this article will examine the case law of the Turkish Competition Authority (henceforth “the Authority”) in comparison with analogous cases in other jurisdictions to demonstrate actual status quo of the competition law policy in relation to data possession and exploitation in Türkiye.

Due to its population of over 80 million citizens, Türkiye offers unique business opportunities to its international partners. According to empirical studies, Türkiye has 71.38 million Internet users, which amounts to 83.4% of its population.⁴ Moreover, 64.6% of the people between 16-64 years old

¹ “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”, 06.03.2017, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (accessed: 08.11.2023); LEE Jean Wei, “Data-Driven Mergers: Is It Time to Reform EU Merger Control?”, *De Lege Ferenda*, Vol. 6, N. 1, 2023, pp. 103-139, p. 104; CHIARELLA Maria Luisa / BORGESSE Manuela, “Data Act: New Rules about Fair Access to and Use of Data”, *Athens Journal of Law (AJL)*, Vol. 10, N. 1, 2024, pp. 47-62, p. 52; KETIZMEN Muammer / KART Aslıhan, Kişisel veri ve rekabet hukuku kapsamında “Big data”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Vol. 1, N. 1, 2019, p. 67.

² Data is classified as an input in decisions of the Authority as well, see Turkish Competition Authority, Case No. 2021-1-002, Decision No. 22-48/706-299, 20.10.2022 (Meta), paragraph 257.

³ For example see, “Companies Ranked by Market Cap - CompaniesMarketCap.Com”, <https://companiesmarketcap.com/> (accessed: 08.11.2023).

⁴ Rekabet Kurumu, “Dijital Dönüşümün Rekabet Hukukuna Yansımaları”, Rekabet Kurumu, 04.2023, p. 2, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dijital-piyasalar-calisma-metni.pdf> (accessed: 06.04.2024).

engage in online shopping.⁵ These numbers reveal Türkiye's predominant market share in a global scale; thus, its competition law framework should be thoroughly understood as well in order to avoid dear consequences of an unfortunate violation. This study hopes to illuminate particularities of the Turkish competition framework to diligently map the competition law foreground in terms of data-related issues in Turkey.

I. ECONOMIC IMPACT OF DATA

One may rightfully inquire why the importance of data has not been discussed until recent years. The answer is the infeasibility of processing and storing enormous quantities of data due to technological inconveniences. In order to comprehend the problem, an analogy can be made with intellectual property rights. Why had intellectual property not been imposed or even developed so intensely in ancient laws as we do currently? It was simply because copying a book meant rewriting the whole text by hand in that era. Therefore, exploiting the intellectual effort of an author by hand copying was not economically feasible. However, once the publication techniques were developed, copying became much easier than ever, which permitted people to multiply hundreds of copies of a work at a marginal cost to freeride intellectual efforts of their authors. In other words, it was because of the fact that production costs of an intellectual property object are high, whereas transmission costs are negligible.⁶

A very similar case applies here. With the development of Internet services, instantaneous transfer of huge packets of data has become possible and feasible. Thanks to these developments, datasets in large-scales can now be kept updated and processed in real time.⁷ Consequently, companies have started exploiting data that they had been collecting to maximize their production processes, identify their target markets and relevant consumers, and even determine the most profitable prices for their goods and services.⁸ This

⁵ *ibid*, p. 4.

⁶ COOTER Robert / ULEN Thomas, **Law and Economics**, 6th edition, Pearson, 2016, p. 114.

⁷ Rekabet Kurumu, p. 66; Meta, paragraph 243.

⁸ SIVINSKI Greg / OKULIAR Alex / KJOLBYE Lars, "Is Big Data a Big Deal? A Competition Law Approach to Big Data", **European Competition Journal**, Vol. 13, N. 2-3, 2017, pp. 199-227, p. 199; WASASTJERNA Maria, "Competitive Law, Big Data and Privacy", **International In-House Counsel Journal**, Vol. 10, N. 39, 2016, pp. 1-8, p. 3. Possessing data is as crucial as having a developed algorithm, see BESEN Stanley M, "Competition, Privacy, and

business method has strived to such an extent that competitive power of entities is evaluated according to the data they possess in addition to other traditional variants.⁹ This contemporary reality urges national and some international bodies such as the European Commission to come up with an effective response to shelter the competitiveness of markets. The Authority is one of these bodies and recently demonstrated its awareness concerning competition-related aspects of data possession in one its rulings as follows:

*“It is observed that data is treated as a crucial input in digital markets fundamentally for online services, production processes, logistics, smart devices, and artificial intelligence, and data access, and usage are predicted to affect the competitiveness of enterprises more and more with each passing day. Currently, the competition power of enterprises is being increasingly measured according to the quantity, variety, and quality of the data they possess. This is even more apparent in digital markets.”*¹⁰

An important question still remains to be unsolved. Why is data alleged to be an essential input like oil? The answer is because data feeds algorithms, e.g. of an artificial intelligence system, just as factories are fed by inputs. Hence, if these algorithms are not supported by accurate up-to-date data, they cannot function as expected, even if they are perfectly coded. An example can be given to concretize this situation: Imagine a candy factory which is endowed with the most modern machines. The expectation is that the factory will most likely produce candies in high quality. Nonetheless, this expectation might upset investors unless the factory can procure high quality sugar, without which it cannot produce an output in line with the expected quality no matter how successful are the machines that it has been equipped with. The same applies to a cutting-edge algorithm that is being deprived of necessary quantity and quality of data. Just like our candy factory example, in most cases, new entrants to data-oriented markets require a

Big Data”, **Catholic University Journal of Law and Technology**, Vol. 28, No. 2, 2020, pp. 63-88, p. 63. For some fictional examples of data usage see MONTJOYE Yves-Alexandre de / SCHWEITZER Heike / CRÉMER Jacques, **Competition Policy for the Digital Era**, LU: Publications Office of the European Union, 2019, pp. 75-76; FURMAN Jason et al., **Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel**, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (accessed: 06.04.2024) p. 23.

⁹ Rekabet Kurumu, p. 64.

¹⁰ Meta, paragraph 242 (free translation).

sufficient amount of data to make their algorithms work properly.¹¹ Nonetheless, some authors also argue that data accumulation does not constitute an entry barrier.¹²

Although this submission is not restricted to digital services that do not require monetary payments, a brief explanation may be relevant here to better comprehend the significance of data possession. As it was just foreshadowed in the previous sentence, some companies do not charge payments to their users in return for the services they offer. Instead, they fund their investments through indirect incomes from third parties, such as targeted advertisements.¹³ On the other side of the coin, the users provide data to the service provider, either by actively giving them or by allowing the service provider to observe the traces that they leave utilizing the service. In brief, three principal actors can be set forth in this model. The first is a service provider who offers its services for free, but who is also awarded advertisement payments from third parties. The second is the users who access services for free but give their data to the provider. The last is the third parties who promote their enterprises through this platform with advertisements.¹⁴ Therefore, a service provider likely be willing to enhance its datasets for two principal reasons: first, to improve its user experience;¹⁵ and second, to come

¹¹ George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, “Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee”, The University of Chicago Booth School of Business, 01.07.2019, <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C> (accessed: 06.04.2024) p. 49; SIVINSKI / OKULIAR /KJOLBYE, p. 209; STUCKE Maurice E. / GRUNES Allen P., **Big data and competition policy**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, p. 8. For an opinion which argues that information can constitute an entry barrier see MÄIHÄNIEMI Beata, **Rekabet Hukuku ve Büyük Veri Dijital Pazarlarda Bilgiye Erişimin Sağlanması**, (çev. M. Balcı / L. Balcı / M. E. Havan), Adalet, Ankara, Nisan 2024, p. 45.

¹² NIVETHA K. / JAHNAVI Mummadi, “Big Data and Competition Policy in India: An Analysis”, **Supremo Amicus**, Vol. 16, 2020, p. 223 et seq.

¹³ MEMİŞ Tekin, Google Alışveriş-Fiyat Karşılaştırma Sisteminin Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 3, N. 6, 2017, p. 32. This market model is also called the attention market, as the service provider sells the attention of the user to third parties’ advertisements, see FURMAN et al. p. 22. This advertisement technic is called as behavioral advertisement see MÄIHÄNIEMI, 2024, p. 59.

¹⁴ European Commission, Google Search (Shopping), CASE AT.39740, 27 June 2017, (Google Search (Shopping)) paragraph 158. For a detailed analysis of this decision see MEMİŞ, p. 39 et seq.

¹⁵ For example by introducing new services that are developed basing on the accumulated data, see MÄIHÄNIEMI, 2024, p. 54.

up with better matches between advertisements and users. Improving user experience is important for attracting more users, and for making current users use the service even more, because it means being able to offer third parties a larger and more devoted audience group. In addition, the service providers can improve their algorithms to better match advertisements to interested users.¹⁶ The larger the audience group is (the first reason), the more third parties will be ready to pay for advertisement. By the same token, the more accurate the advertisements are (the second reason), again, the more third parties are willing to pay for their advertisements. Furthermore, if these improvements are achieved successfully, more third parties will come to the service provider to advertise their products, which means larger income flows for the service provider.¹⁷ This market model explains why most digital service providers are strictly dependent on data without which neither the user experience nor the advertisement algorithm can be developed. Some even argue that data has become the new currency of digital markets by relying on this market model.¹⁸

Traditional approaches to competition law may fall short of comprehending stakes in data-oriented markets. However, this is not the sole problem. In fact, certain aspects of the data market are prone to monopolization in the natural course of business due to the so-called syndrome of “data gravity”.¹⁹ Data-gravity implies that if someone already possesses a large dataset, this will provoke accumulation of even more data due to data-gravity effect. As a consequence, its enlarging data pool will eventually further enhance their market power which might end up with a dominant position. A simple example can be given to explain this theory. Algorithms of a streaming platform that has the largest user dataset will work more accurately than those of smaller competitors. Thus, that streaming platform can predict users’ expect-

¹⁶ EKİN, p. 128.

¹⁷ George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, p. 25; SIVINSKI / OKULIAR / KJOLBYE, p. 201. For an alternative analysis of this model see CASTELLANOS PFEIFFER Roberto Augusto, “Digital Economy, Big Data and Competition Law”, **Market and Competition Law Review**, Vol. 3, N. 1, 2019, pp. 53-90, p. 59.

¹⁸ CHIRITA Anca D., “Data-Driven Mergers Under EU Competition Law”, **The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation**, (eds) J Linarelli & O Akseli, 1st ed, Oxford, Hart Publishing, 2019, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3199912> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3199912>, pp. 147-184, p. 153; KETIZMEN / KART, p. 67.

¹⁹ MÄIHÄNIEMI Beata, **Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets**, Cheltenham, GB Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited, 2020, p. 31. Also see, MÄIHÄNIEMI, 2024, p. 50.

tations from the platform better than other platforms thanks to its extensive data pool. Therefore, potential users will probably choose that bigger streaming platform instead of its small competitors as a result of the success of its algorithms. This will further enlarge the bigger platform's consumer data, and allow its algorithms to be further developed. One can easily notice here that data gravity creates a feedback loop that provides huge data possessors with more data. As a consequence, smaller data companies risk being deprived of the necessary data and can be eliminated from the market which paves the way for a monopolistic market.²⁰ Data concentration problem can worsen further due to economies of scale and network externalities.²¹ Hence, as we seen, digital markets do not only impose new forms for old school competition law concepts, they also bring brand-new competition problems like data-gravity with which competition law literature is quite unfamiliar.

On the other hand, there are also some other particularities regarding data markets that can promote competition, such as the multi-homing, non-rivalry nature of data or the very dynamic innovative nature of the data market. However, the risks are obviously quite worrisome not to leave market dynamics unregulated. Turkish data markets are also currently confronting such problematic issues. Next sections will discuss three principal data-related anti-competition behaviors by putting a prominent example in focus to demonstrate the Authority's approaches.

²⁰ BESEN, pp. 66-67. FTC Commissioner Harbour explained a similar effect in an M&A transaction as follows “*Various scenarios for data sharing have been hypothesized, but they all rely on the same conclusion: search information gathered by Google, combined with browsing information gathered by DoubleClick, will create a far richer source of data to enable highly targeted advertising.*” See Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, 071-0170 (F.T.C. 20 December 2007). For a similar explanation Rekabet Kurumu, p. 71; EKİN Beste, *Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri*, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, p. 126. For the term of “feedback loop” see George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, p. 18. For an illustrative scheme see OECD, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era”, 27.10.2016, <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M%282016%292/ANN4/FINAL/En/pdf> (accessed: 06.04.2024) p. 10, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (accessed: 06.04.2024). A similar explanation is also observed in one of the decisions of the Authority; see Meta, paragraph 262.

²¹ HAYASHI Shuya / ARAI Koki, “How Competition Law Should React in the Age of Big Data and Artificial Intelligence”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, N. 3, 2019, pp. 447-456, p. 452; MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, pp. 20-21. Economy of scale indicates business models within which entails high up-front investments and fixed costs, yet slight additional costs for multiplying the users. Therefore, the more users this business attracts, the more profitable it can become, see FURMAN et al., p. 32.

II. ABUSE OF DOMINANT POSITION THROUGH DATA USAGE: TRENDYOL.COM

Companies may capture a significant power throughout their business operation in relevant markets, which may permit them to influence the market dynamics. In fact, possessing such a power is not per se prohibited;²² however, using such power to apply unfair practices is. In competition law terminology, these acts are referred to as an “abuse of dominant position” as also enshrined by Article 3 of Turkish Act No. 4054 On the Protection of Competition (Turkish Competition Act). The provision defines a dominant position as “*The power of one or more undertakings in a particular market to determine economic parameters such as price, supply, the amount of production and distribution, by acting independently of their competitors and customers.*”

The Authority has developed certain criteria to detect dominant position especially in digital markets in its decisions. It employed the number of visits, number of corporate members, and turnover of corporate members in its *Sahibinden*²³ decision to argue existence of a dominant position.²⁴ In its *Yemeksepeti* decision, the Authority referred to the number of contracted chain restaurant locations,²⁵ users that has used the *Yemeksepeti* application at least once,²⁶ and active users.²⁷ German Competition Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) art. 18(3a) enlists some conditions which can be used in assessing market power of an enterprise one of which is access to “*data relevant to competition*”.²⁸ However, such reference does not exist in Turkish Competition Code.

²² MEMİŞ, p. 34; MÄIHÄNIEMI, p. 28.

²³ Sahibinden.com is an Internet site via which personal or corporate sellers can present their offers for real estate and second-hand cars. Buyers, on the other hand, can search these products and compare offers of the sellers according to various criteria., see “Dünden Bugüne”, <https://www.sahibinden.com/kurumsal/hakkimizda/> (accessed: 06.04.2024).

²⁴ Turkish Competition Authority, Case No. 2017-2-3, Decision No. 18-36/584-285 01 October 2018 (Sahibinden) paragraph 86.

²⁵ Turkish Competition Authority, Case No. 2014-3-87, Decision No. 16-20/347-156, 09 June 2016 (Yemeksepeti), paragraph 109.

²⁶ *ibid*, paragraph 111.

²⁷ *ibid*, paragraph 112. For other examples in comparative law see CASTELLANOS PFEIFFER, p. 64 et seq.

²⁸ KETIZMEN / KART, p. 71.

As previously stated, being in a dominant position is not in and of itself prohibited unless it is used abusively. In digital markets, handling enormous datasets permits big companies to develop new ways to exploit the advantages of their dominant positions and to leverage it against other business activities in different sectors. One of the most effective methods is utilization of big data to expel small sellers from retail markets. The article here can elaborate on one fictional example to better explain such risk. We can assume a common digital marketplace in which thousands of sellers offer their products from various sectors. The owner of this digital market by observing transaction data, is able to collect a significant amount of commercial statistics. These statistics would enable it to know which product is sold at most and when, as well as what the most profitable price is. By possessing such data, this digital marketplace will have a substantial competitive advantage over small retailers if it decides to launch its own products on its digital marketplace. For instance, it can determine that bicycles were the most profitable product in June, as schools were closed and summer vacation had commenced for children. The owner can then launch a brand in the bicycle sector in June to compete with other bicycle sellers whose sole business activity is bicycle marketing. Furthermore, the owner can infer the best prices thanks to the dataset nourished by hundreds of transactions completed by other bicycle sellers. And then in July, assume that swimsuits are the best sellers because of the start of the beach season. This digital marketplace owner may then suspend its bicycle business until next season and switch to the swimsuit sector in order to compete with swimsuit retailers for this time of the year. Probably both the bicycle and swimsuit retailers will have to wait for the optimum season (respectively June and July) to make their annual profits, as they cannot be as flexible as the digital market owner to make drastic changes in their business activities due to the small scales of their enterprises. And when their season comes, they will be confronted with a gigantic competitor who is capable of gobbling profitability of a specific market in the relevant season.²⁹ It is also supported in the doctrine that due to their data sets, dominant companies can also determine smaller enterprises who can become a competitive of them in a very early stage.³⁰

²⁹ HAYASHI / ARAI, p. 454.

³⁰ CASTELLANOS PFEIFFER, p. 8.

The European Commission (henceforth “the Commission”) addressed such a situation in its Amazon decision. Upon noticing Amazon’s dual role, a retailer and marketplace at the same time, the Commission initiated an anti-trust investigation against it in 2019.³¹ A similar risk was emphasized in the relevant press release that stated, “*When providing a marketplace for independent sellers, Amazon continuously collects data about the activity on its platform. Based on the Commission’s preliminary fact-finding, Amazon appears to use competitively sensitive information about marketplace sellers, their products, and transactions on the marketplace.*”³² In the preliminary findings, the Commission rendered Amazon’s reliance on non-public business data to be in breach of the EU’s competition framework.³³ This dataset contains statistics regarding order and shipment numbers, revenues, number of visits to retailers’ offers, and various other consumer-related data.³⁴ Quite similar to our fictive example, the Commission stated that Amazon’s usage of this dataset for calibrating its business strategy was not in compliance with competition law.³⁵ Ultimately, Amazon committed not to use non-public business data concerning independent retailers or data that could be inferred from it for its own retail business.³⁶ Upon the Commission’s acceptance of these commitments, the case was closed.³⁷ Commission’s preoccupation with regard to that matter has recently reincarnated in Digital Market Act (DMA) art. 6(2), which

³¹ “Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anti-Competitive Conduct of Amazon”, Brussels, 17.07.2019, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291 (accessed: 23.11.2023).

³² *ibid.*

³³ “The Commission takes issue with Amazon systematically relying on non-public business data of independent sellers who sell on its marketplace, to the benefit of Amazon’s own retail business, which directly competes with those third party sellers.” See “Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Amazon for the Use of Non-Public Independent Seller Data and Opens Second Investigation into Its e-Commerce Business Practices”, Brussels, 10.11.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077 (accessed: 23.11.2023).

³⁴ *ibid.*

³⁵ “*The Commission’s preliminary findings show that very large quantities of non-public seller data are available to employees of Amazon’s retail business and flow directly into the automated systems of that business, which aggregate these data and use them to calibrate Amazon’s retail offers and strategic business decisions to the detriment of the other marketplace sellers. For example, it allows Amazon to focus its offers in the best-selling products across product categories and to adjust its offers in view of non-public data of competing sellers.*” See *ibid.*

³⁶ “Antitrust: Commission Accepts Commitments by Amazon barring It from Using Marketplace Seller Data, and Ensuring Equal Access to Buy Box and Prime”, Brussels, 20.12.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777 (accessed: 23.11.2023).

³⁷ According to one opinion, privileged data access is a type of self-preferencing, see MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, pp. 68-69.

impedes gatekeepers from using non-publicly available data which is generated by business users or consumers.

Before delving into the Authority's decision on a similar case concerning Trendyol, one of the largest digital marketplaces in Türkiye, we will refer to Turkish Act No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce (i.e., the Electronic Commerce Act). Para. 2(a) of Article 2 of the Electronic Commerce Act. It stipulates that electronic commerce intermediary service providers that have an annual net transaction volume of over 10 billion Turkish Liras (TL) can use data obtained from electronic trade service providers and receivers solely for operating their intermediary services and not for competing with electronic service providers in their own or other electronic marketplaces.³⁸ Electronic commerce service providers are natural and moral persons who have an electronic commercial business activity according to the Electronic Commerce Act article 2(1)(ç), i.e. a retailer operating in a digital marketplace. Moreover, all electronic commerce intermediary service providers, no matter what their annual transaction volume is, are prohibited from marketing their own brands or the brand of an entity within their economic integrity, within the digital marketplaces where they offer their intermediary services pursuant to Article 1(a) of the Electronic Commerce Act. However, this provision does not apply to the brands of those that have more than half of their sales revenues come from sectors other than electronic commerce sales. These provisions in the Electronic Commerce Act, alongside other subparagraphs, were challenged before the Turkish Constitutional Court because of an alleged violation of freedom of enterprise. However, the Turkish Constitutional Court dismissed this application by stating that restricting business activities of intermediary service providers was legitimate for preventing infringement of a safe, healthy, and structured functioning of an electronic commerce environment, for promoting competition in digital marketplaces, and for supporting small-scale enterprises.³⁹ With a similar reasoning, the Turkish Constitutional Court has also rejected violation allegations in relation to Para 1(a) of Article 2 of the Electronic Commerce Act.⁴⁰

³⁸ “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”, Code No. 6563, Adopted on 23.10.2014, Entered into force on 01.05.2015, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6563.pdf> (accessed: 06.04.2023).

³⁹ Turkish Constitutional Court, Merits No. 2022/109, Decision No. 2023/125, 13 July 2023, paragraph 39.

⁴⁰ *ibid*, paragraph 129-130, 133.

Nonetheless, this is not the sole reaction against the implications of big data in Turkish competition law. The Authority has also rendered some crucial decisions to illuminate Turkish competition law's stance regarding the relationship between big data possession and abuse of dominant position. In its Trendyol decision,⁴¹ the Authority discussed legitimacy of utilization of data accumulated by Trendyol employers.

Trendyol is one of the largest online marketing platforms in Türkiye like Amazon. Thousands of retailers can offer consumers their products, and consumers may do online shopping in various sectors directly through Trendyol system. However, this business model also permits Trendyol to observe and gather considerably sensible business data. The Authority discovered that Trendyol used this data for its own retail business, and discussed whether or not this is a compliant conduct in terms of competition law. According to the Authority, data that has been collected through the platform's services constitutes a significant advantage due to its comprehensive volume and quality. This dataset may contain a wide range of highly sensitive information, such as the prices for services or products, price flexibility, demand in the market, and consumers' perspectives.⁴² Therefore, if a company in possession of such data intends to use said data for its own business, apart from what is required for operation of the platform, it will be able to offer the same products or services as smaller retailers without being exposed to a comparable business risks or entry costs that smaller retailers had experienced.⁴³ The Authority found this situation to be prone to undermine retailers' esteem for innovation due to the ability of the platform owner to exploit profitable outcomes of all innovation initiatives and business risks shouldered by the retailers solely by analyzing the market data.⁴⁴ As a consequence, retailers would be less encouraged to promote innovation in their sectors, because positive results of their efforts will be harvested by the huge platform owner at almost no cost.⁴⁵ On the other hand, this situation may

⁴¹ Turkish Competition Authority, Case No. 2021-1-025, Decision No. 21-46/669-334, 30 September 2021 (Trendyol).

⁴² *ibid*, paragraph 26.

⁴³ *ibid*.

⁴⁴ *ibid*, paragraph 27.

⁴⁵ *ibid*; MÄIHÄNIEMI, 2024, p. 75. Safeguarding innovation incentives both for dominant enterprises and other actors should be regarded in determining competition policy, see MÄIHÄNIEMI, 2024, p. 46.

also cause information asymmetry in the market, as retailers have no access to the datasets that the platform owner handles.⁴⁶

Consequently, the Authority decided that Trendyol's usage of the data provided by sellers for their business activities in the platform, and the data produced coming from interactions between consumers and sellers, to promote its own commercial activities to compete with sellers had likely infringed competition in the market.⁴⁷ Hence, the Authority rendered a decision on temporary protections regarding Trendyol's data usage.⁴⁸

However, after almost two years, Trendyol was again investigated for utilization of data accumulated through the platform for the purposes of its own retail business. This time, the Authority decided that Trendyol's conduct had constituted a violation of Article 6 of the Turkish Competition Act concerning abuse of dominant position, and imposed a considerably high administrative monetary sanction amounting to 61,342,847.73 TL (approximately \$2.2 million USD).⁴⁹ Moreover, the Authority obliged Trendyol to restrict access of its data science research team to Private Label products (i.e., Trendyol's own products) and not to use the data obtained from its digital market business for its own Private Label products.⁵⁰

Like the European Commission, the Authority demonstrated that leveraging dominant position to exclude small retailers by relying on datasets that had been acquired through operation of the platform is forbidden. Thus, international business partners who handle large amounts of data should be cautious if they intend to use these datasets for their other business operations. Upon noticing such behavior, the Authority will most likely impose a significant administrative sanction. To avoid such an unsolicited result, companies can reorganize their internal operations and carefully decide who has access to which data. If operational measures are taken, this study believes that a beneficial exploitation of data will be possible while avoiding sanctions.

⁴⁶ Trendyol, paragraph 27.

⁴⁷ *ibid*, paragraph 34.

⁴⁸ *ibid*, paragraph 63.

⁴⁹ "DSM Grup Danışmanlık İletişim ve Satış Ticaret AŞ hakkında Yürütülen Soruşturmaya İlişkin Nihai Kararın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 49. Maddesi Uyarınca Açıklanması", 26.07.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dsm-nihai-karar-duyuru-20230727112628066.pdf> (accessed: 23.11.2023).

⁵⁰ *ibid*.

III. CONTROL OVER MERGERS AND ACQUISITIONS: MIGROS & ANADOLU EFES

In order to present the whole picture in Turkish competition law regarding data relevant issues, the legitimacy of the methods for accumulating data should also be discussed. Data collection with regard to the personal data has already been regulated by way of personal data protection laws. However, these regulations may fall short in covering entirety of the competition law related disputes.

There are several methods for creating a data “silo”. Companies may collect data while their users use of their platforms. In other words, they can “observe” relevant information from the traces that users leave while using these services. Furthermore, users or third-party partners may provide valuable information voluntarily, e.g. by submitting an online subscription form which contains data regarding their age, gender, occupation, and so forth. Besides, as a third method, companies can infer certain information by conducting analyses or combining different data.⁵¹

However, an alternative way exists for capturing even more datasets: acquiring another company.⁵² This way is even more appetizing for companies, as it permits the acquirer to obtain systemized, succinct, and probably unique data with only one move. Nevertheless, such data concentrations could be concerning in terms of competition law policy, and call into question the transaction.

Some competition authorities had initially hesitated to define data markets for a competition analysis.⁵³ The problem was that the authorities used to take data related impacts into consideration in defining markets only if data is traded as such.⁵⁴ The fact that traditional competition law instruments are mostly based on price related analysis causes inconveniences to assess negative effects of a merger particularly on those who benefit from the services in question without a monetary remuneration.⁵⁵ Nevertheless, authori-

⁵¹ MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, pp. 24-25; FURMAN et al., p. 65. For a similar explanation see SIVINSKI / OKULIAR / KJOLBYE, p. 200.

⁵² HAYASHI / ARAI, p. 450.

⁵³ CHIRITA, p. 152. For a parallel finding see KETIZMEN / KART, p. 73.

⁵⁴ NIVETHA / JAHNAVI, p. 222.

⁵⁵ CASTELLANOS PFEIFFER, pp. 60-61; STUCKE / GRUNES, pp. 4-5; WASASTJERNA, p. 3. It is supported that in such cases “*negative effects on quality*” can be used as a benchmark

ties subsequently started recognizing data-oriented markets and transactions as economic activities that could be subjected to competition law.⁵⁶ The Authority announced that it would monitor digital markets in 2020.⁵⁷ However, this does not mean that problems have been completely overcome.

Before allowing a merger and acquisition (M&A) deal, competition authorities inquire into whether such unification is harmful to competition in the market. In order to assess this, they usually look at the financial aspects of these deals and, if the potential impact seems tolerable, they confirm the M&A deal. In the digital era, however, relying solely these analyses may cause unsatisfactory results due to data that companies in question possess.⁵⁸ Datasets involved in an M&A transaction among such companies might be even more incentivizing than traditional financial assets in deciding acquiring a company.⁵⁹ Nevertheless, these transactions may avert due examination from competition law authorities because in some cases these transactions may not be properly reflected in the companies' financial tables. Nonetheless, many M&A projects are currently motivated by data possession. Such kinds of mergers are called "data-driven mergers". One of the pioneering cases is the Facebook/Whatsapp merger in 2014, which was authorized by the European Commission.⁶⁰ When Facebook acquired Whatsapp, Whatsapp's revenue was approximately \$16 million USD, whereas its net loss amounted to \$232.5 million USD, and Facebook spent \$21.8 billion USD for this transaction.⁶¹ At first glance, spending such capital for a loss-making company seems counterintuitive.⁶² However, the main motivation of

see V. Anup Menon, "CCI's Antitrust Probe against WhatsApp: Big Data Processing and Competition Law", **Indian Journal of Law and Legal Research**, Vol. 4 Issue 1, 2022, pp. 1-6, p. 4.

⁵⁶ "First, even though users do not pay a monetary consideration for the use of general search services, they contribute to the monetisation of the service by providing data with each query" see Google Search (Shopping), paragraph 168.

⁵⁷ Rekabet Kurulu tarafından E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi başlatıldı (16.7.2020), <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/rekabet-kurulu-tarafindan-e-pazaryeri-pl-b792ce1d38c7ea11811c00505694b4c6> (date of access: 4.10.2024). See also EKİN, p. 190.

⁵⁸ MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, p. 110.

⁵⁹ CHIRITA, pp. 151-52.

⁶⁰ *ibid*, p. 148, 150.

⁶¹ DEUTSCH Alison L., "WhatsApp: The Best Meta Purchase Ever?", **Investopedia**, 29.03.2022, <https://www.investopedia.com/articles/investing/032515/whatsapp-best-facebook-purchase-ever.asp> (accessed: 23.11.2023).

⁶² For a similar finding see EKİN, p. 262.

this merger was not the financial standings of Whatsapp, it was rather its 450 million users, who were growing even further by an additional 1 million users per day,⁶³ and certainly the enormous extent of the data these users produced.⁶⁴

Despite the rising popularity of data driven mergers, M&A transactions also have a highly worrisome consequence: the consolidation of data in the hands of a sole actor.⁶⁵ This might provide acquirers with a significant and maybe destructive competitive advantage. For example, in Google's acquisition of ITA software, the US Department of Justice (DOJ) imposed "*firewall restrictions within the company that prevent unauthorized use of competitively sensitive information and data gathered from ITA's customers*" on Google⁶⁶ to preserve the competitiveness of online airfare searches. This was because with access to the new data pool coming from ITA, Google could have enhanced its dominant position. A similar concern was raised by Commissioner Pamela Jones Harbour in her dissenting opinion regarding the US Federal Trade Commission's (FTC) decision to close the investigation in relation to the Google-DoubleClick merger. FTC stipulated that this merger was unlikely to affect competition in the market.⁶⁷ However, Harbour stated, "[*Since*] the transaction will combine not only the two firms' products and services, but also their vast troves of data about consumer behavior on the Internet" this transaction involved certain risks with regard to competitiveness in the market.⁶⁸ Interestingly, Commission has also allowed Google-Double Click merger due to the distinctness of markets where they were

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ CHIRITA, p. 148.

⁶⁵ KUMAR Vikash, "Big Data & Competition Law", **Indian Journal of Integrated Research in Law**, Vol. 2, N. 4, 2022, pp. 1-10, p. 5; Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, "Competition Law and Data", 10.05.2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (accessed: 06.04.2024) p. 16. For some examples see SIVINSKI / OKULIAR / KJOLBYE, pp. 210-13.

⁶⁶ United States Department of Justice Office of Public Affairs, "Justice Department Requires Google Inc. to Develop and License Travel Software in Order to Proceed with Its Acquisition of ITA Software Inc.", 08.04.2011, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-google-inc-develop-and-license-travel-software-order-proceed-its> (accessed: 23.11.2023).

⁶⁷ Federal Trade Commission, "Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation: Proposed Acquisition Unlikely to Substantially Lessen Competition", 20.12.2007, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation> (accessed: 23.11.2023).

⁶⁸ Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, p. 4.

operating.⁶⁹ Nevertheless, both *Google-Double Click* and *Facebook-Whatsapp* mergers are harshly criticized in the doctrine, as the Commission is blamed for turning a blind eye to the importance of data possession.⁷⁰

Both the DOJ and the European Commission adopt a similar threefold approach in evaluating merger transaction. They assess if the acquiring company will gain a foreclosing ability, and if it has an incentive to foreclose the market. Lastly, they assess whether such a strategy can actually have a significantly detrimental effect on competition.⁷¹ Nevertheless, the approach of European Commission may undergo some substantial modifications due to entering into force of Data Act⁷² as it attempts to bring some solutions to mitigate dominant power of data holders.

On the other side of the coin, such consolidations may also produce positive effects. In its ruling, the DOJ mentioned that Microsoft would now access more data from Yahoo thanks to the transaction, and this would allow it to improve its services. In this case, consolidation was treated as a positive factor for promoting competitiveness in the market due to the existence of other predominant actors in the market.⁷³

A merger transaction involving a data related concern was discussed by the Authority regarding the Anadolu Industry Group's acquisition of Migros Trade Corp. The Anadolu group is a large conglomerate, one of whose main business activities is alcoholic beverages, mainly its famous Turkish brand *Anadolu Efes*. On the other hand, Migros is one of the largest retail market chains in Türkiye, who markets products such as alcoholic as well as non-alcoholic beverages, olive oil products, stationery, fresh fruit, and vegetables, which are also produced by the Anadolu Group.⁷⁴ In the case at hand,

⁶⁹ LEE, pp. 105-6. For a more detailed analysis see EKİN, p.252-5

⁷⁰ LEE, p. 107. The Commission subsequently noticed that some of the Facebook's statements were actually misleading during merger procedure, and imposed a fine which amounts to 110 million euros against Facebook, see EKİN, p. 266; KETIZMEN / KART, p. 74.

⁷¹ SIVINSKI / OKULIAR / KJOLBYE, pp. 214-15.

⁷² European Parliament and Council Regulation (EU) No 2023/2854 of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act) [2023] OJ Series L.

⁷³ European Commission, Microsoft/Yahoo! Search Business, COMP/M.5727, 18 February 2010. For similar cases see Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, p. 17.

⁷⁴ Turkish Competition Authority, Case No. 2015-3-1, Decision No. 15-29/420-117, 09 July 2015 (Anadolu&Migros) paragraph 41.

digital markets were actually not in question, but the Authority discussed the importance of data possession because of the overlap between these companies' areas of businesses. The Authority noticed that, given that Migros has various business relations with the competitors of the Anadolu Group, the merger would allow the Anadolu Group to be able to apprehend sensitive data about its competitors through access to the Migros datasets.⁷⁵ Anadolu Group could have learned the terms of contracts between Migros and its business partners. Among other risks such as transparency and coordination in the market, this might also have allowed the Anadolu Group to access to customer relationship management (CRM) data regarding other beer brands' customer behaviors.⁷⁶ Because this situation would have enhanced Anadolu Efes' dominant position in the market, the Authority obliged the Anadolu Group to adopt mechanisms not to share sensitive CRM data that Migros possessed with the Anadolu Group.⁷⁷ The Authority also suggested adopting similar measures for other sectors.⁷⁸

Obviously for a huge conglomerate whose production facilities are spread among several sectors, accessing consumer data of a big retail market has a significant value. On the other hand, this would have been a disaster for other producers due to the incredible span of knowledge that their competitor would have about the market. Anadolu/Migros merger can neither be classified as a data-driven merger, nor it was realized in a digital market. Nevertheless, we found the reasoning of the Authority to still be worth mentioning regarding its particular attention regarding possible consolidation of data sets. Thus, we can conclude that, if an international partner intends to acquire another company or sell its entity, it should take into consideration the impacts of potential data concentrations. If this transaction is subjected to the permission of the Authority, this paper suggests preparing a policy framework for accumulated data to ensure and demonstrate that these types of transactions imply no anti-competitive consequences. Alternatively, even though the Authority is yet to discuss possible beneficial consequences of data accumulation, arguing that data concentration is beneficial for the market might even be a preferable way.

⁷⁵ *ibid*, paragraph 283.

⁷⁶ *ibid*, paragraph 289.

⁷⁷ *ibid*, paragraph 360-361.

⁷⁸ *ibid*, paragraph 371.

Before finalizing this section, we should underline that the amount of data being acquired is in itself not a criterion for determining if the relevant transaction should be subjected to permission from competition authorities. Therefore, M&A transactions in the EU may escape the jurisdiction of the Commission if they do not meet the thresholds set out within Paras. 2-3 of Article 1 of the European Union Merger Regulation, despite their potentially substantial influences on the market due to the accumulation of data.⁷⁹ Even in Facebook/Whatsapp merger, thresholds of only three countries were met (not the threshold of EU),⁸⁰ and Facebook voluntarily subjected itself to a union level competition review for avoiding multiple investigations.⁸¹ A similar problem exists in Türkiye as well. According to Article 7 of the Regulation on Merger and Acquisitions Necessitating Permission from the Competition Authority⁸² (henceforth, the Permission Regulation), permission from the Authority is required if an M&A meets a minimum threshold of turnover. Thus, an M&A transaction concerning a company whose datasets are quite valuable but whose turnover is below the thresholds could escape from the control of the Authority despite its significant impacts on competition in the market. This situation is quite concerning in light of the possible effects of data monopolization and urges an amendment.⁸³ However, until such an amendment is made, M&A transactions below the threshold stipulated in the Permission Regulation will not be subjected to permission from the Authority, even if it carries huge risks regarding data concentrations in the market.⁸⁴

⁷⁹ MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, pp. 111, 113 et seq.

⁸⁰ CASTELLANOS PFEIFFER, p. 69.

⁸¹ WASASTJERNA, p. 4; EKİN, p. 262

⁸² “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”, No. 2010/4, <https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=9&MevzuatNo=14354&MevzuatTertip=5> (accessed: 06.04.2024).

⁸³ OKKAOGLU Çiğdem Gizem, Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri, Expertise Thesis, The Competition Authority, 2020, p. 56. This problem is criticized by the Turkish literature as well, see Rekabet Kurumu, 2023, ss. 206-7. A similar concern is stipulated by the joint report of Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, see Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, p. 16. This situation is criticized by some scholars as well, see LEE, p. 115; CASTELLANOS PFEIFFER, p. 70.

⁸⁴ Margrethe Vestager has also underpinned a similar problem see Refining the EU merger control system, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_16_4736 (date of access: 04.10.2024).

IV. ABUSE OF DOMINANT POSITION BY RESTRICTING DATA PORTABILITY

Data possession has become one of the most critical elements for a company to maintain its competitive power.⁸⁵ As briefly explained above, data possession can facilitate collecting even more data and create new datasets. But what if big data possessors exclude others from accessing their data? This would certainly amount to an overwhelming entry barrier for prospective market participants.⁸⁶ On the one hand, free circulation of data could be a desirable catalyst to promote innovation in the market.⁸⁷ On the other hand, denial of access might appear to a legitimate interest to protect the investment that companies have made to create such datasets.⁸⁸

Given that restricting access to data could serve as an effective instrument for eliminating competitors from the market, this discussion has apparently a critical competition law aspect. In most cases, strong data market actors will not be sufficiently incentivized to share their datasets with others. Even if this hinders innovation in the market, too few things can be offered to huge data companies to convince them to cooperate with new entrants.⁸⁹ Since restricting accessibility to data will prevent users from switching service providers, digital market leaders would be more prone to constrain data portability.⁹⁰ Given the existence of the data gravity syndrome, the problem seems to be even more serious.

In the EU, two principal legislations, namely the Data Act alongside the Data Governance Act (DGA),⁹¹ regulate data sharing rules and facilitate access to data.⁹² Data Act aims to achieve a fair data market within EU bor-

⁸⁵ MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, p. 76.

⁸⁶ FURMAN et al., p. 33; KUMAR, p. 6.

⁸⁷ Regulation 2023/2854 Recitals, paragraph 1.

⁸⁸ FURMAN et al., p. 33. This also one of the concerns that is lied under the Data Act, see HABICH Erik, “FRAND Access to Data: Perspectives from the FRAND Licensing of Standard-Essential Patents for the Data Act Proposal and the Digital Markets Act”, **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Vol. 53, N. 9, 2022, pp. pp. 1343-1373, p. 1345.

⁸⁹ BESEN, pp. 70-72.

⁹⁰ George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, p. 21.

⁹¹ European Parliament and Council Regulation (EU) No 2022/868 of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act) [2022] OJ L 152/1.

⁹² “Data Act | Shaping Europe’s Digital Future”, 04.04.2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-act> (accessed: 06.04.2024).

ders by creation of a clear regulatory framework.⁹³ It empowers users of a connected product⁹⁴ or related service⁹⁵ to request data holders to retrieve their data or transfer it to a third party.⁹⁶ Besides, it shelters small and medium sized enterprises (SMEs) from unfair terms in data sharing contracts which might be imposed by incumbent large-scale data possessors⁹⁷ in cases where data holders are obliged to grant access to them either under Data Act or another legislation. In its recitals, Data Act stipulates that parties are free to determine conditions for a contractual data sharing relationship,⁹⁸ yet at the same time, it underlines that both parties have to ensure conditions are not abusive by avoiding unfair terms.⁹⁹ Accordingly, data holders shall demonstrate that conditions are not discriminatory, and in case of different applications among its partners, it has to present objective reasons which legitimize these differences.¹⁰⁰ Pursuant to Data Act art. 8(2) as well as art. 13 for the transaction between enterprises, if the terms are unfairly spoils the balance between two parties, they should be deemed non-binding.¹⁰¹ Nonetheless, in accordance with art. 13(1), for enterprises, this protection applies as long as these terms are unilaterally imposed.¹⁰² In article 9, Data Act, on the one hand, regulates that in case of mandatory data sharing, because of

⁹³ CHIARELLA / BORGESSE, p. 52.

⁹⁴ Connected product is defined by the Data Act to mainly refer to IoTs, see Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 14. It is defined in article 2(5) as follows, “‘*connected product*’ means an item that obtains, generates or collects data concerning its use or environment and that is able to communicate product data via an electronic communications service, physical connection or on-device access, and whose primary function is not the storing, processing or transmission of data on behalf of any party other than the user;”

⁹⁵ Related services is simply the software of the connected product, and is defined in Data Act art. 2(6) as follows “‘*related service*’ means a digital service, other than an electronic communications service, including software, which is connected with the product at the time of the purchase, rent or lease in such a way that its absence would prevent the connected product from performing one or more of its functions, or which is subsequently connected to the product by the manufacturer or a third party to add to, update or adapt the functions of the connected product”.

⁹⁶ Regulation 2023/2854 Recitals, paragraph 5.

⁹⁷ “Data Act: Council adopts new law on fair access to and use of data - Consilium”, 27.11.2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/11/27/data-act-council-adopts-new-law-on-fair-access-to-and-use-of-data/> (accessed: 06.04.2024); CHIARELLA / BORGESSE, p. 56. See also, Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 5.

⁹⁸ Regulation 2023/2854 Recitals, paragraph 43.

⁹⁹ Regulation 2023/2854 Recitals, paragraph 44.

¹⁰⁰ Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 45.

¹⁰¹ Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 58.

¹⁰² Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 59.

either Union law or national law, data holder shall have a right for requesting a reasonable compensation.¹⁰³ This might be seen as a praise for the investment made by the holder. On the other hand, paragraph 4 of the same article stipulates that compensation cannot exceed the costs for making the data in question available for SMEs to promote their innovation efforts and protect them from excessive financial burdens in trying to access necessary data.¹⁰⁴ Hence, Data Act appears to be a contemporary EU legislation which seeks to promote an open non-personal data market by way of improving the rights of users of connected devices and protecting SMEs from unfair contractual terms imposed by predominant data holders.

Data Act is always mentioned with its slightly older pair DGA, whose purpose is to promote and sustain smooth and reliable circulation of data in EU market.¹⁰⁵ DGA is built on three pillars: re-use data, data intermediaries and data altruism respectively.¹⁰⁶ The EU is seemingly trying to manage data related issues by drafting data specific legislations in accordance with its Data Strategy,¹⁰⁷ instead of handling each legal domain separately. However, despite their recent adoptions, these legislations have already attracted some critics from the scholarship.¹⁰⁸ We find this approached equally disputable as well due to the fragmented structure EU data legislations. Interplays among these legislations yet to be clarified even in some core matters. For example, users have already the right to request the content generated while using the service pursuant to Digital Content Directive (DC)¹⁰⁹ art. 16(4) if the contract is terminated, and provided that art. 16(3)(a), (b) and (c) are not applicable. Data Act art. 4 also

¹⁰³ Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 46.

¹⁰⁴ Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 49.

¹⁰⁵ Regulation 2022/868 paragraph 3. See also VON DITFURTH Lukas / LIENEMANN Gregor, "The Data Governance Act: - Promoting or Restricting Data Intermediaries?", **Competition and Regulation in Network Industries**, Vol. 23, N. 4, 2022, pp. 270-295, p. 271; EECHOU Mirelle van, European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, **Study on the Open Data Directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research**, Publications Office of the European Union, 2022, p. 26.

¹⁰⁶ CAROVANO Gabriele / FINCK Michèle, "Regulating Data Intermediaries: The Impact of the Data Governance Act on the EU's Data Economy", **Computer Law & Security Review**, Vol. 50, 2023, pp. 1-18, p. 2; EECHOU, p. 4.

¹⁰⁷ "A European Strategy for Data | Shaping Europe's Digital Future", 24.01.2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/strategy-data> (accessed: 06.04.2024).

¹⁰⁸ For a critical approach against DGA see, CAROVANO / FINCK.

¹⁰⁹ European Parliament and Council Directive (EU) No 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services [2019] OJ L 136/1.

gives a similar right to users regardless of termination of the contract, and it does not stipulate exceptions pursuant which data holder can legitimately reject request of the user. We think that a consumer can easily circumvent art. 16(3) of DCD by simply basing its request on Data Act art. 4 if he can prove that his activity was related to a connected product, which cannot be a consequence intended by EU legislators. Besides, because Data Act is mainly concerned with connected products, and DGA's coverage in private sector is not as strong as public sector dimension, whether or not they will be sufficient to overcome competition law matters is questionable. However, it is still too early to judge these regulations in terms of their effectiveness.

As the case may be, neither Data Act nor DGA is applicable in Turkey. Hence, these problems must be solved according to Turkish general legal framework regarding contract law or competition law. In Turkish legal literature, it was argued that data may be treated as an "essential facility".¹¹⁰ Some special conditions (if needed) regarding data is enlisted in the doctrine;¹¹¹ however, they are still yet to be clarified by the case-law.

The study will handle this problem in two main parts: the first involves rejecting data access demands of third parties, and the second discusses rejecting data access demands of those who initially produced these data.¹¹²

A. Rejecting The Data Access Demands of Third Parties: Bilsa

Are data possessors allowed to restrict third parties from accessing their data? At first sight, answering this question affirmatively may seem quite natural, as these companies have probably made a considerable investment to gather such datasets. However, this situation in some cases might raise serious risks for competitiveness in the market. In fact, promoting data portability would enhance competition in the market, because users will bear fewer costs to switch the platforms that they use.¹¹³ Therefore, some suggest that data holders might be required to share their datasets with third parties to maintain competitiveness in the market.¹¹⁴ The EU is appeared to so-

¹¹⁰ EKİN, p. 223 et seq.

¹¹¹ *ibid*, p. 223.

¹¹² For a similar analysis, see HAYASHI / ARAI, p. 451.

¹¹³ George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, p. 88.

¹¹⁴ BESEN, pp. 77-80; George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, p. 76. It is also suggested data sharing obligations should be discussed within the concept of "es-

mewhat value that approach which can be deducted from its recent legislation efforts. For example, Data Act art. 8 (in conjunction with article 5) obliges data holders to make available data to a third party, but merely upon the request of a user. In Cox Automotive and Dealertrack Technologies, the DOJ required Cox to “enable the continuing exchange of data and content between the divested IMS [inventory management system] business and other data sources, Internet sites and automotive solutions that Cox will control” to circumscribe Cox’s possible dominance in the IMS market.¹¹⁵ Similar concerns have also been reflected in several national legislations. For example, Paras. 2 and 4 of Article 19 of the German Competition Act¹¹⁶ classifies the conduct of refusing “to supply another undertaking with [sic] for adequate consideration, in particular to grant it access to data” when access is objectively necessary to operate in the market as the abuse of dominant position. Restricting data access in a discriminatory manner may also constitute a competition law violation. For example, the French Autorité de la Concurrence in Cegedim decided that rejecting the access requests from clients of one of its competitors was not justifiable.¹¹⁷

As one can imply above, restraining accessibility of data that is essential for commencing or continuing a business activity will most probably be found in violation of competition rules. Nonetheless, personal data protection laws should always be taken into account, because those cannot be shared with third parties in most jurisdictions without the consent of the concerned people.

In a comparable case concerning the IT software sector in educational institutions, the Authority also found competition law infringements. Bilsa is a software developer in the education sector that had contracts with many

essential facilities doctrine”. However, this approach is criticized because essential facilities doctrine was developed for traditional markets, see MONTJOYE / SCHWEITZER / CRÉMER, p. 98.

¹¹⁵ United States Department of Justice Office of Public Affairs, “Justice Department Requires Cox Automotive to Divest Inventory Management Solution in Order to Complete Acquisition of Dealertrack”, 29.09.2015, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-cox-automotive-divest-inventory-management-solution-order> (accessed: 23.11.2023); BESEN, p. 75.

¹¹⁶ “Competition Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB)”, (2022), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.pdf (23.11.2023).

¹¹⁷ Autorité de la Concurrence, Décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d’informations médicales, 08 July 2014, paragraphs 219-220.

schools at the time. Nevertheless, some of the schools were interested in finding new partners with the new entrants to the market. However, the educational data that had been accumulated during the contract with Bilsa was encrypted.¹¹⁸ Bilsa refused to grant other developers, with whom some schools had intended to contract, access to its data.¹¹⁹ In this case, the Authority stated that the transfer of data in digital mediums was a necessity; therefore, rejecting the data access requests had caused an unjustifiable creation of artificial barriers in the market.¹²⁰ Consequently, the Authority decided that Bilsa's conduct constituted a competition law violation in terms of Article 6 of the Turkish Competition Act.¹²¹

In the Turkish legal literature, three selective criteria are listed to determine if such restrictions violate the framework of competition law framework: irreplaceability, hindering the impact on effective competition, and consumer harm.¹²² Finding a competition law infringement based on data access rejection would be misleading without assessing the impact of accessing the relevant data. It could harm legitimate expectations of a company's investment to create such datasets. Therefore, applying such criteria to strike the right balance between competition law concerns and investments of private parties seems reasonable. Although the Authority did not explicitly refer to these requirements, similar points can be inferred, especially when it discussed how necessary the data was in digital mediums in such a context, and which negative consequences allowing such restrictions would have caused.

B. Rejecting The Data Access Demands of Initial Data Producers: NadirKitap.com

The second aspect of this discussion concerns right of initial data producers, or owners, to move without facing data holders' unilateral restrictions. In fact, the right to data portability is already recognized within the fra-

¹¹⁸ Turkish Competition Authority, Case No. 2006-2-42, Decision No. 07-26/238-77, 21 March 2007 (Bilsa) p. 10.

¹¹⁹ *ibid.*, pp. 1-2.

¹²⁰ *ibid.*, pp. 13-14.

¹²¹ *ibid.*, pp. 14, 17.

¹²² ÇALIŞKAN OLGUN Burcu, *Dijital Pazarlarda Veriye Erişim Sorunu ve Olası Çözümü*, Expertise Thesis, The Competition Authority, 2022, pp. 17-28. For a comparable analysis for India see NIVETHA / JAHNAVI, p. 227. A similar solution is suggested within the case law European Court of Justice see *Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt*, p. 18.

mework of personal data protection laws.¹²³ For instance, Article 20 of the General Data Protection Regulation (GDPR)¹²⁴ grants the right to data portability of the relevant persons with regard to their personal data. A similar provision is foreseen in art. 16(4) of DCD, which obliges traders to provide consumers with any content other than personal data “*which was provided or created by the consumer when using the digital content or digital service supplied by the trader.*” Hence, most users are endowed with two complementary provisions in the EU law regarding the data that they’ve provided or produced in digital mediums. Furthermore, pursuant to Data Act art. 3, connected product (such as an IoT) shall be designed in such a manner that the data generated during utilization of these devices is accessible to its users. If not, owners of these devices shall have the right to obtain the generated data upon their request according to art. 4 of Data Act.¹²⁵ Lastly, and maybe more relevantly with this title, both Data Act (art. 8)¹²⁶ and DMA (art. 6(11)-(12))¹²⁷ obliges data holders to adopt fair, reasonable, non-discriminatory and transparent terms (FRAND) in their data access transactions especially if data access is imposed by law.

A similar reaction is also observed in the USA. Section 3 of the Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act 6 of 2021 (ACCESS Act) aims for data portability which stipulates, “*A covered platform shall maintain a set of transparent, third-party-accessible interfaces (including application programming interfaces) to enable the secure transfer of data to a user.*”¹²⁸

The question becomes even more complicated for Türkiye because it is not a member state of the EU. Hence, neither the DCD nor the DMA nor the Data Act is applicable in Türkiye. Furthermore, the *Kişisel Verileri Koruma*

¹²³ For the positive impacts of data portability, see George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, p. 88.

¹²⁴ European Parliament and Council Regulation (EU) No 2016/679 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1.

¹²⁵ CHIARELLA / BORGESE, p. 55.

¹²⁶ Regulation 2023/2854 Recitals paragraph 42.

¹²⁷ Regulation 2022/868 paragraph 61.

¹²⁸ Mary Gay [D-PA-5 Rep. Scanlon, “Text - H.R.3849 - 117th Congress (2021-2022): ACCESS Act of 2021”, legislation, 24.06.2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3849/text> (accessed: 06.04.2024).

Kanunu (KVKK) [Turkish Personal Data Protection Code]¹²⁹ does not explicitly mention data portability rights for concerned persons as mentioned in the GDPR. In addition, as was just mentioned, the data in question for competition law infringements does not need to be personal data at all.

This question was brought before the Authority in its decision on *Nadir-Kitap*,¹³⁰ which involved an online second-hand book digital marketplace, namely NadirKitap.com.¹³¹ The Authority underlined in its reasoning that competitive advantage emerged from large-scale datasets containing a massive inventory of information on the second-hand book market, such as the names, pictures, authors, and edition year of books, as well as stock quantities. This is one of the principal factors deterring potential second-hand book digital platform start-ups from entering the market, because for them, trying to accumulate a comparable dataset is unreasonable.¹³² Still, this was not the fact that was challenged in terms of competition law at the case at hand. NadirKitap had rejected demands of retailers, who intended to market their books on alternative platforms, to recollect their inventory datasets. Moreover, NadirKitap suspended some business accounts due to their business relationships with other platforms. This conduct was alleged to constitute a violation of art. 6 of the Turkish Competition Act.

It is worth mentioning that the data NadirKitap was handling was non-personal data. Hence, the Authority rightfully stated that data protection law could not be a proper instrument for solving the dispute.¹³³ According to the Authority, however, restricting data portability has some serious impacts on competition law, such as locked-in effects or creation of artificial switching costs for sellers, which constitute an exclusionary abuse of a dominant position.¹³⁴

The Authority also discussed if the data silos that NadirKitap possessed is an actual database, and hence whether or not it merited a copyright or *sui*

¹²⁹ “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, Code No. 6698, Adopted on 24.03.2016, Entered into force on 24.03.2026 (except articles 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 and 18) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

¹³⁰ Turkish Competition Authority, Case No. 2020-5-038, Decision No. 22-16/273-122, 07 April 2022 (NadirKitap).

¹³¹ *ibid*, paragraph 25.

¹³² *ibid*, paragraph 196.

¹³³ *ibid*, paragraph 206.

¹³⁴ *ibid*, paragraph 207.

generis database protection. Nonetheless, the Authority ruled that the dataset was deprived of originality; therefore, it was not in the scope of copyright protection.¹³⁵ As for *sui generis* database protection, the Authority found NadirKitap to have not met the investment threshold, thus database protection also didn't apply as well.¹³⁶ Furthermore, or maybe even more strikingly, the Authority underlined that, even if database or copyright protection was to be applied, this would not have justified NadirKitap's conducts of abusing its dominant position.¹³⁷ Interestingly, *sui generis* database protection under EU Directive 96/9/EC¹³⁸ is excluded by the explicit wording of the art. 43 of the Data Act in respect of connected products and related services. In fact, the subject matter of *NadirKitap* decision does not concern a connected product; however, it seems that the EU legislative bodies and the Authority employed similar solutions for comparable cases.

Relying on these reasons, the Authority ultimately decided that NadirKitap's restriction on data portability for smaller second-hand book retailers caused creation of switching costs and violated Article 6 of the Turkish Competition Act.¹³⁹

With this decision, the Authority rightfully tried to avoid locked-in effects that are created indirectly by imposing data restrictions. Otherwise would legitimize dominant actors' creation of artificial costs to maintain their entrenched position in the market. Such restrictions due to the above-mentioned artificial costs may force data owners to tolerate inconveniences or poor quality of received services because switching to a new platform could be burdensome without being able to recollect one's data.¹⁴⁰ On the same basis, platform owners would be less encouraged to improve their services if they are aware of the fact that their partners cannot give up using their services because their data is barred from leaving the platform. This would inevitably undermine innovation and consumer welfare in the relevant market.

¹³⁵ *ibid*, paragraph 241.

¹³⁶ *ibid*, paragraph 263.

¹³⁷ *ibid*, paragraph 264, 269.

¹³⁸ European Parliament and Council Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases [1996] OJ L 77/29.

¹³⁹ *NadirKitap*, paragraph 361.

¹⁴⁰ ÇALIŞKAN OLGUN, p. 29.

CONCLUSION

The significance of data possession with the commencement of the digital age has risen to an irreversible level. This significance seems to become even more prevalent due to the inevitable boom in the volume of the digital economy. Users produce innumerable amounts of data while engaging with digital products on the Internet, and with the launch of the IoT products, larger sets of data will likely be in circulation. Big data has various implications that permit companies to enhance efficiencies in business. It offers many unprecedented advantages to markets, from the production phase to price determination and even marketing. However, stakeholders do not always fairly share the advantages of data possession, which also causes some concerns regarding competition law. Some particularities regarding the nature of data (i.e., data gravity) may exacerbate problems even further. With a population of over 80 million, Turkey is a critical market for current and potential business partners, who also deal with data intensive projects in their business activities. Therefore, comprehending the approaches that the Turkish Competition Authority has adopted may help them and their legal advisers adjust their organizations to avoid cumbersome monetary sanctions. Furthermore, designing one's corporate and business structure before facing an investigation by the Turkish Competition Authority may also help reduce organizational costs.

Bearing in mind these facts, this submission has been devoted to exploring the Turkish Competition Authority's case law regarding three common competition infringement acts in relation to big data. First, abuse of dominant position through the use of data was discussed. A platform owner who canalizes the outcomes of data analysis with the data that has been gathered from consumers, third-party sellers and their interactions for their own retail business will probably be found to be in violation of competition law in terms of abuse of dominant position. The second issue was the relevance of data possession with regard to an M&A transactions. It was argued that considering solely financial conditions and market positions of the parties for approving an M&A transaction is insufficient for deciding on whether the transaction in question poses significant risks for the competitiveness of the market. In today's transactions, the impacts of data concentrations are subjected to evaluation. If the Authority determines that a certain level of risk would ensue for the market, it may impose some measures on the companies regarding their data management. Lastly, restriction on data portability with

regard to two cases was discussed: data access restriction against third parties and initial owners/producers. Given that data has become an essential input in most sectors, data access may be vital for surviving a digital market, especially that of new entrants to the market. Therefore, the Turkish Competition Authority would find restrictions on third parties' access to datasets in order to exclude them from the market, or to demolish their competitive power at the inception of their enterprises, in violation of competition law. In addition, data possessors who reject a request of a partner to recollect the data that they had provided or that they had produced as a result of their activities with the aim of raising switching costs would again likely be found noncompliant.

REFERENCES

- “Antitrust: Commission Accepts Commitments by Amazon barring It from Using Marketplace Seller Data, and Ensuring Equal Access to Buy Box and Prime”, Brussels, 20.12.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777 (accessed: 23.11.2023).
- “Companies Ranked by Market Cap - CompaniesMarketCap.Com”, <https://companiesmarketcap.com/> (accessed: 08.11.2023).
- “Data Act | Shaping Europe’s Digital Future”, 04.04.2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-act> (accessed: 06.04.2024)
- “DSM Grup Danışmanlık İletişim ve Satış Ticaret AŞ hakkında Yürütülen Soruşturmaya İlişkin Nihai Kararın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 49. Maddesi Uyarınca Açıklanması”, 26.07.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dsm-nihai-karar-duyuru-20230727112628066.pdf> (accessed: 23.11.2023)
- “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”, 06.03.2017, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (accessed: 08.11.2023)
- A European Strategy for Data | Shaping Europe’s Digital Future”, 24.01.2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/strategy-data> (accessed: 06.04.2024).
- Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anti-Competitive Conduct of Amazon”, Brussels, 17.07.2019, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291 (accessed: 23.11.2023)
- Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Amazon for the Use of Non-Public Independent Seller Data and Opens Second Investigation into Its e-Commerce Business Practices”, Brussels, 10.11.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077 (accessed: 23.11.2023).
- Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, “Competition Law and Data”, 10.05.2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (accessed: 06.04.2024).
- BESEN Stanley M, “Competition, Privacy, and Big Data”, **Catholic University Journal of Law and Technology**, Vol. 28, No. 2, 2020, pp. 63-88.
- ÇALIŞKAN OLGUN Burcu, Dijital Pazarlarda Veriye Erişim Sorunu ve Olası Çözümü, Expertise Thesis, The Competition Authority, 2022.
- CAROVANO Gabriele / FINCK Michèle, “Regulating Data Intermediaries: The Impact of the Data Governance Act on the EU’s Data Economy”, **Computer Law & Security Review**, Vol. 50, 2023, pp. 1-18.
- CASTELLANOS PFEIFFER Roberto Augusto, “Digital Economy, Big Data and Competition Law”, **Market and Competition Law Review**, Vol. 3, N. 1, 2019, pp. 53-90.
- CHIARELLA Maria Luisa / BORGESSE Manuela, “Data Act: New Rules about Fair Access to and Use of Data”, **Athens Journal of Law (AJL)**, Vol. 10, N. 1, 2024, pp. 47-62.

- CHIRITA Anca D., “Data-Driven Mergers Under EU Competition Law”, **The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation**, (eds) J Linarelli & O Akseli, 1st ed, Oxford, Hart Publishing, 2019, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3199912> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3199912>, pp. 147-184.
- COOTER Robert / ULEN Thomas, **Law and Economics**, 6th edition, Pearson, 2016.
- Data Act: Council adopts new law on fair access to and use of data - Consilium”, 27.11.2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/11/27/data-act-council-adopts-new-law-on-fair-access-to-and-use-of-data/> (accessed: 06.04.2024)
- DEUTSCH Alison L., “WhatsApp: The Best Meta Purchase Ever?”, Investopedia, 29.03.2022, <https://www.investopedia.com/articles/investing/032515/whatsapp-best-facebook-purchase-ever.asp> (accessed: 23.11.2023)
- EECHOUD Mirelle van, European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, **Study on the Open Data Directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research**, Publications Office of the European Union, 2022.
- EKİN Beste, Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Federal Trade Commission, “Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation: Proposed Acquisition Unlikely to Substantially Lessen Competition”, 20.12.2007, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation> (accessed: 23.11.2023)
- FURMAN Jason et al., Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (accessed: 06.04.2024)
- George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, “Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee”, The University of Chicago Booth School of Business, 01.07.2019, <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C> (accessed: 06.04.2024).
- HABICH Erik, “FRAND Access to Data: Perspectives from the FRAND Licensing of Standard-Essential Patents for the Data Act Proposal and the Digital Markets Act”, **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Vol. 53, N. 9, 2022, pp. 1343-1373.
- HAYASHI Shuya / ARAI Koki, “How Competition Law Should React in the Age of Big Data and Artificial Intelligence”, **The Antitrust Bulletin**, Vol. 64, N. 3, 2019, pp. 447-456.
- KETIZMEN Muammer / KART Aslihan, Kişisel veri ve rekabet hukuku kapsamında “Big data”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, Vol. 1, N. 1, 2019.

- KUMAR Vikash, “Big Data & Competition Law”, **Indian Journal of Integrated Research in Law**, Vol. 2, N. 4, 2022, pp. 1-10.
- LEE Jean Wei, “Data-Driven Mergers: Is It Time to Reform EU Merger Control?”, **De Lege Ferenda**, Vol. 6, N. 1, 2023, pp. 103-139.
- MÄIHÄNIEMI Beata, **Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets**, Cheltenham, GB Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited, 2020.
- MÄIHÄNIEMI Beata, **Rekabet Hukuku ve Büyük Veri Dijital Pazarlarda Bilgiye Erişimin Sağlanması**, (çev. M. Balcı / L. Balcı / M. E. Havan), Adalet, Ankara, Nisan 2024.
- MEMİŞ Tekin, Google Alışveriş-Fiyat Karşılaştırma Sisteminin Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, **Be Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 3, N. 6, 2017.
- MONTJOYE Yves-Alexandre de / SCHWEITZER Heike / CRÉMER Jacques, **Competition Policy for the Digital Era**, LU: Publications Office of the European Union, 2019.
- NIVETHA K. / JAHNAVI Mummadi, “Big Data and Competition Policy in India: An Analysis”, **Supremo Amicus**, Vol. 16, 2020.
- OECD, “Big Data: Bringing Competition Policy To the Digital Era”, 27.10.2016, <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M%282016%292/ANN4/FINAL/En/pdf> (accessed: 06.04.2024).
- OKKAOGLU Çiğdem Gizem, **Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri**, Expertise Thesis, The Competition Authority, 2020.
- Refining the EU merger control system, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_16_4736 (date of access: 04.10.2024).
- Rekabet Kurumu, “Dijital Dönüşümün Rekabet Hukukuna Yansımaları”, Rekabet Kurumu, 04.2023, p. 2, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dijital-piyasalar-calisma-metni.pdf> (accessed: 06.04.2024).
- Rekabet Kurulu tarafından E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi başlatıldı (16.7.2020), <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/rekabet-kurulu-tarafindan-e-pazaryeri-pl-b792ce1d38c7ea11811c00505694b4c6> (date of access: 4.10.2024)
- SIVINSKI Greg / OKULIAR Alex / KJOLBYE Lars, “Is Big Data a Big Deal? A Competition Law Approach to Big Data”, **European Competition Journal**, Vol. 13, N. 2-3, 2017, pp. 199-227.
- STUCKE Maurice E. / GRUNES Allen P., **Big data and competition policy**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016.
- United States Department of Justice Office of Public Affairs, “Justice Department Requires Google Inc. to Develop and License Travel Software in Order to Proceed with Its Acquisition of ITA Software Inc.”, 08.04.2011, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-google-inc-develop-and-license-travel-software-order-proceed-its> (accessed: 23.11.2023)

- United States Department of Justice Office of Public Affairs, “Justice Department Requires Cox Automotive to Divest Inventory Management Solution in Order to Complete Acquisition of Dealertrack”, 29.09.2015, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-cox-automotive-divest-inventory-management-solution-order> (accessed: 23.11.2023)
- V. Anup Menon, “CCI’s Antitrust Probe against WhatsApp: Big Data Processing and Competition Law”, **Indian Journal of Law and Legal Research**, Vol. 4 Issue 1, 2022, pp. 1-6.
- VON DITFURTH Lukas / LIENEMANN Gregor, “The Data Governance Act: - Promoting or Restricting Data Intermediaries?”, **Competition and Regulation in Network Industries**, Vol. 23, N. 4, 2022, pp. 270-295.
- WASASTJERNA Maria, “Competitive Law, Big Data and Privacy”, **International In-House Counsel Journal**, Vol. 10, N. 39, 2016, pp. 1-8.

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMINI BEĞENEN VEYA YENİDEN PAYLAŞAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU^(*)

Prof. Dr. Talat CANBOLAT^(**)

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDIN^(***)

Öz: Sosyal medya kullanımı neredeyse internet kullanımı kadar yaygın hale gelerek karşılıklı konuşmanın yerine geçmektedir. Bu durum çalışma hayatını da etkilemektedir. Sosyal medya paylaşımları, işçinin başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel haklarının işveren menfaatleri ile dengelenmesi tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmaktadır. Ancak sosyal medyada sadece paylaşımda bulunmak değil, bir başkasının paylaşımına gösterilen tepkiler de hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Tek bir tıklama ile gerçekleştirilen beğeni veya yeniden paylaşım eylemleri ile asıl paylaşımın benimsendiği veya içeriğe hangi düzeyde ilgi duyulduğunu tespit etmek kolay değildir. İşçinin sorumluluğu belirlenirken, paylaşımın içeriği değerlendirilmeli ve içerikle çalışanın konumu arasındaki bağlantı ortaya konulmalıdır. Çalışmamızda beğeni ve yeniden paylaşım eylemlerinin hukuki niteliği üzerinde durulacak, iş sözleşmesinden doğan borçlar ve sosyal medyaya özgü bazı özel durumlar ülkemiz ve yabancı hukuk sistemlerinde uygulama ve doktrin görüşleri ışığında tartışmaya açılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, İşçi, Beğeni, Yeniden Paylaşma, İş Hukuku, İş Sözleşmesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 20.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 28.11.2024.

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: tcanbolat@marmara.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8861-4378>.

^(***) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Malatya - Türkiye,

E-posta: fatih.aydin@inonu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7426-4701>.

THE LIABILITY ARISING FROM THE EMPLOYMENT CONTRACT OF THE EMPLOYEE WHO LIKES OR RE-SHARES THE SOCIAL MEDIA POST OF A THIRD PARTY

Abstract: The use of social media has become almost as widespread as the use of the internet and has become a substitute for mutual conversation. This situation also affects working life. Social media posts add a new dimension to the discussions on balancing the fundamental rights of the employee, especially freedom of expression, with the interests of the employer. However, not only posting on social media, but also the reactions to someone else's posts have legal consequences. It is not easy to determine the level of interest in the content or the adoption of the original post with the actions of liking or re-sharing with a single click. When determining the worker's responsibility, the content of the sharing should be assessed and the link between the employee's position should be revealed. In our study, the legal nature of the actions of liking and re-sharing will be emphasised, and the obligations arising from the employment contract and some special cases specific to social media will be discussed in the light of the practice and doctrinal opinions in our country and foreign legal systems.

Keywords: Social Media, Employee, Liking, Re-Sharing, Labour Law, Employment Contract.

GİRİŞ

Teknoloji baş döndüren hızla gelişmekte, buna ayak uyduramayan işletmeler yok olup gitme tehlikesiyle karşılaşmaktadır. Kıt kaynakların yerini temel stratejik kaynak olarak bilgi ve bunun somutlaşmış şekli olan buluşlar almaktadır. Bugün teknolojik buluşlar, ekonomik, siyasal, sosyal, kültürel ve hukuksal yapıyı derinden etkileyen bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Yeni buluşlar; işletmelerin organizasyon yapısı, üretim süreçleri, ürünlerin dağıtım ve pazarlanması gibi tüm alanlarda etkin olarak kullanılmaktadır.

Yeni teknolojik gelişmelerin iş süreçlerine katılması, çalışma hayatını, işçi ve işveren ilişkilerini de derinden etkilemeye devam etmektedir. Çalışma hayatında bilgisayar, otomasyon ve yapay zekânın yaygınlaşması insan gücüne olan ihtiyacı her geçen gün biraz daha azaltmakla birlikte işverenlerin çalışanları izleme ve takip yöntemlerini kolaylaştırmıştır. Bu durum, çalışanların özel hayatına müdahale, kişisel verilerin izinsiz kullanımı gibi tartışmaları beraberinde getirmektedir. Hatta işçilerin sosyal medyada işyeriyle ilgili paylaşımlarından kaynaklı hukuki uyuşmazlıklara da sıklıkla rastlanmaktadır.

Günümüzde internet birçok işimizi kolaylaştırmaktadır. E-Devlet, e-imza, e-ihale, e-tebligat, e-sözleşme, e-ticaret, e-okul, e-işletme gibi, giderek yaygınlık kazanan birçok iş ve işlemler internet üzerinden yapılmaktadır. Bunun yanı sıra özellikle gençlerde internet ve sosyal medya bağımlılığından söz edilmektedir. İnternet bağlantısının olmadığı veya kesildiği, akıllı cihaz veya telefonların bir yerde unutulduğu anlar, adeta vücuttaki bir uzvun yokluğunda yaşanan çaresizlik, rahatsızlık ve tedirginliği hissettirmektedir. Neredeyse hepimiz dijital platformların tüketicisi konumundayız. Tüketici olarak sosyal medyaya bağımlılığımızı arttıran paylaşım yapma, üçüncü kişinin paylaşımını beğenme, yorum yapma, takipçi kitlesi oluşturma gibi davranışlar bir nevi mutluluk hormonu olarak adlandırılan serotonin üreten bu maddenin hafife alınmayacak cazibesine işaret etmektedir.¹

Sosyal medya kullanıcıları gerekli-gereksiz birçok bilgiye maruz kalmaktadır. Veri devdalgası (tsunamisi) olarak adlandırılan gereksiz ve çarpıtılmış içeriklerin duygulara nüfuz etme sürecinin bireyleri psikolojik açıdan etkileyerek duygusal bulaşmaya zemin hazırladığı bilinmektedir.² Veri devdalgasının

¹ LEONHARD Gerd, *Technology vs. Humanity-The coming clash between man and machine*, The Futures Agency, Zürich, 2016, s.99.

² ÖZKAN Dilek / TUTGÜN ÜNAL Aylin, “Dezanfarmasyona İnanma ve Yayma Psikolojisi”, *Sosyal Medya Psikolojisi*, Der Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 27.

yol açtığı arızalı bir ruh hali, kişinin paylaşım yaparken kullandığı üslubu belirleyen unsurlardan biridir. Bu durum aynı zamanda bireyin sosyal medyada üçüncü kişilere ait paylaşımlara yaklaşımını da etkilemektedir. Ancak başkasına ait bir içeriği beğenmek ya da yeniden paylaşmak çoğu zaman fazlaca düşünmeksizin, anlık tepkiler şeklinde gerçekleşmektedir. Bir şekilde dış dünyaya yansıyan ve irade açıklaması olarak kabul edilen bu eylemler suç unsuru olarak cezai sonuçlar dahi doğurabilmekte veya bir başkasının kişilik hakkına zarar verebilmekte ve hukuki ihtilaflara yol açabilmektedir.

Birey ve toplum sağlığını etkileyen dijital riskler işçi-işveren uyumsuzluklarına da sirayet etmiştir. Çalışanların işveren hakkında yaptığı paylaşımların görünen sebebi genellikle işyerinde yaşanan bir olay iken, paylaşımında kullanılan üslup ve içeriğin arka planında bireyin ruh hali, psikolojik etkiler ve veri devdalgası gibi sosyal medya riskleri de bulunmaktadır. Beğenilen ya da yeniden paylaşılan gönderiler sebebiyle uygulamada iş ilişkisinin zedelendiği birçok hukuki olay meydana gelmektedir. Üçüncü kişinin paylaşımını beğenme ya da yeniden paylaşma fiilinin arkasında yatan sebeplerle birlikte işyeri düzeninin, taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulup/bozulmadığı olgusu tartışılırken işçi ve işverenin kanun ve sözleşmeden doğan hak ve borçları dikkatle irdelenmeli, tarafların zedelenen menfaatleri adil biçimde dengelenmelidir.

I. SOSYAL MEDYA VE İŞ HUKUKU

Sosyal medya, dijital çağın en popüler araçlarından biridir. İnternet ve sosyal medya kullanımı arasındaki yakın ilişki de bu hususu teyit etmektedir. Nitekim 2023 yılı istatistiklerine bakıldığında 8 milyarı aşkın dünya nüfusunun yüzde 64.4'ü yani yaklaşık 5.16 milyar insan internet kullanıcısı iken bunların %92,2'sini oluşturan 4.76 milyar insan aktif sosyal medya hesabına sahiptir.³ Sosyal medya, Web tabanlı uygulamalar sayesinde kullanıcılar arasında iletişim ve etkileşime olanak sağlayan, içerik paylaşımının ötesinde diğer kullanıcıların paylaştığı içeriklere katkıda bulunma ve yorum yapma fırsatı sunan dijital mecra olarak tanımlanabilir.⁴

³ “Digital 2023: Essential Headlines”, (Erişim Tarihi 3/10/2023), <https://wearesocial.com/us/blog/2023/01/the-changing-world-of-digital-in-2023/>

⁴ Farklı Sosyal Medya Tanımları için bkz. ERASLAN Levent, **Sosyal Medya ve Algı Yönetimi-Sosyal Medya İstihbaratına Giriş**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2018, 12; KAPLAN, Andreas M. / HAENLEİN Michael: “Users of the world, Unite! The challenges and opportunities of Social Media” *Business Horizons*, 53/1, 2010, s. 61; KAYA Mine, **Elektronik Or-**

Bilgi edinme, dijital aktivizm, oyun, alışveriş, eğitim/kurs gibi avantaj ve fırsat dünyası olan sosyal medya, kullanıma bağlı olarak birtakım riskler de barındırmaktadır. Zira dijital dünya kendine özgü “dijital hastalıkları” türetmiştir. Dijital görgüsüzlük, narsizm, dijital obezite, mahremiyet algısının değişimine bağlı olarak gönüllü ifşa ve sosyal yalnızlık sosyal medya kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan risklerden bazılarıdır.⁵

Sosyal medyayı oluşturan araçlar tasnif edilirken; sosyal ağ siteleri, çevrimiçi günlükler (blog-mikrobloglar), elektronik tabanlı bilgi kaynakları (wikiler), ses ve video blogları (podcastler), bilgi alış-veriş sayfaları (forumlar) ve sosyal işaretleme sitelerini zikretmek gerekir.⁶ Sosyal ağ siteleri, en çok bilinen ve yaygın olarak kullanılan sosyal medya aracıdır. Kullanıcılar bu sitelerde açtıkları hesaplarda profil oluşturarak herkese açık paylaşımlar yapabilir, diğer kullanıcıların paylaşımlarını beğenebilir, yorumlayabilir yahut kendi sayfasında tekrar paylaşabilir. Ülkemizde en çok kullanılan sosyal medya platformları sırasıyla Youtube, Instagram, Whatsapp, Facebook, X (eski adıyla Twitter), Telegram, Tiktok, Snapchat, Pinterest ve LinkedIn’dir.⁷

Bireyler, işletmeler ve kurumlar tarafından yaygın olarak kullanılan sosyal ağlar, işçi-işveren ilişkisini de önemli ölçüde etkilemiştir.⁸ İşletmeler ürün pazarlama, reklam, müşteri ilişkileri gibi konularda sosyal medyanın avantajlarından yararlanmaktadır. İstihdam ilişkisinin kurulması bakımından işçi adaylarının iş bulma ve profesyonel sektörleri takip etmeleri, işletmelerin ise kalifiye işçilere ulaşmaları sosyal medya uygulamalarıyla kolaylaşmıştır.⁹ Ancak işletmenin insan kaynakları ve ürün/hizmet pazarlaması bakımından sunduğu avantajlardan ziyade iş hukukunu ve iş yargısını ilgilendiren

tamda Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.76; AYDIN Fatih, **İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022(İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları), s.31.

⁵ Sosyal medya riskleri hakkında bkz. AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.48-60.

⁶ Farklı sınıflandırmalar için bkz. ESEN Fatih Sinan, **Dumandan Sosyal Medyaya Kitle İletişiminin Kısa Tarihi**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2019, s. 96-101; AKAR Erkan, **Sosyal Medya Pazarlaması-Sosyal Web’te Pazarlama Stratejileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018 s. 47-49; KAYA, s.87.

⁷ “Digital 2023: Full Report”, (Erişim Tarihi 2/03/2023), <https://datareportal.com/reports/digital-2023-turkey>

⁸ VROMAN Margo / STULZ Karin / HART Claudia / STULZ Emily, “Employer Liability for Using Social Media in Hiring Decisions”, **Journal of Social Media for Organizations**, 3/1, 2016, s.3.

⁹ Bu amaçla kullanılan uygulamalar ve işlevleri için bkz. AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.77 vd.

diren husus sosyal medyanın hukuka aykırı kullanımınıdır. Örneğin işe alım sürecinde aday işçiler hakkında sosyal medya taraması yapılması kişisel verilerin ihlali sonucunu doğurabilir. İşçinin paylaşımları sebebiyle işe alınmaması ayrımcılık yasağına aykırılık ve aynı zamanda İş K. m.5 anlamında eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilmektedir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra da tarafların kanun ve sözleşmeden doğan hak ve borçlarına etki eden sosyal medya kaynaklı uyuşmazlıklara sıkça rastlanılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m.396'da işçinin yüklediği işi özenle yapması gerektiği ifade edilmiştir. İşçinin işyerinde mesai saatleri içinde iş görme borcuna aykırı olarak aşırı biçimde sosyal medya kullanması tipik bir uyuşmazlık türüdür. İşçi aynı zamanda işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçinin ifade özgürlüğü, özel hayat ve haberleşme hürriyeti ile işverenin yönetim hakkı ve işletmesel menfaatlerinin çatıştığı bir alanda tarafların hak ve borçlarının dengelenmesi gerekir. Çalışanların sosyal medyada işveren, işyerindeki mal ve hizmetler, iş sırları, çalışma ortamı ve hatta tamamıyla kendi özel hayatlarıyla ilgili paylaşımlarının yanı sıra bir başkasının paylaşımını beğenme yahut yeniden paylaşma eylemleri dahi sözleşmenin feshine sebebiyet verebilmekte, bu konudaki uyuşmazlıklar iş yargısını hayli meşgul etmektedir. İşverenin işçilerin özel hesaplarını gözetim ve denetim altında tutmak istemesi sebebiyle yönetim hakkına dayanarak sözleşmede veya sosyal medya yönergelerinde yer verdiği kullanım sınırları yahut gözetim ve denetime ilişkin hükümler de başlı başına birçok hukuki soruna yol açabilmektedir.¹⁰

II. SOSYAL AĞLARDA BEĞENİ VE YENİDEN PAYLAŞIM

Sosyal medya paylaşımlarına verilen olumlu-olumsuz tepkiler gönderinin yayılmasında önemli rol alır. Bir paylaşımın yapılan yorum sayısı etkileşimi artırdığı gibi yeniden paylaşmak veya paylaşımı beğenmek de görünürlüğü tetikleyen unsurlardandır. Sosyal medya uygulamalarının bir kısmında gönderi altında yeniden paylaşımı (iletme) simgeleyen butonlar yer alır. Neredeyse tüm uygulamalarda paylaşılan gönderinin altında beğeni (like) butonu mevcuttur. Zamanla güncellenmekle birlikte hâlihazırda en çok kullanılan sosyal ağların beğeni ve yeniden paylaşma butonları aşağıda belirtilmiştir:

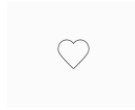
¹⁰ Sosyal medya yönergeleri (kılavuz) hk. bkz. AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, 149-152; AYDIN Fatih, "İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde Sosyal Medya Yönergelerinin Değerlendirilmesi", **Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022, Tam Metin Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.744-754.



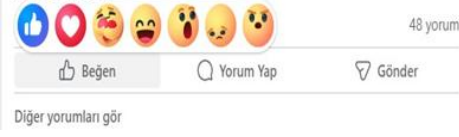
LinkedIn

491 Beğen 353 Yorum Yap 18 Paylaş 128 Gönder

X



Soldaki beğeni (like) butonuna tıklandığında:



Facebook

194 likes

Instagram



Hukuk devletinin asli amacı temel hakların korunması ve insanlara öz-
gür yaşam ortamı hazırlamaksa, diğer en önemli amacı da belli sosyal dav-
ranış kurallarını somut olarak düzenleyip kurallara aykırı davranışları yaptı-
rımına bağlama yoluyla toplumsal düzen ve güvenliği sağlamaktır. Hukuk,
dışa yansımayan duygu ve düşünceleri konu edinmez. Daha çok dışa yansı-
yan, bir davranış kuralına dönüşen eylemleri konu edinir. Herhangi bir sos-
yal medya içeriği oluşturmak da dışa yansıyan bir eylemdir. Ancak bireyin
kendisi tarafından oluşturulmadığı halde beğendiği içerikler de dışa yansı-
yan bir eylem olarak hem hukuki hem de cezai sorumluluğa sebebiyet vere-
bilmektedir. Nitekim sosyal medya platformundaki beğeniler ifade özgürlü-
ğünün çevrimiçi olarak kullanılma şekillerinden biri olarak bireyin paylaşı-
ma olan ilgisini gösterme amacı taşıyabileceği gibi paylaşılan içerikleri
onaylama gayesi de güdebilir.¹¹ Bir başkasının paylaşımını yeniden payla-
ma halinde de benzer saikler söz konusu olabilir. Ancak her iki eylem ara-
sındaki farkın anlaşılması için beğeni ve yeniden paylaşım kavramlarının
ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

A. Beğeni

Sosyal medya paylaşımlarında beğen butonunun yanında yahut altında
beğeni sayısını ölçen bir sayaç mevcuttur. Paylaşımlar belirli algoritmalarla
kronolojik olarak kullanıcı ekranında sıralandığı için yeni paylaşımlar önce-
kileri arka plana iter. Ancak beğeni sayısının yüksek olması, ilgili paylaşımı
gözümlüleyenlerde paylaşımın içeriği açısından pozitif bir ölçü olmakla bir-

¹¹ Ahmet Aslan, B. No: 2021/23949, 6/10/2022, § 58.

likte beğenilen paylaşımın kalıcılığını daha uzun bir süreye yaymaktadır.¹² Dolayısıyla bir paylaşımı beğenen kullanıcı, bu paylaşımın sınırlı sayıdaki bir muhatap kitlesine ulaştığı iddiasında bulunamayacaktır.¹³

İşçinin “beğen” butonuna basma eyleminin değerlendirildiği bir yargı kararında, beğenin tek bir tıkla aniden ve dikkat edilmeden gerçekleştiği, belli bir ortamda bulunanlar arasında kafa sallamaktan farksız olduğu ifade edilmiştir.¹⁴ Aksi görüş sahiplerine göre ise “beğen” butonu sınırlı ölçüde olsa dahi paylaşımın kalıcılığına hizmet ettiğinden, bir sohbet esnasında muhataplara yönelik kafa sallama veya alkışlama ile karşılaştırılması uygun değildir.¹⁵ Kanaatimizce beğeniye yönelik nitelendirme ilgili platforma göre değişecektir. LinkedIn gibi bazı uygulamalarda bir gönderiyi beğenmek, kişinin tüm takipçileri tarafından görülmektedir.¹⁶ Böylece beğeni işlemi geri alınmadıkça beğenen kullanıcının profilinde görünmeye devam eder. Bu durum hiç kuşku yok ki sözlü olarak ifade edilen beğeni ve onay eyleminden farklıdır. Ancak kullanıcının beğendiği gönderilerin kendi hesabında görülmediği, diğer deyişle beğenin sadece sayaçtaki sayıya +1 eklemekten ibaret olduğu uygulamalar bakımından bahsi geçen ilk görüşe katılmak mümkün olabilir. Bu eylem içeriğin yayılmasına -az da olsa- katkı sunmakla birlikte, gönderinin içeriğine bağlı olarak hukuki sorumluluğa yol açma ihtimali düşüktür.

Youtube gibi bazı uygulamalarda ilgili içeriği beğenenlerin kimliği veya profili paylaşılmamaktadır. Gönderinin altındaki yorum sekmesine yazılanlar yorum sahibi açısından bağlayıcı olsa da gönderiyi beğenmek veya beğenmemek sadece ilgili sayaçtaki sayıları ve paylaşımın etkileşimini artırır. Beğenen kişinin Youtube kanalı varsa, bu kanala abone olanlar dahi ilgili kullanıcının hangi videoyu beğendiğini görmezler. Ayrıca videodaki ko-

¹² AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.224.

¹³ BAUER Jobst-Hubertus / GÜNTHER Jens, “Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook”, *NZA*, 30/2, 2013, s. 71-72.

¹⁴ ArbG Kaiserslautern (8. Kammer), 19.07.2016 - 8 Ca 316/16, BeckRS 2016, 122997, Rn.28.

¹⁵ GÜNTHER, Jens / LENZ Fabian, “Liken, Posten, Teilen - Kündigungsrechtliche Einordnung Social Media-spezifischer Ausdrucksformen”, *ArbrAktuell*, 12/16, 2020, s.407; Beğen butonuna basmanın “söylediklerini beğendim” demekle aynı değere sahip olduğu, salt beğen butonuna basılmasının haklı değil geçerli neden oluşturduğu yönünde bkz. ÇALIŞKAN YILDIRIM, Aslı / UĞUR Ömer, İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80 (4), 2022, 1203.

¹⁶ X uygulamasında eski sürümden beri kullanıcı beğenileri üçüncü kişilere açık olmakla birlikte yakın zamanda hesap sahibinin bir içeriği beğendiği bilgisi takipçilere ve 3. Kişilere kapalı hale gelmiştir. Diğer bir deyişle içeriklerin beğeni sayısı görülürken kimlerin hangi içeriği beğendiği hususu 3. Kişilere kapatılmıştır.

nuşma veya görüntülerin hangisine ya da hangi zamana ilişkin beğeni olduğu belirli değildir. Dolayısıyla bu tarz platformlardaki beğenilerin hukuk düzeni bakımından herhangi bir sonuç doğurması pek mümkün görünmemektedir. Instagram, LinkedIn gibi bazı uygulamalarda ise gönderiyi beğenenlerin kullanıcı isimleri görülebilmektedir. Asıl sorun da bu platformlardaki içeriklerin beğenilmesiyle gündeme gelmektedir.

İşçi ile işveren arasındaki ilişkiye zarar verecek herhangi bir gönderinin beğenilmesi paylaşımın etkileşimine katkı sunmakla birlikte genel anlamda beğen butonuna çok büyük anlamlar atfetmemek gerekir. Zira bir paylaşımı beğenmek, paylaşım hakkında gerçeği ortaya koymak ve ona katılma anlamı taşımadan içerikten bağımsız olarak duyguları ifade eden değer yargısı niteliğindedir.¹⁷ Kaldı ki paylaşımı beğenmek her zaman içeriğin benimsendiği anlamına da gelmez. Zira bir gönderi, daha sonra bakılmak üzere arşivleme amacıyla, dikkate değer, ilginç, önemli görülme veya sırf paylaşım sahibine duyulan sempati sebebiyle dahi beğenilebilir.¹⁸ Öte yandan beğen butonuna basmak çoğu zaman paylaşımın anlamı üzerine kafa yormadan, netice öngörmeksizin gerçekleştirilen ani ve gelişigüzel bir fiil de olabilir.¹⁹ Beğeni, gönderinin içeriğine ve görsele bağlı olarak katılma ve onaylama anlamına da gelebilir.

B. Yeniden Paylaşım

Sosyal medyada etkileşimi artıran diğer bir eylem de bir içeriği “yeniden paylaşmak”tır. Özellikle X uygulamasında “*ReTweet*” ismiyle popülerleşen bu işlem, daha önce oluşturulan ve genellikle başkasına ait bir içerik bakımından söz konusu olur. Kişinin kendisine ait önceki herhangi bir gönderiyi tekrar paylaşması da mümkündür. Böylece önceki bir paylaşım tekrar görünür kılınarak gündeme getirilir.

Bir gönderinin altındaki “tekrar paylaş” butonuna basan kişi böylece bu içeriğin kendi profilinde görünmesini sağlar. İçerik bir bütün olarak, orijinal sahibini gösterecek biçimde alıntılanmış olmaktadır. Ancak orijinal gönderi üzerine kişisel görüş ekleyerek yeniden paylaşmak da mümkündür. Böylece

¹⁷ RAFAEL, Studer, “Straflosigkeit des Likens - Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 0/3, 2018, s.186.

¹⁸ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.225.

¹⁹ ArbG Dessau-Roßlau, 21.3.2012 - 1 Ca 148/11, BeckRS 2012, 69099. (Beck Online.); BALCI Murat / ÇAKIR Kerim: “Sosyal Ağlarda İşlenen Hakaret Suçunda Ceza Sorumluluğu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 19/226, 2021, s. 4433.

başkasına ait bir gönderinin alıntılanması suretiyle yorum ekleyerek ilk gönderiden bağımsız yeni bir gönderi oluşturulmaktadır.

Yeniden paylaşma eyleminin ilgili gönderinin etkileşimini arttırdığı muhakkaktır. Esasında beğeni gibi gelişigüzel yapılabilen eylemin ötesinde, kullanıcı tarafından kendi profilinde bilerek ve isteyerek yaptığı paylaşım bakımından içeriğe katılma ve yayma yönünde güçlü bir iradenin varlığından bahsetmek mümkündür.²⁰ Bilinçli yapılan bir yeniden paylaşımın, gönderinin benimsendiği anlamına gelen bir değer yargısı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Ancak doktrinde bir görüş herhangi bir değer yargısı içermeksizin, hiçbir yorum yapmadan sadece 3. kişinin gönderisini paylaşmanın tarafsız bir atıftan ibaret olduğunu savunmaktadır.²¹ Bu halde dahi bir başkasının kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan yahut iş ilişkisine zarar verici nitelikte bir gönderinin yeniden paylaşılması aleyhe sonuçlar doğurabilir. Diğer bir deyişle onaylama anlamına gelen herhangi bir ifade olmaksızın sadece bir başka gönderiyi yeniden paylaşmak, ona atıfta bulunma olarak kabul edilse dahi kişiyi sorumlu tutmak açısından yeterli sayılabilir.

Yargı kararlarında üçüncü kişinin paylaşımını herhangi bir yorum yapmaksızın kendi sayfasında yeniden paylaşma eyleminin, paylaşım içeriğine bağlı olarak hukuki sorumluluğa sebebiyet verdiği görülmektedir. Nitekim istinaf mahkemesi kararına konu olan bir olayda üçüncü kişinin “*Bu YSK Başkanı şerefsiz Vatan Haini Yavşağın karısı, Melih G*****’in Başdanışmanı imiş,*” şeklindeki paylaşımını kendi sayfasında yeniden paylaşan kişinin hakaret içerikli gönderiyi kendi sayfasına taşımak suretiyle içeriğini benimsediğini ve kişilik haklarına haksız saldırı meydana geldiğini belirterek manevi tazminata hükmetmiştir.²² Bir başka olayda dava dışı üçüncü kişinin paylaşımını retweet yaparak yeniden paylaşan davalının, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlediğinden bahisle kişilik hakkı ihlali sebebiyle sorumlu olduğuna karar verilmiştir.²³ Söz konusu olayda yeniden paylaşılan gönderinin içeriğindeki birtakım bilgilerin daha önceden kamuya açıklanmış olması dahi manevi

²⁰ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 228.

²¹ GÜNTHER / LENZ, “Liken, Posten, Teilen”, s. 406.

²² Ankara BAM 25. HD, 1304//1291, 01/09/2021.

²³ Bahse konu olayda 3. Kişiyi ait olan ve yeniden paylaşılan gönderi içeriğinin, çok sayıda takipçiye sahip olan davalının hesabında paylaşılması eyleminde -davalının önceki paylaşımlarıyla da ilişki kurularak- davacıya ait kişisel verilere (açık kimlik, ana - baba adı, doğum tarihi, telefon numarası ve açık adres vb bilgilere) üçüncü kişilerce ulaşılabilceği belirtilmiştir. Mahkemece davacının kişilik haklarının ihlal edildiğinden bahisle 7.500 TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Ankara BAM, E.2022/776, K.2022/2113, T.14/12/2022.

tazminata hükmedilmesine engel olarak görülmemiş, sadece tazminattan indirim sebebi yapılmıştır. Bunun gibi işveren veya diğer işçilerin kişisel verilerini yahut kişilik haklarını ihlal eden, ya da işletmeyle ilgili iş sırrı niteliğinde bilgi içeren 3. kişiye ait bir paylaşımın işçi tarafından yeniden paylaşılması maddi ve manevi tazminat sorumluluğuna yol açabilecektir. Yeniden paylaşılan gönderinin içeriği, paylaşımın ulaştığı kitle, işyerine yansması gibi hususlara bağlı olarak iş sözleşmesinin feshi de gündeme gelebilir.

III. SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİ

İşçinin bir başkasının paylaşımını beğenmesi veya yeniden paylaşması, başta sadakat borcu olmak üzere iş sözleşmesinden doğan bazı yükümlülükleri ihlal edebilir. Bu durumda işverenin uyarı, aylıktan kesme, şube değişikliği, maddi-manevi tazminat gibi yollara başvurması mümkündür.

Salt beğeni sebebiyle işçinin sözleşmesinin feshinin mümkün olup olmadığı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Almanya'da *Dessau-Roßlau İş Mahkemesinin* verdiği bir kararda işverene yönelik hakaret içeren paylaşımın işçi tarafından beğenilmesi sebebiyle yapılan feshin sosyal açıdan haksız olduğu, beğenme eylemi açısından işçiye en fazla bir uyarı verilmesinin yeterli olacağı belirtilmiştir.²⁴ Beğenin niteliğinin tartışıldığı başka bir uyuşmazlıkta işçi, yönetici konumdaki müdürün egoist, bencil, küçük çapta bir insan olduğu, kapris ve egoyla işletmeyi yönettiği şeklinde ithamları içeren bir paylaşımı beğenmiş ve sözleşmesi bu sebeple feshedilmiştir. Yerel mahkeme paylaşımın bizzat yapılması ile beğeni arasında fark olmadığını, beğenin içeriği açıkça desteklemek manasına geldiğini belirtmiştir. İstinaf mahkemesi ise isabetli olarak beğeni ile doğrudan paylaşım arasında fark olduğunu belirtmiştir. Mahkeme sırf beğeni sebebiyle işverence yapılan feshin haklı nitelikte olmadığını, ancak güven ilişkisinin ortadan kalkması sebebiyle sözleşmenin feshinin geçerli nedenle yapıldığı sonucuna varmıştır.²⁵

²⁴ ArbG Dessau-Roßlau, 21.03.2012 - 1 Ca 148/11 (Beck Online). Kararda beğeni sonucunda yapılan feshin bildirimsiz fesih ağırlığında olmadığı gibi sosyal olarak haksız olduğu ifade edilmiştir.

²⁵ Sakarya BAM 9. HD., E. 2019/3104 K. 2020/596 T. 10.6.2020; Benzer yönde Ankara BAM 7. HD kararına konu olan başka bir olayda, bir işçinin paylaştığı "*Fetöcü olduklarını bilseydim daha önce çalışmazdım Allah Devletimizi ve halkımızı ihanet edenlerden korusun*" şeklindeki paylaşımı davacı işçi tarafından beğenilmiş, işveren ise grup şirketlerinden biri hakkındaki küçük düşürücü ve asılsız isnatlarda bulunduğu gerekçesiyle davacının iş sözleşmesini feshetmiştir. Kararda istinaf mahkemesi eylemin haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte işyerinde olumsuzluklara yol açacağı gerekçesiyle, geçerli neden olduğu belirtmiştir. Ankara BAM 7. HD., E. 2017/1928 K. 2017/1617 T. 5.7.2017(Lexpera).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2021 yılında ülkemizin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta bir eğitim kurumunda çalışan ve Facebook hesabındaki beğenileri sebebiyle işten çıkarılan temizlik işçisinin başvurusunu değerlendirmiştir. Kararda “beğen” butonuna basmak ile içerik oluşturmanın aynı ağırlıkta olamayacağı ve bir paylaşımı beğenmenin ilgili içeriğe duyulan sempatinin ötesine geçmeyeceği belirtilmiştir. Somut olay bakımından işçinin sorumluluğunun tespitinde fesih konusu içeriklerin az sayıda beğeni ve sadece birkaç yorum aldığı, işçinin sınırlı bir tanınmışlığının olduğu, beğenin eğitim kurumundaki öğrenciler, ebeveynler, öğretmenler ve diğer çalışanlar üzerinde önemli bir etkisinin olamayacağı ve işçinin paylaşımı yaymak için aktif bir isteğinin bulunmadığı değerlendirilmiştir. AİHM, beğenin işyeri düzen ve huzurunu tehlikeye attığının ortaya koyulmadığını, çalışanın kıdemi ve yaşı dikkate alındığında iş hukukundaki en ağır yaptırım olan derhal feshin orantısız olduğunu ifade etmiştir.²⁶

İşçinin beğeni sonrası sorumluluğunun tespitinde ilgili paylaşım içeriği, aynı konuya ait paylaşımların farklı zamanlarda beğenilmesi, işçinin pozisyonu, paylaşımın yayılmasına yapılan katkı gibi birçok hususa bağlı olarak sadakat borcunun ihlali söz konusu olabilir. Ancak bir paylaşımı beğenmenin, içerik oluşturmak veya ifadenin bizzat paylaşılmasından çok daha az bir etkiye sahip olduğu unutulmamalıdır. Kanaatimizce açık ve ağır hukuka aykırılık içeren bir gönderiyi beğenmek gibi istisnai durumlarda fesih sebebi yapılabilirse de somut olayın özelliğine bağlı olarak sırf bir beğeni sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi kural olarak orantısız olacaktır. Fesih sebebi olabilmesi için beğeni yapılan içeriğin hukuka aykırılığı yanında, diğer çalışanlar üzerinde etkisinin olması, işyerinde olumsuzluklara neden olması, iş ilişkisinin devamının beklenmeyecek şekilde zedelenmesi aranacaktır.

Bir başkasına ait içeriği “yeniden paylaşma” eyleminin değerlendirilmesinde ise doğrudan işvereni veya işyerini hedef almayan içeriklerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı söylenebilir. Özel hayat, siyasi görüş gibi içerikler bakımından onaylama anlamına gelecek herhangi bir ifade kullanılmadan ve sistematik, süreklilik taşımaksızın tek bir yeniden paylaşım yapılması halinde bu eylem bakımından kural olarak işçi sorumlu olmamalıdır. İşçinin yeniden paylaştığı içeriğin doğrudan işvereni hedef almadığı ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı durumlar fesih sebebi yapılmamalıdır. Buna karşılık bizzat işyeri, işveren ve iş arkadaşları hakkındaki paylaşımla-

²⁶ Selma Melike v. Türkiye, B.No. 35786/19, T. 15.06.2021.

rın herhangi bir yorum, onaylama yapılmadan salt yeniden paylaşılması halinde ilgili paylaşımın içeriğine bağlı olarak işçinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu durumda paylaşım içeriği işçinin kendisine ait olmamakla birlikte işçinin bizzat kendi hesabında aynı paylaşımı yapması söz konusu olduğundan burada beğen butonuna basmaktan daha ağır bir sonuç doğması mümkündür.

A. İçeriğin Değerlendirilmesi

Beğenilen veya yeniden paylaşılan gönderi sebebiyle hukuki sorumluluğun belirlenmesinde ilk olarak gönderi içeriğine bakılmalıdır. Sosyal medya kullanımı sebebiyle yaşanan uyuşmazlıklarda işçinin temel hakları ve bilhassa ifade özgürlüğü önem arz eder.²⁷ Hukuki yorum yöntemiyle değerlendirilen içeriğin makul ve objektif bir üçüncü kişinin bakış açısıyla nasıl yorumlanabileceği belirlenmeli ve bu noktada ifade özgürlüğü mümkün olan en yüksek derecede dikkate alınmalıdır.²⁸ Kamu menfaatini ilgilendiren içerikler bakımından kural olarak işçinin hak ve menfaat çıtası nispeten yükseğe çekilmeli, ifade özgürlüğü ve işçi lehine yorum ilkesine ağırlık verilmelidir.²⁹ İçeriğin anlamının tespitiyle birlikte somut olayda beğeni/yeniden paylaşım sebebiyle etkileşime hangi düzeyde katkı sağlandığı irdelenmelidir. Menfaatlerin değerlendirilmesi sürecinde mahkemece şüpheye düşüldüğü takdirde ifade özgürlüğü ve işçi lehine yorum yapılmalıdır.³⁰

Sosyal medya paylaşımı sebebiyle yaşanan bir uyuşmazlıkta mahkemece içeriğin gerekçede gösterilmemesi, değerlendirilmemesi başlı başına hak ihlali sebebiyet verebilir. Yakın tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, işçi tarafından yapılan paylaşımlar sebebiyle güven ilişkisinin zedelendiği gerekçesiyle yapılan fesih değerlendirilmiştir. Kararda uyuşmazlık konusu paylaşımların ne fesih gerekçesinde ne de mahkeme gerekçesinde yer aldığı, dolayısıyla başvuruçunun hangi sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksik olarak tes-

²⁷ OĞUZ Özgür, “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C.19, S.76, 2022, s.1183; BAYBORA Dilek, “Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, *Legal İHSGD*, C.14, S.56, 2017, 1706 vd.

²⁸ BURR Steffen, *Posting als Kündigungsggrund-Unternehmensschädliche Äußerungen in Social Media*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, s.75; VALERİUS Brian, “Auslegung der Äußerung”, *Beck’scher Online-Kommentar StGB*, 2021, § 185 Rn. 25; AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.154.

²⁹ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 157.

³⁰ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.227.

pit edilemediği belirlenmiştir. Paylaşımların karşılıklı güveni sarsacak mahiyetinin ortaya konulmadığını belirten yüksek mahkeme özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.³¹ Şüphesiz beğeni veya yeniden paylaşım sebebiyle yaşanan uyuşmazlıklarda da ilgili gönderi içeriğinin mahkeme kararında yer alması, değerlendirilmeye tabi tutulması gerekir.

Beğenilen paylaşımın içeriğinin değerlendirildiği Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşanan bir uyuşmazlıkta şirketin eski bir çalışanı kendi Facebook hesabında önceki işyerinde vergi evraklarının düzgün hazırlanmadığını ve haksız yere borçlu gösterildiğini ifade etmiştir. Çalışanlardan biri bu paylaşımı beğenmiş, diğer bir çalışan ise evrakları hatalı düzenleyen kişi için “such an asshole”³² yorumunu yazmış, işveren her iki çalışanın da işine son vermiştir. ABD’de Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu (*NLRB*),³³ şirketin vergi stopajı uygulamalarına yönelik beğeni ve yorumun yasal korunmadan mahrum kılacak düzeyde sadakat borcuna aykırı olmadığını, iftira niteliğinin de bulunmadığını belirtmiştir.³⁴ Burada ilginç olan husus, beğen butonuna basan işçinin yanı sıra ağır ifadeler kullanarak gönderiye yorum yapan işçinin de korunmasıdır. Kurula göre ifadelerde hakaret içeriğine rastlansa da çalışanların niyeti ürün veya hizmet kötüleme ya da işverenin itibarını zedeleme değil, iş şartlarındaki sorunları ele almaktır. Olayda halka açık bir paylaşımın ziyade işveren veya üçüncü bir şahsın potansiyel olarak duyabileceği bir konuşmadan söz edilebileceğini belirten kurul, şirket hakkında bu tartışmaların yapılmasını yasaklamanın, Ulusal Çalışma İlişkileri Kanunu (*NLRA*) 7. Bölümdeki Hakları³⁵ ma- kul olmayan düzeyde kısıtlayacağını ve ihlal edeceğini belirtmiştir.³⁶

³¹ Ahmet Akyol, B. No: 2019/14799, 7/2/2024, § 19-22.

³² Argoda “âdinin/dallamanın teki” vb. küfür içerikli anlamları taşıyan bir ifade.

³³ *National Labour Relations Board* 1935 yılında çalışanların örgütlenme haklarını güvence altına almanın yanı sıra özel sektör işverenleri ve sendikalar tarafından gerçekleştirilen haksız çalışma uygulamalarına müdahale etmek için kurulmuştur.

³⁴ <https://www.nlr.gov/case/34-CA-012915>.

³⁵ Amerikan İş Hukukunun temel taşı olarak kabul edilen National Labour Relations Act, çalışanların işyeri ile ilgili ücret, sosyal haklar ve çalışma koşullarına ilişkin sorunları kendi aralarında konuşmalarını “korunan” veya “uyumlu” faaliyet kapsamında değerlendirmektedir (Sec. 7. [§ 157.]). Kararın detaylı değerlendirmesi ve Kurul’un sosyal medya ile ilgili başka kararları için bkz. AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.269 vd.

³⁶ Davalı şirket beğen tuşuna tıklayarak çalışanı yönelik karara itiraz etmemiş ve karar bu işçi bakımından kesinleşmiştir. Ancak dava konusu gönderiye yorum yapan diğer çalışan bakımından karar temyiz edilmiştir. Temyiz mercii yazışmaların tüm müşteriler tarafından görüntülenme potansiyeline sahip olsa da tartışmanın müşterilere yönelik olmadığı, işverenin markasının da afişe edilmediği, sosyal medyadaki tüm tartışmaların müşterilerin önünde yapıldığından bahisle korumadan yoksun bırakılmasının ifade özgürlüğünün tamamen kısıtlanması anlamına geleceğini

Paylaşım içeriğinde işveren aleyhine ifadeler bulunduğu takdirde beğenilen yahut yeniden paylaşılan içeriğin bağlamı, niteliği ve amacına bakılmalıdır.³⁷ Paylaşım sebebiyle işyeri düzeninin, işverenin otoritesinin bozulması söz konusu ise işveren tarafından yapılan fesih geçerli kabul edilebilir. Özellikle işverene yönelik hakaret içeren bir paylaşımın işçi tarafından beğenilmesi bu hakaretin yayılmasını ve tekrarlanmasını sağlayacağından işçinin sorumluluğuna yol açabilecektir.³⁸ Ancak işyeri hakkındaki her türlü eleştiri veya olumsuz paylaşımın peşinen işyeri düzenini bozduğu şeklindeki kabulden yola çıkılması hatalı olacaktır. Bu olumsuzluğun somut bir şekilde ortaya konulması gerekir. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta³⁹ işçinin işyeri ile ilgili yakınma içeren bir paylaşımı⁴⁰ işyerindeki birçok işçi tarafından beğenilmiş ve sözleşmesi feshedilmiştir. Yerel mahkeme işyerinde primlerin ödenmemesi karşısında bu duruma karşı duyulan hisleri yansıtan paylaşımın haklı veya geçerli feshe sebebiyet vermeyeceğini belirterek işe iade davasını kabul etmiştir. Ancak istinaf mahkemesi bazı personellerin beğenmesi sebebiyle paylaşımın sosyal medyada desteklendiği ve bunun işyerinde olumsuzluğa yol açtığı gerekçesiyle feshin geçerli olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay ise paylaşım sebebiyle işletmesel menfaatlerinin zarar gördüğü veya çalışma düzeninin bozulduğuna ilişkin bir delil bulunmadığından bahisle istinaf kararını kaldırarak işe iade talebini kabul etmiştir. Gerçekten de işçinin işvereni eleştirdiği bir paylaşımın diğer işçiler tarafından sosyal medyada beğenilmesi ve desteklenmesinin peşinen işyerinde olumsuzluğa sebebiyet vereceğinin kabulü işçinin ifade özgürlüğünü ağır biçimde kısıtlayacaktır. Somut olayda Yargıtay'ın yaklaşımını isabetli buluyoruz.

belirterek temyiz talebini reddetmiştir. Şirket politikasının NLRA'yı ihlal ettiğine yönelik kurul kararı da temyiz mahkemesince aynı gerekçelerle onaylanmıştır. United States Court of Appeals for the Second Circuit, Case 14-3284, Document 108-2, 10/23/2015, 1626342, <https://www.theemployerhandbook.com/files/2015/10/Triple-Play-v.-NLRB.pdf>.

³⁷ YILDIZ Gaye Burcu, "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C. 39, 2018, s. 110.

³⁸ ERGİN Hediye, "Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 49, (2023), s. 50.

³⁹ Y. 9.HD, E. 2019/1405 K. 2019/14318 T. 26.6.2019.

⁴⁰ Paylaşımın içeriği şu şekildedir: "Bize uzun uzun anlatıldı ve üstüne basa basa kimse 0 almayacak dendi ama ne yazık ki sizler bizim üstümüze basa basa bu 0 ları herşeye rağmen bize reva gördünüz. Bugün hesabıma baktım ki ne yazık. Tam da şu mübarek zamanda tam da bayramüstü bu bize reva mıdır. Bize bunları yaşatan, destek veren, imkân tanıyan her kim ise sizler bizim ve evlatlarımızın rızıyla oynadınız. Dilerim Rabbim'den sizlerde bunları yaşamadan can veremezsiniz. Şu mübarek günde eğer ki toplu iğnenin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum"

Konuyla ilgili yakın tarihli ilginç bir olaya da değinmek istiyoruz. Bir hukuk bürosunda 7 yıl boyunca adliye takip personeli olarak çalışan işçi, sosyal medyada eleştiri sınırlarını aşan paylaşımları beğendiği ve sakal tıraşı olmayı kabul etmeyerek işyeri düzenini bozduğu gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. İşçinin Facebook hesabında beğendiği paylaşımlardan biri “*Fani dünyanın adaletini savunduğunu sanan egolu mahluklar Allah’ın adaletinden kaçamayacaksınız*” içeriğine sahiptir. Davalı taraf bu ifadelerin muhatabının “hukukçular” olduğunu ve işverenin kastedildiğini, beğenilen içeriğin tüm ofis çalışanları tarafından görüldüğünü, ikinci paylaşımın ise hadis görünümünde ve sakal bırakılmasını yasaklayanların sapıklığa düşmüş, mecusi ve müşrik olduğunu ima ederek işveren hakkında hakaret içerdiğini ve işçinin bu paylaşımı beğendiğini iddia etmiştir. İstinaf mahkemesi paylaşımlarda herhangi bir isim yer almadığı gibi doğrudan işverenin hedef alındığına yönelik bulgu bulunmaması sebebiyle feshin haklı nedene dayanmadığı ve talep edilen işçilik alacaklarına hak kazanıldığı sonucuna varmıştır.⁴¹ Kararın gerekçesinin eleştiriye açık olduğunu düşünüyoruz. Zira paylaşımların arka planında işyerinde yaşanan olayların olduğu ve işyeri ile işveren hakkında yapıldığı açıktır. Ayrıca aralarında dolaylı olarak bağlantı bulunan iki farklı beğeni, işçinin eyleminin gelişigüzel olmadığına işaret etmektedir. Belirtilen hususların karar gerekçesinde değerlendirilmemesi eksiklik oluşturmakla birlikte işçinin paylaşım sahibi olmadığı dikkate alındığında haklı neden ağırlığında olmadığı yönündeki karar kanaatimizce sonucu itibarıyla isabetlidir.

Müşterilerin sosyal medya hesaplarının takip edilerek bu hesaplardan yapılan paylaşımların işçi tarafından beğenilmesi de fesih konusu olabilir. Yakın tarihli bir olayda davacı işçi, mağaza müşterisi evli bir kadından telefon numarasını istemiş, bu isteği reddedilince kredi kartı slipinden müşterinin ad ve soyadını tespit edip Facebook uygulaması üzerinden müşterinin hesabını bulup arkadaşlık isteği göndermiş, herkese açık olan fotoğrafları beğenmiş ve bunun üzerine müşteri şikâyetinde bulunmuştur. İstinaf mahkemesi kararında dosyada yer alan müşteri şikâyet formu ve davacının beğeni yaptığı Facebook paylaşım fotoğrafları dikkate alındığında davranışın doğruluk ve bağlılığa aykırı olduğu ve feshin İK 25/II-e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı belirtilmiştir.⁴²

⁴¹ İstanbul BAM 32.HD, E.2019/2274, K. 2022/1824, T. 22/12/2022.

⁴² Ankara BAM 33.HD, E. 2022/217, K. 2022/376, T.03/11/2022.

Üçüncü kişi tarafından paylaşılan ve işyeri ile ilgili olmakla birlikte doğrudan işverenin hedef alınmadığı bir içeriğin işçi tarafından yeniden paylaşılması halinde içeriğe bağlı olarak işçinin ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı irdelenmelidir. Sakarya BAM 9. HD'nin yakın tarihli kararına konu olan bir olayda Enerji ve Elektrik Üretimi sektöründe faaliyet gösteren bir işletmede çalışan işçi, üçüncü kişinin “*biz termik santral istemiyoruz diye mücadele ederken bir avuç insandık.. Neden mi Zonguldak' giriş çıkışlar yasak, çünkü kentte 7 tane termik santral var ve birer ölüm makinası gibi çalışıyor. Solunum yolu hastalıkları, kanser bunların kurulu olduğu yerlerde yüksek işte bu yüzden...*” paylaşımını kendi sayfasında tekrar paylaşmış ve bu sebeple iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yerel mahkeme paylaşımın düşünce özgürlüğünü aşan, işçi işveren arasındaki güveni sarsan niteliği gereği işe iade davasını reddetmiştir. İstinaf mahkemesi içerikte doğrudan işvereni hedef alan bir ibarenin olmaması sebebiyle ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını belirtmiştir. Kararda paylaşımın yapıldığı tarihten kısa bir süre önce Bakanlar Kurulu tarafından Zonguldak'ta alınan Covid-19 tedbirleriyle ilişkisinin bulunması sebebiyle feshin geçersizliği ve işe iade şeklinde hüküm kurulmuştur.⁴³

Uygulamada, aleyhine paylaşımlar yapılan siyasetçinin sonradan işveren vasfını kazandığı ve geçmişe dönük taramalarda eski tarihli beğeni ve yeniden paylaşımlarının sözleşmenin feshine sebebiyet verdiği uyumsuzluklara da rastlanılmaktadır. Belediye seçimleri döneminde başkan adayları hakkında beğeni/yeniden paylaşımların seçim sonrasında fesih sebebi yapıldığı nazara alındığında işçilerin bu konuda daha dikkatli olmaları gerektiği ifade edilmelidir. Konuyla ilgili olarak bir güvenlik şirketinde güvenlik amiri olarak çalışan işçinin mevcut Büyükşehir Belediyesi Başkanı hakkında seçim döneminde beğendiği bir tweet sebebiyle sözleşmesinin feshedildiği olayı da

⁴³ Sakarya BAM, 594/1255, 20/06/2022. İstinaf mahkemesi karar gerekçesinde Yargıtay'ın şu ilamına atıf yapmıştır: “*Dosya içeriğine göre; davacının iş sözleşmesinin işyeri ve çalışanları hakkında yaptığı sosyal medyadaki paylaşımlar üzerine haklı nedenle feshedildiği görülmüştür. Davacı işçisinin kendisine ait Facebook hesabından davalı işyerinin eski çalışanlarından birinin paylaşımının altına yorum olarak “İsmail abi kapitalist sistem böyle bir şey ne kadar emek etsen de işine gelmediğinde insanı kolaylıkla harcıyor 2M kablonun insanlar üzerinde yaptığı baskı kanunen ve insani olarak kesinlikle suçtur” yazdığı, mahkemece bu ifadelerin çalışma düzenini bozacak nitelikte olduğu ve feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmişse de davacının sözlerinin işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, davacının somut olarak işvereni veya vekilini hedef almadığı, işverenin işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş akdinin haklı ve nedenle feshedildiğini kanıtlayamadığı gözetilmeksizin, davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.*” Y. 9.HD, E.2016/34334 K.2018/752.

yeri gelmişken zikretmek gerekir. İstinaf mahkemesi söz konusu tweet tarihinde davalı M. Y.'nin henüz belediye başkanı seçilmediği diğer bir anlatım ile işveren sıfatı bulunmadığından eylemin İş K, m. 25/II-b şartlarını taşımadığını belirtmiştir. Ancak paylaşımın siyasi yönü ve eleştiri sınırlarını aşan niteliği gereği davacının pozisyonu itibarıyla yaptığı eylemin sonucunu öngörebileceği, işverenden davacı ile iş ilişkisini yürütmesinin beklenemeyeceği ve feshin geçerli nedene dayandığı hüküm altına alınmıştır.⁴⁴

Beğeni ve yeniden paylaşımın sendikal faaliyet kapsamında yapıldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Sendikal örgütlenme kapsamında sosyal medyada yapılan birçok faaliyet işveren tarafından işyerindeki çalışma düzenini tehdit eden bir olgu olarak algılanabilir. Ancak ifade özgürlüğü ve sendikal örgütlenme hakkı kapsamında yapılan beğeniler ya da yeniden paylaşımlar sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde duruma göre işveren geçersiz feshe ilişkin sonuçların yanı sıra sendikal tazminat ödeme yükümlülüğü altına da girebilir. Yakın tarihli bir olayda, bir çalışan Instagram adlı sosyal medya platformunda “Kotoncalisanlar” adlı kullanıcı hesabını takip etmiş ve bu hesabın bazı paylaşımlarını beğenmiştir. İşveren “*herkese açık olan bir sosyal platformda işvereni aleyhine paylaşımlarda bulunan bir hesabı takip edemeyeceği ve o hesap üzerinde yapılan yazışmaları onaylayarak “like” edemeyeceği*” gerekçesiyle işçiyi işten çıkarmıştır. Kararda söz konusu sayfada sendikal örgütlenme ve işçi hakları ile ilgili paylaşımlar yapıldığı tespit edilmiştir. İstinaf mahkemesi beğenilerin işyerindeki çalışma şartlarına ilişkin paylaşımlara yönelik olduğu, sendikadan istifa eden işçi sayısı, davacı işçinin sendika üyesi olduğu tarih, iş sözleşmesinin feshedildiği tarih ve tanık beyanlarını birlikte değerlendirerek işe iadenin yanında sendikal tazminata da hükmetmiştir.⁴⁵

⁴⁴ Ankara BAM 30.HD, E.2021/1724, K. 2021/2188, T. 22/09/2021. Bu kararla çelişen yakın tarihli başka bir uyuşmazlıkta Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile bağlantılı olarak faaliyet gösteren bir şirket bünyesinde güvenlik şefi olan işçi Facebook’ta “*zaten memleketteki tüm ayyaş ve berduşlar “CHP-PKK” ya oy verecek, daha kimin oyunu kazanmayı düşünüyorsunuz adi Mallısur*” paylaşımını yapmıştır. İlk derece mahkemesi davacının işe iade talebini reddetmiş ise de istinaf mahkemesi feshe konu paylaşımın hedefi olan belediye başkanının, paylaşım tarihinde henüz davacının işvereni olmadığı gerekçesiyle bu kararı kaldırmıştır. (Ankara BAM 5. HD, E. 2022/1341, K. 2022/2282, T.15.06.2022)

Konu hakkındaki kararların birçoğunda seçim öncesi ağır eleştirilen veya hakaret edilen bir siyasi liderin seçim sonrası belediye başkanı olması halinde bu belediyede çalışan işçinin eski paylaşımlarının herhangi bir feshe dayanak yapılmaması, iş ilişkisinde sorumluluğa yol açmaması gerektiği yönünde olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 329-337.

⁴⁵ İstanbul BAM 24.HD, 1285/1292, T. 17/6/2021.

Boycot çağrılarını içeren paylaşımları ise ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Zira çalışanın işletme tarafından üretilen ürünler veya sunulan hizmetler hakkında boykot anlamına gelen paylaşımları çoğu zaman işçinin sadakat borcunu ihlal edeceğinden ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.⁴⁶ Kendi özünde yayma kastı taşıyan boykot çağrılarına ilişkin beğeni veya yeniden paylaşımlar bakımından işçinin sorumluluk eşiği daha yüksektir. Bir başka ifadeyle boykot eyleminin kendisi zarar verme kastı taşıdığından, paylaşımın ulaştığı kitleden bağımsız olarak işçi tarafından sorumluluk üstlenilmiş olur. Paylaşım, arzu edilen şekilde geniş kitlelere ulaşmamış olsa dahi feshin niteliğinin belirlenmesinde bu veri doğrudan belirli olmayacak, ancak paylaşımın gerçekte ulaştığı kişi sayısı sonraki aşamada taraf menfaatlerinin dengelenmesinde dikkate alınabilecektir.⁴⁷

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi kararına konu olan bir olayda işletme mağazası önünde yapılan ve işletme ürünlerinin alınmaması şeklindeki konuşmaların bulunduğu basın açıklaması, üçüncü bir kişinin Facebook hesabında canlı olarak yayınlanmıştır. Davacı işçinin kendi hesabında bu canlı yayını beğenmesi sonucunda sözleşmesi feshedilmiştir. Davalı işletmeye göre davacı, sosyal medya hesabında şirketin ürettiği ürünlerin fiyatlandırma politikasını alenen dalga geçerek kötüleyen, üretilen ürünlerin fiyatının satış değerinin çok altında olduğunu iddia eden, tüketicilere müvekkili şirketin ürettiği markadan alışveriş yapmamları konusunda telkinde bulunan ve onları başka markaya yönlendiren videoyu başkalarının izlemesine ve yayılmaya mümkün hale getirmiştir. Dosyaya sunulan CD içeriği bilirkişi tarafından çözülerek dava dışı X tarafından saat 11.35 itibarıyla “herkese açık” şekilde canlı yayın başlatılarak paylaşım sağlandığı, gerçekleştirilen canlı yayının davacının da aralarında bulunduğu 69 kişi tarafından beğeni aldığı, davacının saat 12.03 itibarıyla beğeni yaptığı, canlı yayının 1.400 görüntüleme aldığı, davacıya ait Facebook profilinde söz konusu video dışında firmanın marka, ürün ve fiyatlandırma politikalarına zarar verecek şekilde kötüleyen ifadelerle ya da bununla ilgili başkaca bir paylaşım rastlanmadığı tespit edilmiştir. Yerel mahkeme davalı şirketin marka ve ticari itibarına zarar veren eylemin güven unsurunu sarstığını ve feshin geçerli nedene dayandığını belirtmiştir. İstinaf mahkemesi, davacının beğenme eylemiyle kendi arkadaşlarının görebileceği şekilde paylaşım gerçekleştirdiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını onamıştır.⁴⁸

⁴⁶ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s.181.

⁴⁷ BURR, s. 223.

⁴⁸ İzmir BAM 19.HD, E.2020/1687, K. 2020/875, T. 23/12/2020.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda işverenin ürünlerinin tüketilmesi yönündeki üçüncü kişinin paylaşımını beğenen işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Yerel mahkeme, sendikal faaliyet olarak yapılan X marka ürünlerin tüketilmemesi şeklinde boykota ilişkin bir paylaşımı sosyal medyada iş saatleri dışında beğenmenin haklı veya geçerli feshe yol açmayacağına hükmetmiştir. Yargıtay ise mezkûr içerikte ilanı paylaşmanın sadakat borcuna aykırı olduğu, doğruluk ve bağlılığa uymadığı, bu nedenle feshin haklı nedene dayandığını belirtmiştir.⁴⁹ Yargıtay ilamında yerel mahkeme hükmü özetlenirken işçinin sadece boykot çağrısını içeren bir paylaşımını beğendiği ifadesi geçerken, yüksek mahkemenin karar gerekçesinde ise boykot çağrısının işçinin sayfasında paylaşıldığı belirtilmiştir. Hâlbuki paylaşım ve beğeni arasında nitelik açısından önemli farklar bulunmaktadır. Davacının sadece “beğen” butonuna basarak beğendiği bir paylaşımın bizzat kendisi tarafından yapılmış gibi yorumlanması hakkaniyete aykırı olacaktır.

Kanaatimizce işçinin eylemi tek bir beğeniden ibaretse ve boykota yönelik başka bir eylem söz konusu değilse haklı nedenle fesih yönündeki karar isabet taşımamakla birlikte somut olayda geçerli fesih şartları olabilir. Zira yukarıda değinildiği üzere sırf bir beğeni sonucunda işçinin sorumlu tutulması istisnai durumlara münhasır olmalıdır. Boykot gibi özünde işverene zarar verme ve içeriği yayma iradesi bulunan içeriklerin beğenilmesi de işçinin sorumlu olduğu istisnai durumlar arasında yer alır. Boykot içerikli paylaşımların işçi tarafından beğenilmesi tek bir eylem düzeyinde kalmayıp başka beğeni veya yeniden paylaşımlarla sistematik biçimde gerçekleşen eylemlerle işverene zarar verme kastının bulunduğu tespit edilirse bu durum sadakat borcuna aykırı olarak haklı feshe yol açabileceği belirtilmelidir.

B. Çalışanın Konumu

İşçinin sorumlu olduğu beğeni ve yeniden paylaşımların konusu işletme içindeki bir olay ya da duruma ilişkin olabileceği gibi işveren veya bir başka işçi hakkında da olabilir. İşyeri dâhilinde meydana gelen bir mevzunun sosyal medyada aleni biçimde dile getirilmesi işverene ve işletmeye zarar verme riskini içinde barındırır. İşçilerin işyeri hakkında olumsuz düşünme ve bu düşüncüyü ifade özgürlüğü kapsamında dile getirme hakları bulursa da bu hakkın sınırsız olmadığı ve işverenin haklı menfaatinin gerektirdiği ölçüde işçinin sadakate davranma yükümlülüğünün bulunduğu unutulmamalıdır.

⁴⁹ Y. 9.HD., E. 2015/23519 K. 2015/26073 T. 17.9.2015. (Lexpera)

İşçinin sadakat borcunun seviyesi işyerindeki pozisyonu ile doğrudan ilişki içindedir. Beyaz yakalı işçilerin sadakat borcunun diğer çalışanlara göre daha fazla olduğu kabul edilmektedir.⁵⁰ Beğeni ve yeniden paylaşım noktasındaki sorumluluğun tespitinde de çalışanın konumuna bağlı olarak sadakat borcunun kapsamı değerlendirilmelidir.

Sosyal medyadaki beğeni ve yeniden paylaşımın içeriğini oluşturan kaynağın işletmeden bağımsız 3. kişi olması ve içeriğin tamamen özel hayat, siyasi düşünce kapsamında kaldığı durumlar da iş ilişkisine etki edebilmektedir. İşçinin özel hayatı kural olarak işvereni ilgilendirmese de işçinin sadakat borcu ile işverenin itibarının korunması arasında doğrudan bağlantı kurulduğu bazı istisnai durumlarda işçinin özel hayatındaki davranışlarına dikkat etmesi aynı zamanda yan yükümlülüğüdür.⁵¹ Meslek icabı müşterilerin güveninin ön plana çıktığı bankacılık veya yatırım danışmanlığı gibi iş gruplarında çalışan, özellikle müşterilerle ve işletmeyle ilişkili çok sayıda sosyal medya bağlantısı ve arkadaşı olan işçilerin özel hayatları işverenle ilişkilendirilme potansiyeline sahiptir.⁵²

İşletmenin faaliyet konusuna göre hizmet verdiği sektör ve müşteri kitlesi bakımından işçinin ırkçı ve ayrımcı paylaşımları beğenmesi yahut yeniden paylaşması da sorumluluğa yol açabilir. Nitekim her görüşe, ırka veya dine mensup müşterilerin ayrımcı muameleyle karşılaşmama noktasındaki haklı beklentileri ve işverenin işletmesel menfaatleri göz ardı edilmemelidir.⁵³

⁵⁰ MEENTS Jan Geert, "Leitende Angestellte und ihre Sonderstellung im Gesetz", **Deutsches Steuer-recht (DStR)**, 33/35, 1995, s.1353; ARSLAN ERTÜRK Arzu, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, 606-607; UŞAN, M. Fatih, **İş Sırrının Korunması, Sır Saklama ve Rekabet Yasağı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, 110-111; LAG Nürnberg Urt. v. 13.1.1993 - 3 Sa 304/92, BeckRS 1993, 30465471, Beck-Online; ArbG Dessau-Roßlau, 21.03.2012 - 1 Ca 148/11, BeckRS 2012, 69099; Sakarya BAM 9. HD., E. 2019/3104 K. 2020/596 T. 10.6.2020; Y. 9.HD., E. 2013/11290 K. 2014/6079 T. 26.2.2014; Y. 9. HD., E. 2014/32715 K. 2015/1850 T. 22.1.2015 (Lexpera)

⁵¹ SEVİMLİ Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, 240; ÇETİN Evra, "Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, 101; CİVAN Orhan Ersun, **İşçinin Yan Yükümlülükleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, 190.

⁵² STEİNAU-STEİNRÜCK Robert / BURMANN Kai-Oliver "Außerdienstliches exte mistisches Verhalten als Kündigungsgrund", **NJW-Spezial**, 2018, 626; WİLDHABER Isabelle / HÄNSENBERGER Silvio, "Kündigung wegen Nutzung von Social Media", **Recht im digitalen Zeitalter**, Dike Verlag, Zürich, 2015, 415; BURR, Posting als Kündigungsgrund, 88; AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 196.

⁵³ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 197.

IV. ÖZEL DURUMLAR

A. Geri Alma

Beğeni ve yeniden paylaşma işlemlerinin geri alınması mümkündür. İşverene zarar verme kastı taşımayan ve somut olarak zarar vermeyen bir paylaşımın yayılmadan silinmesi veya yayılma ihtimalinin kalmadığı bir durum söz konusu olduğunda bunun özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Geri alınan beğeni veya yeniden paylaşımın sırf yayılma riski gerekçesi veya zarara yol açabileceği varsayımıyla aleyhe yorum yapılması uygun değildir.

Beğeni veya yeniden paylaşımın geri alınması işlemi olumsuz öngörü (negative prognose) ilkesiyle ilişkili olarak incelenmelidir. Alman hukukunda geliştirilen ve ülkemizde bazı yargı kararlarına da yansıyan olumsuz öngörü ilkesi gereği işyerinde meydana gelen olumsuzluğun iş ilişkisini gelecekte de olumsuz etkileme ihtimalinin bulunması halinde sözleşmenin geçerli nedenle feshi mümkündür.⁵⁴ Olumsuz öngörü ilkesi işçinin uyumsuzluk konusu olay sonrasında takındığı tavrın değerlendirilmesi bakımından önemlidir.⁵⁵ Gerçekten beğeni veya yeniden paylaşım eyleminin kısa bir süre içinde geri alınması, ilk eylemin gelişigüzel veya dikkat edilmeden, kafa yormadan gerçekleşen bir tıklamadan ibaret olduğunu göstermesinin yanı sıra, paylaşımın yayılarak zarar verme riskini önleyici işleve sahiptir.

⁵⁴ BASKAN Ş. Esra. *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.76; DOĞAN, Sevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi”, **Prof. Dr.Savaş Taşkent’e Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, 1013; ÇELİK Nuri / CANIKLIOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023, 554-555. Ülkemizde sadece geçerli nedenle fesihte göz önüne alınan olumsuz öngörü ilkesi, Alman Hukukunda olağanüstü (derhal-haklı nedenle) fesih hallerinde de gözetilmektedir. Bkz. BURR, Posting als Kündigungsggrund, 213; BAG (2. Senat), 21.11.1996 - 2 AZR 357/95 (2. Instanz: LAG Hamm)

Bu ilke Yargıtay kararlarında “...Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüyle şart kılmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin davranışlarının veya verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir” şeklinde geçmiştir. 9. HD., E. 2016/21953 K. 2017/15076 T. 5.10.2017. Aynı yönde bkz.İstanbul BAM 28. HD., E. 2018/2841 K. 2019/1292 T. 4.7.2019. (Lexpera) Doktrinde Yenisey haklı olarak, olumsuz öngörüye ilişkin içtihatlarla geçen “işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir” ibarelerinin mutlak olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Aksi halde bir öngörünün ispatının beklenebileceğini, bunun da mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bkz. DOĞAN YENİSEY Kübra: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**(İHSGHD), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 481.

⁵⁵ DOĞAN, “Olumsuz Öngörü İlkesi”, s. 1022.

İş ilişkisini zedeleyen beğeni veya yeniden paylaşımın işçi tarafından makul bir süre içinde silinmemesi/geri alınmaması veya kendisine ihtar yapılmasına rağmen feshe konu eyleme ısrarla devam etmesi işverenin olumsuz öngörüsünü haklı çıkaracak bir olgu olarak değerlendirilebilir.⁵⁶ Yakın tarihli bir uyuşmazlıkta, Cumhurbaşkanının fotoğrafının altında “*Simit Sarayı’nu kurtarmak için para buldular! Futbol kulüplerini kurtarmak için para buldular! Ali Ağaoğlu’nu kurtarmak için para buldular!! Saraya yat almak için para buldular! Asgari ücret, EYT için bulamadılar*” şeklinde başkası tarafından yapılan bir paylaşımı yeniden paylaşan işçinin sözleşmesi feshedilmiş, feshin geçersizliği iddiasıyla açılan davada istinaf mahkemesi geçerli nedenle feshe hükmetmiştir.⁵⁷ Kararda feshe konu içeriğin işçi tarafından 22/01/2020 tarihinde yeniden paylaşıldığı ancak o tarihten bu yana davacının yeniden paylaşma işlemini geri almadığı, paylaşımında tutmaya devam ettiği hususuna dikkat çekilmiştir. Asgari ücret artışı işçiyi doğrudan ilgilendirdiğinden anılan yeniden paylaşımın ifade özgürlüğü içerisinde kaldığı kanaatindeyiz.

İşçinin çalışma ortamında başka bir işçi veya müşteri ile yaşanan bir olayı veya şakayı sosyal medyada paylaşması veya beğenmesi halinde 6698 sayılı KVKK kapsamında bir verinin ilgilinin açık rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak işlenmesi, talebe rağmen eylemin geri alınmaması da feshe yol açabilir. Yakın tarihli bir istinaf kararında başka bir işçi ile işyerinde yaşadığı bir şakayı kayda alıp sosyal medyada paylaşan ve diğer işçi tarafından videonun silinmesi istenmesine rağmen bunu yapmayan işçinin bu davranışının meşru olmadığı değerlendirilmiştir. Paylaşımın silinmemesi üzerine işyerinde yaşanan olayları da değerlendiren istinaf mahkemesi, işçinin sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı sonucuna varmıştır.⁵⁸

İş ilişkisine zarar verici bir içeriğin beğenildiği yahut yeniden paylaşıldığı bir durumda işveren veya işveren vekilinin uyarısından sonra işlemi geri alan işçinin bu tavrı, işverene zarar verme kastı olmadığı şeklinde yorumla-

⁵⁶ Sosyal medya kaynaklı uyuşmazlıklarda ihtarın ayrıca önemli olduğu, ağır ihlaller dışında kural olarak işçinin ihtar edilmesi gerektiği, ülkemizde birçok çalışanın sosyal medya eylemlerinin iş sözleşmesine etkisi hakkında yeterince bilince sahip olmadığı, fesih yöntemine ancak ihtarla rağmen iş ilişkisine zarar verici paylaşımların devam etmesi halinde başvurulması gerektiği, ancak ihtarla rağmen sözleşme ihlali teşkil eden davranışın devam edeceğinin önceden açıkça öngörülebileceği hallerde ihtarın şart olmadığı görüşü hk. bkz. AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, 292 vd.

⁵⁷ Bursa BAM 9. HD, 835/942, T. 09.04.2021.

⁵⁸ Bursa BAM 12.HD, E.2022/300, K.2022/678, T. 14.04.2022.

nabilir. Bu davranış aynı zamanda ileride böyle bir durumla karşılaşma riskinden doğan olumsuz öngörüyü de haksız kılar. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, davalı işveren, işçinin sosyal medyada bir paylaşımı beğenmesinin bir disiplin cezasına sebebiyet verebilirse de haklı veya geçerli neden kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklindeki gerekçede işçinin beğeni sonrasında amirlerince uyarıldığı ve hemen beğenilerini kaldırdığı hususuna vurgu yapılmıştır.⁵⁹

B. Şüphe Feshi

İşçinin borca aykırı bir davranış veya suçu işlediği hususunda ciddi, güçlü ve objektif şüphenin bulunduğu ve bu sebeple taraflar arasındaki güven temelinin çöktüğü, güven ilişkisinin ortadan kalktığı durumlarda Yargıtay kararlarında geçen ifadeyle “şüphe feshi” kavramı gündeme gelir.⁶⁰ Hemen ifade etmek gerekir ki işçinin suç teşkil eden bir eylem yahut esaslı bir yükümlülük ihlaline yönelik kuvvetli şüphe, işverenin sözleşmeyi feshi için yeterli değildir. Zira şüphe konusu olayın aydınlanması ile şüphenin yersiz olduğunun ortaya çıkması ihtimali mevcuttur. Bu nedenle Kanunda düzenlenmemiş olan şüphe feshine şüpheyle yaklaşmak gerekir. İşverenin olayı aydınlatmak için kendisinden beklenebilecek tüm çabayı göstermesine rağmen eylemin kanıtlanamaması gerekir. Hukukumuzda şüphe duyulan hususa ilişkin işverenin şüpheyi haklı kılacak dayanakları bulunduğu dahi bunun bir haklı fesih nedeni olmayacağı ancak bazı durumlarda geçerli nedenle fesih yapılabileceği kabul edilmektedir.

Bir başkasına ait paylaşımının işyeri, iş sınırları gibi iş ilişkisiyle bağlantılı ve işveren aleyhine olabilecek bir içeriğe sahip olması, işçi tarafından da bu içeriğin beğenilmesi taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyerek şüphe feshine sebebiyet verebilir. Ancak içeriğin dikkatle değerlendirilmesi ve beğenme eyleminin paylaşımın bizzat yapılması ağırlığında olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple tek bir beğenin şüphe feshini haklı kılması

⁵⁹ İstanbul BAM 41.HD, 3184/289, T. 11.12.2019.

⁶⁰ Şüphe Feshi ile ilgili bkz. ERDOĞAN Canan, **İş Hukukunda Şüphe Feshi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019; BAYSAL Ulaş, “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2016/1, S.35, s.83-97; DOĞAN YENİSEY Kübra, “Şüphe Feshi (Karar İncelemesi)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2008/III, S.11, s.65-72; SUR Melda, “Şüphe Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı-Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2020/4, 2487-2499; HAFIZOĞLU Ece Sıla, **İş İlişkisinde Şüphe ve Şüphe Feshi (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı)**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2022, 227.

pek mümkün olmamalıdır. Zira şüphe feshi için basit bir şüphe yeterli değildir. Şüphenin mahiyeti gereği tam ispat gerçekleşirse de işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir sebebe dayanması, sebebin ciddi, güçlü, önemli ve somut nitelikte objektif olay ve vakıalar ile desteklenmesi ayrıca işveren iş ilişkisinin devamını beklenmeyecek şekilde güven ilişkisinin zedelendiğinin kabulü gerekir.⁶¹

İş ilişkisiyle ilgili olmaksızın siyasi düşünce, devlet büyüklerine hakaret veya terör örgütleri hakkındaki bir paylaşımın işçi tarafından yeniden paylaşılması veya beğenilmesi halinde somut olaya göre şüphe feshi gündeme gelebilir. Ancak özellikle terör örgütü faaliyetlerine destek veya hoşgörü mahiyetindeki paylaşımlarda şüphe feshinden daha çok doğrudan eyleme dayalı fesih yoluna gidilebileceği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesinin çok yakın tarihli kararına konu uyuşmazlıkta özel bir güvenlik şirketine bağlı olarak bir üniversitede güvenlik görevlisi olarak çalışan başvuruçunun 15 Temmuz darbe teşebbüsünden bir gün sonra Facebook'da beğendiği iki ayrı paylaşım sebebiyle 27/7/2016 tarihinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Feshe konu paylaşımlardan biri 16/7/2016 tarihli “*camide okunan sela camiye gelin diye okunur, sokağa çıkın diye değil*” şeklindedir. Diğer içerik ise emir komuta zinciri altında sokağa çıktığı ve kendisine saldırıldığı halde silahını kullanmadığı iddia edilen bir erden bahsederek “*Benim gözümde, ailem dahil bilerek veya bilmeyerek kim bu meydanlara inmişse, kim bu oyuna ortak olmuşsa, o insanda şeref namına bir zerre bile yoktur.*” şeklindedir.⁶² Beğenin bizzat başvuruçunun tarafından yapıp yapılmadığı konusunda bilirkişi incelemesine başvurulmuştur. Bilirkişi, başvuruçunun sosyal medya hesabına girememesi üzerine başvuruçunun rızası ile şifresini alarak hesap geçmişini incelemiş ve söz konusu beğenilerin başvuruçunun tarafından yapıldığını tespit etmiştir. Yerel mahkeme ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü dönem içerisinde işverenlerden şüphelendikleri kişilerle çalışmalarının beklenemeyeceği, haklılık derecesi tam anlamıyla oluşmadığı düşünülse bile şüpheli bir durumun varlığı

⁶¹ Nurettin Erdem, B. No: 2019/36800, 20/9/2023, § 16-17; Delil Metin, B. No: 2019/1419, 18/1/2023, § 32; C.A. (3), § 125; Ayla Demir İşat [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020, § 133; Nuri Balca, B. No: 2019/13732, 6/9/2023, § 16-17; Sedat İçyer, B. No: 2019/16530, 6/9/2023, § 19; Yarg. 9.HD, E.2019/1352, K.2019/7992, T. 8/4/2019; Yarg. 22.HD, E.2018/11972, K.2018/22382, 17/10/2018; YHGK E.2015/22-2715, K.2018/1720, T.15.11.2018.

⁶² Bu paylaşımın tamamı için bkz. Ayhan Güler, B. No: 2019/558, 11/7/2023, § 8.

sebebiyle şüphe feshinin geçerli olduğu sonucuna varmış, karar istinaf mahkemesi ve Yargıtay tarafından onanmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından geçerli fesih söz edilebilmesi için davranışın işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz bir etkisinin olması gerektiği, mahkemelerce somut olayda paylaşımın hangi sebeplerle güven ilişkisini zedelediği ve işyerinde olumsuzluklara yol açtığı izah edilmediği belirtilmiştir.⁶³ Ayrıca darbe gecesi henüz olayların herkes için yeterince açık olarak bilinmediği bir sırada sübjektif düşünceler doğrultusunda gerçekleşen ve halk ile askerın karşı karşıya gelmesinden duyulan bir rahatsızlığın dile getirildiği bir içeriği beğenmenin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı belirtilmiştir.⁶⁴ AYM beğenin içeriği aktif yayma niyetinden ziyade içeriğe karşı duyulan ilgiyi ifade ettiğini ve paylaşımın çok geniş kitleye ulaştığı yönünde iddianın da bulunmadığını belirterek davacının görevi dikkate alındığında işyerindeki bilinirliği ve temsil edebilirliğinin kısıtlı olması sebebiyle oy çokluğuyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Siyasi nitelikteki paylaşımların beğenilmesi ve yeniden paylaşılması halinde işveren tarafından şüphe feshi yoluna başvurulması gündeme gelebilir. Ancak özellikle terör örgütleriyle irtibat ve iltisak gerekçesinin feshin niteliğine etkisi bakımından işçinin kamu kurumunda mı özel sektörde mi çalıştığı ayrı bir önemi bulunmaktadır. Nitekim kamuda çalışanların artırılmış sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. 15 Temmuz darbe girişiminden bir gün sonra üçüncü bir kişi tarafından yapılan bir paylaşımı beğenen işçinin sözleşmesinin feshedildiği bir olayda Anayasa Mahkemesi, paylaşılan içeriğe “Beğen” butonuna basma yoluyla tepki gösterilmesinin içeriği aktif bir şekilde yayma niyeti olmayıp sadece içeriğe karşı duyulan ilgiyi ifade ettiği ve içerik oluşturmakla aynı ağırlığa sahip olmayacağını ifade etmiştir.⁶⁵ İçeriğin çok geniş kitleye ulaştığı yönünde bir iddianın da bulunmadığı, başvurucunun çalıştığı işyerindeki bilinirliği ve temsil edebilirliğinin kısıtlı olduğu, eylemlerin diğer çalışanlar üzerinde önemli bir etkisinin olmayacağı,

⁶³ Güler, B. No: 2019/558, 11/7/2023, § 24-25.

⁶⁴ Güler, B. No: 2019/558, 11/7/2023, § 26.

⁶⁵ Hülya İnan, B. No: 2019/10642, 11/1/2023. İlgili paylaşım şu şekildedir: “Bu korna seslerini çığlıklarınızı duymak istemiyoruz bu ülkede bu şekilde yaşamak istemiyoruz. Bizim ailelerimiz şehit cenazeleri için yollarda, şehidimiz hepimizin. Yazıklar olsun bu kutlamaları yapanlara kimse bana demokrasiden bahsetmesin. Sokaklara polisi askeri birbirine kırdırmak için döktüğün insanları bugün meydanlara çağırıp tebrik ettin. Sen kimsin ki baş sağlığı diliyorsun. Döktüğün kanların üzerine kurduğun bu iktidar sonun olsun inşallah.” Hülya İnan, B.No: 2019/10642, 11/1/2023, § 6.

özel hukuka tabi olarak çalışan işçilerin sadakat, sakınma ve gizlilik yükümlülüklerinin kamu kurumunda çalışanlardan farklı olacağı gibi gerekçelerle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁶ Söz konusu olayda işveren doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış gerekçesine dayanmak suretiyle sözleşmeyi haklı nedenle feshetmiş, Anayasa Mahkemesi tarafından şüphe feshi kapsamında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Konuyla ilgili bir başka olayda 15 Temmuz darbe girişimine karşı halkın direnişini eleştiren paylaşımları⁶⁷ beğenen ve Retweet yoluyla yeniden paylaşan işçinin kamu kurumuna bağlı çalıştığıının altını çizen Yargıtay, sözleşmenin geçerli nedenle feshedildiği sonucuna varmıştır.⁶⁸

C. Etkileşim ve Alıcıların Türü

Paylaşım sebebiyle hukuki sorumluluğun tespitinde dikkate alınacak önemli hususlardan biri de paylaşımın görüntülenme sayısıdır. Kapalı-özel bir grupta sınırlı sayıdaki insanın gördüğü paylaşım/beğeni ile herkese açık bir platformda büyük bir kitleye yayılan paylaşımın etkisi farklıdır. Paylaşımın yapıldığı ortam ve aldığı etkileşim birçok açıdan önemlidir. Bu anlamda işverenin uğradığı zararın boyutu, iletişimin gizliliği, kişisel verilerin korunması, sözleşmenin feshi halinde feshin niteliğinin tespiti gibi hususlar etkileşimle ilişkilidir.⁶⁹

Sosyal medya araçlarında kapalı bir grupta, sınırlı sayıda bir kitle içinde yapılan paylaşımın işçi tarafından beğenilmesi ile herkese açık, küresel çapta erişilebilen, görüntülenebilen bir ortamda beğeni veya yeniden paylaşım eyleminin gerçekleştirilmesi farklı sonuçlar doğurur.⁷⁰ Bu noktada reaksiyon gösterilen paylaşımın aleniliği veya gizli/mahrem bir ortamda yapıp yapılmadığı tespit edilmelidir. Almanya’da Hagen İş Mahkemesi tarafından verilen bir kararda Facebook profilindeki 70 arkadaşından 36’sı işyeri çalışma arkadaşlarından oluşan işçinin Facebook paylaşımlarının bir nevi şirket bülteninde yayınlanan, kamuya açık duyuru niteliğinde olduğu kararlaştırılmış-

⁶⁶ Hülya İnan, B.No: 2019/10642, 11/1/2023, § 22-23.

⁶⁷ İlgili paylaşım içerikleri şu şekildedir: “O gencecik çocukların kafasını kesenler mi demokrasiyi savundu dün gece yarısı? Çok tehlikeli bir kalabalıkla yaşıyoruz”, “Ne diyeceğiz şimdi ‘Gerçek asker bu değil’ mi diyeceğiz? Askeri vatandaşın korumaya çalışan polislin görüntüsü aklımdan çıkmıyor”, “Tankın içindeki adamın sana ateş açma imkânı varken teslim olmayı seçmesi halkına olan bağlılığını gösterir, linç etmen de senin ihanetini”

⁶⁸ Y. 9.HD, E. 2017/20987 K. 2018/4197 T. 26.2.2018.

⁶⁹ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 206.

⁷⁰ Farklı hukuk sistemlerinde aleniyet sınırı ile ilgili bilgi için bkz. Aydın, 206-209

tır.⁷¹ Alman hukukunda 10'dan fazla işçinin bulunduğu bir grubun artık gizli olmadığı, burada yapılan paylaşımların aleni olarak yapıldığının değerlendirilmesi gerektiği şeklinde bir görüş bulunmaktadır.⁷² İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre ise kapalı veya gizli bir grup olsa dahi 5'den fazla işçinin bulunduğu bir ortamda yapılan paylaşımlar kamuya açık paylaşımlar sayılır. Ancak bu görüşün sahipleri mezkur sayının mutlak olarak belirlenemeyeceğini ve her durumda geçerli olmayacağını, grup üyelerinin kişisel ilişkileri ve yakınlık derecesine, güven ilişkisine bakılması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁷³ Kanaatimizce de bu konuda kesin bir sayı verilmesi isabetli değildir. Kapalı gruptakilerin görev, yetki ve etki alanlarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Herkes açık olmamakla birlikte işveren veya işveren vekilinin bulunduğu bir grupta yapılan paylaşımın beğenilmesi ya da yeniden paylaşılması eyleminin mahrem bir alanda cereyan ettiği iddiasına itibar edilmemelidir. Bu tarz ortamlardaki beğeni veya yeniden paylaşımlar işverenin otoritesinin sarsılması, çalışma barışının bozulması ve işyeri düzeninin zarar görmesine sebebiyet verebilir.

İşçinin takipçi sayısı paylaşımın etkileşim almasına etki eden bir faktördür.⁷⁴ Bazı durumlarda takipçi sayısından bağımsız olarak bir paylaşımın istem dışı "viral" hale gelmesi ve milyonlarca kullanıcının kısa süre içinde bundan haberdar olması mümkündür. İşletmenin imajını veya müşteri algısını olumsuz etkileyebilecek bir paylaşımın hızla yayılması sonucunda işletmenin ciddi zarar görmesi ve hatta bazı şubelerin kapanması dahi söz konusu olabilir.⁷⁵ Ancak sosyal medyada ifade özgürlüğünün önemini de dikkate alarak irade dışı ve tamamen kendiliğinden gelişen kitlesel yayılma riskinin bütün sonuçlarını işçiye yüklemek ağır olacaktır. Aksi halde eleştirel düşünceler bir tür otosansür riskine maruz kalır.⁷⁶ Hâlbuki ifade özgürlüğünün amacı bu riske karşı koymaktır.⁷⁷

⁷¹ ArbG Hagen, 16.05.2012 - 3 Ca 2597/11. "Beck-Rechtsprechung" (BeckRS), 2012, 71401.

⁷² BURR, 188-189.

⁷³ WILDHABER / HÄNSENBERGER, 408-409.

⁷⁴ SAVAŞ KUTSAL F. Burcu / KOLAN Şelen, "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 16/62, 2019, 508.

⁷⁵ Nitekim 2009 yılında Dominos Pizza çalışanlarının pizza ve sandviç malzemelerini kirllettiklerinin görüldüğü video kısa sürede milyonlarca izlenmiş ve bu durum bazı şubelerin kapanmasına, yüzlerce çalışanın işini kaybetmesine sebebiyet vermiştir. Dominos Pizza vakası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VEİL Shari, "Hoaxes and the Paradoxical Challenges of Restoring Legitimacy: Dominos' Response to Its YouTube Crisis", **Management Communication Quarterly**, 26/2, 2012, 323 vd; AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 194.

⁷⁶ AYDIN, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, s. 209; Güler, B. No: 2019/558, 11/7/2023, § 8.

⁷⁷ BGH v. 23.06.2009, ZUM 2009, 753 (758).

Beğenilen yahut yeniden paylaşılan içeriğe erişen kitlenin niteliği de (alıcıların türü), değerlendirilmelidir. İçeriğin işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından görülmesi çalışanlar arasındaki işbirliği ve iş akışına zarar verebilir. Yakın tarihli bir uyuşmazlıkta çalışanların bulunduğu bir Whatsapp grubunda bir şirket çalışanın “arkadaşlar yarın fabrikanın bütün giriş çıkışlarını tutup tazminatlarımızı kuruşu kuruşuna istiyoruz. Çalışan bütün arkadaşlara haber salın.. Ben arabamla güvenlik kapısını tutacağım. Helalleşsin bakalım X Bey çalışanlarıyla, kolay mı helallik almak görelim.” şeklindeki paylaşımının altına parmağını yukarı kaldırmak suretiyle onaylama anlamına gelen işaret bırakan işçinin sözleşmesi feshedilmiştir. Yerel mahkeme ve istinaf mahkemesi sözü geçen olayda paylaşımı beğenme dışında dosyada başka bir dayanak ve delilin bulunmaması sebebiyle orantılılık ve feshin son çare olma ilkesi dikkate alındığında işverenin feshin haklılığını ispatlamadığını belirterek davacının işe iadesinin kabulü yönünde karar vermiştir.⁷⁸ İlgili kararda Whatsapp grubunun niteliği,⁷⁹ gruptaki paylaşımın işverene hangi yollarla intikal ettiği, beğeni sonrası olayların nasıl cereyan ettiği, davacı işçinin herhangi bir aksiyon alıp almadığı, paylaşımı yapan işçinin sözleşmesinin feshedilip feshedilmediği gibi birçok husus değerlendirilmemiştir. Ancak kapı tutarak işyerine giriş çıkışların engellenmesi suretiyle tazminat talebinin ileri sürülmesi şeklindeki düşüncenin kapalı bir grupta beğenilmesi eyleminin tek başına haklı ya da geçerli nedenle feshe sebebiyet vermemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Olumsuz bir içeriğin işçi tarafından beğenilmesi yahut yeniden paylaşılması halinde bu paylaşımın işletmenin müşterileri tarafından görülüyor olması da işletmenin imajına zarar verebilir. Dolayısıyla kendi takipçisi veya arkadaşları içinde müşteriler, tedarikçiler, iş ortakları, basın mensupları, medya temsilcileri bulunan çalışanın beğeni ve yeniden paylaşımında daha dikkatli davranması gerekir.⁸⁰

SONUÇ

İşçilerin sosyal medyadaki beğeni ve yeniden paylaşımları kural olarak özel hayat ve ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Esasında

⁷⁸ İzmir BAM 25. HD, E.202/159, K. 2022/1050, T. 02.06.2022.

⁷⁹ Grup içi özel yazışmaların niteliği ve aleniyet sınırının bazı ülke hukuklarındaki yargı kararları ve doktrin görüşleri çerçevesinde değerlendirilmesi hk. bkz. Aydın, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları, 228-246.

⁸⁰ BURR, 128.

bir paylaşımı beğenmek veya yeniden paylaşmak bizzat içerik oluşturmakla aynı seviyede değilse de rahatsız edici içeriğin yayılmasına belli ölçüde katkı sağlamaktadır. Bu sebeple sosyal medyada işverene zarar verici bir paylaşımın beğenildiği veya yeniden paylaşıldığı her durumda işverenin buna katlanmasını beklemek hakkaniyetli olmayacaktır.

İş ilişkisini ilgilendiren paylaşımlarla ilgili olarak içeriğin değerlendirilmesi, işçinin pozisyonu, paylaşımın aldığı etkileşim ve beğeni/yeniden paylaşım eyleminin bu etkileşime katkısı, işçinin eylemini geri alması gibi birçok değişkene bağlı olarak değerlendirme yapılmalıdır. Ancak her beğeni yahut yeniden paylaşımın iş hukukuna yönelik tüm sonuçlarını, içeriğin bağlamını ve diğer tüm ölçütleri işçinin her zaman bilmesi ve değerlendirmesi mümkün değildir. Bu noktada işçinin öncelikli sorumluluğu; işverene zarar veren ve açıkça hukuka aykırı içeriğe sahip paylaşımları beğenmemesi, teşvik etmemesi ve yeniden paylaşarak görünürlüğe katkı sunmamasıdır.

İşveren veya diğer bir işçi hakkında ağır bir kişilik ihlali ya da işletmenin itibarını önemli derece sarsacak paylaşımların beğenilmesi yahut yeniden paylaşılması geçerli bir fesih sebebi sayılabilir. Yeniden paylaşım eyleminin bizzat içerik oluşturup paylaşım seviyesinde olmasa da beğen butonuna basmaktan daha ağır sonuçlarının olabileceği göz önünde tutulmalıdır. Ancak kısa süre içinde geri alma veya hesaptan kaldırma gibi hususlar varsa mutlaka dikkate alınmalı ve bu durumda çoğu kez fesih öncesi bir uyarının yeterli olabileceği unutulmamalıdır. Diğer taraftan süreklilik arz eden, sistematik olarak işveren ve işletmeye zarar verecek nitelikteki paylaşımları beğenmek yahut yeniden paylaşmak, eylemin gelişigüzel olma ihtimalini devre dışı bırakarak somut olaya göre güven ilişkisinin sarsılması veya çökmesi sonucunda geçerli veya haklı feshe yol açabilir. Menfaatlerin değerlendirilmesi sürecinde mahkemece şüpheye düşüldüğü takdirde ifade özgürlüğü ve işçi lehine yorum yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKAR Erkan, **Sosyal Medya Pazarlaması-Sosyal Web'te Pazarlama Stratejileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARSLAN ERTÜRK Arzu, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- AYDIN Fatih, "İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde Sosyal Medya Yönergelerinin Değerlendirilmesi", **Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022, Tam Metin Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, ss.744-754.
- AYDIN Fatih, **İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları)
- BALCI Murat / ÇAKIR Kerim: "Sosyal Ağlarda İşlenen Hakaret Suçunda Ceza Sorumluluğu", **Legal Hukuk Dergisi**, 19/226, 2021, s. 4419-4446.
- BASKAN Ş. Esra. **İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BAYSAL Ulaş, "Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2016/1, S.35, ss.83-97.
- BAUER Jobst-Hubertus / GÜNTHER Jens, "Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook", **NZA**, 30/2, 2013, ss. 67-73.
- BAYBORA Dilek, "Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", **Legal İHSGD**, C.14, S.56, Y.2017, 1705-1740.
- BURR Steffen, **Posting als Kündigungsgrund-Unternehmensschädliche Äußerungen in Social Media**, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014.
- ÇALIŞKAN YILDIRIM, Aslı / UĞUR Ömer, İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 80 (4), 2022, ss. 1169-1222.
- ÇETİN Evra, "Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, ss. 75-136.
- CİVAN Orhan Ersun, **İşçinin Yan Yükümlülükleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- ÇELİK Nuri / CANIKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.
- DOĞAN YENİSEY Kübra, "Şüphe Feshi (Karar İncelemesi)", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2008/III, S.11, ss. 65-72.
- DOĞAN YENİSEY Kübra: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016(İHSGHD)**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- DOĞAN Sevil, "İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 1013-1040.
- ERASLAN Levent, **Sosyal Medya ve Algı Yönetimi-Sosyal Medya İstihbaratına Giriş**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2018.

- ERDOĞAN Canan, **İş Hukukunda Şüphe Feshi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ERGİN Hediye, “Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 49, (2023), ss. 45-59.
- ESEN Fatih Sinan, **Dumandan Sosyal Medyaya Kitle İletişiminin Kısa Tarihi**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2019.
- GÜNTHER, Jens / LENZ Fabian, “Liken, Posten, Teilen - Kündigungsrechtliche Einordnung Social Media-spezifischer Ausdrucksformen”, **ArbrAktuell**, 12/16, 2020, ss. 405-408.
- HAFIZOĞLU Ece Sıla: İş İlişkinde Şüphe ve Şüphe Feshi (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2022.
- KAPLAN, Andreas M. / HAENLEİN Michael: “Users of the world, Unite! The challenges and opportunities of Social Media” **Business Horizons**, 53/1, 2010, ss.59-68.
- KAYA Mine, **Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- LEONHARD Gerd, **Technology vs. Humanity-The coming clash between man and machine**, The Futures Agency, Zürich, 2016.
- MEENTS Jan Geert, “Leitende Angestellte und ihre Sonderstellung im Gesetz”, **Deutsches Steuer-recht (DStR)**, 33/35, (1995): ss. 1353-1359.
- OĞUZ Özgür, “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.19, S.76, 2022, ss. 1177-1204.
- ÖZKAN Dilek / TUTGUN ÜNAL Aylin, “Dezanfarmasyona İnanma ve Yayma Psikolojisi”, **Sosyal Medya Psikolojisi**, Der Kitapevi, İstanbul, 2021, ss. 25-38.
- RAFAEL, Studer, “Straflosigkeit des Likens - Exemplifikation anhand ehrverletzender Tatsachenbehauptungen auf Facebook”, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, 0/3, 2018, ss.176-187.
- SAVAŞ KUTSAL F. Burcu / KOLAN Şelen, “Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 16/62, 2019, ss. 491-562.
- SEVİMLİ Ahmet, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.
- STEİNAU-STEİNRÜCK Robert / BURMANN Kai-Oliver, “Außerdienstliches extremistisches Verhalten als Kündigungsgrund”, **NJW-Spezial**, 2018, ss. 626-627.
- SUR Melda, “Şüphe Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı-Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2020/4, ss. 2487-2499.
- UŞAN, M. Fatih, **İş Sırrının Korunması, Sır Saklama ve Rekabet Yasağı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- VALERİUS Brian, “Auslegung der Äußerung”, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, 2021.

- VEİL Shari, “Hoaxes and the Paradoxical Challenges of Restoring Legitimacy: Dominos’ Response to Its YouTube Crisis”, **Managament Communication Quarterly**, 26/2, 2012, ss. 322-345.
- VROMAN Margo / STULZ Karin / HART Claudia / STULZ Emily, “Employer Liability for Using Social Media in Hiring Decisions”, **Journal of Social Media for Organizations**, 3/1, 2016, ss.1-12.
- WİLDHABER Isabelle / HÄNSENBERGER Silvio, “Kündigung wegen Nutzung von Social Media”, **Recht im digitalen Zeitalter**, Dike Verlag, Zürich, 2015, ss. 399-432.
- YILDIZ Gaye Burcu, “İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C. 39, 2018, ss. 105-112.

PARA BORÇLARI BAKIMINDAN TBK M. 120 F.2'DE ÖNGÖRÜLEN TEMERRÜT FAİZİ ÜST SINIRI VE BUNUN SÖZLEŞME CEZASI İLE İLİŞKİSİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER^(*)

Prof. Dr. K. Berk KAPANCI^(**)

Öz: Para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi halinde borçlanılan para edimi bakımından temerrüt faizi işleyecektir. Bu durum para borçlarında borçlu temerrüdünün olağan bir sonucudur. İşleyecek temerrüt faizi bakımından kural olarak yasada belirlenmiş oran dikkate alınır, bununla birlikte ilgili oranın taraf anlaşmasıyla belirlenmesi de mümkündür. Yalnız temerrüt faizi oranının taraf anlaşmasıyla kararlaştırıldığı bazı olasılıklar özelinde, TBK m. 120 f.2 sınırlaması devreye girer. Buna göre, iradi olarak belirlenecek temerrüt faizi oranı, yasal olarak belirlenmiş oranın iki katından daha fazla olamaz. Sözleşme cezası ise, ceza koşulu yan anlaşması dahilinde belirli bir asli borcun (konu aldığı edim bakımından özel bir ayırım da yapılmaksızın) yerine getirilmesi borçlu üzerinde ekstra bir baskı unsuru oluşturulması ve bu şekilde ifanın temininin sağlanması için kararlaştırılan bir edim yükümlülüğüdür. Sözleşme cezasının farklı formlarda söz konusu olabilmesi mümkündür. Belirtilen iki kurumun (temerrüt faizi ve sözleşme cezası) bir arada gündeme geldiği ve TBK m. 120 f.2 sınırlamasının devrede olduğu olasılıklarda, bu son hükmün sözleşme cezası edimi bakımından da tatbik edilip edilmeyeceği, cevaplandırılması gereken bir soru oluşturur. İşbu çalışmamız, öğretide bu konuda ileri sürülen farklı görüşlerin de dikkate alınması suretiyle, ilgili soruya tatmin edici bir cevap bulunmasını hedef tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Para Borcu, Temerrüt Faizi, Faiz Oranı, Ceza Koşulu, Sözleşme Cezası.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 15.05.2023 - Makale Kabul Tarihi: 25.07.2023.

^(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: berk.kapanca@mef.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6540-5872>.

SOME REMARKS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN MAXIMUM STATUTORY DEFAULT INTEREST RATE STIPULATED BY ART. 120 PARA. 2 TCO AND CONTRACTUAL PENALTIES

Abstract: In case of debtor's default in the performance of a monetary obligation, the creditor shall be directly entitled to default interest along with the specific performance. This can be considered a usual consequence of debtor's default in the performance of monetary obligations. As for the interest rate, the statutory one shall be taken into consideration whenever there is no other arrangement. Parties may also fix a voluntary interest rate, provided that such an agreement is in line with the article 120 para. 2 TCO, when this provision is considered applicable. According to the said article, voluntary interest rate cannot be more than twice the amount of the statutory one. On the other hand, parties may also agree on penalty clauses stipulating contractual penalties, in order to create extra pressure on the debtor so as due performance is rendered. At that point the possible relationship of contractual penalties and the article 120 para. 2 TCO, of course when this provision is applicable, may raise some questions. Accordingly, this article aims to find convincing answers to these questions in the light of the different scholarly opinions put forward in the legal literature.

Keywords: Monetary Obligation, Default Interest, Interest Rate, Penalty Clause, Contractual Penalty.

I. GİRİŞ VE SORUNUN ORTAYA KOYULMASI

Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüde düşmesi halinde borçlanılan para edimi bakımından kendiliğinden temerrüt faizi işleyecektir.¹ Bu durum para borçlarında borçlu temerrüdünün olağan bir sonucudur (Bkz. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu² (“TBK”) m. 120 vd.). İşleyecek temerrüt faizi bakımından kural olarak yasada (Bkz. 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun³ (“Faiz Kanunu”) m. 2) belirlenmiş oran dikkate alınır, bununla birlikte ilgili oranın taraf anlaşmasıyla belirlenmesi de mümkündür. Yalnız temerrüt faizi oranının taraf anlaşmasıyla kararlaştırıldığı bazı olasılıklar özelinde, TBK m. 120 f.2 sınırlaması devreye girer. Buna göre, iradi olarak belirlenecek temerrüt faizi oranı, yasal olarak belirlenmiş oranın iki katından daha fazla olamaz.

Sözleşme cezası ise, ceza koşulu yan anlaşması dahilinde belirli bir asli borcun (konu aldığı edim bakımından özel bir ayırım da yapılmaksızın) yerine getirilmesi borçlu üzerinde ekstra bir baskı unsuru oluşturulması ve bu şekilde ifanın temininin sağlanması için kararlaştırılan bir edim yükümlülüğüdür. Sözleşme cezasının farklı formlarda (konumuz özelinde ifaya eklenen veya seçimlik) söz konusu olabilmesi mümkündür.

Belirtilen iki kurumun (temerrüt faizi ve sözleşme cezası) bir arada gündeme geldiği ve TBK m. 120 f.2 sınırlamasının devrede olduğu olasılıklarda, bu son hükmün sözleşme cezası edimi bakımından da tatbik edilip edilmeyeceği, cevaplandırılması gereken bir soru oluşturur.

İşbu çalışmamız, öğretilerde bu konuda ileri sürülen farklı görüşlerin de dikkate alınması suretiyle, ilgili soruya tatmin edici bir cevap bulunmasını (II) hedef tutmaktadır.

II. DEĞERLENDİRME: TBK M. 120 F.2’NİN TEMERRÜT FAİZİ İÇİN ÖNGÖRDÜĞÜ SINIRLAMA, PARA BORÇLARI BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN SÖZLEŞME CEZALARI BAKIMINDAN DA UYGULANMALI MIDIR?

Para borcu denildiğinde akla doğrudan gelen bir kavramdır faiz. Bu kavram da kendi içinde çeşitli alt kavramlara ayrılabilir: Anapara (kapital, sermaye,

¹ GÜMÜŞ Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 925; KOCAAĞA Köksal, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, ss. 188-189.

² Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Şubat 2011.

³ Resmî Gazete Sayı: 18610, Tarih: 19 Aralık 1984.

resülmal) faizi (*Kapitalzins / Intérêts du capital*) ve temerrüt faizi (*Verzugszins / Intérêts moratoires*). Her iki alt türün de kanun tarafından belirlenen bir oranı (yasal faiz) olduğu gibi iradi olarak da faiz oranı (sözleşmesel faiz) belirlenmesi imkân dahilindedir.⁴ Ne türden olursa olsun para borçlarında faizin temel işlevi, zaman içinde paranın uğrayabileceği değer kayıplarının telafi edilmesidir.⁵⁻⁶

Söz konusu temerrüt faizi olduğunda uygulama alanı bulan TBK m. 120 f.2, para borcunda borçlunun temerrüde düşmesi halinde iradi olarak kararlaştırılıp talep edilebilecek temerrüt faizinin oranını sınırlandırmıştır. Buna göre, talep edilmesi kararlaştırılabilecek en fazla temerrüt faizi oranı, yasal oranın %100 fazlasıdır, yani yasal temerrüt faizi oranının iki katıdır.⁷

Tartışmalı olmakla birlikte üstün tutulmasını önerdiğimiz bu konudaki ağırlıklı görüş⁸ göre, tüketici işlemleri de dahil olmak üzere⁹ -elbette 6502

⁴ Bkz. GÜMÜŞ, s. 743; BARLAS Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 126; AYDOĞDU Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile ilgili Düzenlemeler”, **Doğuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, S. 1, 2010, ss. 85-136, ss. 88-89; CEYLAN Zeynep Şeyma, **Para Borçlarının İfasında Faiz**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 95 vd.

⁵ OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, N. 966; KOCAĞA, s. 188; CEYLAN, s. 59; BARLAS, s. 124.

⁶ Özel olarak temerrüt faizine atfedilen işlevlerle ilgili olarak ayrıca bkz. BARLAS, s. 127 vd.

⁷ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 1**, N. 1609; GÜMÜŞ, s. 749; CEYLAN, s. 132; ÖZMEN Ethem Saba / AKTAŞ Türkan, “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, Haziran 2018, ss. 39-54, s. 40; ALAF Mevlüdiye, “Tüketici Kredileri Bakımından Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faize İlişkin Üst Sınır Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2017, 3(1), ss. 9-22, s. 13; ALTOP Atilla, “Seminer - Türk Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı**, Y. 77, S. 2, Mayıs 2012, ss. 11-21, s. 520; KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 791; KIRKBEŞOĞLU Nagehan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 4, 2012, ss. 145-172, s. 159.

Bu arada faiz oranına ilişkin bir başka sınırlama, anapara faizi bakımından da TBK m. 88 f.2’de mevcuttur. Söz konusu hükme göre iradi olarak belirlenecek anapara faizi oranı, en fazla yasal oranın bir buçuk katı kadar olabilir. TBK m. 88 f.2’nin para borçları bakımından öngörülecek sözleşme cezaları bakımından ise herhangi bir uygulama alanı olamayacağı ise açık ortadadır: Sözleşme cezası, borçlunun borca aykırı fiilleri bakımından devreye girebilecek bir yan edim yükümlülüğünü oluşturur, anapara faizinin işleminin ise borca aykırılık unsuruyla yakından uzaktan herhangi bir ilintisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla da TBK m. 120 f.2’yle ilgili değerlendirmemize benzer bir değerlendirmenin TBK m. 88 f.2 bağlamında yapılmasına yer ve gerek yoktur.

⁸ Bu konuda özellikle bkz. YILMAZ Abdülhamit, **Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Uygulanan Faiz Oranlarının Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120 Işığında Değerlendirilmesi**, E-kitap, Aristo Yayınevi, 15.02.2022, s. 29 vd.; ALAF, s. 17.

⁹ TKHK’de temerrüt faizi oranıyla ilgili genel olarak sınır koyan bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte TKHK m. 83’e göre: “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel*

Sayıli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰ (“TKHK”) ve bununla ilgili alt mevzuatta devreye girecek, aksi yönde daha özel mahiyette bir düzenleme söz konusu olmadıkça¹¹ adi işlerde yasal temerrüt faizi oranı, Faiz Kanunu -m.2 f.1’in göndermesiyle- m. 1’e göre -kural olarak, Cumhurbaşkanlığı tarafından aksi yönde bir belirleme yoksa, 01.06.2024 itibariyle- yıllık %24’tür. Bunun iki katı ise, yıllık %48’e karşılık gelir.

hükümler uygulanır.” İlgili hükümden hareketle de TBK m. 88 ve 120 düzenlemeleri, tüketici işlemleri bakımından da (bunlar aynı zamanda ticari iş teşkil etseler bile herhangi bir fark yaratmaksızın) devreye sokulmaktadır.

Nitekim bu konuda ayrıca ve özellikle bkz. **Yarg. 12. HD, 07.11.2017, 22250/13717**: “*Takibe dayanak kredi 6502 sayılı Kanununun 22. maddesinde yazılı tüketici kredisi niteliğinde olmayıp ticari iş niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde; TTK’nun 8/1. bendine göre ticari faiz serbestçe belirleneceği ve bu durumda Tüketici Kanunu ve Borçlar Kanunu uygulanamayacak olup, takip talebinde belirtilip itirazsız kesinleşen %126 faiz oranı üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir. Şikayete konu edilen dosya hesabının açıklanan doğrultuda incelenerek denetlenmesi gerekir. Takibe dayanak kredi sözleşmesinin tüketici kanunu kapsamında olması halinde ise; TTK’nun 8/3 bendi ve 6502 sayılı Kanununun 8/2. fıkrası uyarınca bu krediye uygulanacak faiz, ticari faiz değil yasal faizdir. Bu durumda takip tarihi itibariyle uygulanması gereken 06.03.2003 tarihli 4822 sayılı Kanununun 15.maddesi ile değişik 4077 sayılı Kanununun 10/f bendi uyarınca takibe işleyecek faiz, kredi sözleşme faizinin %30’unu geçemez. 4077 sayılı Kanun 6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış olup yeni Tüketici Kanunu 01.06.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan kanunda 4077 sayılı Kanununun 10/f maddesine benzer bir düzenleme yoktur. Bu kanun’un 83/1.maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu durumda Borçlar Kanunu’nun 88 ve 120. maddesi hükümleri tüketici kredisinde de uygulanmak durumundadır.” (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 8 Kasım 2024).*

¹⁰ Resmî Gazete Sayı: 28835 Tarih: 28 Kasım 2011.

¹¹ Nitekim, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmeleri bakımından, bu konulara ilişkin alt mevzuatlarda ilgili türden özel düzenlemeler mevcuttur. Buna göre, sözü geçen tüketici işlemlerinde taraf anlaşmasıyla belirlenecek temerrüt faizi oranı, TBK m. 88 ve Faiz Kanunu m. 2 f.1 uyarınca anapara faizi bakımından belirlenebilecek üst sınırı oluşturan yıllık %36’nın %30 fazlasını, yani yıllık %46,8’i (= 36 + (0,3 * 36)) aşamaz.

Ayrıca bkz. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 4 f.1(e): “*Gecikme faiz oranı: Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere belirlenen oranı, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde ise ilgili mevzuat gereği belirlenen oranı, (...) ifade eder.” ve m. 18 f.2: “Temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasından daha yüksek bir oranda gecikme faizi tahsil edilemez. Aksi halde, kredi veren, fazla tahsil ettiği tutar ile fazla tahsil edilen tutarın tahsil edildiği tarihle fiilen tüketiciye geri ödendiği tarih arasındaki süre için sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası üzerinden hesaplanacak faizi tüketiciye ödemekle yükümlüdür.”*

Yine bkz. Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 13 f.3: “*Temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sabit faizi içeren konut finansmanı sözleşmeleri için akdi faiz oranının, değişken faizi içeren sözleşmelerde ise cari faiz oranının yüzde otuz fazlasından daha yüksek bir oranda gecikme faizi tahsil edilemez. Aksi halde, konut finansmanı kuruluşu, fazla tahsil ettiği tutar ile fazla tahsil edilen tutarın tahsil edildiği tarihle fiilen tüketiciye geri ödendiği tarih arasındaki süre için sözleşmede yer alan akdi veya cari faiz oranının yüzde otuz fazlası üzerinden hesaplanacak faizi tüketiciye ödemekle yükümlüdür.”*

İşlemin bir tarafının tüketici olmadığı (dolayısıyla aynı zamanda tüketici işlemi niteliği taşımayan) ticari işlerde konu bir miktar daha karışık ve tartışmalıdır.¹² Bu alanda kimileri, ilgili sınırlamanın genel nitelikli olduğunu ve ticari işlere de tatbik edilmesi gerekeceğini,¹³ kimi diğerleri ise ticari işlerde böyle bir sınırlamaya yer olmadığını kabul ederler.¹⁴ Eğer sınırlamaya yer olduğunu kabul eden görüşe itibar edilirse, aşağıdaki düşüncelerimiz bu alana da yaydırılabilir, diğer türlü (aksi görüşün kabulü halinde) bu alan kapsam dışı kalacaktır.

Bu arada ifade edilmelidir ki, tartışmada faiz sınırlamalarının uygulama alanı bulmadığı yönünde bir tavır alınacak olduğunda bile, şu nokta izahtan varestede addedilmelidir: Faiz oranı bir kişinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak derecede yüksekse, konu taraflardan birinin tüketici olmadığı ticari işlemler bile olsa, kişilik haklarını ihlal eden (veya aynı şekilde ahlaka aykırı olarak kabul edilecek) bu anlaşma bakımından TBK m. 27 devreye girer ve faiz -en azından kısmen- kesin hükümsüz addedilir.¹⁵ Bu da demektir ki, bir tarafın tüketici olmadığı ticari işlerde de pekâlâ bir “*nihai sınır*” mevcuttur.

**Şimdi, TBK m. 120 f.2 sınırlamasının devrede olduğu bir olasılık dahilinde düşüncelerimizi aktarmaya devam edelim.*

Ceza koşuluna ilişkin düzenlemeler (TBK m. 179 vd.), ihlali halinde sözleşme cezası (ceza koşulunun konusunu oluşturan edim yükümlülüğü) kararlaştırılabilecek borçlar arasında genel olarak bir ayırım gözetmemiş, sadece belirli borçlar bakımından bu anlaşmaya izin verip, belirli diğer borç-

¹² Genel olarak bu tartışma ve ileri sürülen farklı görüşler için bkz. YILMAZ, ss. 26-27; CEYLAN, s. 135 vd.; GÜMÜŞ, s. 751; ALAF, s. 16.

¹³ BURCUOĞLU Halûk, **Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta I QUO VADIS (Nereye) - II NİHAYET**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 143; ALTOP Atilla, “Seminer - Türk Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı**, Y. 77, S. 2, Mayıs 2012, ss. 11-21, s. 11 vd.; AYDOĞDU, s. 95 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s. 159.

¹⁴ YAĞCI Kürşad, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 71, S. 2, 2013, ss. 421-437, s. 432; REİSOĞLU Seza, “Tüketici Kredilerine ve Kredi Kartı İşlemlerine Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları”, **Bankacılar Dergisi**, S. 90, Eylül 2014, s. 112-120, s. 115 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 1**, N. 1613; NOMER Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, N. 191.1-6; CEYLAN, s. 138; ANTALYA, s. 523; KILIÇOĞLU, s. 792.

¹⁵ SEROZAN Rona, **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 109; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 1**, N. 1613; YILMAZ, s. 27; ÖZMEN/AKTAŞ, s. 43.

lar bakımından ise anlaşmayı kapsam dışı bırakmamıştır. Buradan hareketle şu tespitin yapılmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır: Genel olarak bakıldığında, para borçları bakımından da ceza koşulu anlaşması yapılabilir ve ilgili çerçevede borcun yerine getirilmemesi halinde ifası istenebilecek bir sözleşme cezası pekâlâ kararlaştırılabilir.¹⁶

Sözleşme cezası (*Konventionalstrafe / Peine conventionelle*) denildiğinde, karşımıza iki tür edim çıkabilir: Bunlardan ilki ifaya eklenen sözleşme cezasıdır ki, bunun ihlal edilen borçla birlikte (onun yanı sıra) istenmesi mümkündür.¹⁷ Diğeri ise, ifa yerine istenebilecek olan (seçimlik) sözleşme cezasıdır, bu ceza türünde ise alacaklı borcun ifasını veya sözleşme cezasını istemek yönünde bir seçim hakkından istifade eder, ancak hem ifayı hem de cezayı bir arada isteyemez.¹⁸

Bu arada taraflar anlaşmaları dahilinde, ceza koşulu anlaşması dahilindeki sözleşme cezası ediminin türünü serbestçe belirleyebilirler. Eğer özel

¹⁶ ERDEM Mehmet, **La clause pénale - Etude comparative de droit suisse de droit turc**, Université Neuchâtel, Faculté de droit, Ankara, 2006, s. 73 vd.; GÜMÜŞ, s. 928; KOCAAĞA, s. 69, 195; HELVACI Mehmet, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, zs. 90-91; YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 119; KAPANCI Kadir Berk, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, Özel Sayı, Ocak 2016, ss. 661-684, ss. 676-677.

Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında aksi düşüncüyü (para borçlarında sözleşme cezasının kararlaştırılmayacağı) kabul etmekteydi. Bu konuda karar örnekleri için ayrıca bkz. TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 343; YAĞCIOĞLU, s. 119, dn. 377; KARAHASAN Mustafa Reşit, “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XL, Ocak-Şubat-Mart 1966, Medeni Kanunun 40. Yılı Özel Sayısı, ss. 469-494, ss. 474-475; ÖCAL Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1965, s. 525 vd.; ÖZMEN/AKTAŞ, s. 47.

¹⁷ COUCHEPIN Gaspard, **La clause pénale, Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction**, Schulthess, Zürich, 2008, s. 131 vd.; ERDEM, s. 54; OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, **İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110-183 (TBK m. 109-181)**, (çev. Fikret Ayıter), 2. Bası Tercümesi, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950, Art. 160 OR, N. 6; KOCAAĞA, s. 137 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 202 vd.; EKİNCİ Hüseyin, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2015, s. 150 vd.; GÜMÜŞ, s. 1022 vd.; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, N. 1598 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349 vd.; KILIÇOĞLU, s. 987 vd.; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 1328.

¹⁸ COUCHEPIN, s. 124 vd.; ERDEM, s. 53; OSER/SCHÖNENBERGER (AYİTER), **ZürKom.**, Art. 160 OR, N. 2; KOCAAĞA, s. 133 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 190 vd.; EKİNCİ, s. 107 vd.; GÜMÜŞ, s. 1019 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 2**, N. 1591 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348-349; KILIÇOĞLU, s. 985 vd.; EREN, s. 1326.

bir belirleme yok da sadece bir ceza koşulu anlaşmasının varlığı söz konusu ise, ister istemez TBK m. 179'daki yasal (adi) karineler üzerinden bir değerlendirme yapmak icap edecektir. TBK m. 179 f.1'e göre hiç veya gereği gibi ifa etmeme durumu için kararlaştırılacak sözleşme cezası edimi, aksi kararlaştırılmadıkça, ifa yerine ceza özelliği gösterirken; TBK m. 179 f.2'ye göre ise belirli bir zaman veya yerde ifa etmeme durumu için kararlaştırılacak sözleşme cezası edimi ise, yine aksi kararlaştırılmadıkça, ifaya eklenen ceza özelliğini taşımaktadır.¹⁹

Konumuz özelinde bu söylenenlerden açıkça anlaşılması gereken ise şudur: Özel bir belirtmede bulunulmaksızın borçlunun temerrüdü (hatta temerrüt düzeyine gelmeyen salt gecikmesi)²⁰ hali için kararlaştırılan sözleşme cezası, ifaya eklenen bir ceza mahiyeti taşır.²¹

***O zaman yine para borçlarında borçlu temerrüdüne geri dönelim ve akıl yürütme faaliyetimizi bu olasılık özelinde sürdürelim.*

Para borçlarında, borçlunun temerrüde düşmesi akabinde kendiliğinden işleyecek olan temerrüt faizi, kusurdan ve zarardan bağımsız bir ferî edim özelliği gösterir, aslında burada, öğretinin de genel olarak kabulü çerçevesinde söz konusu olan, beher gün için işleyecek kanuni (yasal) bir götürü tazminatın²² (*gesetzlicher pauschalierter Schadenersatz / Dommages-intérêts forfaitaires légaux*) varlığı (yalnız “tazminat” denilirken de tekrar dikkat edilsin, önemine binaen herhangi bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına bir kez daha vurgulansın, buradaki (kanuni) götürü tazminat (yani temerrüt faizi) zarar ve kusur unsurlarından bağımsızdır!) mevzu bahistir.²³ Dolayısıyla temerrüt faiziyle karşılanamayacak suretle, aşkın bir

¹⁹ Yine bkz. KOCAAĞA, ss. 133, 137; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 2**, N. 1591, 1598; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348.

²⁰ Bu konuda ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 189.

²¹ KOCAAĞA, s. 137; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 2**, N. 1602.

²² Götürü tazminat kavramı ile ilgili genel olarak bkz. KAPANCI Kadir Berk, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-683, s. 661 vd.

²³ BARLAS, s. 135; GÜMÜŞ, s. 925; KOCAAĞA, s. 189; ÖCAL, s. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 930; YAĞCIOĞLU, s. 104; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt 1**, N. 1602; ÖZMEN/AKTAŞ, s. 44; ANTALYA, s. 515.

Farklı yönde bkz. ARSEBÜK Esat, “Cezai Şart Mevhumu Etrafında Tahliller”, **Adliye Ceridesi**, S. 16, Nisan 1936, ss. 987-996, s. 988. Yazara göre, temerrüt faizi kanunun öngördüğü bir tür sözleşme cezası olarak görülmelidir. Her iki kavram bakımından da zarar zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmıyor olsa da, hizmet ettikleri amaçlar düşünüldüğünde bu yakla-

zarara uğrandıysa, bu zararın ispatı kaydıyla (ve fakat kusur bakımından TBK m. 112'nin alacaklıdan yana avantajlı ispat yükü dağılımı yine devrededir, özellikle bkz. TBK m. 122) munzam bir tazminat talebinde bulunulabilir.²⁴

Tarafların TBK m. 120 f.2'deki sınırlar dahilinde temerrüt faizi için iradi bir oran belirlemeleri, alacaklının borçlunun temerrüde düşmesi durumunda temerrüt faiziyle hak kazanacağı götürü tazminatın kapsamını genişletmiş olur. Dolayısıyla dikkat edilsin, bu sınırlar içinde kararlaştırılan, bir tür (kusur ve zarardan bağımsız) götürü tazminat özelliği taşıyan bir edimin miktarıdır. Peki bu edimin, kanunun belirlediği sınırlar içinde kaldığı vakit bir sözleşme cezası niteliği taşıması söz konusu olabilir mi? Düşüncemize göre, bunu her durumda *a priori* söylemek belki çok mümkün olmasa da (olabilir ki gerçek zarar kararlaştırılan temerrüt faizi oranı dahilinde elde edilen temerrüt faizinden daha az olsun, böyle bir durumda zarardan bağımsız bir sözleşme cezasının varlığından söz açmak bir nebze kolaylaşabilecektir), kanun koyucunun temerrüt faizine atfettiği özellik, en azından öğretinin bu konuda aldığı tavırla da netleşen, temelde zararı karşılamaya (her ne kadar zarardan bağımsız olsa da) yönelik bir tür götürü tazminat olmak noktasındadır.²⁵ Nitekim TBK m. 122'de temerrüt faizini aşkın zararın kusuru ispat etmeye yer olmaksızın talep edilebilmesi, buna karşılık sözleşme cezasını aşkın zararın ise TBK m. 180 f.2 uyarınca ancak bu zararın oluşmasında borçlunun kusurunun bulunduğu da ispat ederek istenebilecek olma-

şıma katılım göstermek mümkün görünmemektedir. Ne de olsa temerrüt faizinin temel amacı temerrüt nedeniyle uğranılan zararın karşılanması iken, sözleşme cezasında temel amaç borçlunun ifaya zorlanması belirginleşmektedir.

²⁴ Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, *Cilt 1*, N. 1629 vd.; GÜMÜŞ, s. 930 vd.; BARLAS, s. 187 vd.; ANTALYA, s. 515; NOMER, N. 196 vd.

²⁵ Ayrıca bkz. ve karşı. KOCAĞA, s. 193-194. Yazara göre, kanuni (yasal) orandan daha yüksek bir oranda belirlenen temerrüt faizine ilişkin kayıtlar, nitelikleri itibarıyla sözleşme cezası kayıtlarına yaklaşırlar. Yazar, açıklamalarının devamında ise, temerrüt faizini ve sözleşme cezasını birbirinden ayrı tutmaktadır. Şöyle ki yazara göre, tarafların daha yüksek bir faiz oranı belirledikleri veya anaparaya eklenerek ödenmesi kararlaştırılan dönemsel bir edimi öngördükleri olasılıklarda, onların bu iki kurumdan hangisine başvurmak istedikleri, iradelerine göre tespit edilmelidir. Tespit sonucuna göre uygulanacak hükümler de belirlilik kazanacaktır. Yoksa, salt kanuni (yasal) oranın üzerinde bir kararlaştırmada bulunulması (TBK m. 120 f.2 sınırlamasının devrede olduğu olasılıklarda bu sınırlamaya itibar edilerek), beraberinde öngörülen kayda sözleşme cezasına ilişkin hükümlerin uygulanması sonucunu getirmemelidir.

Farklı görüşte bkz. ÖCAL, s. 92; EKİNCİ, s. 43. Bu yazarlara göre ise, temerrüt faizinin kanuni (yasal) oranı üzerinde bir oranın kararlaştırılması söz konusu ise, ilgili kayıt bir sözleşme cezası kaydı olarak değerlendirmeye alınmalıdır.

sı²⁶ (gerçi şu da söylenmelidir ki, haklı ve tutarlı gerekçeleriyle izah ettiğimiz öznel düşüncemize göre bu hüküm sadece ifa yerine istenebilecek olan sözleşme cezaları özelinde bir anlam taşır, ağırlıklı görüş ise hükmü her iki sözleşme cezası bakımından da uygulamayı tercih eder; burada bir an için bu görüşe itibar edildiğinde konu özelinde izleyen açıklamalarımızın da ekstra bir gerekçe oluşturması yönünden ilgili görüş ekseninde açıklamalar verdiğimizizi, konuyla ilgili önceki görüşümüzde ise yine ısrarcı olduğumuzu iletmeliyiz),²⁷ temerrüt faizinin iradi olarak belirlendiği kurgularda bu faize bir sözleşme cezası işlevi atfedilmediğine açık bir gösterge olarak kabul edilebilir.²⁸ Yoksa, ortada yine de bir sözleşme cezasının bulunduğunu belirttikten sonra bu maddeler arasındaki farklılaşmanın altındaki düşünceyi izaha kalkışmanın daha zor bir girişim olacağı belirgindir. Ama salt retorik olarak soracak olursak; diğer borçlar bakımından değil de neden para borçları bakımından böyle özel bir avantaj gözetilmiş olsun ki? Sorunun cevabı gün gibi açıktır, buna haklı mesnet teşkil edebilecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

*Bu arada yeri gelmişken, antrparantez, genel olarak sözleşme cezası ve temerrüt faizinin birbirlerinden aşağıdaki noktalarda farklılaşacaklarını da ayrıca söyleyelim:*²⁹

- *Temerrüt faizi, salt para borçları bakımından ve bu borçların zamanında ifa edilmemesi ve özel olarak da borçlu temerrüdü durumunun oluşması dahilinde gündeme gelir. Buna karşılık, sözleşme cezası için herhangi türde bir borca aykırılığın (yani borçlu temerrüdünün (bu arada temerrüdün oluşmasına da gerek yoktur, salt ifadaki gecikme sözleşme cezasının istenebilmesi için yeterlidir) yanı sıra borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı veya kötü ifa halleri de kapsama dahildir) oluşması kafidir, ayrıca para dışındaki diğer borçlar için de böyle bir edimin kararlaştırılması da pekâlâ mümkündür.*
- *Temerrüt faizi, para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesiyle kanun gereği kendiliğinden doğar, sözleşme cezası ise hukuki işleme dayanan bir yapı arz eder.*

²⁶ Bu konuda genel olarak bkz. OSER/SCHÖNENBERGER (AYİTER), **ZürKom.**, Art. 161 OR, N. 3; EKİNCİ, s. 309 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 215 vd.; KOCAAĞA, s. 304 vd.; KILIÇOĞLU, s. 993; EREN, s. 1330.

²⁷ Bu konuda bkz. KAPANCI, **Sözleşme Cezası**, s. 665 vd.

²⁸ Yine bkz. KOCAAĞA, s. 197.

²⁹ Bu konuda özellikle bkz. KOCAAĞA, s. 190 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 105; HELVACI, s. 89-90; CEYLAN, s. 89 vd.

- *Temerrüt faizi tümüyle kusurdan bağımsız bir özellik gösterirken, sözleşme cezası kural olarak borçlunun kusurlu (kusursuzluğunu ispat yükü borçlunun üzerinde olmak üzere) olmasını gerektirir, ancak borca aykırılıktan sorumluluğun kusura dayanmadığı olasılıklarda (örnek olarak TBK m. 116 - ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk hali) sözleşme cezasının talep edilebilmesi için kusur bir unsur olarak dikkate alınmaz.*

Öyleyse, bir önceki (ana) paragraftaki kabul dairesinde, TBK m. 120 f.2'nin özünde ve temelde, para borçları açısından kararlaştırılacak dönemsel olarak artış gösterecek oransal götürü tazminat değerleri için genel bir sınır teşkil ettiği söylenebilir.

Bunun tersi anlamından çıkarılacak sonuç da şudur: Para borçları bakımından kararlaştırılacak, nihai değeri baştan belirli (ve sabit) olan götürü tazminat edimleri TBK m. 120 f.2 sınırlamasına tabi olmaksızın -kural olarak- geçerli addedilmelidir.³⁰ Aşkın zararın tazminine imkân sağlayan TBK m. 122 hükmü de buna imkân verir. Ayrıca olağan şartlarda götürü tazminat zarar unsuruyla çalışır, zararın varlığından söz edilemiyor (tümüyle) veya zarar miktarı kararlaştırılan değer altındadır (bu oranda) götürü tazminat devre dışı kalır. Diğer taraftan bu sınırlamanın ilgili olasılıkta makul biçimde tatbik edilebilmesi de, ortada dönemsel olarak artış gösteren bir edim yükümlülüğü söz konusu olmadığından pek mümkün olamayacaktır. Kanuna karşı bir hilenin varlığının (yani TBK m. 120 f.2'nin dolandırıldığının) anlaşıldığı istisnai durumlarda ise ilgili madde -hemen aşağıda başka bir vesileyle açıklayacağımız üzere, kanuna karşı hilenin yaptırımını olarak- tatbik edilir.

****İbreyi, yine para borçlarında borçlu temerrüdü olasılığı bakımından, götürü tazminattan sözleşme cezasına çevirdiğimizde ise, şöyle sonuçlarla karşılaşmış oluruz:*

1. Para borçlarında **ifaya eklenen ve dönemsel olarak oransal artış gösteren bir sözleşme cezası kararlaştırıldığında**³¹ -ki zaten borçlu temerrüdü

³⁰ Ayrıca bkz. ve karşı. SANLI Kerem Cem, **Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 365 dn. 1195.

³¹ Bu arada şu da ifade edilmelidir ki, para borçlarında ifaya eklenen bir sözleşme cezası kararlaştırıldığında; bu ceza, konu tartışmalı olmakla birlikte katıldığımız görüş dairesinde para borçlarında temerrüt halinde işleyecek temerrüt faiziyle birlikte -pek tabii bağlı metnin devamındaki irdeleme ve kayıtlamalar da dikkate alınmak kaydıyla- istenebilecektir. Bu konuda bkz. KAPANCI, **Sözleşme Cezası**, s. 677; HELVACI, ss. 90-91; KOCAAĞA, s. 71; CEYLAN, s. 94.

Yargıtay'ın da bu yönde verdiği kararları mevcuttur. Örnek olarak bkz. Yarg. 3. HD, 6978/7091, 02.06.2003: "*Borçlar Kanununun 158/2. maddesi hükmüne göre; "akdın muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart*

için sadece ceza koşulu anlaşması yapıldığı durumda TBK m. 179 f.2 uyarınca anlaşma konusu sözleşme cezasının bu özellikte olacağına yukarıda değinilmişti- aslında götürü tazminat için öngörülen TBK m. 120 f.2'deki üst sınır, dolaylı olarak devreye girecektir. Şöyle ki, madem ilgili hükme göre faiz oranı belirli bir üst sınırın üzerine çıkamaz, para borçlarında ifaya eklenen ve temerrüt faizine benzer özellikler gösterip belirli dönemlerde oransal olarak artış gösteren herhangi bir sözleşme cezası kararlaştırıldığında da bu sınıra dikkat edilmelidir. Aksi türlü, düzenlemenin bir anlamı kalmaz, düzenleme kolaylıkla bertaraf edilebilir bir hal alır. Bu yönüyle bakıldığında, TBK m. 120 f.2'nin para borçlarında ifaya eklenen sözleşme cezası edimlerine de önemli bir sınırlama getirdiği rahatlıkla ifade edilebilir. Söz konusu sınırlama, temerrüde düşüldüğünde dönemselsel olarak doğarak anaparaya ekleneceği (günden güne, haftadan haftaya, aydan aya veya belirli başka türden dönemler dahilinde vs.) kararlaştırılan ifaya eklenen sözleşme cezası edimleri özelinde kendisini belirgin biçimde göstermektedir. Basit bir örnekle somutlaştırılalım: Diyelim ki, ortada TBK m. 120 f.2 sınırlamasına tabi olduğu kesin olan adi bir iş ve 1000 TL'lik de bir para borcu bulunsun. İşbu para borcu için kararlaştırılabilecek en fazla temerrüt faizi oranı, yukarıda da belirtildiği üzere mevcut mevzuat kapsamında yıllık %48 olabilir. Buna karşılık eğer böyle bir durumda taraflar, borçlunun temerrüdü halinde, temerrütte olunan beher gün için günlük anapara değerinin %5'ine karşılık gelecek veya doğrudan 50 TL'lik bir sözleşme cezasının ayrıca söz konusu olacağını kararlaştırdıysa, her ne kadar ortada bir kararlaştırılan bir faiz oranı olmasa da, TBK m. 120 f.2 burada da devreye girmeli ve fazla kısım³² (!) deyim yerinde olursa "budanmalı", yani değiştiril-

kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir...” Yine BK.nun 159/1. maddesine göre alacaklı zarara uğramasa bile cezai şartın ödenmesi gerekir. / Bundan ayrı olarak da, temerrüt faizi, para borcunu ödemedeki geciken borçlunun gecikme müddeti için, alacaklıya ödemesi gereken faiz olarak tanımlanmaktadır. Temerrüt faizinin istenebilmesi için bir para borcunun bulunması ve borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesi gerekir. 3095 sayılı yasanın üçüncü maddesinin son fıkrasına göre; temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırıldığı hallerde temerrüt faizi akdi faiz oranından az olamayacaktır. / O halde mahkemece, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan hükümler nazara alınmak suretiyle borçlunun temerrüdü nedeniyle sorumlu olacağı faiz ve cezai şart miktarı saptanmak suretiyle sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir.” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 8 Kasım 2024).

³² Ufak bir hesaplama yapılacak olursa, örnekte günlük %5'lik bir para değerinin anaparaya ekleneceği kararlaştırılmıştır, TBK m. 120 f.2 çerçevesinde söz konusu olabilecek en yüksek oran ise yıllık %48'dir, yani bunun günlük değeri ($\frac{\%48}{365} =$) %0,1315...'e karşılık gelmektedir. Böyle bakıldığında, izin verilen oranın katbekat(!) fazlasına ulaşıldığı apaçık ortadadır.

miş kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutularak yasal azami sınıra indirilmelidir. Aksi takdirde, para borçlarında bu türden bir ifaya eklenen sözleşme cezası kararlaştırılabileceğinin kabulü, TBK m. 120 f.2'deki sınırlamayı anlamsız ve uygulanamaz hale getirir, ortada da gerçek anlamıyla bir kanuna karşı hile (*in fraudem legis*, kanun hükmünün dolanılması) durumunun varlığı söz konusu olur.³³ Bilindiği üzere gerçek anlamda kanuna karşı hile durumunda, bu konudaki ağırlıklı görüşe göre yaptırım olarak dolanılan kanun hükmü doğrudan uygulama alanı bulur, o zaman da zaten böyle bir anlaşma yine TBK m. 120 f.2'ye tabi tutulmuş bulunacaktır.³⁴ Bu arada para borçlarında temerrüt faizinin yanı sıra

³³ Bu yönde bkz. OSER/SCHÖNENBERGER (AYİTER), **ZürKom.**, Art. 163 OR, N. 11; BECKER Hermann, **Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar Band/Nr.VI/1**, 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 1945, Art. 160 OR, N. 18; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s. 68; KARAHASAN, s. 489; TOPÇUOĞLU Hamide, **Kanuna Karşı Hile**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950, s. 148; ÖZMEN/AKTAŞ, s. 49 vd.; CEYLAN, s. 95.

Ayrıca bkz. ve karşı. SANLI, s. 365. Yazarın düşüncesine göre, yürürlükteki (pozitif) hukuk bakımından temerrüt faizine ilişkin bu sınır, sözleşme cezası bakımından da uygulama alanı bulur. Ancak olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bağlamında düşünüldüğünde, TBK m. 120 f.2 etkin sonuçlar doğurmaz, taraflara aksi yönde sözleşme cezası edimlerini öngörebilme iktidarı sağlanmalıdır.

Yine farklı yönde bkz. KOCAAĞA, s. 195. Yazarın fikrine göre, normal şartlarda TBK m. 120 f.2 sınırlamasını aşacak sözleşme cezaları öngörülebilir, ancak tarafların özel olarak kanunu dolanmak yönünde bir amaçlarının tespiti halinde de, TBK m. 120 f.2 sınırlaması devreye girebilir. Bu yaklaşıma tam olarak katılmıyor, hem dönemsel artış gösteren bir sözleşme cezası edimi belirlenip hem böyle bir amacın olmadığı bir olasılığın pek söz konusu olamayacağını düşünüyoruz. Durum böyleyken, bu türden sözleşme cezalarına geçerlilik tanımak ve ancak ilgili dolanma amacının ispatının, TBK m. 120 f.2 sınırlamasının uygulanmasını talep eden kişiden beklemek onu ciddi anlamda zor bir durumun içine sokabilecektir.

Aksi yönde yine bkz. YAĞCIOĞLU, s. 123. Yazarın düşüncesine göre ise, anılan durumda kanuna karşı hileden söz açılmayacaktır.

Ayrıca yine aksi yönde bkz. ve karşı. BİLGE Necip, "Cezai Şart", **Ahmet Esat Ersebük Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, ss. 37-128, ss. 65, 83; OĞUZMAN Kemal, "Mahkeme Kararları Kroniği - B. Hususi Hukuk - 2. Borçlar Hukuku - 9. Para Borçlarında Cezai Şart - İçtihadı Birleştirme Kararı Lü-zumu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 1, 1962, ss. 276-277, s. 277; USLU Ebubekir, **Uygulama Örnekleri, Yargı Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 48 vd.; SECRETAN Roger, **Etude sur la clause pénale en droit suisse**, Imprimerie de la Concorde, Lausanne, 1917, s. 72.

³⁴ Kanuna karşı hile ve yaptırımı ile ilgili olarak ayrıca bkz. ÖZSUNAY Ergun, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, ss. 241-242; ESENER Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s. 13 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARRPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 388 vd.

ifaya eklenen sözleşme cezasının istenebileceği görüşüne de itibar edildiğinde, budanacak fazlalığın -ister istemez- daha da artacağı aşîkârdır.

- İşlerin bir miktar daha çetrefilleştiği ve ilgili ilişkinin (TBK m. 120 f.2 ve sözleşme cezası arasındaki) akıbetinin tespit edilebilmesinin zorlaştığı (en azından ilk olasılıktaki kadar kolay olmadığı) durum, **ifaya eklenen sözleşme cezasının dönemsel olarak doğacak ve akabinde artış gösterecek bir edim olarak kararlaştırılmadığı olasılıktır**. Bu olasılık dahilinde ortada yine borçlu temerrüdü halinde ifaya eklenecek bir sözleşme cezası edimi mevcut olur ama bu kez edimin değeri değışken (belirli dönemlerde sürekli artış gösterir biçimde) değil de sabittir. Yukarıda verdiğimiz örneği uyarlayacak olursak: 1000 TL'lik borcun ödenmemesi durumunda (sabit) 750 TL'lik bir sözleşme cezası öngörölmüş olsun. Bu durumda, borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte 750 TL, kabul ettiğimiz görüş dairesinde temerrüt faiziyle birlikte istenebilecek 1000 TL'ye eklenecektir. Bu durumda TBK m. 120 f.2 uygulama alanı bulmalı mıdır? Düşüncemize göre, sözü geçen olasılıkta TBK m. 120 f.2'nin uygulanmasına kuşku ile bakılmalıdır. Gerçi bir an için bu durumda, taraf anlaşmasının varlığı dahilinde bir yılda (üst limiti teşkil eden %48 üzerinden düşünöldüğünde) talep edilebilecek maksimum temerrüt faizi değerinin 480 TL olacağı, somut durumda ise 750 TL'nin bunun doğrudan üzerinde (1,5 katından biraz daha fazla) bir değer olduğu söylenebilir. Borçlu 1,5 yıldan daha uzun bir süre temerrütte kaldığında, bu değer ancak işleyebilecek, böyle bir kararlaştırma dahilinde ise temerrüt sürecinin daha en başında ilgili değere kavuşabilmeye hak kazanacaktır. Borçlunun ne kadar süreyle temerrütte kalacağı ise baştan bilinemez, dolayısıyla da ilgili sınırlama (TBK m. 120 f.2) *ex ante* burada uygulanmaya pek de elverişli bir müdahale aracı oluşturmaz.³⁵ Öyle ki, süre parametresindeki bilinmezlik, somut durumda bizi TBK m. 120 f.2'nin uygulaması bakımından pek de anlamlı sonuçlara ulaştıramayacaktır. Kaldı ki, bu maddenin amacı da gözetildiğinde esas itibariyle sürekli artmaya devam eden oransal bir değer bakımından bir sınırlama getirdiği, ortada tek/sabit bir değer söz konusu olduğunda ise buna engel olmadığı da rahatlıkla ifade edilebilir. O zaman düşüncemize göre va-

³⁵ Belki müdahalenin baştan değil de, her seferinde, somut olasılık özelinde (yani somut olarak ne kadar temerrütte kaldığına bakılarak) *ex post* olarak yapılması düşünölebilir. Ancak düşüncemize göre üstün tutulması daha yerine olacak bakış açısı, bağılı metnin devamında belirttiğimiz gibi olmalıdır.

rılması gerekli olan sonuç özetle şu olmalıdır: Para borçlarında, sözleşmeye eklenen ve değeri sabit bulunan bir sözleşme cezası edimi -kural olarak- geçerli biçimde kararlaştırılabilir. Böyle bir kurguda, burada temelde adi işler özelinde konuşulduğuna da göre, hiç şüphesiz TBK m. 182 f.3 koruması devrede bulunur, fahiş bir değer söz konusu ise bunun hâkim tarafından indirilmesi kendi şartları dahilinde gündeme gelebilir.

Pek tabii, anılan türden bir düzenlemenin (sabit sözleşme cezası değerini içeren) yapılmasında kanuna karşı bir hilenin varlığının (yani TBK m. 120 f.2'nin dolanılmak istenildiğinin) belirgin biçimde anlaşıldığı istisnai durumlarda, ilgili maddenin de -kanuna karşı hilenin yaptırımı olarak- tatbik edilmesi de düşünülebilir.

3. Buraya kadar olan (ifaya eklenen sabit sözleşme cezası değerini içeren ceza koşuluna) son açıklamalarımızda (1 ve 2), tarafların sadece ceza koşuluna ilişkin bir düzenleme yaptıklarını, buna karşılık temerrüt faizi oranı bakımından sözleşmesel herhangi bir düzenleme cihetine gitmedikleri durumu esas aldık. Akıl yürütmemiz dahilinde problemi daha da çetrefil bir hale getirelim: Taraflar **hem ifaya eklenen sabit değerli bir sözleşme cezası edimi öngörmüş, hem de temerrüt faizi oranını iradi olarak belirlemiş (TBK m. 120 f.2 sınırları içinde kalacakları biçimde) olsalardı**, değerlendirme sonucunda bir farklılık meydana gelir miydi? Yani yine yukarıdaki örneği bu olasılığa (en sert biçimde, temerrüt faizi oranını azami üst sınıra çekecek biçimde) uyarlayalım: 1000 TL'lik borcun ödenmemesi durumunda yine (sabit) 750 TL'lik bir sözleşme cezası öngörülün, buna ek olarak da temerrüt faizi oranı da yıllık %48 olsun. Bu örnekte, borçlu temerrüde düştüğü olasılıkta, temerrüt faizinin yanı sıra sözleşme cezasını da ödemekle yükümlü olacağından, her durumda TBK m. 120 f.2'deki sınır aşılmış olur. Dolayısıyla, burada -bir önceki (ana) paragrafta (2) incelediğimiz olasılıktan farklı olarak- net biçimde kanuna karşı hilenin varlığından söz açılabilir, dolanılmak istenen TBK m. 120 f.2 uygulaması ise, 750 TL'lik sözleşme cezasının hiç dikkate alınmaması, yani hüküm doğurmaması şeklinde gündeme gelmelidir. Böylece TBK m. 120 f.2'nin sınırları içinde kalınabilmiş, hüküm de tatbik edilebilmiş olur. Tarafların iradi olarak temerrüt faizi oranını azami sınırın altında belirledikleri olasılıklarda ise, değerlendirme sonucu bu kadar net olmayabilir, ama genel olarak azami sınıra yaklaşıldıkça kanuna karşı hile şüphesinin artacağı rahatlıkla ifade edilebilir. Bunun içinde somut olasılığın koşullarının dikkatli biçimde incelenmesi elzemdir.

4. Gelelim para borçlarında temerrüt halinde *ifa yerine istenebilecek (seçimlik) bir sözleşme cezası kararlaştırılan kurguya*. İlgili kurguda, alacaklı borçlunun temerrüde düşmesi halinde, ya aynen ifayı ve işleyecek temerrüt faizini ya da bunlardan vazgeçerek kararlaştırılan sözleşme cezasını talep edebilir. Bunun için taraf anlaşmasının bir şekilde (açık veya örtülü olarak) sözleşme cezasının bu özelliğine dikkat çekmesi lazım gelir. Ne de olsa TBK m. 179 f.2 gecikme (özel olarak da temerrüt) halinde yerine getirileceği sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen türden olduğuna işaret etmektedir. Peki bu durumda TBK m. 120 f.2 uygulaması söz konusu olabilir mi? Yine yukarıdaki örneği uyarlayarak somutlaştıralım: 1000 TL'lik para borcu ödenmediği vakit, ifa yerine istenebilecek 1750 TL'lik bir sözleşme cezası kararlaştırıldığı düşünülün. Burada alacaklı, sözleşme cezasını istemeyi tercih ettiğinde, doğrudan 1750 TL elde etmiş olacaktır. Görüleceği üzere, incelememiz özelinde bakıldığında oluşan durum sözleşmeye eklenen ceza için sabit bir değer kararlaştırıldığı olasılıkla (2) benzerlikler arz eder. Yani TBK m. 120 f.2 sınırlamalarının (kural olarak kanuna karşı hile hiç gündeme gelemeyeceği için) bu olasılık özelinde de anlamlı biçimde uygulanması pek mümkün görünmemektedir. Ama yine, sözleşme cezası tutarında bir fahişlik söz konusu ise, TBK m. 182 f.3 devrede olacaktır.

TBK m. 120 f.2'nin bir tarafın tüketici olmadığı ticari işlerde de aynen uygulama alanı bulacağını kabul eden öğreti görüşü benimsediği vakit (bu konuda bkz. yukarıda, yine bu başlık altındaki açıklamalarımız), belirtilmelidir ki bu son iki paragrafta ele alınan konular (her türden (ifaya eklenen / seçimlik) sabit değerli sözleşme cezaları) bağlamında TTK m. 22, TBK m. 182 f.3'ün uygulamasını olduğu gibi dışlar, ancak bu kez de kişilik haklarına veya ahlaka aykırı biçimde kararlaştırılan sözleşme cezasını hükümsüz sayan TBK m. 27 yine dolaylı olarak devrede olacaktır.³⁶

³⁶ Bu konuda genel olarak bkz. EREN, s. 1332; KILIÇOĞLU, ss. 999-1000; GÜMÜŞ, ss. 1032-1033; NOMER, N. 238.2

Yine Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. **Yarg. HGK, 1053/222, 20.03.1974**: "j) Bu durumda bidayet mahkemesince yapılacak iş, özel dairesinin bozma ilamında da işaret edildiği gibi, taraflar arasında kararlaştırılan cezai şartın, ahlak ve adaba aykırı olup olmadığının incelenmesidir. / Bu sebeple, (654, 699) lira keşif değerli bir işte cezai şartın baliğ olduğu miktarın ve özellikle mukavelede günde (500) lira cezai şart kabul edildiği halde, buna günde (10.000) liraya çıkaran protokolün yapıldığı 29.03.1963 tarihinden bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibarıyla borçlu müteahhidin iktisadi hürriyetini kabul edilmez derecede tazyik edip etmediği, iktisadi mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesini veya yıkılmasını mucip olup olmadığı, doğru ve makul tacirlerin vasati görüşleri açısından tayin ve takdir edilmelidir." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 8 Kasım 2024).

III. SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız temel sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Para borçlarında temerrüt faizi, kusurdan ve zarardan bağımsız özel bir götürü tazminat edimi özelliği gösterir. TBK m. 120 f.2, devrede olduğunun kabul edildiği olasılıklarda, temelde bu edimi sınırlandırmaktadır.
- Diğer taraftan para borçlarında temerrüt faizinin yanı sıra sözleşme cezası edimlerinin (ifaya eklenen veya seçimlik) kararlaştırılması da genel olarak imkân dahilindedir.
- TBK m. 120 f.2, ifaya eklenen özellik taşıyan ve dönemsel olarak artış gösteren sözleşme cezası edimleri bakımından da -bu tür edimlerin temerrüt faiziyle olan benzerliği de gözetildiğinde, haklı biçimde- dolaylı olarak (kanuna karşı hilenin yaptırımı) uygulama alanı bulur, bu türden bir sözleşme cezasına ilişkin olası bir anlaşmayı da sınırlandırır.
- Bununla birlikte, kanuna karşı hilenin açık olarak tespit edilebildiği istisnai durumlar haricinde, TBK m. 120 f.2'nin baştan sabit bir değer olarak kararlaştırılan, i- ifaya eklenen (bu olasılıkta işleyecek temerrüt faizi de sözleşme cezasıyla birlikte istenebilir) veya ii- ifa yerine talep edilebilecek sözleşme cezası edimleri bakımından da ise -kural olarak- herhangi bir uygulaması söz konusu değildir. Para borçları özelinde de bu türden sözleşme cezası edimleri, TBK m. 182 f.3 nihai sınırı teşkil etmek üzere geçerli özellik gösterebilecektir.
- Bundan başka, yine ifaya eklenen sözleşme cezası sabit bir değer olarak kararlaştırıldığında, temerrüt faizi oranı bakımından da (ayrıca) bir anlaşma yapılmışsa, ortada yine bir kanuna karşı hile durumunun olup olmadığına ayrıca bakılmalıdır. Anılan durumlar dahilinde, temerrüt faizi oranının azami sınırından (veya bu sınıra yakın bir değer üzerinden) kararlaştırıldığı olasılıklarda, bir kanuna karşı hilenin varlığından söz açılabilir, böyle bir durumda sözleşme cezası edimine ilişkin düzenleme TBK m. 120 f.2'ye aykırılıktan ötürü hüküm doğuramamalıdır.

KAYNAKÇA

- ALAF Mevlüdiye, “Tüketici Kredileri Bakımından Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faize İlişkin Üst Sınır Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 1, 2017, ss. 9-22.
- ALTOP Atilla, “Seminer - Türk Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, **İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı**, Y. 77, S. 2, Mayıs 2012, ss. 11-21.
- ANTALYA O. Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuk Genel Hükümler Cilt V/1,3, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borçların İfa Edilmemesi - Borçlunun Temerrüdü**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ARSEBÜK Esat, “Cezai Şart Mevhumu Etrafında Tahliller”, **Adliye Ceridesi**, S. 16, Nisan 1936, ss. 987-996.
- AYDOĞDU Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile ilgili Düzenlemeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2010, ss. 85-136.
- BARLAS Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.
- BECKER Hermann, **Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, 2. Aufl.**, Stämpfli, Bern, 1945.
- BİLGE Necip, “Cezai Şart”, **Ahmet Esat Ersebük Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, ss. 37-128.
- BURCUOĞLU Halûk, **Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta I QUO VADIS (Nereye) - II NİHAYET**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- CEYLAN Zeynep Şeyma, **Para Borçlarının İfasında Faiz**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- COUCHEPIN Gaspard, **La clause pénale, Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction**, Schulthess, Zürich, 2008.
- EKİNCİ Hüseyin, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2015.
- ERDEM Mehmet, **La clause pénale - Etude comparative de droit suisse de droit turc**, Université Neuchâtel, Faculté de droit, Ankara, 2006.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ESENER Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.
- GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- HELVACI Mehmet, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- KAPANCI Kadir Berk, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-683. (“Götürü Tazminat”)
- KAPANCI Kadir Berk, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, Özel Sayı, Ocak 2016, ss. 661-684. (“Sözleşme Cezası”)
- KARAHASAN Mustafa Reşit, “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XL, Ocak-Şubat-Mart 1966, Medeni Kanununun 40. Yılı Özel Sayısı, ss. 469-494.
- KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 4, 2012, ss. 145-172.
- KOCAAĞA Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARRPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- NOMER Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. (“Cilt 1”)
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020. (“Cilt 2”)
- OĞUZMAN Kemal, “Mahkeme Kararları Kroniği - B. Hususi Hukuk - 2. Borçlar Hukuku - 9. Para Borçlarında Cezai Şart - İçtihadı Birleştirme Kararı Lüzumu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 1, 1962, ss. 276-277.
- OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm **İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110-183 (TBK m. 109-181)**, (çev. Fikret Ayiter), 2. Bası Tercümesi, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950. (“ZürKom.”)
- ÖCAL Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1965.
- ÖZMEN Ethem Saba / AKTAŞ Türkan, “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, Haziran 2018, ss. 39-54.
- ÖZSUNAY Ergun, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968.

- REİSOĞLU Seza, “Tüketici Kredilerine ve Kredi Kartı İşlemlerine Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları”, **Bankacılar Dergisi**, S. 90, Eylül 2014, ss. 112-120.
- SANLI Kerem Cem, **Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- SECRETAN Roger, **Etude sur la clause pénale en droit suisse**, Imprimerie de la Concorde, Lausanne, 1917.
- SEROZAN Rona, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TOPÇUOĞLU Hamide, **Kanuna Karşı Hile**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950.
- TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963.
- USLU Ebubekir, **Uygulama Örnekleri, Yargı Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- YAĞCI Kürşad, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 71, S. 2, 2013, ss. 421-437.
- YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- YILMAZ Abdülhamit, **Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Uygulanan Faiz Oranlarının Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120 Işığında Değerlendirilmesi**, E-kitap, Aristo Yayınevi, 15.02.2022.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA İHTİYATİ HACİZ, HACZEDİLMEZLİK VE AŞKIN HACİZ^(*)

Prof. Dr. Nedim MERİÇ^(**)

Doç. Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ^(***)

Öz: Hacedilmezlik ve aşkın haciz şikâyeti takip hukukuna mahsus kurumlardır. Şahsi mahiyeti ile alacağın tahsilini sağlamaya hizmet eden tasarrufun iptali davasında kanun koyucu bu davalara mahsus olmak üzere ihtiyati haciz imkânı bahşetmiştir. Borçlunun mal kaçırma tehlikesini bertaraf edilmesi amacıyla çoğu kez borçlu dinlenilmeden ve yaklaşık ispat kuralları çerçevesinde verilen ihtiyati haciz borçluya karşı takibi kesinleştiren ve borçlu uhdesinde haczi kabil mal bulmadığı için tasarrufun iptali davası ikamesine tevessül eden alacaklıya güvence sağladığı gibi söz konusu düzenleme icra hukukunun da amacına uygundur. Ne var ki icra takibinde takip borçlusu olmayan üçüncü kişinin maruz kaldığı ihtiyati haciz kararına karşı hacedilmezlik ve aşkın haciz şikâyetinde bulunup bulunamayacağı güncel ve tartışmalı hususlardır. Belirtilen bu konular çalışmada sırasıyla iptal davasının konusunun işlemin konusu olan mal veya hakkın olduğu ve mal veya hakkın elden çıkarılmış olması sebebiyle değeri olduğu durumlara ilişkin farklı farklı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tasarrufun İptali, İhtiyati Haciz, Hacedilmezlik, Aşkın Haciz.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 05.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 04.12.2024.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Antalya - Türkiye,

E-posta: nedimmeric@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5366-0008>.

^(***) Adli Yargı İlk Derece Hukuk Hâkimi, Ankara - Türkiye,

E-posta: aciyilikli@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8858-2580>.

PRECAUTIONARY ATTACHMENT, NON-ATTACHABILITY AND EXCESSIVE ATTACHMENT IN THE ACTION FOR ANNULMENT OF DISPOSITION

Abstract: Complaints regarding non-attachability and excessive attachment are institutions specific to enforcement law. In the law suit for annulment of disposition, which serves to secure the collection of debts with its personal nature, the legislator has provided the possibility of precautionary attachment specifically for these cases. The precautionary attachment, which is often granted without hearing the debtor and within the framework of approximate proof rules, aims to eliminate the risk of the debtor concealing assets. It is not only provides assurance to the creditor who has finalized enforcement proceedings against the debtor and resorts to filing an action for annulment of disposition due to the lack of attachable assets in the debtor's possession, but also in line with the purpose of enforcement law. However, whether a third party, who is not the debtor in the enforcement proceedings, can file a complaint of non-attachability or excessive attachment against a precautionary attachment order is a current and contentious issue. These issues will be evaluated separately in the study, addressing situations where the subject of the annulment action is the asset or right that is the subject of the transaction, and where the asset or right has been disposed of, focusing on its value.

Keywords: Action for Annulment of Disposition/Actio Pauliana, Precautionary Attachment, Non-Attachability, Excessive Attachment.

GİRİŞ

İhtiyati haciz, asıl icra takibinin amacına ulaşmasına hizmet eden geçici bir hukuki korumadır. Bu korumadan yararlanmak için başvurusu yapılmış bir icra takibi yahut açılmış bir dava olmasına da gerek yoktur. Açılmış bir dava yahut itiraz edilmiş bir icra takibi yargılamaların uzun sürmesi hakkın elde edilmesine engel birtakım riskler barındırır. Bu vadede yargılama hukukunda kesin hukuki himaye sağlanıncaya kadar meydana gelebilecek tehlikelerden, sakıncalardan tarafları ve hatta bazen üçüncü kişileri korumak için geçici hukuki himaye tedbirleri öngörülmüştür.¹ Bu geçici hukuki himayelerden biri de ihtiyati hacizdir.

Takip hukuku kurumu olarak ihtiyati haciz, konusu para olan asıl icra takibine veya davaya yardımcı olan, onlar bakımından teminat sağlamaktadır. İhtiyati haciz kararı haciz konusu mal varlığının rızai devrine engel oluşturmaz, ancak yapılacak bir devir alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda hüküm ifade etmeyecektir.²

Tasarrufun iptali davalarında ihtiyati haciz kararı, tasarruf konusu mala ya da elden çıkarılan mallar yerine kaim olan kıymete ilişkin verilecektir. Her iki ihtimalde de ihtiyati haciz, takip borçlusu olmayan üçüncü kişinin malvarlığı üzerine tatbik edilecektir. İşte bu ihtimalde takip borçlusu olmayan üçüncü kişinin/kişilerin ihtiyati hacze karşı haczedilmezlik ve aşkın haciz şikâyetinde bulunup bulunamayacağı incelenecektir.

I. TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA İHTİYATİ HACİZ

İhtiyati haciz, borçluya yönelik konusu para olan takibin veya davanın sonuçlarının korunmasına hizmet etmektedir.³ İhtiyati haciz, alacaklıya satış ve paylaşırma masraflarından gayri aynı bir hak ve İİK m. 268'deki istisna dışında rüçhan hakkı bahşetmez. Karar borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlar.⁴ Dolayısıyla ihtiyati haciz kararı, bir geçici hukuki koruma olup⁵ bir icra takip işlemi değildir.⁶ Ne var ki ihtiyati haciz kararının

¹ Yılmaz, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt: 1, Ankara 2001, s. 32.

² Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı Ankara 2020, s. 716; Kren Kostkiewich, Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Bası, Zürich 2014, s. 419, 425.

³ Yılmaz, s. 37; Erişir, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 87.

⁴ Özekes, Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati haciz, Ankara 1999, s. 289.

⁵ Yargıtay bir kararında ihtiyati haczi bir tedbir mahiyetinde değerlendirmiştir, "İhtiyati haciz, İİK'nun 257. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, rehinle temin edilmemiş ve vadesi

icrası, kesin haciz gibidir.⁷ İhtiyati haciz kararı, verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra müdürlüğünden infaz ettirilmek zorundadır (İİK m. 261/I). İcrası da İİK 79 ilâ 99. maddelerine göre gerçekleştirilir (İİK m. 261/II).

Tasarrufun iptali davasındaki ihtiyati haciz ise uygulamada farklı değerlendirilebilmektedir. Örneğin, tasarrufun iptali davasında verilen ihtiyati haczin on gün içinde icrasının talep edilmemesi ile düştüğü kabul edilmektedir.⁸ Uygulamada kabul edilen bu durum kanunun iptal davalarına ilişkin kısmında açıkça düzenlenmiş değildir. İptal davasının mahiyeti farklı

gelmiş alacaklar ile muayyen ikametgâhı bulunmayan ya da mal kaçırın borçlular için vadesi gelmemiş alacakları temin bakımından borçlunun malları ve hakları üzerine konulan tedbir niteliğinde bir işlemdir. Diğer taraftan, İİK.'nun 264. maddesi hükmünden de anlaşılacağı üzere, ihtiyati haciz ile icra takibi ayrı ayrı düzenlemeler olup, ayrı ayrı hukuki sonuçlar doğurur. Bu nedenle ihtiyati haciz kararı, icra takip işlemi olmayıp, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce ya da sonra uygulanan ve HMK.'nun 389. ve izleyen maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir benzeri bir işlemdir." Yargıtay 12. HD, 16.01.2018, 26396/183 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

⁶ Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, 6. Bası, s. 482, 505; Özekes, s. 252; Aksi yönde görüş için bkz. Postacıoğlu, İlhan, E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 709; Berkin, Necmettin N. İhtiyati Haciz, İstanbul 1962, s. 15,16; Gürdoğan, Burhan, İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s. 174.

⁷ Üstündağ, s. 490.

⁸ "İİK.nun 281/2. maddesi uyarınca verilen ihtiyati haciz kararı ile ilgili tasarrufun iptali davası kabul ile sonuçlandırıldığı takdirde, alacaklı ayrıca bir icra takibi başlatmasına gerek olmadan tasarrufun iptali davasının açılmasından önce başlatılan icra takibinden alacağını tahsil edeceğinden, anılan maddeye göre verilen ihtiyati haciz kararı, İİK.257 ve devamı maddelerinde yer alan ihtiyati haciz kararlarından farklıdır. İİK.nun 281/2 maddesi uyarınca verilen ihtiyati haciz kararını tamamlayıcı merasim yönünden, İİK.nun 264. maddesi uygulanmaz. Açıklanan nedenlerle, mahkemece ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten, 10 gün geçtikten sonra, ihtiyati haciz kararının infazının istenmiş olması nedeniyle, İİK. 261. maddesi gereğince ihtiyati haczin kendiliğinden kalktığı gerekçesiyle, ihtiyati haczin infazına yönelik işlemlerin iptali kararı isabetsizdir" Yargıtay 8. HD, 12.06.2013, 4044/9122 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); İİK'nin 285/2'nci maddesi ile aynı kanunun 257 ve devamı maddelerinde ön görülen ihtiyati haciz kararları, konuları ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır. Zira İİK'nin 277 ve devamı maddelerine göre tasarrufun iptali davası sabit olduğu takdirde alacaklı tasarrufa konu mal üzerinde cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisini elde eder. Davanın konusu taşınmaz ise 3'üncü kişi üzerindeki kaybın düzeltilmesine gerek olmaksızın taşınmazın satış ve haczini isteyebilir, İİK'nin 281/2'nci maddesi uyarınca verilen ihtiyati haciz kararından sonra ilgili tasarrufun iptali davası kabul ile sonuçlandırıldığı takdirde alacaklı ayrıca bir icra takibi başlatmasına gerek olmadan iptal davası açılmadan önce başlatılan icra takibinden alacağını tahsil edeceğinden bu ihtiyati haciz kararı İİK'nin 257 ve devamı maddelerinde yer alan ihtiyati hacizden farklıdır. Hemen belirtmek gerekir ki İİK'nin 257 ve devamı maddelerine göre alınan ihtiyati haciz kararları sonrası dava alacaklı lehine sonuçlandırıldığı takdirde aynı kanunun 264/3'üncü maddesine göre alacaklının 1 ay içerisinde takip talebinde bulunma zorunluluğu bulunmasına karşın, az önce belirtilen nedenlerle İİK'nin 281/2'nci maddesinde ön görülen ihtiyati haciz kararı için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İstanbul BAM 40. HD, 16.02.2021, 188/221 (<http://app.e-uyar.com/karar>).

olsa da kanımızca İİK m. 261 burada da uygulama bulmalıdır. Davacı takip alacaklısının dilediği zaman dava konusu üzerinde ihtiyati haczin uygulanmasını talep etme yetkisinin olduğunun kabul edilmesi, alacaklıya nazaran borçlu ve işlem yaptığı üçüncü kişinin menfaati orantısız şekilde korunması anlamı taşıyacaktır. İhtiyati haczin kısa sürede uygulanmasını isteme hususunda alacaklının zorlanması alacaklı keyfilikinin önüne geçilmek içindir.⁹

Tasarrufun iptali, alacaklıya haciz ve satış yetkisi tanıyan bir takip hukuku kurumudur. İptal davası, üçüncü kişinin mülkiyet hakkına itiraz ve vaziyet eden bir nitelik ve fonksiyonu haiz olmayıp alacaklıya cebri icra yetkisine matuf bir istemdir.¹⁰ İptal davası sonunda tesis edilen hüküm ile alacaklı, kesinleşen takip alacağının tahsili için dava konusu mal veya hakka yönelik cebri icra yetkisi kazanır.¹¹ Tasarrufun iptali davasında talep üzerine iptale tabi tasarrufun konusu olan mal veya hak hakkında ihtiyati haciz kararı verilebilecektir (İİK m.281/2). Bu olanak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununa¹² 538 sayılı Kanun¹³ değişikliği ile getirilmiştir. Söz konusu Kanun'un Adalet Komisyonu Raporunda¹⁴ “*İptal dâvası neticesinde cebri icraya kurulu teşkil etmesi istenilen mallar üzerinde alacaklıya doğrudan doğruya ihtiyatî hâciz vaz’edebilmek yetkisi tanınmış ve bu hususta teminat iraesî dahi mecburi olmaktan çıkarılarak bu cihet mahkemenin takdirine bırakılmıştır (m.281). Vaktinde verilecek bir haczi ihtiyati kararının birtakım hallerde üçüncü şahsın haksız mukavemetini kırmağa yardım edeceğini tahmin etmek caizdir*” şeklinde yapılan değişiklik gerekçelendirilmiştir. Bu suretle borçlunun, alacaklının alacağına kavuşmasını engellemeye matuf malvarlığını azaltan tasarruf işlemlerinin iptal edilerek alacaklıya iptale tabi malvarlığı borçlunun uhdesindeymiş gibi haciz ve satış tanınan yetkinin¹⁵ korunması amaçlanmıştır.¹⁶

⁹ Özkes, s. 23.

¹⁰ Yıldırım, M. Kâmil, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 235; Kren Kostkiewich, s. 419.

¹¹ Yıldırım, s. 271.

¹² RG, 19.06.1932, Sayı: 2128.

¹³ RG, 06.03.1965, Sayı: 11946

¹⁴ https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c029/mm__01029078ss0461.pdf

¹⁵ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul 2023, s.593; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 682; Yıldırım, M. Kâmil/ Deren Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 534; Aşık, İbrahim/Oruç, Yakup/Tok, Ozan/Saçar, Ömer Faruk, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı,

Üçüncü kişi takip dosyasının tarafı olmasa dahi ihtiyati haciz dayanak icra dosyası üzerinden icra edilecektir.¹⁷ İhtiyati haczin infazı asıl icra dos-

Ankara 2023, s. 729, 730. Uygulamada da davanın bu özelliği belirtilmektedir; “İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da “iyiniyet kurallarına aykırılık” nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır.” Yargıtay 17. HD, 17.11.2014, 11407/16043 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>). “İİK’nın 281. maddesinin 2. fıkrası gereğince iptale tabi tasarruf konusu olan mallar hakkında verilen ihtiyati haciz kararı, ancak mahkemece o tasarrufla ilgili olarak iptal kararı verildiği takdirde kesin hacze dönüşür ve alacaklıya satış isteme yetkisi verir. Bu hâlde 16.07.2013 tarihli alacaklılar vekilinin, icra dairesince kaldırılması kararı verilen haczin yeniden konulması talebi, haczin ihtiyati niteliğinde olmayıp yeni bir haciz konulması talebi anlamındadır. Bu durumda haciz tarihi itibarıyla borçluya değil üçüncü kişiye ait olan (tasarrufun iptaline konu olmayan) taşınmaz hissesinin borçlunun borcu nedeniyle haczedilmesi mümkün değildir.” Yargıtay HGK, 08.12.2020, 12-273/1009 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁶ Özekes, s. 19. İptal davasının kabulü ile de ihtiyati haciz kesinleşmiş kabul edilir. “Kararı kesinleşen bir mahkemece verilen ihtiyati haciz kararına değer vermemek uygun değildir. Bu nedenle İİK’nın 281/2 maddesi uyarınca verilen 01.02.2004 tarihli ihtiyati haciz kararı dava kabulüne sonuçlandıktan sonra kesinleşmiş ve ihtiyati hacze değer verilerek şikâyetin bu kesinleşme tarihine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Şikâyetçinin ihtiyati haciz tarihinin 25.10.2004 olduğu ve 30.11.2006 tarihinde kesin hacze dönüştüğü, şikâyet edilenin ihtiyati haczinin tarihinin ise 02.01.2004 olduğu ve kesin hacze dönüşme tarihinin 11.05.2006 olduğu anlaşıldığından şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi uygun görülmemiştir.” Yargıtay 23. HD, 25.05.2016, 1710/3177 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁷ “2004 sayılı İİK’nın 281/2. maddesine göre tasarrufun iptali davalarında hâkim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Tasarrufun iptali davasında ihtiyati haciz kararı verilebilmesi, alacaklının davasının kabulü halinde alacağına kavuşmasını tehlikeye düşürmemeye yönelik olarak getirilmiş bir uygulama olup, Yargıtay uygulamasında da bu tedbirin ihtiyati haciz mahiyetinde olduğu kabul edilmektedir. Tasarrufun iptali davaları aynı değil şahsi nitelikte bir dava olmakla birlikte, İİK’nın 281/2. maddesinin birinci cümlesindeki özel düzenleme ile mahkemece talep halinde dava konusu üzerinde ihtiyati haciz kararı verilebilir. Bu ihtiyati tedbir değil ihtiyati haciz kararı olduğu için, dava konusunun aynıının ihtilafı olmasına gerek yoktur. Dava kabulüne sonuçlandıktan sonra, İİK’nın 281/2. maddesi uyarınca uygulanan ihtiyati haciz kesin hacze dönüşür ve davacı alacaklı verilen ilamı icra dosyasına ibraz ederek cebri icra işlemine devam eder.” Yargıtay 4. HD, 26.11.2018, 11208/7328 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); “İİK’nın 281/2. maddesinde düzenlenmiş olan ihtiyati haczin, İİK.nun 257 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati hacizden farklı olduğundan, davayı kazanan davacı alacaklının, İİK.nun 281/2.maddesi kapsamındaki ihtiyati haczin dayanağı olan ilamı bir aylık süre içinde, icra dairesine ibraz etmesinin zorunluluğu bulunmamaktadır. İİK.nun 264/3. maddesi hükmü burada uygulanmayacağından, tasarrufun iptali davası sırasında verilen ihtiyati haciz, tasarrufun iptali kararı ile kesin hacze dönüşür. Alacaklı tasarrufun iptali ilamını asıl icra dosyasına ibraz ederek cebri icraya devam edebilir. İİK’nın 281/2.maddesine dayalı olarak konulan ihtiyati haciz kararları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. İptale tabi tasarruf konusu malın üçüncü kişinin elinden çıkmış olması halinde ise, onun yerine kaim olan miktar kadar üçüncü kişinin mal varlığına ihtiyati haciz konulabilecektir. Tasarrufun iptali davası sonucunda verilen ihtiyati haciz kararları, dava süresince devam etmekte, davanın kabulü ile de kesin hacze dönüşmektedir. Bu nedenle İİK.nun 281/2.maddesi uyarınca verilen ihtiyati haciz kararının, asıl icra

yasından istenileceğinden infazına ilişkin şikâyetler de söz konusu icra müdürlüğünün bağlı olduğu icra mahkemesine yapılacaktır (İİK m. 261/3).¹⁸ İhtiyati haciz kararının infazı ile karşılaşan üçüncü kişinin haczedilmezlik ve aşkın haciz şikâyetine hukuken cevaz verilip verilmeyeceği aşağıda alt başlıklar altında incelenecektir.

II. İPTAL DAVASI KONUSU MAL VEYA HAKKIN HACZEDİLMEZLİK ŞİKÂYETİ

Üçüncü kişinin tasarruf konusu mal veya hak üzerine haciz uygulandığında malik sıfatıyla malın haczedilmeyeceğini ileri sürüp süremeyeceği tartışmalıdır. Uygulamada haline münasip evin haczedilmezliği üzerinden Yargıtay üçüncü kişinin takipte taraf olmadığı için böyle bir şikâyette bulunamayacağını¹⁹ belirtmektedir. Yargıtay, takibin tarafı olmadığı için üçüncü kişinin haczedilmezlik şikâyetine daha eski kararlarında da cevaz vermemiş-

dosyasından infazı istenebilir. Alacaklı tarafından açılan 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/545 E. sayılı tasarrufun iptali davasında İİK.nun 281/2 maddesi uyarınca verilen 09.07.2014 tarihli ihtiyati haciz kararı İstanbul 34.İcra Müdürlüğü'nün 2012/16784 E, 2012/17703 E, 2012/20167 E ve 2012/22821 E. sayılı takip dosyalarına konu alacaklara yönelik verilmiş olup, her bir takip dosyasından ayrı ayrı uygulanması zorunludur. İİK.85. maddesi uyarınca aşkın haciz şikâyeti hacizler konulduktan sonra ayrıca icra mahkemesine şikâyet yolu ile ileriye sürülebilecek hususlardandır.” Yargıtay 12. HD, 19.11.2015, 20996/28850 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁸ “Şikâyetçinin icra mahkemesine başvurusu, tasarrufun iptaline konu malın elden çıkarılması nedeni ile bedelinin nakden tazminine ilişkin dava sırasında verilen ihtiyati haczin infazı ile ilgili şikâyet niteliğinde olup, İİK.nun 261. maddesinin son fıkrasına göre bu şikâyeti infazı yapan icra dairesinin bağlı olduğu İstanbul İcra Mahkemesi incelemekle görevli ve yetkili olup, mahkemece yukarıda açıklanan ilke ve kurallar uyarınca şikâyetçinin ileri sürdüğü şikâyet nedenleri incelenerek oluşacak göre bir karar vermek gerekirken görevsizlik kararı verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD, 03.03.2016, 28372/6132 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁹ “Şikâyetin yasal dayanağı olan, İİK.nun 82/12. maddesi uyarınca, “borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğinden” dolayı meskeniyet şikâyetinde bulunma hakkı borçluya ait olup, icra takibinde borçlu sıfatı olmayan tasarrufun iptali ilamının davalısı 3. kişinin şikâyet hakkı yoktur. İcra mahkemesince de kararın gerekçesinde, taşınmaz maliki üçüncü kişinin icra takibinde taraf olmadığı, takipte “borçlu” sıfatını taşımadığı için haczedilmezlik şikâyetinde bulunamayacağı kabul edilmiş olup, istemin bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, şikâyetin süreden reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz ise de sonuçta istem reddedildiğinden sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanması gerekmiştir.” Yargıtay 12. HD, 06.12.2011, 8196/26965 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); “Meskeniyet iddiasında bulunmak hakkının ancak taşınmaz maliki olan takip borçlusuna ait olduğunu, şikâyetçi Ç'nin şikâyet konusu taşınmaz yönünden aktif husumet ehliyeti bulunmadığının açık olduğunu, kaldı ki İİK'nın 82/1. maddenin 12. bendi uyarınca meskeniyet nedeniyle haczedilmezlik şikâyetinde bulunulabilmesi için haczin dayanağını teşkil eden borcun haczedilmezlik iddiasına konu edilen evin bedelinden doğmamış olması gerekeceği” Yargıtay 12. HD, 30.05.2023, 11716/3801 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

tir.²⁰ Üçüncü kişinin takibin borçlusu olmaması, şikâyet bakımından takip yetkisi eksikliği olarak görülmüştür. Bu kararlar öğretide eleştirilmiştir.²¹ Bu kapsamda haczedilmezlik sebebinin iptale konu tasarruf konusu malı devralan üçüncü kişi nezdinde gerçekleşebileceği,²² icraya katlanma borcu altındaki üçüncü kişinin şahsından kaynaklanan bir sebeple icraya katlanmaktan varestede kalmasının takip hukuku bakımından çelişkili bir durum oluşturduğu,²³ üçüncü kişinin menfaat dengesi kapsamında iptal hakkından doğan tazminatı ödemek suretiyle takip hukukundan doğan sorumluluğu ortadan kaldırılabileceği²⁴ savunulmuştur.

Tasarrufun iptali davası sonucunda iptal edilen işlem, lehine hüküm verilen alacaklıya karşı sonuçlarını doğurmuş değildir. Bundan dolayı üçüncü kişi kendisinden kaynaklanan gerekçelerle alacaklının yapacağı hacze engel olamayacaktır.²⁵ İptal hükmü üçüncü kişi lehine yapılan işlemin sonuçlarının alacaklıyı bağlamayacağı anlamına geldiğinden alacaklının hükmün aleyhine sonuçlandığı durumda ileri süremeyeceği bir hususu, yargılamaya devam ederken verilen ve uygulanan ihtiyati haciz işlemine karşı ileri sürmesi de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle yargılama devam ederken üçüncü kişinin ileri süreceği haczedilmezlik şikâyeti bu bağlamda tasarrufun iptali davasını akim kılamamalıdır. Aksi halde haciz sonrasında haczi kabil bir mal bulamayan alacaklının haciz ve satışa devam imkânı sağlayan tasarrufun iptali davası marifetiyle tatminine matuf olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Öte

²⁰ “Somut olayda, şikâyetçi Ayten’in yukarıda değinilen yasal düzenleme ve açıklamalar uyarınca icra takibinde “borçlu” sıfatını taşıması nedeniyle, takip borçlusu Dikmen’in ise taşınmazın maliki olmaması sebebiyle meskeniyet şikâyetinde bulunamayacakları açıktır. Bu durumda, mahkemece, şikâyetin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken; yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetsiz ise de; sonuçta istem reddedildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmiştir.” Yargıtay 12. HD, 10.12.2015, 17105/31231 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

²¹ Cenk, Akil, Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası, AÜHFD, 60 (4), 2011, (s.775-808), s. 798, 799; Gürtürk, Damla, Borçlunun Haline Münasip Evinin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olmayacağı Sorunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, S. 36, (s.95-117) s. 112, 113.

²² Köroğlu, Anıl, Tasarrufun İptali Davasında Nakdi Tazminat, Ankara 2022, s. 86, 87.

²³ Köroğlu, s. 87, 88.

²⁴ Köroğlu, s.88.

²⁵ Uygulamada bu durumu belirten kararlar mevcuttur; “Şikâyete konu taşınmaz hakkında Gaziantep 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/761 E. - 515 K. sayılı tasarrufun iptali kararı gereği, taşınmazın muvazaalı olarak müştekilere temlik edildiği saptandığından, iptaline karar verilen ve kesinleşen bu karar nedeniyle müştekilerin meskeniyet şikâyetinde bulunma hakları bulunmadığından şikâyetin kabulü kararı bu açıdan da doğru görülmüştür.” Yargıtay 12. HD, 03.10.2011, 2422/17379 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

tarafından haczedilmezlik şikâyeti, cebri icranın uygulanması ile ilgili olduğundan tasarrufun iptali davasının konusu kapsamında davanın kabul edilmesine veya reddedilmesine yahut da konusuz kalmasına yol açabilecek bir etkiye de sahip değildir.

Burada bir hususta farklı bir parantez açmak gerekir. Haczedilmezlik üçüncü kişinin kendisi ile bağlantılı (sosyo ekonomik durum, meslek eşyası, haline münasip ev vs.) olmayan bir sebepten dolayı (örneğin, malın değerinin satış ve paraya çevrilme masraflarını karşılamayacak olması) ileri sürülmekte ise mal veya hakkın niteliğinden kaynaklanan (üçüncü kişi veya borçlu ile ilişkilendirilemeyecek) bir haczedilmezlik durumu söz konusudur. Bu durumdaki haczedilmezlik ister dava devam ederken ihtiyati haciz kararına karşı isterse de iptal hükmü verildikten sonra icrasında ileri sürülmüş olsun dikkate alınmalıdır. Öğretide borçlunun haczi kabil olmayan bir mal veya hakkının üçüncü kişiye devri durumunda bu işleme karşı tasarrufun iptali davası açılmaması gerektiği²⁶ ileri sürülmüştür. Bu ihtimalde, haczi kabil olmayan malın üçüncü kişilere devri alacaklıya zarar vermeyecektir.²⁷ Bu durumda borçluda kalmış olsaydı malın zaten haczedilemeyeceği hususu tasarruf işlemi dolayısıyla bir zararın ortaya çıkmadığını da göstermektedir. İsviçre hukukunda İİK m. 281'e kısmen karşılık gelen m. 291'de iptal davasına mahsus bir ihtiyati haciz düzenlenmiş değildir. Tasarrufun iptali davasında ihtiyati haczin verilmesinin koşulları İsviçre İİK'nun 271. maddesinde belirtilen ihtiyati haciz sebeplerinin gerçekleşmesine ve iptal edilebilir işlem dolayısıyla alacaklının zarar görmesine bağlıdır.²⁸

Tasarrufun iptali davasına konu mal ve hak üzerinde borçlunun tasarruf yetkisi sona ermiştir. Borçlu dava edilen işleme konu mal veya hakkın haczedilmezliğini bu sebeple ileri süremeyecektir. Davanın sonucunda verilen iptal hükmü de sonuçlarını borçlu bakımından doğurmadığından, diğer bir

²⁶ Timuçin, Muşul İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2017, s. 449; Umar, Bilge, Türk İcra- İflas Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963, s. 57; Erdönmez, Güray, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul 2019, s. 131; Uyar, Talih, Tasarrufun İptali Davaları, 5. Bası, Ankara 2018, s. 82. İsviçre hukuku açısından bkz. Kren Kostkiewich, s. 426.

²⁷ Umar, s. 57; Erdönmez, s. 130, 131; Kren Kostkiewich, s. 426.

²⁸ Stachelin, Daniel, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Bası, 2010, m. 289 kn. 20, m. 385 kn. 11; Meier, Philipp, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Jaeger Kommentar), Zurich 2017, m. 289 kn. 4. Bu unsurun iptali sağlayan bozucu unsur olduğuna ilişkin bkz. Spühler, Karl/ Dolge, Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Basel 2011, s. 99; Favre, Antoine, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, s. 337.

deyişle mal veya hak takip borçlusuna dönmeyeceği için²⁹ takip borçlusunun bu aşamada da haczedilmezlik şikâyetinde hukuki menfaati bulunmayacaktır. Uygulamada borçlunun malik sıfatı yokluğundan dolayı haczedilmezlik şikâyetine cevaz verilmemektedir.³⁰

III. İPTAL DAVASININ KONUSU NAKDİ TAZMİNAT TALEBİNE KAİM MAL VEYA HAKKIN HACZEDİLMEZLİK ŞİKÂYETİ

Alacaklı, üçüncü kişinin elden çıkarmış olduğu mal veya haklara kaim olmak üzere tazminat istemiyle iptal davasını açmışsa üçüncü kişinin mal ve hakları üzerinde ihtiyati haciz talep edebilecektir. İİK m. 281’de 538 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gerekçesi Adalet Komisyonu Raporunda³¹ “İptal

²⁹ “Taşınmaz, 3.kişi adına kayıtlı olup, tasarrufun iptaline karar verilmesiyle mülkiyet durumu değişmemesi nedeniyle, borçlunun 3.kişiye ait taşınmazla ilgili meskeniyet iddiasında bulunamayacağını tabii olmasına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK. 366. ve HUMK. 438. maddeleri uyarınca onanmasına” Yargıtay 12. HD, 21.11.2013, 28742-37034 (https://karararama.yargitay.gov.tr). Dolayısıyla borçlunun vefatı üzerine külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılar da taraf mesabesindedir. İptale tabi borç terekeye ait olduğundan mirasçılar kural olarak bu borçtan müteselsilen sorumludur. Borçlunun vefatı tarihinde iptale konu malvarlığı terekede olmadığı gibi davanın kabulü halinde dahi terekeye geri avdet etmeyeceğinden, mirasçılarının da haczedilmezlik şikâyetinde hukuki menfaatleri olmayacaktır. Ne var ki öğretide tasarrufun iptaline karar verilmesi üzerine borçlunun artık meskeniyet iddiasında bulunamayacak ise de mirasçılarının yine tasarrufa konu mallar hakkında haczedilmezlik iddiasında bulunabilecekleri belirtilmiştir. Bkz. Üstündağ, s. 230, dp.578.

³⁰ “Somut olayda, şikâyetçi Ayten’in yukarıda değinilen yasal düzenleme ve açıklamalar uyarınca icra takibinde “borçlu” sıfatını taşımaması nedeniyle, takip borçlusu Dikmen’in ise taşınmazın maliki olmaması sebebiyle meskeniyet şikâyetinde bulunamayacakları açıktır. Bu durumda, mahkemece, şikâyetin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken; yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetsiz ise de; sonuçta istem reddedildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmiştir.” Yargıtay 12. HD 10.12.2015, 17105/31231; “İİK’nun 283/1. maddesinde; “Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmez. Yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkânı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da anılan yasa hükmüne uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmekle yetinilmiş olup; 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle, taşınmazın mülkiyeti şikâyetçi 3. kişiye aittir. Diğer taraftan, İİK’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendinde; borçlunun haline münasip evinin haczolunamayacağı ifade edilmiştir. Somut olayda, şikâyetçinin yukarıda değinilen yasal düzenleme ve açıklamalar uyarınca taşınmazın maliki olmaması sebebiyle meskeniyet şikâyetinde bulunamayacağı açıktır.” Yargıtay 12. HD, 20.01.2020, 8158/356 (https://karararama.yargitay.gov.tr).

³¹ https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c029/mm__01029078ss0461.pdf

dâvasına hedef olan malların üçüncü şahsın mameleki için de erimiş ve teşhisi gayri mümkün hale gelmiş olması durumunun bu dâvayı felce uğratması için dâvanın kâim değer üzerinden yürütüleceği tasrih olunmuştur. Ancak bu durumun arz edebileceği hususiyetler ayrıca göz önünde tutularak gerek iptal dâvası zımında istihsal edilen haczi ihtiyatı ve gerek iptal dâvasının neticeleri bakımından bu faraziye teferri eden hususi hükümler sevk olunmuştur.” açıklamasını içerir.

Kanun değişikliği ile takip alacaklısına edindiği mal veya hakkı elinden çıkararak üçüncü kişiye yönelik ihtiyatı haciz kararı alma olanağı getirilmiş, bu suretle üçüncü kişiye yönelik iptâl davasının sonuçlarının korunması haklı olarak amaçlanmıştır. Hukukî durumun bu gerekçeyle açıklanması üçüncü kişinin gerek dava sonucunda kendisine yönelik cebri icra yapılırken gerekse de ihtiyatı haciz icra edilirken tamamen veya kısmen haczedilmezliği ileri sürmesine engel oluşturmamalıdır. Takibin akamete uğramaması için alacaklıya tanınan ihtiyatı haciz isteme yetkisi ile bir kısmı kamu düzenine ilişkin olan haczedilmezlik koruması nimet külfet dengesi açısından değerlendirilmeyi gerektirir. 538 sayılı Kanunla üçüncü şahsın elinden çıkardığı değere kaim olan tazminat taleplerinde alacaklıya tanınan koruma ve bunun için karar verilen ihtiyatı haciz hiçbir kurala bağlı olmaksızın icra ettirilecektir diye değerlendirilmemelidir. Üçüncü kişi iptal davasında hükmedilen tazminat icra edilirken de ihtiyatı haciz kararı uygulanırken de haczedilmezliği ileri sürebilmelidir. Bu durumda üçüncü kişinin hukuki menfaatini görmezden gelmemek gerekir.³² 538 sayılı Kanun üçüncü kişinin elinden mal veya hakkı çıkardığı durumda oluşan tereddütü gidermiştir. İsviçre’de bu husus sadece ihtiyatı haciz şartlarında değerlendirilmektedir.³³ Bundan hareketle İİK m. 281’de düzenlenen ihtiyatı haczi ne tedbir mahiyetinde görebiliriz ne de haczedilmez mal ve haklarda icrasını mümkün değerlendiririz.³⁴ Aksi yönde bir değerlendirme yapılabilir, üçüncü kişinin işlemleri sebebiyle herhangi bir kanuni olanaktan yararlanmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu yöndeki bir düşünceye katılmamız mümkün görülmemektedir. Üçüncü kişinin yatak takımlarının, lüzumlu ev eşyalarının, maaş ve ücretinin ta-

³² Üçüncü kişilerin de etkilendikleri icra işlemlerine ilişkin hukuki dinlenme hakkı bulunduğu na yönelik bkz. Özekes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 145.

³³ Staehelin, m. 385 kn. 11; Dieth, Markus, Beschwerde in Schuldbetreibungs und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG, Zürich, 1999, s. 56; Fritzsche, Hans/ Walder- Böhner, Hans Ulrich, Schuldbetreibungs und Konkurs, Band: I, Zürich 1993, s. 57.

³⁴ Üstündağ, s. 490; Özekes, s. 285; Postacıoğlu, s. 730.

mamının haczedilmesi alacaklı lehine menfaat dengesinin bozulduğu anlamı taşıyacaktır. Şüphesiz tasarrufun iptali davasında üçüncü kişinin borçlu statüsüne yaklaştırılma hâli mevcut olup iptal davası sabit olduğunda alacaklının cebri icra yetkisine davalı üçüncü kişinin katlanma yükümlülüğü vardır.³⁵ Nitekim tasarrufun iptali davasının üçüncü kişinin elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk etmesi ve talebin hukuki himayeye mazhar görülmesi ihtimâlinde, mahkeme tarafından, tasarrufun iptali davasının dayanağı olan icra müdürlüğü dosyasındaki alacak ve fer'ileri ile sınırlı olmak üzere tazminat talebinin kabulüne, davalı üçüncü kişinin tasarruf işleminin değeri ölçüsünde³⁶ müşterek ve müteselsil borçlu sıfatı takibin davalı üçüncü kişi yönünden de devamına şeklinde hüküm kurulmaktadır. Bu suretle borçlu hakkında yürütülen takip dosyası üzerinden takip üçüncü kişiye de devam ettirilecektir.³⁷ Bu hukukî sonucun ortaya çıkması dâhi iptal davasında verilen ve uygulanan ihtiyatî haczin tedbir mahiyetinde görülmesi gerektiğini göstermektedir.³⁸

³⁵ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 716.

³⁶ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 691; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s. 742; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 716.

³⁷ “Somut olayda dava konusu taşınmaz (26 no.lu parsel) önce borçlu tarafından 23.03.2001 tarihinde davalı K... Et San ve Tic AŞ'ne, onun tarafından da 01.05.2001 tarihinde davalı Y... Ltd.Şti'ne (B... Ltd. Şti'ne), onun tarafında da 24.06.2005 tarihinde dava dışı bir şirkete satılmıştır. Davacı son malik 5.kişi yönünden tasarrufun iptaline değil, bedelin 3. ve 4. kişilerden tahsilini istemiştir. Bu durumda davalı K... Et San ve Tic AŞ'nin taşınmazı elinden çıkardığı 01.05.2001 tarihindeki değeri olan 319.505,00 TL'den K... ve dördüncü kişi Y... Ltd. Şti'nin takip dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle sınırlı olacak şekilde müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması, Y... Ltd. Şti'nin elinden çıkardığı 24.06.2005 tarihindeki değeri 958.515,00 TL olduğundan kalan 639.010,00 TL'den sadece Y... Ltd.Şti'nin sorumlu olması gerekirken yazılı şekilde davalı K... Et San ve Tic AŞ'nin taşınmazın 24.06.2005 tarihindeki değeri olan 985.515,00 TL'den sorumlu olacak şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” 17. HD. 02.02.2016 T. E: 2014/12128, K: 1169 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); “Tasarrufun iptaline ilişkin ilamda hükmedilen tazminat ve fer'ilerine ilişkin alacak kalemlerinin ilk takip dosyası olan Kuşadası 2.İcra müdürlüğünün 2012/28 E. sayılı takip dosyası üzerinden tahsilî mümkün iken ayrı bir takibe konu edilmesi usul ekonomisine aykırı olup ikinci takibin iptaline karar verilmesi gerekir. O halde, mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD, 20.09.2019, 5673/2562 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

³⁸ Bu etkiden dolayı ihtiyatî haciz kesin hacze dönüşmektedir. “İİK.nun 281/2.maddesinde düzenlenmiş olan ihtiyatî haczin, İİK.nun 257 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyatî hacizden farklı olduğundan, davayı kazanan davacı alacaklımın, İİK.nun 281/2.maddesi kapsamındaki ihtiyatî haczin dayanağı olan ilamı bir aylık süre içinde, icra dairesine ibraz etmesinin zorunluluğu bulunmamaktadır. İİK.nun 264/3. maddesi hükmü burada uygulanmayacağından, tasarrufun iptali davası sırasında verilen ihtiyatî haciz, tasarrufun iptali kararı ile kesin hacze dönüşür. Alacaklı tasarrufun iptali ilamını asıl icra dosyasına ibraz ederek cebri icraya devam edebilir. İİK.nun 281/2.maddesine dayalı olarak konulan ihtiyatî haciz kararları 6100

IV. TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA AŞKIN HACİZ

A. Genel Olarak

Alacaklı ve borçlu arasında ölçülü bir menfaat dengesi kurulması elzem olduğu gibi, silahların eşitliği de sağlanmalıdır. Bu bağlamda, alacaklının alacağına kavuşmak için takip hukukunun bahsettiği imkânlardan faydalanması ne kadar meşru bir hak ise, borçlunun da takip hukukunun kendine tanıdığı yasal savunma ve karşı koyma mekanizması ile donatılması menfaat dengesinin sağlanması³⁹ noktasında bir gerekliliktir. Hakikatte bu durum hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.⁴⁰ Taşınır ve taşınmaz malların haczi başlıklı İİK'nın 85. maddesinin son fıkrası "Haczi koyan memur, borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir" hükmünü münderiştir.⁴¹ Öğreti ve uygulamada hacizde tertip ilkesi olarak tanımlanan husus, icra memurlarına takdir hakkı tanımaktadır. Bu bağlamda, icra müdürü sadece alacaklının tatmin edilmesi amacıyla hareket etmeyecek, bununla birlikte borçlunun hak ve menfaatlerini de gözetecektir. Borçlu, alacaklının tatmin edilmesi amacıyla, cebrî icra organlarının ölçüsüz ve keyfî hareket veya işlemlerine terk edilmemelidir.⁴² Bunu yaparken, icra müdürü hacizde kendisine verilen takdir yetkisini ölçülü kullanmalı, daha makul olan mal veya hakkı hacizde tercih etmelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85/son fıkrasıyla alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelemesi gerektiği haczi yapan memura bizzat yüklenmiştir.⁴³ Bu genel yükümlülüğün dışında kanun koyucu bilhassa İİK m. 85 f. 1'de bir değişiklik yapmış ve 7445 sayılı Kanun'un⁴⁴ 3. maddesi ile borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve

sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. İptale tabi tasarruf konusu malın üçüncü kişinin elinden çıkmış olması halinde ise, onun yerine kaim olan miktar kadar üçüncü kişinin mal varlığına ihtiyati haciz konulabilecektir. Tasarrufun iptali davası sonucunda verilen ihtiyati haciz kararları, dava süresince devam etmekte, davanın kabulü ile de kesin hacze dönüşmektedir. Bu nedenle İİK.nun 281/2.maddesi uyarınca verilen ihtiyati haciz kararının, asıl icra dosyasından infazı istenebilir." Yargıtay 12. HD, 19.11.2015, 20996/28850 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

³⁹ Özekes, s. 19, 20, 27.

⁴⁰ Özekes, s. 208; Özekes, İlkeler, s. 145.

⁴¹ Bir şeyin içinde yer almış anlamına gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr>

⁴² Aslan, Kudret, Hacizde Sıra (Tertip), AÜHFD 2005, C. 54, S. 2, (s. 269-318), s. 281; Çiftçi, Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2009, s. 305.

⁴³ Çiftçi, s. 349.

⁴⁴ RG, 05.04.2023, S. 32153.

haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur; ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz hükmünü havi bir düzenleme getirmiştir. Bu değişiklikle borçlunun alacağı karşılar malvarlığının dışındaki mal ve haklarının korunması amaçlanmıştır.⁴⁵

İİK'nın 85. maddesi salt kesin hacze yönelik bir düzenleme değildir; alacak miktarı mahkeme kararı ile belirlenen⁴⁶ ihtiyati haciz için de uygulama bulmaktadır. Bu sebeple, ihtiyati haciz kararında belirlenen borç miktarını aşar şekilde haciz yapılması aşkın hacze sebebiyet verecektir.⁴⁷ Yargıtay ihtiyati haciz uygulamasında aşkın haczin söz konusu olabileceğini⁴⁸ ve ihtiyati haciz kararındaki borç miktarını aşar şekilde haciz yapılmasının aşkın hacze sebebiyet vereceğini ifade etmiştir.⁴⁹ Bu tespitler tasarrufun iptali davasında verilen ihtiyati haciz uygulanırken de geçerli olacak mıdır? İptal davasında üçüncü kişinin sorumluluğu elinden çıkardığı malın değerini aş-

⁴⁵ Kanunun gerekçesinden; “Maddeyle, 2004 sayılı Kanunun 85’inci maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmaktadır. Uygulamada, alacaklının ana, faiz ve masraflar dâhil olmak üzere bütün alacaklarını aşacak şekilde haciz yapıldığı müşahede edilmekte ve bu uygulama taşkın haciz olarak nitelendirilmektedir. Bu durum alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi bakımından borçluya aşırı külfet getirmekte ve yakınmalara neden olmaktadır. Hükümle, alacaklının fıkrada belirtilen bütün alacaklarına yetecek miktarı aşacak şekilde haciz yapılamayacağı açıkça düzenlenmektedir.” bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr>.

⁴⁶ Boran Güneysu, Nilüfer, İcra Hukukunda Aşkın Haciz, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, 2016, S. 4, (s. 25- 60) s. 29.

⁴⁷ Boran Güneysu, s. 29.

⁴⁸ “İhtiyati haciz meblağının 189.223 Euro olmakla bunun TL karşılığının 577.905,96 TL tutarında olduğunu buna göre sürdürülebilecek ihtiyati haciz meblağının dosyaya giren ödemeler dikkate alındığında en fazla 533.000,00 TL olduğunu, yapılan hacizlerin ise bu alacağı fazlası ile karşıladığını, buna rağmen icra müdürlüğünün alacaklı yanın 04.03.2014 günü yaptığı talebi kabul ederek haciz uygulamalarını sürdürdüğü ve borçlu şirketin banka hesabına haciz konduğunu, durumun 700 milyar TL’sını aşan hatalı borç hesabından kaynaklandığını belirterek hatalı borç hesabının düzeltilmesine ve buna bağlı ihtiyati hacizlerin sürdürülmesi sureti ile aşkın hacizler yapılmasına yönelik karar ve işlemin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; şikâyetin kısmen kabulü ile şikâyete konu hesabın 773.937,82 TL olarak düzeltilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.” Yargıtay 12. HD, 04.06.2015, 4810/15426 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

⁴⁹ “Her ne kadar takip kesinleşmemiş ise de; geçerli bir ihtiyati haciz kararının bulunması karşısında 05.04.2010 tarihinde yapılan haciz ve muhafaza işleminde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, ihtiyati haciz kararında belirlenen borç miktarını aşar şekilde haciz yapılması halinde borçlu bu hususu şikâyet konusu yapabilir. Nitekim borçlu şikâyet dilekçesinde aşkın haciz yapıldığını da ileri sürmüştür. O halde, mahkemece, haciz ve muhafaza işleminin kaldırılmasına ilişkin şikâyetin reddi ile aşkın haciz yönünden inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD, 07.07.2011, 32724/15605 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

mayacaktır. Bundan dolayı mahkeme ihtiyati haciz kararını üçüncü kişinin elinden çıkardığı malın değeri ile alacaklının takip yoluyla alamadığı alacak (giderler vs.) tutarını dikkate alarak⁵⁰ verecektir. Bu sınırın aşılması suretiyle ihtiyati haciz kararı verilmesi ölçülülük ilkesine⁵¹ aykırı olacaktır.⁵² Kaldı ki ihtiyati haczin borçlunun tüm malvarlığını kapsayan genel icrası da borçlunun fazlasıyla aleyhine olacak ve ihtiyati haczin amacı da aşılmış olacaktır.⁵³

B. İptal Davası Konusu Mal veya Hakkın Hacinde Aşkın Haciz Şikâyeti

Tasarrufun iptali davasında alacağın tahsilini teminat altına almak için dava konusu mal veya hakka ilişkin ihtiyati haciz İİK m. 281 f.2’de düzenlenmiştir. İptal davası kabul edildiğinde alacaklıya tasarruf konusu mal borçluya aitmiş gibi haciz ve satış talebinde bulunma yetkisi verilecektir. Tasarruf işlemine konu mal veya hakka konulan ihtiyati haciz rızai devri engellemeyecek ise de işlem alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda iptal edileceğinden bu kişi ihtiyati hacze katlanmak zorundadır. Üçüncü kişi söz konusu mal veya hakkın (yukarıda belirttiğimiz istisna dışında) haczedilemez olduğuna ilişkin şikâyette bulunamayacaktır. Acaba bu durum aşkın haczin ileri sürülmesine engel midir? Örneğin, takip konusu alacak tutarı 500.000,- TL iken iptal davasına konu edilen iki tasarruf işleminin lehtarı olan üçüncü kişiye devredilen iki taşınmazın her birinin değeri 1.000.000,- TL olarak tespit edilmişse, üçüncü kişi bunlardan birinin aşkın olduğunu ileri süremeyecek midir? Bilindiği üzere iptal davasının kabulü sonucunda alacaklı ta-

⁵⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s.603; Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 565; Özekes, s. 278; Üstündağ, s. 489, 490; Berkin, s. 55; Uyar, Talih, İcra Hukukunda Haciz, Manisa 1990, s. 51, 52.

⁵¹ Çiftçi, s. 310, 311; Özekes, İlkeler, s. 207, 208; Erişir, s. 70 vd. İcra hukukunda oranlılık ilkesi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Sungurtekin Özkan, Meral, İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi, Prof. Dr. Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203; Yıldırım, M. Kâmil, İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1989/1-3, s. 98-113.

⁵² “Borçlu tarafından yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibari ile icra takip dosyası alacağımı tüm fer’ileri ile birlikte karşılaması halinde, mevcut hacizlerin aşkın hale geleceği kuşkusuz olduğu gibi, hacizlerin devam etmesi İİK.nun 85/son maddesiyle de bağdaşmayacaktır. Somut olayda, şikâyetçiler tarafından, takip dosyası kapsamında, Yapı Kredi Bankası’na düzenlenen 13.06.2016 tarihli 900.000,00 TL miktartlı kesin ve süresiz teminat mektubu ile 10.06.2016 tarihli dosya hesabında tespit edilen bakiye borç miktarını fazlası ile karşılar miktarın icra dairesine sunulmak suretiyle dosya borcu depo edilmiş olduğundan, daha önce konulmuş bulunan hacizlerin aşkın hale geleceğinin kabulü gerekir. O halde, mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD, 26.12.2017, 25761/16213 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

⁵³ Üstündağ, s. 482.

sarruf işlemine konu olan mal ve hakları haczedecek (davada ihtiyaten haczedilmişse kesin hacze dönüşecek) ve paraya çevrilmesini isteyecek ve talebi doğrultusunda elde edilecek olan satış tutarından tatmin edilecektir. Bakiye kalmış ise bakiye tutar üçüncü kişiye iade olacaktır. Bu hukuki durum karşısında örnekteki gibi üçüncü kişinin tasarrufun iptali davasında ihtiyaten haczedilen ve dava konusu yapılan iki taşınmazdan birinin ihtiyaten haczinin kaldırılmasını isteyebileceği düşünülebilir. Gerçekte de her biri 1.000.000,- TL eden iki adet taşınmazdan sadece birinin 500.000,- TL olan takip alacağını (ve masraflarını vs.) karşılaması makul bir beklenti olur. Bu gerekçelerle aşkın hacze dayanılarak şikâyet yoluna başvurulabileceği düşünülebilir. Ancak bu düşünce tasarrufun iptali davası ile iki taşınmaza ilişkin iptali isteminin objektif dava birleşmesi mahiyetinde görüyor olmamız ile çelişecektir. Dava iki taşınmazın devrinin iptali amacıyla açılmışsa aynı dava dilekçesi ile iptali istenilen iki tasarruf işleminin her birinin iptal davasının konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Üçüncü kişi aşkın haczi ileri sürerek bu yolda edeceği bir hükümle davanın konularından biri bakımından davayı konusuz bırakmaya çalışabilir. Oysa bu durum henüz iptali hususunda karar verilmemiş diğer taşınmaza ilişkin tasarruf işlemi bakımından alacaklının bir iddiasının dinlenmemiş olması anlamına gelir. Bu nedenle aşkın haciz iddiası bu türden bir hukuki duruma yol açmamak için dinlenmemelidir. 500.000,- TL takip alacağından dolayı iptali istenilen tasarruf işleminin 1.000.000,- TL değerinde olduğu bir taşınmazın devrinde de malın bölünmez olması haliyle aşkın haczin ileri sürülmesine yol açacaktır. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi tasarrufun iptali davasında aşkın haciz iddiasının dinlenmeyeceği⁵⁴ yönünde haklı bir karar vermiştir.

İİK m. 281'e göre ihtiyati haciz bakımından belirttiğimiz hususlar davanın sonuçlanmasından sonra alacaklının üçüncü kişiye cebri icra yetkisi kullandığı durumda da geçerli olacaktır. Konu üçüncü kişideki mal veya hakkın cebri icrası olunca icrasının aşkın olamayacağı kendiliğinden kabul edilmelidir. Bu durumda alacak miktarının üzerindeki satış bedeli üçüncü kişide kalacaktır.

⁵⁴ “Her bir taşınmaz için iptal koşulları ayrı ayrı değerlendirilerek sonucuna göre koşullar oluşmuş ise tasarrufun iptaline karar verilecektir. Yine tasarrufun iptali davasında taşkın haciz iddiası dinlenmez” İstanbul BAM 9. HD, 08.06.2023, 891/1098, UYAP veri tabanından alınmıştır.

C. İptal Davasının Konusu Nakdi Tazminat Talebine Kaim Mal veya Hakkın Hacinde Aşkın Haciz Şikâyeti

Alacaklı davasını tasarruf konusu elden çıkarılan mal veya hakka kaim olmak üzere açmış olabilir. Bu davada dava konusu elden çıkarılan mal veya hakkın kaim değeri ile takipte kesinleşen ve tahsil edilmeyen tutardan hangisi azsa söz konusu tutar olup, talep halinde verilecek ihtiyati haciz kararı da bu tutarda olacaktır. Bu durumda üçüncü kişinin tazminat sorumluluğu takipte tahsil edilmeyen alacak miktarını aşmayacak şekilde ancak borçludan iktisap ettiği mal veya hakkın değeri ile sınırlıdır. Üçüncü şahıs takip borcundan dolayı icra takibine katlanmak zorunda olmakla birlikte bu sınırı aşacak şekilde verilen ve uygulanan haczin aşkın olduğunu ileri sürebilir.

Bu şikâyet hangi mahkemeye yapılacaktır? Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise tasarrufun iptali davasında verilen ihtiyati haciz kararının gerçekte tedbir mahiyetinde⁵⁵ olduğu ve infaza ilişkin incelemenin iptal davasının görüldüğü ve ihtiyati haciz kararını veren mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Bun-

⁵⁵ “İİK’nın 283/1. maddesine göre tasarrufun iptali davası sabit olduğu takdirde alacaklı tasarrufa konu mal üzerinde cebri icra yoluyla hakkını almak yetkisini elde eder. İİK’nın 281/2. maddesi uyarınca verilen ihtiyati haciz kararından sonra, ilgili tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi halinde alacaklı ayrıca bir icra takibi başlatmasına gerek olmadan iptal davası açılmadan önce başlatılan icra takibinden alacağını tahsil edeceğinden, bu ihtiyati haciz kararı İİK’nın 257. ve devamı maddelerinde yer alan ihtiyati haciz kararından bu yönden de farklıdır. Şikâyete konu edilen ihtiyati haciz kararı İİK’nın 281/2. maddesine göre verilmiş olup, gerçekte ihtiyati tedbir niteliğinde bir karar olduğu anlaşılmıştır. Tasarrufun iptali davasında ara kararı ile verilen ihtiyati hacizlerin infazının gerçekleştiği, davacılar tarafından borca itirazda bulunulmuş ise de davacılar hakkında takip bulunmadığından haklarında verilen ihtiyati haciz kararının mahkeme kararı gereği infazı gerçekleştiğinden haklarındaki takibin durdurulmasının yasal olarak mümkün olmadığı bu nedenle icra müdürlüğünün hatalı olarak verilen karardan dönülmesinde yasaya aykırılık bulunmadığından mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olmakla yerinde olmayan istinaf talebinin HMK’nın 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 12. HD, 07.02.2023, 7886/650 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

⁵⁶ “Şikâyete konu edilen ihtiyati haciz kararının İİK’nın 281/2. maddesine göre verilmiş gerçekte ihtiyati tedbir niteliğinde bir karar olduğu, ayrıca ihtiyati hacizlerin tatbik edildiği Ankara 17. İcra Müdürlüğü’nün 2021/6432 Esas sayılı takip dosyasında şikâyetçi Çağ-Pet Akaryakıt Ürünleri... Ltd. Şti’nin borçlu sıfatının bulunmadığı, hakkında herhangi bir icra takibinin başlatılmadığı, sadece hakkında tasarrufun iptali davasının yargılaması sırasında verilen ihtiyati haciz kararının infaz edildiği, bu haliyle İİK’nın 266. maddesinin somut uyumsuzlukta uygulanma imkanının bulunmadığı görülmekle, mahkeme kararına istinaden şikâyetçinin mal varlığı üzerinde tatbik edilen ihtiyati hacizlerin taşkın olması sebebiyle ve ayrıca teminatsız veya teminat karşılığında kaldırılması isteminin, tasarrufun iptali davasının yargılamasında görevli olan ve ihtiyati tedbir mahiyetinde ihtiyati haciz kararını veren Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesince değerlendirilmesi gerekir.” Yargıtay 12. HD, 22.05.2024, 432/5207 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); “Somut olayda; şikâyete konu edilen ihtiyati haciz kararı İİK’nın 281/2. maddesine göre verilmiş olup, gerçekte ihtiyati tedbir niteliğinde bir karar ol-

dan yola çıkılarak aşkın şikâyet ile ilgili olarak da genel mahkemenin yetkili olduğu fikrinde olduğu düşünülürse de eski bir kararında Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tasarrufun iptali davasında aşkın haczin ihtiyati haciz uygulandıktan sonra ileri sürülebilecek bir husus olduğundan bahisle icra mahkemesini görevli görmüştü.⁵⁷ Henüz hakkında bir icra takibi bulunmuyor olması dolayısıyla üçüncü kişinin aşkın haciz şikâyeti davanın görüldüğü asliye hukuk mahkemesinde incelenmelidir. Üçüncü kişi hali hazırda bir takibin tarafı değildir ve hakkında icra takip işlemleri yapılmamaktadır. Bu nedenle de iptal davasındaki ihtiyati haczin uygulanmasına bağlı şikâyeti de davanın görüldüğü mahkeme tarafından incelenmelidir. Biz Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararlarındaki tedbir mahiyetinde olmasına hasren görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması gerektiğine ilişkin açıklamasına ise katılmamaktayız.

Üçüncü kişinin edindiği mal veya hakkı elinden çıkarmış olması sebebiyle tazminatın talep edildiği iptal davasında da ihtiyati haczi farklı değerlendirmemek gerekir. İhtiyati haciz davanın konusunu (elden çıkardığı mal veya hakkın değer ile takip edilen alacak tutarından karşılanmayan ve bu nedenle dava konusu edilebilecek değerden hangisi azsa) aşacak şekilde verilmiş ve uygulanmışsa şüphesiz aşkın haciz şikâyeti de yapılabilecektir. Burada üçüncü kişinin elden çıkardığı mal veya hakkın yerine kaim olan

duğu, ayrıca Yozgat İcra Müdürlüğü 2022/5262 E. sayılı dosyasında herhangi bir icra takibinin başlatılmadığı, sadece tasarrufun iptali davasının yargılaması sırasında verilen ihtiyati haciz kararının infaz edildiği görülmüştür. Bu nedenle kararın infazına ilişkin inceleme görevi, tasarrufun iptali davasının yargılamasında görevli olan ve tedbir kararını veren Yozgat 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne aittir." Yargıtay 12. HD, 26.09.2023, 13831/5379 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); "Somut olayda; şikâyete konu edilen ihtiyati haciz kararı İİK'nun 281/2. maddesine göre verilmiş olup, gerçekte ihtiyati tedbir niteliğinde bir karar olduğu, ayrıca Kayseri 4. İcra Müdürlüğü'nün 2015/19080 E. sayılı dosyasında herhangi bir icra takibinin başlatılmadığı, sadece tasarrufun iptali davasının yargılaması sırasında verilen ihtiyati haciz kararının infaz edildiği görülmüştür. Bu nedenle kararın infazına ilişkin inceleme görevi, tasarrufun iptali davasının yargılamasında görevli olan ve tedbir kararını veren Kayseri 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne aittir." Yargıtay 12. HD, 30.06.2021, 2419/7197 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

⁵⁷ "Alacaklı tarafından açılan 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/545 E. sayılı tasarrufun iptali davasında İİK'nun 281/2 maddesi uyarınca verilen 09.07.2014 tarihli ihtiyati haciz kararı İstanbul 34.İcra Müdürlüğü'nün 2012/16784 E, 2012/17703 E, 2012/20167 E ve 2012/22821 E. sayılı takip dosyalarına konu alacaklara yönelik verilmiş olup, her bir takip dosyasından ayrı ayrı uygulanması zorunludur. İİK.85. maddesi uyarınca aşkın haciz şikâyeti hacizler konulduktan sonra ayrıca icra mahkemesine şikâyet yolu ile ileriye sürülebilecek hususlardandır. O halde mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." Yargıtay 12. HD, 19.11.2015, 20996/28850 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

tazminatın talep ediliyor olması özellikle amacı aşan şekilde haciz kararı alınmış ve uygulanmış olmasının üçüncü kişinin mülkiyet hakkına yönelik ihlâli barındırdığını görmezden gelineceği anlamına gelmez.

Şikâyet süresi kural olarak yedi gündür. Yargıtay bir kararında aşkın haciz şikâyetini yedi günlük süreye tabi kılmıştır.⁵⁸ Öğretide aşkın haczin, mülkiyet hakkına, hukuk devleti ilkesi ve insan onurunu zedelediği için kamu düzenine aykırı olduğundan süreye bağlı olmaksızın şikâyet edilebileceği belirtilmiştir.⁵⁹ Kamu düzenine aykırılık takibin tarafları ve üçüncü kişiler lehine bir kamu yararı amacı ile konulmuş emredici hükümlerin ağır ve açıkça ihlali olarak ifade edilmektedir.⁶⁰ Bu görüş bağlamında, kamu düzenine aykırı işlemlerdeki sakatlık, belirli bir sürenin geçmesiyle geçerli ve taraflar bakımından bağlayıcı olmayacağı gibi icra müdürü tarafından süreye bağlı olmaksızın da geri alınabilecektir.⁶¹ İİK m. 85 f.1'de 7445 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik Adalet Komisyonu Raporunda⁶² borçlunun mülkiyet hakkının ihlâli olarak görülmüştür. Bu durumda borçlunun malvarlığına yönelik sınırlı olmayan bir müdahale kamu düzenine ilişkin görülmelidir. Bu durumda şikâyet sonucunda haczin aşkın kısmı kaldırılacaktır.⁶³ İptal davasında genel mahkemenin '*borçlunun (üçüncü kişinin) gerek kendisinde ve gerekse üçüncü kişilerdeki menkul ve gayrimenkul malları ile hak ve alacaklarının ihtiyaten haczine karar verildi*' şeklindeki genel nitelikteki karar⁶⁴ değil, bu karara dayanarak uygulanan haczin aşkın kısmı iptal edilecektir.

⁵⁸ "Somut olayda; tapu kaydında görülen 06.09.2006 tarihli hacizden sonra 17.08.2011 tarihinde taşkın haciz başvurusu yapılmış ise de; anılan haczin düşmesinden sonra 02.08.2012 tarihinde yeniden taşınmazın tapu kaydına haciz konulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda İcra Mahkemesince 02.08.2012 tarihinde konulan hacizden sonra bu haczin öğrenilme tarihi araştırılarak bu tarih esas alınıp şikâyetin süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekirken..." Yargıtay 8. HD, 06.02.2014, 13718/1760 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

⁵⁹ Boran Güneysu, s. 42.

⁶⁰ Pekcanitez/Simil, s. 148.

⁶¹ Pekcanitez/Simil, s. 149.

⁶² 'Teklifte, borçlunun taşınır ve taşınmaz mallarının, alacaklının ferileri dâhil bütün alacak miktarını aşacak şekilde haczedilmesi yasaklanmaktadır. Bu şekilde bir dosya alacağı sebebiyle borçlunun, tüm mal varlığının veya mal varlığının önemli bir kısmının taşkın haciz yoluyla haczedilerek mülkiyet hakkının ihlal edilmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır.' <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile>.

⁶³ Pekcanitez/Simil, s. 328; Boran Güneysu, s. 47.

⁶⁴ Uygulamada İİK m. 260'ta belirtildiği gibi haczedilecek şeyler somut ve teker teker değil, genel olarak belirtilmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 19.03.2014, 3298/5340 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

V. İPTAL DAVASINDA İİK M. 266'DAN YARARLANMANIN MÜMKÜN OLMASI

İİK m. 266 borçlunun ihtiyati hacizden teminat yatırmak suretiyle kurulmasına olanak vermektedir. Tasarrufun iptali davasında davalı olan üçüncü kişinin bu olanaktan yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay onama ile sonuçlandığı güncel bir kararında⁶⁵ bölge adliye mahkemesinin ihtiyati haciz kararının ihtiyati tedbir niteliğinde ihtiyati haciz kararı olduğu, şikâyetçi 3. kişinin tüm mal varlığı aleyhine verilmiş bir ihtiyati haciz kararı olmadığı ve 3. kişinin sorumluluğunun sadece borçludan satın aldığı belirtilen taşınmazlar ile sınırlı olduğu gerekçesiyle üçüncü kişinin İİK m. 266 olanağından yararlanmasını uygun görmemiştir. İptal davası sonucunda alacaklı alacağını cebri icra yetkisi verilen üçüncü kişiye devredilen mal ve haklardan alacağına göre söz konusu mal veya hakkın değerinde teminat gösterilmek suretiyle haczin kaldırılması, diğer bir yönüyle haczin teminat üzerine konulması ne gibi bir mahsuru barındırabilir! İptal davası sonucunda mal veya hakkın alacaklıya verilmesi veya takip borçlusuna iadesi söz konusu olmadığına göre ve alacaklı da davada haklı çıktığında sadece cebri icra yetkisi ile dava konusu edilen alacağın tahsilini isteyebileceğine göre üçüncü kişinin İİK m. 266 olanağından mahrum edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. İİK m. 266'nın uygulanması için üçüncü kişinin bütün malvarlığının haczedilmesi suretiyle icra edilmiş olması gibi bir unsur yasal olarak aranmış değildir. Bu yönleriyle de yukarıdaki karara katılmamaktayız. Üçüncü kişi takip alacağı ile kendisine devredilen malların değerleri karşılaştırıldı-

⁶⁵ “İlk derece mahkemesince verilen karara karşı şikâyetçi 3. kişi vekili tarafından sunulan istinaf dilekçesi ve kamu düzeni kapsamında yapılan inceleme neticesinde; davalı alacaklı tarafından Afyonkarahisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan ve 2021/422 esasa kaydı yapılan tasarrufun iptali davasında verilen ara karar ile dava konusu edilen şikâyetçiye ait 2, 9 ve 10 bağımsız bölüm no.lu taşınmazlar ile diğer maliklere ait bağımsız bölümler üzerine ihtiyati haciz konulmasına karar verilmiş ve bu karara yönelik şikâyetçi 3. Kişi tarafından yapılan itirazın aynı mahkeme tarafından 08.07.2021 tarihli ara karar ile reddine karar verildiği, bu ret kararına yönelik istinaf başvurusunun Konya BAM 3. Hukuk Dairesinin 18.10.2021 tarih, 2021/1576-1575 E.K. sayılı ilamı ile reddine karar verildiği, verilen ihtiyati haciz kararının ihtiyati tedbir niteliğinde ihtiyati haciz kararı olduğu, şikâyetçi 3. kişinin tüm mal varlığı aleyhine verilmiş bir ihtiyati haciz kararı olmadığı, 3. kişinin sorumluluğunun sadece borçludan satın aldığı iddia edilen taşınmazlar ile sınırlı olduğu, bu haliyle ihtiyati hacizlerin teminat karşılığında kaldırılmasına ilişkin İİK'nın 266. maddesinin somut olayda uygulanma imkânının bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesince şikâyetçi 3. kişinin talebinin reddine karar verilmesi gerekirken banka teminatı karşılığında ihtiyati hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesinin hatalı olduğu kanaatiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, yeniden esas hakkında hüküm kurularak talebin reddine karar verildiği görülmektedir.” Yargıtay 12. HD, 26.01.2023, 2022/8055, 2023/511. (UYAP veri tabanından alınmıştır.)

ğında hangisi azsa o miktarla sorumlu olduğuna göre, aynı sınırlar içinde İİK m. 266 olanağından yararlanabilmelidir. Yargıtay'ın iptal hükmünden sonra üçüncü kişilere cebri icra uygularken aynı tutumu sergilemeyeceğini yazdıklarından çıkarabiliriz. En azından Yargıtay bunu bir tedbir mahiyetinde görmeyecektir. Bu durumda dava devam ederken aynı olanaktan yararlanamayan üçüncü kişiye, aleyhine cebri icra yetkisi verildikten sonra söz konusu olanağın verilmesi sadece dosyaya borçlu olarak eklenmesi dolayısıyla mı olacaktır? Üçüncü kişinin tasarrufun iptali davasında tazminata mahkûm edilmiş olması durumunda kararın icrası için kesinleşme aranmadığından hükmün denetimi için kanun yoluna başvuran üçüncü kişinin icranın durdurulması için takip alacağını ve dosyasındaki masrafları karşılayacak kadar bir tutarı nakden veya teminat mektubu olarak dosyaya sunması durumunda dava devam ederken konulmuş olan ve hükümle kesinleşmiş olan ihtiyati haciz veya hüküm verildikten sonra konulan haciz nasıl aşkın haciz olarak değerlendirilebilmekteyse⁶⁶ üçüncü kişinin teminat karşılığında İİK m. 266 olanağından yararlanmasına da hem ihtiyati hacizde hem de iptal hükmünden sonra cebri icrada müsaade edilmelidir.

SONUÇ

Tasarrufun iptali davasında verilen ihtiyati haciz kararı teminat işlevine sahipse de icrası kesin haciz gibidir. Bu durumda ihtiyati haczin uygulanma-

⁶⁶ “Alacaklı tarafından dava dışı borçlu H. Y. hakkında genel haciz yolu ile yapılan ilâmsız icra takibinin kesinleşmesinden sonra, alacaklının takip borçlusu ve davacılar hakkında açtığı tasarrufun iptali davasının kabulü üzerine, borçluların, taraflarına örnek 4-5 icra emri gönderildiğini, takibe dayanak mahkeme ilâmının, taraflarınca tehiri icra istemli olarak, dosya borcunun tamamını ve ferilerini kapsar şekilde kesin teminat mektubu sunularak temyiz edildiğini, taşkın hacizlerin kaldırılmasına ilişkin taleplerinin icra müdürlüğünün 21.06.2016 tarihli kararıyla reddinin yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek memur işleminin iptali ile hacizlerin kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurdıkları, mahkemece, HMK'nun 443 ve İİK'nun 36. maddeleri uyarınca mehil vesikasının sadece takibi durdurarak yürümesini engelleyeceği, daha önce konulmuş hacizleri kaldırmayacağı gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verildiği görülmüştür. Yargıtay'dan tehiri icra kararı almak üzere icra müdürlüğü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu veya yatırılan nakdi teminat, ödeme yerine geçmez ise de, borçlu tarafından yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibarı ile icra takip dosyası alacağını tüm fer'ileri ile birlikte karşılaması halinde, mevcut hacizlerin aşkın hale geleceği kuşkusuz olduğu gibi, hacizlerin devam etmesi İİK'nun 85/son maddesiyle de bağdaşmayacaktır. Somut olayda, şikâyetçiler tarafından, takip dosyası kapsamında, ... Bankasınca düzenlenen 13.06.2016 tarihli 900.000,00 TL miktarlı kesin ve süresiz teminat mektubu ile 10.06.2016 tarihli dosya hesabında tespit edilen bakiye borç miktarını fazlası ile karşılar miktarını icra dairesine sunulmak suretiyle dosya borcu depo edilmiş olduğundan, daha önce konulmuş bulunan hacizlerin aşkın hale geleceğinin kabulü gerekir.” Yargıtay 12. HD, 26.12.2017, 25761/16213. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

sına ilişkin haczedilmezlik şikâyetinin icra mahkemesinde ileri sürülmesi gerekir. Üçüncü kişinin iptal davasında ister ihtiyati hacze isterse de hükümden sonra cebri icrada haczedilmezlik savunmasını sadece kendisi veya sadece borçlu ile ilintili olmayan bir sebepten dolayı ileri sürebilir.

Üçüncü kişinin elden çıkardığı mal veya hakka kaim olan değere yönelik iptal davası açıldığı durumda ise üçüncü kişi hem davada hem de iptal hükmü sonrasında kendisine ait malvarlıklarının haczedilmezliğini (meğerki haczedilmek istenen mal veya hak elden çıkarılan mal veya hakkın bedeliyle alınmamış olsun) ileri sürebilmelidir.

İptal davasının konusunu oluşturan mal veya hakkın ihtiyaten haczedildiği durumda aşkın haciz şikâyetinde bulunulması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte iptal davasının üçüncü kişinin elden çıkardığı mal veya hakkı yerine kaim olan değerinden dolayı tazminat olarak açıldığı durumda takip konusu alacak kapsamında herhalde tasarruf işlemine konu edilen malın değerini aşacak şekilde karar verilmiş olması ve uygulanması aşkın haciz olarak üçüncü kişi tarafından ileri sürülebilirdir.

İptal davasında ihtiyati hacizde ve hükümden sonra cebri icra aşamasında üçüncü kişi İİK m. 266 olanağından yararlanabilmelidir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN Kudret, “Hacizde Sıra (Tertip)”, **AÜHFD**, C. 54, S. 2, 2005, ss. 269- 318.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 9. Baskı, Ankara 2023.
- AŞIK İbrahim/ORUÇ Yakup/TOK Ozan/ SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2023.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Baskı Ankara 2020.
- BERKİN Necmettin, **İhtiyati Haciz**, İstanbul, 1962.
- BORAN GÜNEYSU Nilüfer, “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 4, 2016, ss. 25- 60.
- ÇİFTÇİ Pınar, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi**, Ankara 2019.
- DİETH Markus, **Beschwerde in Schuldbetreibungs und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG**, Zürich, 1999.
- ERDÖNMEZ Güray, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, İstanbul, 2019.
- ERİŞİR Evrim, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, İstanbul, 2013.
- FAVRE Antoine, **Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**, Freiburg, 1956.
- FRITZSCHE, Hans/ WALDER- BOHNER Hans Ulrich, **Schuldbetreibungs und Konkurs, Band: I**, Zürich 1993.
- GÜRDOĞAN Burhan, **İflas Hukuku Dersleri**, Ankara 1970.
- GÜRTÜRK Damla, “Borçlunun Haline Münasip Evinin Tasarrufun İptali Davasında Konu Olup Olmayacağı Sorunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl18, S. 36, 2019, ss. 95 -117.
- KÖROĞLU Anıl, **Tasarrufun İptali Davasında Nakdi Tazminat**, Ankara, 2022.
- KREN KOSTKIEWICH, Jolanta, **Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**, 2. Bası, Zürich 2014.
- MEIER Philipp, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Jaeger Kommentar)**, Zurich, 2017.
- MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara, 2017.
- ÖZEKES Muhammet, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara, 1999.
- ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, 2009. (İlkeler)
- PEKCANITEZ Hakan/SİMİL Cemil, **İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet**, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 10. Bası, İstanbul 2023.
- POSTACIOĞLU İlhan E, **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul 1982.

- SPÜHLER Karl/DOLGE Annette, **Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**, Basel, 2011.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **İcra Hukukunda Oranlık İlkesi**, Prof. Dr. Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001 (177-203).
- STAEHELİN Daniel, **Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**, 2. Bası, 2010.
- UMAR Bilge, **Türk İcra- İflas Hukukunda İptal Davası**, İstanbul, 1963.
- UYAR Talih, **Tasarrufun İptali Davaları**, 5. Bası, Ankara, 2018.
- UYAR Talih, **İcra Hukukunda Haciz**, Manisa 1990. (Haciz)
- ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 6. Bası. İstanbul, 1995.
- YILDIRIM M. Kamil, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul, 1995.
- YILDIRIM M. Kâmil, **İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi**, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1989/1-3, (98-113).
- YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflâs Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, 2015.
- YILMAZ Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt: 1, Ankara, 2001.

YANGIN ZARARLARI BAKIMINDAN TAŞIYANIN MUTLAK SORUMSUZLUĞU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Venüs CÖMERT^(**)**

Öz: Türk Ticaret Kanunu ("TTK") m. 1179 vd. hükümlerinde taşıyanın sorumluluktan kurtulma halleri düzenlenmektedir. Denizde karşılaşılabilecek en büyük tehlikelerden biri olan yangın zararlarından taşıyanın sorumsuzluğuna ilişkin TTK m. 1180 uyarınca zarar, yangın neticesinde meydana gelmiş ise taşıyan yalnızca kendi kusurundan sorumlu olacaktır. Yangın zararları hükmün mehzazı olan Lahey Visby Kuralları'nda olduğu gibi Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kuralları'nda da bir sorumsuzluk nedeni olarak öngörülmüştür. Taşıyanın bu sorumsuzluk nedenine dayanabilmesi ise gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına bağlıdır. Çalışmada bu milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemeler, taşıyanın yangın zararlarından hangi hallerde sorumsuz olacağı ve yangın zararlarına ilişkin ispat külfeti sözleşmelerin hazırlık çalışmaları ve içtihatlar da incelenerek değerlendirilmiştir

Anahtar Kelimeler: Yangın, Taşıyan, Sorumluluk, Elverişlilik, İspat Külfeti.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 30.09.2024 - Makale Kabul Tarihi: 09.12.2024.

^(**) Çağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Mersin - Türkiye,

E-posta: venuscomert@cag.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1738-3100>.

ABSOLUTE IMMUNITY OF THE CARRIER FROM LIABILITY FOR FIRE DAMAGES

Abstract: The circumstances in which the carrier is exempted from liability are regulated under Article 1179 et seq. of the Turkish Commercial Code (“TCC”). Pursuant to Article 1180 of the TCC regarding the carrier’s liability for fire damages, which is one of the most serious hazards that may be encountered at sea, if the damage is caused by fire, the carrier shall not be liable for loss or damage arising or resulting from fire unless caused by its actual fault or privity. Fire damages are recognised as a ground of immunity in the Hague Visby Rules, which is the source of the provision, as well as in the Hamburg Rules and Rotterdam Rules. The carrier can rely on this ground of exoneration only if the carrier has fulfilled its duty to provide a seaworthy vessel. In this study, the regulations in these international conventions, the conditions under which the carrier shall be exempt from liability for fire damages and the burden of proof regarding fire damages are evaluated by analysing the *travaux préparatoires* of the conventions and the case law.

Keywords: Fire, Carrier, Liability, Seaworthiness, Burden of Proof.

I. GENEL OLARAK

Konişmentolara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 25 Ağustos 1924 Tarihli Milletlerarası Sözleşme¹ (“Lahey Kuralları”) ve 23 Ağustos 1968 Tarihli Protokol ile Değiştirilmiş Metni² (“Lahey Visby Kuralları”),³ Hamburg Kuralları⁴ ve Rotterdam Kuralları⁵ uyarınca bu Sözleşmelerde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde yangın zararları taşıyanın sorumsuzluk hallerinden biri olarak öngörülmüştür.⁶

Taşıyanın yangın zararlarından sorumsuzluğunun kaynağı çok eski dönemlere dayanmakta olup Lahey Kuralları’ndan önce de 1875 tarihli *United States Fire Statute*⁷ ve 1894 tarihli *Merchant Shipping Act*’te bir sorumsuzluk sebebi olarak öngörülmekteydi.⁸ Yangının eskiden beri bir sorumsuzluk nedeni olarak görülmesinin altında yatan en temel nedenlerden biri çoğu zaman yangının neden çıktığının bilinmemesidir.⁹ Gemiler için denizdeki potansiyel en büyük tehlikelerden biri olan yangın, eşya zararı, gecikme gibi birçok zara-

¹ *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading*. 1924 Lahey Sözleşmesinin RG’de yayımlanan Türkçe tercümesi için bkz. Gemi sahiplerinin mesuliyetinin tahdidi ve konişmentoya mütaallik bazı kaidelerin tevhibi hakkındaki 25 Ağustos 1924 tarihli ve deniz ticaret vasıtalarının rehni ve imtiyazı ve Devlet gemilerinin muafiyetleri ile alakalı bazı kaidelerin tevhibi hakkındaki 1926 tarihli Milletlerarası 4 sözleşmeye katılmamız hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6469, Kabul Tarihi: 14/02/1955, RG T: 22.02.1955, Sayı: 8937.

² Milletlerarası sözleşmenin Türkçe tercümesi için bkz. ATAMER Kerim/ SÜZEL Cüneyt (Editör), **Yeni Deniz Ticareti Hukuku’nun Kaynakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 180 vd.

³ *Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, Signed at Brussels on the 25th August 1924*.

⁴ *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*.

⁵ *The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*.

⁶ Gemide çıkan yangın esasta binada çıkan yangına benzemekle beraber gemiler bakımından taşınan yükler ve geminin yapısı için ayrı ve özellik arz eden bir durum olduğuna dair bkz. SEVEN Vural, **Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 165.

⁷ Bu yönde bir düzenlemeye hangi nedenle ihtiyaç duyulduğuna dair bilgi için bkz. WILLIAMS, JR. Walter L., “The American Maritime Law of Fire Damage to Cargo: An Auto-Da-Fe for a Few Heresies”, **William and Mary Law Review**, C. 26, S.4, 1984-1985, s. 571-573.

⁸ TREITEL Guenter/ REYNOLDS F.M.B., **Carver on Bills of Lading**, 3rd Edition, Sweet&Maxwell, London, 2011, s. 708.

⁹ TREITEL/REYNOLDS, s. 709. Yangının doğası ve yol açtığı tahribat nedeniyle yangının hangi nedenle çıktığının tespit edilmesinin çıkarım yapmak dışında çok zor olduğuna ilişkin bkz. AIKENS Richard/LORD Richard/BOOLS Micheal, **Bills of Lading**, 2nd Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/New York, 2016, s. 1140.

ra sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle, taşıyan ile yükü ile ilgililer arasındaki sorumluluğun yangın zararları bakımından düzenlenmesi önem taşımaktadır.

Taşıyanın sorumluluktan kurtulma halleri Türk Ticaret Kanunu¹⁰ (“TTK”) m. 1179 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. “Teknik kusur ve yangın” başlıklı TTK m. 1180 uyarınca zarar, “*geminin sevkine veya başka- ca teknik yönetimine ilişkin bir hareketin veya yangının sonucu olduğu takdirde, taşıyan yalnız kendi kusurundan sorumludur.*” Taşıyanın mutlak sorumsuzluk halleri olarak da isimlendirilen bu durumların varlığında taşıyan yalnız kendi kusuru var ise sorumlu olacak diğer bir ifadeyle kendi kusuru neticesinde meydana gelmeyen teknik kusurdan ve yangından kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacaktır. Bu önemli bir istisnadır ve değişik sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Örneğin, gemi adamlarının ihmali neticesinde soğutma tesisatının kapanması nedeniyle eşyanın zayi olması halinde taşıyan sorumlu olacak iken, eşyanın aynı gemi adamlarının ihmali neticesinde yanması durumunda taşıyan sorumsuz olacaktır.¹¹

Çalışmada öncelikle milletlerarası sözleşmelerde yer alan yangın istisnasına ilişkin düzenlemeler hazırlık çalışmaları ışığında incelenecektir. Türk hukukunda öğretide sorumsuzluk halleri bakımından bir ayırım yapılmakta; teknik kusur ve yangın istisnaları mutlak sorumsuzluk halleri olarak anılmaktadır. Çalışmanın devamında sözleşmelerde ve kanunda yer almayan buna karşılık öğretide kabul edilen mutlak-muhtemel sorumsuzluk halleri ayırımı değerlendirilecek ve taşıyanın yangın zararlarından sorumluluğunun şartları ele alınacaktır. Çalışmada son olarak ise yangın zararları bakımından ispat külfeti açıklanacaktır.

II. HAZIRLIK ÇALIŞMALARI IŞIĞINDA MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN DÜZENLEMELER

A. Lahey Kuralları

TTK m. 1180’de yer alan teknik kusur ve yangın zararlarından taşıyanın kendi kusuru olmadıkça sorumlu olmayacağı yönündeki düzenlemenin me- hazası Lahey Kuralları’dır.¹² Lahey Visby Kuralları’nda da bu düzenleme aynı şekilde korunmuştur. Hükmün mehzazından farklı olarak TTK ve 6762 sayılı

¹⁰ RG. T: 14.02.2011, Sayı: 27846.

¹¹ AIKENS et al., s. 1139 dn. 487.

¹² Hükmün gerekçesi için bkz. TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 360.

TTK¹³ (“E-TTK”)’da taşıyanın sorumsuzluk halleri ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Öğretide ise bu haller, her ne kadar kanunda bu yönde bir başlıklandırma olmasa da mutlak ve muhtemel sorumsuzluk halleri olarak ayrılmıştır. Lahey Kuralları’nda ise mutlak ve muhtemel sorumsuzluk halleri ayrımı yapılmamaktadır, taşıyanın sorumsuz olduğu haller bir madde içinde arka arkaya sıralanmaktadır. Lahey Kuralları m. 4 f. 2’de taşıyanın sorumsuzluk halleri (a) ile (q) bentleri arasında sıralanmıştır.¹⁴ Bu listede öngörülen istisnalar henüz Lahey Kuralları kabul edilmeden önce taşıyanlarca düzenlenen konişmentolarda yer alan sorumsuzluk halleri olup yangın istisnasının da yer aldığı bu uzun listenin kabul edilmemesinin Sözleşme’nin kabulünü zorlaştıracığı düşünülmüş ve sorumsuzluk halleri on yedi bent halinde Sözleşme’ye dahil edilmiştir.¹⁵

Yangın istisnası Lahey Kuralları’nın (b) bendinde yer almaktadır ve ilgili düzenleme uyarınca taşıyan kendi kusuruyla sebebiyet vermiş olmaması halinde yangın neticesinde meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır. Lahey Kuralları’nın hazırlık çalışmaları incelendiğinde, 1921 tarihli konferansta ilk görüşülen metinde yalnızca “yangın” [*“fire”*] ifadesinin yer aldığı sonradan metne “taşıyanın fiili veya ihmalden kaynaklanmadıkça” [*“unless caused by the actual fault¹⁶ or privity of the carrier”*] ibaresinin eklendiği görülmektedir.¹⁷ Bu istisna ve metne sonradan eklenen bu ibareye ilişkin olarak görüşmelerde çok sayıda tartışma yapıldığı görülmektedir.

¹³ RG T: 09.07.1956, Sayı: 9353.

¹⁴ Kanunda yer alan hükmün mehzazının Lahey Kuralları olduğu mehzazda yer alan bu sorumsuzluk nedenlerinin eskiden beri sözleşmelere konulan sorumsuzluk halleri olduğu, sözleşme ile bu sorumsuzluk hallerinin birer kanuni sorumsuzluk haline getirildiği yönünde bkz. OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku II**, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 215. Taşıyanın ticari kusurundan ötürü sorumluluğuna karşılık Lahey Kuralları’nın uzlaştırıcı tutumuna uygun bir şekilde taşıyan lehine birtakım sorumsuzluk hallerinin taviz olarak öngörüldüğüne dair bkz. ÇAĞA Tahir, **Deniz Ticareti Hukuku II- Navlun Sözleşmesi**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 139.

¹⁵ GIRVIN Stephen, “The Right of the Carrier to Exclude and Limit Liability”, **A New Convention for the Carriage of Goods by Sea- The Rotterdam Rules**, Lawtext Publishing Limited, Oxon, 2009, s. 112.

¹⁶ “*Fault*” ibaresinin hem kastı hem de ihmali kapsadığına dair bkz. TREITEL/REYNOLDS, s. 708.

¹⁷ 1922 Brüksel Konferansı’nda metne “*actual fault or privity*” ifadesinin eklenmiş olmasının takdirle karşılandığı, (b) bendinde sadece “yangın” kelimesinin yer almakta olduğu Amerika Birleşik Devletleri’nin önerisi üzerine bu kelimelerin eklenmesinin alt komisyonda teklif edildiği ve değişikliğin Konferans tarafından kabul edildiği yönünde bkz. Sir Leslie Scott, **Travaux Preparatoires**, s. 402-403. 31 Ağustos 1921 tarihli oturumda görüşülen metin için bkz. Travaux Preparatoires, s. 398. Hazırlık çalışmalarında bu konuya ilişkin bilgi için ayrıca bkz. GÜNAY M. Barış, **Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 142-143.

Bu tartışmalar genel olarak değerlendirildiğinde taşıyanın yangın zararlarından sorumsuzluğuna dair istisna bakımından bazı endişelerin dile getirildiği görülmektedir. Yangın istisnasına sonradan eklenen “*unless caused by actual fault or privity of carrier*” ibaresinin kaldırılması gerektiği ileri sürülmüş, zira Lahey Kuralları m. 4 f. 2 b. (q)’da yer alan taşıyanın kendisi veya hizmetlilerinin ya da görevlilerinin fiil veya ihmalden kaynaklanmayan zararlar bakımından sorumlu olmayacağı yönündeki düzenleme varken bu ibarenin (b) bendinde yer almasının kafa karışıklığına yol açacağı ifade edilmiştir.¹⁸ Buna karşılık bir başka temsilci ise aksi görüşte olduğunu nitekim (b) bendindeki düzenlemenin aksine (q) bendi uyarınca kusuru olmadığına dair ispat yükünün taşıyanda olduğunu ifade etmiştir.¹⁹ Öte yandan, bir başka oturumda bir temsilci bu ibarenin eklenmesinin gerektiğini zira, taşıyanın, hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurları sebebiyle meydana gelen yangın zararlarından sorumlu olmadığını ve bu nedenle bu eklemenin gerekli olduğunu belirtmiştir.²⁰

Bu düzenlemeye getirilen bir diğer eleştiri ise Anglo-Sakson ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin farklılık gösterdiği, Kara Avrupası hukuk sisteminde taşıyanın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu iken Anglo-Sakson hukuk sisteminde kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü dolayısıyla bu listede (b) ile (p) bentleri arasında yer alan sorumsuzluk nedenlerinin gereksiz olduğu yönünde olmuştur.²¹ Oturum başkanı ise iki hukuk sistemi arasındaki farklılığın bu liste ile giderilmesinin yeknesaklığın sağlanması açısından yararlı olacağını, bu liste sayesinde taşıyanların tüm ülkelerde aynı şekilde korunacağını ileri sürmüştür.²²

1924 tarihli Lahey Kuralları’nın kabulünden önceki son oturumlarda ise düzenlemenin bu haliyle kalması, taşıyanın salt kendi kusuruyla gerçekleşen yangın zararlarından sorumlu olması, listede yer alan teknik kusur ve yangın istisnalarının yer aldığı (a) ve (b) bentlerinde yer alan sorumsuzluk hallerinin bir arada, (c) ile (p) bentleri arasında yer alan sorumsuzluk nedenlerinin ise bir arada değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek hüküm bugünkü haliyle kabul edilmiştir.²³ Visby görüşmelerinde ise hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

¹⁸ Bu yönde bkz. Mr. Berlingieri, *Travaux Préparatoires*, s. 401.

¹⁹ Bu yönde bkz. Mr. Ripert, *Travaux Préparatoires* s. 401.

²⁰ Bu yönde bkz. Mr. Alten, *Travaux Préparatoires*, s. 760.

²¹ Bu yönde bkz. Mr. Alten, *Travaux Préparatoires*, s. 375-376.

²² *Travaux Préparatoires*, s. 380.

²³ *Travaux Préparatoires*, s. 760.

Sonuç olarak, Lahey Kuralları m. 4'te sorumsuzluk halleri bir liste halinde sıralanmış olsa da bu listeyi özellikle ispat külfeti ve taşıyanın ve hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusuru bakımından iki gruba ayırmak mümkündür. Listenin (a) ve (b) bentlerinde yer alan teknik kusur ve yangın istisnalarının varlığı halinde taşıyan yalnızca kendi kusurundan sorumlu olacak, hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusuru neticesinde meydana gelen zararlardan ise sorumsuz olacaktır. Kusuru bulunmadığına dair ispat yükü ise taşıyandadır. Listenin devamında yer alan sorumsuzluk hallerinde ise taşıyan hem kendisinin hem de hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurundan kaynaklanan bir zarar var ise sorumlu olacak, buna karşılık taşıyanın ve/veya hizmetlilerinin veya görevlilerinin sorumlu olduğuna ilişkin ispat yükü yüklerle ilgililer üzerinde olacaktır.

B. Hamburg Kuralları

Hamburg Kuralları ile birlikte Lahey Visby Kuralları'nda yer alan sorumluluk sisteminde önemli değişiklikler yapılmış, geminin sevkine ve başkaca teknik idaresine ilişkin kusur ve kendi kusurundan kaynaklanmayan yangın zararlarından sorumsuz olduğu yönündeki düzenlemeye Hamburg Kuralları'nda yer verilmemiştir.²⁴ Kurallar'da teknik kusur istisnası tamamen terk edilmiş, buna karşılık yangın zararları bakımından taşıyanın sorumluluğuna ilişkin daha farklı bir düzenleme Hamburg Kuralları m. 5 IV. a. i ve ii' de getirilmiştir.²⁵ Buna göre, eşyanın yangın sebebiyle zıya, hasar veya geç tesliminden zarar gören şahıs yangının taşıyan ya da taşıyanın hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusur veya ihmallerinden çıkmış olduğunu ya da yangını söndürmek veya sonuçlarını önlemek veya hafifletmek için makul

²⁴ Bu düzenlemenin terk edilmesine ilişkin gerekçeler için bkz. YAZICIOĞLU Emine, **Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırılmalı Olarak**, Beta, İstanbul, 2000, s. 67. Sorumsuzluk hallerinin Hamburg Kuralları'nda yer almasının hangi ülke tarafından desteklendiği ve hangi ülkeler tarafından karşı çıktığına dair bkz. GIRVIN, s. 113 dn. 25. Hamburg ve Lahey Visby Kurallarına bakıldığında teknik kusur ve yangın istisnalarına ilişkin değişiklikler hariç esaslı bir değişiklik olmadığına dair bkz. KARAN Hakan, "Any Need for a New International Instrument on the Carriage of Goods by Sea: The Rotterdam Rules" **Journal of Maritime Law & Commerce**, Vol. 42, No. 3, 2011, s. 447.

²⁵ Teknik kusur istisnalarının terk edilmesi ve yangına ilişkin düzenlemenin değiştirilmesinin Sözleşme taslağının temelini oluşturduğu, bu hususlar üzerinde anlaşmaya varılmamasının, Sözleşme'nin bütünü üzerinde anlaşmaya varılmaması riskini beraberinde getireceği ve bunun bir sorun teşkil edeceği yönünde bkz. Fransa Temsilcisi Mr. Carraud, United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg, 6-31 March 1978, **Official Records**, United Nations, New York 1981, s. 164.

surette istenebilecek olan tedbirleri almaktaki kusur veya ihmallerinden ileri geldiğini ispat ederse taşıyan sorumlu olur.²⁶ Diğer bir ifadeyle, yangının taşıyan ya da hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusur yahut ihmalden çıktığına dair ispat yükü zarar görende olacak ve taşıyan ancak bu durumun yükü ilgili tarafından ortaya konulması halinde sorumlu olacaktır.

Hüküm incelendiğinde, taşıyanın yalnızca kendi kusurundan kaynaklanan yangın zararlarından değil aynı zamanda hizmetlilerinin ve görevlilerinin kusuru neticesinde meydana gelen yangın zararlarından da sorumlu olduğu görülmektedir. Düzenleme bu haliyle taşıyan aleyhine, yükü ilgili lehine bir düzenleme gibi gözükse de taşıyanın ve hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurlu olmadığına dair ispat yükünün yükü ilgililerde olması bu düzenlemeyi Lahey Visby Kuralları'na göre daha ağır hale getirmiştir.²⁷ Nitekim Hamburg Kuralları'nın hazırlık çalışmalarında da birçok ülke temsilcisi tarafından bu husus vurgulanmış, yükü ilgililerin yangın esnasında gemide bulunmadıklarından ötürü yangının ne zaman ve nasıl başladığını her zaman bilmelerinin mümkün olmayacağını, bu nedenle uygulamada taşıyanın kusurunun olmadığını ispat etmelerinin imkânsız olduğunu ve bu gerekçelerle de ispat yükünün taşıyanda olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.²⁸ Bu düzenlemenin tartışıldığı bir başka toplantıda ise yolculuk için iyi bir şekilde donatılmış, yola elverişli bir gemide yangın çıkmaması gerektiği varsayımı ile yangının çıkmasının taşıyanın ya da hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurundan kaynaklanmış olması ihtimaline işaret edeceği, zaten yangının taşıyanın kusuru olmaksızın çıkması durumunda mücbir sebebe ilişkin istisnanın taşıyanın sorumluluktan kurtulması için yeterli olacağı, bu sebeple de ispat yükünün yükü ilgilide değil taşıyanda olması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁹ Buna karşılık bir başka temsilci ise hükmün bu haliyle kalması gerektiğini, zira özellikle müşterek avarya halinde yükünü hasarsız bir şekilde teslim alan yükü ilgilinin müşterek avarya garame payı için öncelik-

²⁶ Hamburg Kuralları'nın Türkçe tercümesi için bkz. ÇAĞA Tahir, Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı, 1978, **BATİDER**, C. X, S. 12, 1979, ss. 323-352; GÖĞER Erdoğan, Birleşmiş Milletlerin Denizde Eşya Taşıma Hakkındaki 31 Mart 1978 Tarihli Milletlerarası Sözleşmesi (Hamburg Kuralları), **BATİDER**, C. IX, S. 3, 1978, ss. 655-717.

²⁷ Lahey Visby Kuralları'nda yer alan düzenlemenin Hamburg Kuralları düzenlemesi ile yumuşatıldığına dair bkz. TEKİL Fahiman, **Deniz Hukuku**, 6 Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2001, s. 316. Yükü ilgililer bakımından ispat külfetinin oldukça güç olması sebebiyle yangından sorumsuzluk ilkesinin pratikte değişmediği yönünde bkz. YAZICIOĞLU, 2000, s. 104. Aynı yönde değerlendirme için bkz. Official Records, s. 240-241.

²⁸ Bkz. bu yönde Avusturya, Kanada, Çekoslovakya, Irak, Official Records, s. 49.

²⁹ Bkz. Uganda Temsilcisi Mr. Ndawula, Official Records, s. 239.

le taşıyanın yangından ötürü meydana gelen zarardan sorumlu olmadığını ispat etmesi gerektiğini ileri süreceğini, bu durumun çözümlenememesi halinde ise mahkeme sürecinin uzamasının da özellikle feda edilen yükün malikinın menfaatlerini etkileyeceğini ifade etmiştir.³⁰ Hükmün yerinde olduğunu ileri süren bazı temsilciler de çoğu kez yangının taşınmakta olan yükün niteliğinden ötürü çıktığını ve bu nedenle ispat yükünün yükle ilgilide olmasının da yerinde olduğunu belirtmiştir.³¹

Yükle ilgili aleyhine getirilen bu ispat güçlüğünü azaltmak için Hamburg Kuralları m. 5 IV. b'de yer alan düzenleme önemlidir. Buna göre, gemideki yangının eşyaya zarar vermesi halinde taşıyanın yahut zarar gören kişinin talebi üzerine yangının sebep ve koşullarına ilişkin denizcilik teamüllerine uygun bir araştırma yapılacak ve araştırma neticesinde eksper raporunun bir sureti istemeleri halinde taşıyana veya zarar görene verilecektir.³² Nitekim hazırlık çalışmaları sırasında bir temsilci de bu hususa vurgu yaparak yangının hemen sonrasında bir araştırma yapılacağını, bu araştırmaya yükle ilgilinin de katılabileceğini ve araştırma neticesinde çıkan sonuçların da yükle ilginin tasarrufunda olabileceğini belirtmiştir.³³ Dolayısıyla temsilciye göre yükle ilgili, yangının taşıyanın yahut hizmetli veya görevlilerinin kusurundan meydana geldiğini ispata ilişkin her türlü imkana sahip olacak, ispat meselesi yangının hangi nedenle çıktığının tespit edilemediği hallerde önem kazanacaktır.³⁴

Sonuç olarak, Hamburg Kuralları ile birlikte taşıyanın yangın neticesinde meydana gelen zararlardan kendi kusuruyla yangına sebebiyet vermediği müddetçe sorumlu olmayacağı yönündeki Lahey Visby Kuralları'nda yer alan düzenleme değiştirilmiştir. Yangın neticesinde meydana gelen zararlardan ötürü taşıyan ancak yangına kendisi yahut hizmetli veya görevlileri sebebiyet vermiş ise sorumlu olacaktır. Yangının bu kimselerin kusurundan meydana geldiğine ilişkin ispat yükü de yine Lahey Visby Kuralları'ndan farklı olarak yükle ilgiliye bırakılmıştır. Kanaatimce de her ne kadar bu düzenleme taşıyanın hizmetlilerinin veya görevlilerinin sebebiyet verdiği yan-

³⁰ Bkz. Norveç Temsilcisi Mr. Cleton, Official Records, s. 240.

³¹ Bkz. Yugoslavya Temsilcisi Mr. Filipovic, Japonya Temsilcisi Mr. Tanikawa, Polonya temsilcisi Mr. Suchorzewski, Official Records, s. 240-241.

³² Hükmün Türkçe tercümesi için bkz. ÇAĞA, 1979, s. 333; GÖĞER, s. 677.

³³ Bkz. İsveç Temsilcisi Mr. Nillson, Official Records, s. 241.

³⁴ Official Records, s. 241

gın zararlarından da sorumlu olması sebebiyle taşıyan aleyhine gibi gözükse de buna ilişkin ispat yükünün yüküle ilgilide olması taşıyanın menfaati açısından pratikte bir değişikliğe neden olmamıştır.

C. Rotterdam Kuralları

Rotterdam Kuralları hazırlanırken tartışılan hususlardan biri Lahey Visby Kuralları'nda yer alan Hamburg Kuralları'nda ise terk edilen taşıyanın sorumsuzluk hallerinin hazırlanacak Sözleşme'de yer alıp almamasına ilişkin olmuştur.³⁵ Sorumsuzluk hallerinin Sözleşme'de yer almamasına ilişkin güçlü argümanlara karşılık Çalışma Grubu (*Working Group*) Lahey Visby Kuralları'nda yer alan sorumsuzluk hallerine ilişkin bu listenin aynı şekilde Sözleşme'de yer alması gerektiği yönünde bir görüş bildirmiştir.³⁶ Bu görüşe, Lahey Visby Kurallarının uygulandığı çok sayıda içtihat olduğu bu nedenle mevcut düzenin korunmasının belirlilik ve öngörülebilirlik sağlayacağı gerekçe olarak gösterilmiştir.

Rotterdam Kuralları'nın taşıyanın zıya, hasar veya gecikmeden sorumluluğunu düzenleyen 17. maddesinin 3. fıkrasında, taşıyanın bu fıkra da yer alan olay veya hallerden birinin zıya, hasar veya gecikmeye sebep olduğunu veya katkıda bulunduğunu ispat etmesi halinde sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulacağı düzenlemesi yer almaktadır.³⁷ Sözleşme'nin nihai metnine bakıldığında Lahey Visby Kuralları'nda yer alan sorumsuzluk hallerinden bazılarının aynı şekilde Sözleşme'de yer aldığı,³⁸ bazılarının terk edildiği,³⁹ bazılarının ise değiştirilerek hükümde yer aldığı,⁴⁰ Lahey Visby Kuralları'nda yer almayan üç sorumsuzluk halinin⁴¹ ise eklendiği görülmektedir.

³⁵ Bu yönde bkz. Rotterdam Kuralları Hazırlık Çalışmaları, s. 164 vd. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_reports.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

³⁶ GIRVIN, s. 114. Bu yönde bkz. [12th Session of WG III (A/CN.9/544); referring to A/CN.9/WG.III/WP.32], s. 184, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_reports.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2024)

³⁷ Lahey Visby Kuralları'nda yer alan listedeki sorumsuzluk hallerinden hangilerinin Rotterdam Kuralları'nda yer almadığı ve buna ilişkin gerekçeler için bkz. GIRVIN, s. 115-118.

³⁸ Bkz. Rotterdam Kuralları m. 17 f. 3 b. (a), (b), (g) ve (j).

³⁹ Bkz. LVK m. f. 2 b. (a) ve (q).

⁴⁰ Bkz. Rotterdam Kuralları m. 17 f. 3 b. (c), (d), (e), (f), (h), (k), (l) ve (m).

⁴¹ Bkz. Rotterdam Kuralları m. 17 f. 3 b. (i), (n) ve (o).

İlgili fıkranın (f) bendinde “gemide yangın”⁴² [*“fire on the ship”*] istisnası taşıyanın sorumsuzluk hallerinden biri olarak sayılmıştır.⁴³ Hazırlık çalışmalarında yangın istisnasının tamamen kaldırılması yönünde görüşler bildirilmiştir. Bu görüşe göre, Lahey Visby Kuralları’nda yer alan bu istisna yükü ilgililere ispat külfeti bakımından fazla bir yük getirmekte, zira uygulamada yükü ilgililerin yangının taşıyanın fiil veya ihmalden kaynaklandığını ispat etmesi neredeyse imkânsız olarak görülmektedir.⁴⁴

Hüküm incelendiğinde, yangın istisnasına ilişkin hükmün Lahey Visby Kuralları’nda yer alan düzenlemeden önemli ölçüde ayrıldığı görülmektedir. Taşıyanın sorumsuzluk hallerinden biri olarak yangın istisnası Lahey Visby Kuralları’nda olduğu gibi listede yer almaktaysa da hüküm değiştirilerek Rotterdam Kuralları’na alınan hallerden bir tanesidir. İlk olarak, Lahey Kuralları ve Lahey Visby Kuralları’nda yer alan “*unless caused by actual fault or privity of carrier*” ifadesi Rotterdam Kuralları’nda bulunmamakta, Rotterdam Kuralları uyarınca yangın taşıyanın kendi kusurundan ya da fiillerinden sorumlu olduğu kimlerin kusurundan meydana gelmiş ise taşıyan sorumlu olmaktadır. Öte yandan, Lahey Visby Kuralları’ndan farklı olarak taşıyan zararın gemide çıkan bir yangından ötürü meydana geldiğini ispat etmek suretiyle lehine yaratılan sorumsuzluk karinesinden yararlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Rotterdam Kuralları yangın istisnasını listede yer alan diğer istisnalarla aynı şekilde ele almıştır. Taşıyanın zarara gemide çıkan yangının sebep olduğunu yahut katkıda bulunduğunu ispat etmesi yeterli olacaktır. Taşıyan bu halde kural olarak sorumsuzdur ve taşıyanın sorumlu olabilmesi için yükü ilgilinin (istem sahibi) taşıyanın

⁴² Rotterdam Kuralları, Lahey Visby Kuralları’nın aksine kapıdan kapıya taşımaları düzenlemekte ise de Lahey Visby Kuralları’nda yer alan geleneksel yangın istisnasının Rotterdam Kuralları’nda da gemide çıkan yangınla sınırlı tutulduğu yönünde değerlendirme için bkz. STURLEY Micheal F./FUJITA Tomotaka/ van der ZIEL Gertjan, **The Rotterdam Rules**, Sweet&Maxwell, London, 2010, s. 106. Bu yönde bkz. [12th Session of WG III (A/CN.9/544); referring to A/CN.9/WG.III/WP.32], s. 173, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_reports.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2024)

⁴³ Hükümün tercümesi için bkz. SÜZEL Cüneyt / DAMAR Duygu, “Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 2, 2010, ss. 149-242, s. 162-163.

⁴⁴ Bu yönde bkz. [10th Session of WG III (A/CN.9/525); referring to A/CN.9/WG.III/ WP.21], s. 168; [13th Session of WG III (A/CN.9/552); referring to A/CN.9/WG.III/ WP.32], s. 189-190. Tartışmaların neticesinde bir sonuca varılamamış ve konu tekrar tartışılmak üzere diğer toplantılara bırakılmıştır. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_reports.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2024). Türk hukukundan farklı olarak, Çalışma Grubu’nun yangın istisnası bakımından ispat külfetinin taşıyanda olduğu fikrinden yola çıktıklarına dair bkz. GÜNAY, s. 145.

veya taşıyanın fiillerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurunun yangına sebebiyet verdiğini yahut katkıda bulunduğunu ispat etmesi gerekecektir. Bu açıdan bakıldığında her ne kadar Rotterdam Kuralları'nda yer alan hüküm Lahey Visby Kuralları'nda yer alan düzenlemeye benzer gözükse de aslında sonuçları ve ispat külfeti açısından Hamburg Kuralları'nda yer verilen düzenlemeye daha çok benzemektedir.

III. MUTLAK- MUHTEMEL SORUMSUZLUK HALLERİ AYRIMI

Lahey Kuralları'nda sorumsuzluk nedenleri tek bir maddede gösterilmişse de özellikle ispat külfetine ilişkin maddede yer alan sorumsuzluk halleri bakımından TTK'da ve öğretide bir ayrıma gidildiği görülmektedir. TTK sistematığına bakıldığında, TTK m. 1179 ilâ 1183. maddeler arasında sorumluluktan kurtulma hallerinin düzenlendiği görülmektedir. “Taşıyana yüklenmeyecek sebep” başlıklı TTK m. 1179'un gerekçesinde de⁴⁵ belirtildiği üzere, hükmün mehzasını Lahey Kuralları m. 4 f. 2 b. (q) teşkil etmektedir. İlgili hüküm uyarınca taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesi için hem kendisinin hem de hizmetlileri veya görevlilerinin kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekmektedir.

Lahey Kuralları m. 4 f. 2'de yer alan listenin (a) ve (b) bentlerinde yer alan sorumsuzluk halleri “Teknik kusur ve yangın” başlıklı TTK m. 1180 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca zarar geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin bir hareketten yahut yangından ötürü ortaya çıkmışsa taşıyan ancak kendi kusurundan sorumlu olacaktır.

TTK m. 1181'de ise E-TTK düzenlemesinden farklı olarak denizde kurtarma listeden çıkartılmış ve bu istisna Hamburg Kuralları'nda yer alan düzenlemeye paralel olarak ayrı bir maddede düzenlenmiştir.⁴⁶ Bu hüküm uyarınca taşıyan denizde can ve eşya kurtarmadan veya kurtarma teşebbüsünden doğan zararlardan müşterek avarya hali hariç sorumsuzdur. Ancak teşebbüsün eşya kurtarmaya yönelik olması halinde bunun aynı zamanda makul bir hareket tarzı oluşturması gerektiği hükümde belirtilmektedir.

“Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller” başlıklı TTK m. 1182 hükmünde ise (a) ilâ (h) bentleri arasında sayı-

⁴⁵ TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 360.

⁴⁶ TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 360.

lan hallerden biri neticesinde zararın meydana gelmesi durumunda taşıyanın ve/veya adamlarının kusursuz sayılacağı belirtilmektedir. Hükmün mehzazı Lahey Kuralları m. 4 f. 2’de yer alan (d) bendinde yer alan “acts of God” yani mücbir sebep istisnası hariç (c) ilâ (p) bentleridir. Gerekçede de belirtildiği üzere bu bentler başlığı değiştirilerek TTK m. 1182 hükmüne alınmıştır. TTK m. 1179’da getirilen ispat yükünün aksine, bu listede sayılan haller neticesinde zararın doğması halinde ispat yükü taşıyanda değil yükle ilgilide olacaktır. Zira bu haller bakımından kanun koyucu zararın taşıyan veya adamlarının kusurundan kaynaklanmadığı ve zarar ile sebep arasında uygun illiyet bağı olduğu yönünde aksi ispatlanabilir bir karine sevk etmiştir.

Son olarak, Lahey Kuralları’nda yer almayan Hamburg Kuralları’ndan alınan TTK m. 1183 hükmünde ise taşıyanın veya adamlarının kusurunun başka bir sebeple birleşerek zıya, hasar veya gecikmeye sebebiyet vermesi halinde taşıyanın ve/veya adamlarının yalnızca kendi kusurundan kaynaklanan kısmından sorumlu olacağı düzenlemesi yer almaktadır.

Hükümlerin başlıklarına bakıldığında mutlak,⁴⁷ muhtemel⁴⁸ sorumsuzluk halleri ibarelerine yer verildiği görülmektedir. Ancak hükümlerin ayrı maddelerde düzenlenmesinin sebebinin ilgili hükümlerin gerekçesinde de belirtildiği üzere ispat külfeti bakımından getirilen farklılardan olduğu açıktır. İşte, farklı hükümlerde düzenlenen bu sorumsuzluk hallerinin ispat külfeti açısından getirdiği ayırım nedeniyle sorumsuzluk halleri bakımından bir ayırma gidilerek doktrinde mutlak ve muhtemel sorumsuzluk nedenleri olarak ayrılarak anılmaktadır.

Her ne kadar Lahey Kuralları’nda böyle bir ayırma yer verilmemiş olsa da aslında iç hukuklarda yapılan bu ayırımın nedeni Lahey Kuralları’ndan kaynaklanmaktadır. *Karan*, hazırlık çalışmalarında da gündeme gelen yuka-

⁴⁷ Mutlak sorumsuzluk hallerine ilişkin açıklama için bkz. ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku II- Navlun Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 157 vd. YAZICIOĞLU Emine, “Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Sebepleri”, **Deniz Hukuku Dergisi**, S.1-4, 2006; YAZICIOĞLU Emine, **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 17.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 397 vd.; SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku-I**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 552 vd.; ÜLGNER, M. Fehmi, **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yayınları, İstanbul 1991, s. 73 vd.; ULUĞ İlkur, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.2, 2002, ss. 83-99.

⁴⁸ Muhtemel sorumsuzluk hallerine ilişkin açıklama için bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 160 vd.; YAZICIOĞLU, 2022, s. 401 vd.; SÖZER, 2022, s. 565 vd.; TEKİL, s. 317 vd.; ÜLGNER, 1991, s. 97 vd.

rıda da açıklanan ispat külfetine ilişkin ayrıma da işaret ederek bu ayrımın gerekçesini ayrıntılı bir şekilde ele almıştır.⁴⁹

Lahey Kuralları m. 4 f. 2 (c) ilâ (p) bentleri arasında yer alan sorumsuzluk nedenleri genel sorumsuzluk kuralına yani m. 4 f. 2 b. (q) düzenlemesine getirilen istisnalar mıdır? Diğer bir ifadeyle, Lahey Kuralları m. 4 f. 2 b. (q) düzenlemesi varken zıya veya hasarın meydana gelmesinde kusuru olan taşıyan veya onun hizmetlileri veya görevlileri yine de listede bulunan diğer sorumsuzluk nedenlerine dayanabilecek midir⁵⁰? Lahey Kuralları m. 3 f. 2’de m. 4’e yapılan atıf bu durumu daha da karmaşık hale getirmektedir. Bir görüşe göre, Lahey Kuralları m. 3 f. 2’de yer alan “*subject to the provisions of Article 4*” ibaresi nedeniyle bu hükümle m. 4 düzenlemesi saklı tutulduğundan bu listede yer alan sorumsuzluk nedenlerinden birine başvurabilecek taşıyanın yüke özen borcunu yerine getirmek bakımından sorumluluğu bulunmamaktadır. *Karan*’a göre bu görüş tamamen hatalıdır.⁵¹ Zira hazırlık çalışmaları sırasında, Anglo-Amerikan mahkemeleri önünde taşıyana, kendisi ya da hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurlu olduğu durumlarda bu yönde bir savunma yapmasına zaten izin verilmediğinden, taşıyanın sorumluluktan kurtulması için kusurunun bulunmamasını şart koşmanın gereksiz olduğu düşünülmüştür.⁵² Ancak Anglo-Amerikan mahkemelerinin bu uygulaması Kıta Avrupası mahkemelerinde takip edilmeyebileceğinden, İmza Protokolü⁵³ ile taraf devletlere 4’üncü maddenin ikinci fıkrasının (c) ila (p) bentlerinde düzenlenen durumlarda konişmento hamilinin (a) bendi kapsamında olmayan taşıyanın kendi kusuru veya adamlarının kusurundan ileri gelen zıya ve hasar bakımından sorumluluk tesis etmeye yetkili olduğuna dair kural koyma yetkisi verilmiştir. Sonuç olarak, kuralları kendi hukuk sistemlerine dahil eden Almanya, Türkiye gibi bazı taraf devletler bu hakkı kullanmış ve zarar taşıyanın ya da adamlarının kusurundan ileri gelmiş ise taşıyanı sorumsuzluk

⁴⁹ KARAN, 2004, s. 296 vd.

⁵⁰ Lahey Kuralları m. 4 f. 2’nin düzenlenme tarzının ihtilafa sebebiyet verdiği, (q) bendinde yer alan düzenleme varken (b) bendinde yer alan yangın istisnası bakımından taşıyanın hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusuru neticesinde çıkan yangından sorumlu olup olmayacağı tartışmalı olduğu; bir görüşe göre taşıyan yalnızca kendi kusurundan sorumlu olacağı ileri sürülüyorken, başka bir görüşe göre (b) bendinde yer alan taşıyanın kendi kusurundan sorumlu olacağına dair düzenlemenin dikkatsizlik neticesinde olduğunun ileri sürüldüğüne ilişkin bkz. AKINCI Sami, **Deniz Hukuku- Navlun Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.

⁵¹ KARAN, 2004, s. 297.

⁵² KARAN, 2004, s. 297.

⁵³ İmza Protokolünün Türkçe tercümesi için bkz. ATAMER/SÜZEL, s. 161.

hallerine dayanmaktan açıkça mahrum bırakmıştır.⁵⁴ Nitekim, E-TTK'nın meha-zı Alman Ticaret Kanunu'dur. Alman Ticaret Kanunu, Lahey Kuralları m. 4 f. 2 düzenlemesinde yer alan listeyi iki ayrı maddede düzenlemiştir.⁵⁵ Lahey Kuralları listesinin (a) ve (b) bentlerinde yer alan teknik kusur ve yangın istisnalarına ilişkin düzenlemede sorumluluk için taşıyanın şahsi kusurunun varlığı aranmakta iken, diğer bentlerde kusur unsurundan bahsedilmemektedir.⁵⁶ Hüküm Alman Ticaret Kanunu'na aktarılırken, İmza Protokolü'nde yer alan yukarıda bahsi geçen hükmün verdiği değişiklik yapma hakkı kullanılarak düzenlemeye iki ayrı maddede yer verilmiş ve iki ayrı sorumsuzluk sistemi oluşturulmuştur.⁵⁷ Aynı şekilde bu düzenleme Alman Ticaret Kanunu'nu meha-zan alan E-TTK'da da takip edilmiş, mevcut TTK'da da aynı düzenleme değiştirilmeden korunmuştur.

Kısacası bu bentlerde yer alan, aynı zamanda "Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller" başlıklı olan ve öğretide muhtemel sorumsuzluk nedenleri olarak ifade edilen TTK m. 1182'de yer alan haller, teknik kusur ve yangın muafiyetlerinin aksine, genel sorumsuzluk hali düzenlemesi olan Lahey Visby Kuralları m. 4 f. 2'nin (q) bendindeki gibi taşıyana sorumluluktan başışıklık sağlamaz ancak bu haller (q) bendinde yer alan genel ispat yükü kuralının birer istisnalarıdır.

İlgili hükmün (c) ilâ (p) bentleri arasında sayılan hallere bakıldığında bu hallerin ortak noktasının tedbirli bir taşıyanın önlemesinin yahut kaçınmasının mümkün olmadığı tipik haller olduğu görülecektir. Taşıyan bu hallerden birinin varlığını ortaya koyduğunda karine zararın bu hallerden kaynaklandığı yönünde olacaktır. Diğer bir ifadeyle bu halde zararın taşıyanın kusurundan kaynaklandığına dair ispat yükü yükü ilgililerde olacaktır. Aksi halde, Lahey Kuralları m. 4 f. 2 (q) bendinde yer alan kaçınılmaz olaylara ilişkin genel istisna kuralı var iken, c ilâ p bentleri arasında tanınan bu on üç istisnanın hiçbir anlamı olmayacaktır.⁵⁸ Zira bu bent uyarınca zararın taşıyanın yahut hizmetlilerinin veya görevlilerinin fiil veya ihmallerinden kaynaklanmadığına dair ispat yükü taşıyanda olacaktır.

⁵⁴ Protokolde taraf devletlere sadece (c) ilâ (p) bentleri bakımından yetki verildiği, (b) bendinin yer almadığı, bu nedenle Sözleşme'de olduğu gibi Alman Ticaret Kanunu'nda da yangın zararlarından taşıyanın yalnızca kendi kusurunun varlığı halinde sorumluluğu olduğu yönünde bkz. AKINCI, s. 431; KARAN, 2004, s. 297.

⁵⁵ ÜLGNER, 1991, s. 43.

⁵⁶ ÜLGNER, 1991, s. 43.

⁵⁷ ÜLGNER, 1991, s. 43-44

⁵⁸ KARAN, 2004, s. 298-299.

Mutlak sorumsuzluk hali olarak kabul edilen teknik kusur ve yangın istisnaları bakımından taşıyanın şahsi kusuru bulunmadıkça sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. TTK m. 1182’de yer alan sorumsuzluk hallerinde taşıyanın sorumlu olmadığına yönelik oluşan karinenin aksi ispat edilebilecektir. Aksini ispat ise yükü ilgiliye ait olacaktır. Mutlak sorumsuzluk hallerinden farklı olarak muhtemel sorumsuzluk hallerinde taşıyan yalnızca kendi kusurundan değil kendi adamlarının kusurundan da sorumlu olacaktır. Diğer bir ifadeyle, muhtemel sorumsuzluk halleri bakımından taşıyanın sorumsuz olabilmesi için yalnızca kendi kusurunun değil adamlarının kusurunun da bulunmaması gerekmektedir. Bu ayrıma ek olarak taşıyan, göstermekle yükümlü olduğu özeni gösterdiğini, zararın kendisinin ya da adamlarının kastından veya ihmalden ileri gelmediğini ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilecektir. Zira hem TTK m. 1179 hem de Lahey Visby Kuralları m. 4 f. 2’de belirtildiği üzere, taşıyanın yahut adamlarının kusurundan kaynaklanmayan nedenlerden ötürü meydana gelen zararlardan taşıyan sorumlu olmayacaktır.⁵⁹

IV. YANGIN ZARARLARINDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Yangın

Taşıyanın yangın sorumsuzluk sebebinden yararlanabilmesi için ilk şart yangın olarak nitelendirilebilecek bir alevlenme yahut ateşlenmenin meydana gelmesidir.⁶⁰ Bu noktada yangın tanımı ve hangi hallerin yangın olarak nitelendirilebileceği önem taşımaktadır. Türk Dil Kurumu’nda yangın, “zarara yol açan büyük ateş” olarak tanımlanmaktadır. *Black’s Law Dictionary*’de yer alan tanıma bakıldığında, yangın, “yanma etkisi olarak ve hukuki anlamının halk dilindeki anlamından farklı olmadığı” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımın devamında, Amerikan mahkemesi tarafından verilen *Lavitt v. Hartford County Mut. Fire Ins. Co.* kararından alıntı yaparak bunun sigorta sözleşmeleri bakımından da böyle olduğu, tutuşma veya yanmaya eş değer olduğu ve ısının yangın olmadığı ancak yangının ısıdan kaynaklanan zarara neden olabileceği ifade edilmiştir. Kararda, Amerikan mahkemesi tarafından verilen *Security Ins. Co. of New Haven, Conn., v. Choctaw Cotton*

⁵⁹ Taşıyanın sorumsuzluk hallerinin şartlar ve ispat külfeti bakımından üç gruba ayrılacağına ilişkin bkz. OKAY, s. 216.

⁶⁰ AKINCI, s. 425; OKAY, s. 222; ÇAĞA, 1995, s. 142; ÇAĞA/KENDER, s. 159; ÜLGENER, 1991, s. 87; AIKENS et al., s. 1140.

Oil Co. kararından da alıntı yapılarak yangından bahsedilmek için görünür ısı ve ışık gerektiği vurgulanmıştır.⁶¹

Görüldüğü üzere, yangından söz edebilmek için sadece ısının yeterli olmadığı, bir alev olması gerektiği ifade edilmiştir.⁶² İngiliz mahkemesi tarafından verilen *Tempus Shipping Co. v. Louis Dreyfus Co.* kararında da mahkeme, alev veya tutuşma aşamasına gelmemiş salt ısınmanın yangın anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁶³

Amerikan mahkemesi tarafından verilen kararlarda da eşyada meydana gelen zararlardan sorumluluk bakımından salt ısınmanın yeterli olmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁴ Nitekim, *The Buckeye State*⁶⁵ kararına konu olayda taşınmakta olan mısır yükü ya davacının iddiasına göre ısıdan ya da davalıların iddiası uyarınca yangından ötürü hasara uğramıştır. Mahkeme yangını tanımlarken yangının tutuşma veya yanma sonucu ortaya çıkacağını ve gö-

⁶¹ “The effect of combustion. The juridical meaning of the word does not differ from the vernacular. 1 Pars.Mar.Law, 231, et seq. The word “fire,” as used in insurance policies, does not have the technical meaning developed from analysis of its nature, but more nearly the popular meaning, being an effect rather than an elementary principle, and is the effect of combustion, being equivalent to ignition or burning, but heat is not fire, though fire may proximately cause loss from heat. *Lavitt v. Hartford County Mut. Fire Ins. Co.*, 105 Conn. 729, 136 A. 572. The ordinary meaning of the word as used in an insurance policy includes the idea of visible heat or light. *Security Ins. Co. of New Haven, Conn., v. Choctaw Cotton Oil Co.*, 149 Okl. 140, 299 P. 882, 884.”, Black’s Law Dictionary, 4th Edition, <https://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2024)

⁶² “Fire means a flame not merely heat.” Bkz. TETLEY William, **Marine Cargo Claims**, 4th Edition, Editions Yvon Blais, Canada, 2008, s. 995. Aynı yönde bkz. KARAN Hakan, **The Carrier’s Liability under International Maritime Conventions The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules**, The Edwin Mellen Press, New York 2004, s. 295; OKAY, s. 222; YAZICIOĞLU, 2006, s. 103; YETİŞ ŞAMLI Kübra, **Taşıyanın Ziya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 105; SEVEN, s. 166; SÖZER, 2022, s. 561; DEMİR İsmail, **Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 384.

⁶³ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Mere heating which has not arrived at the stage of incandescence or ignition is not within the specific word fire.”

⁶⁴ İlk bakışta yangın zararları ve ısınma zararları bakımından yapılan bu ayırım mantıksız görünse de ısıdan geminin büyük zarara uğrama olasılığının az olduğu, ısınma zararlarının süreci yavaş olduğundan taşıyanın bu zararlardan kaçınmak için önlem alabilecek zamanı olacağına dair bkz. WILLIAMS, JR., s. 584.

⁶⁵ 39 F. Supp. 344 (W.D.N.Y. 1941), <https://casetext.com/case/the-buckeye-state> (Erişim Tarihi: 01.02.2024). Amerikan mahkemesi tarafından aynı yönde verilen *Cargo Carriers, Inc. v. Brown* kararında mahkeme mısır yükünün salt ısınma nedeniyle zarara uğradığına taşıyanın yangın istisnasından yararlanamayacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. *Cargo Carriers v. Brown S.S. Co.*, 95 F. Supp. 288 (W.D.N.Y. 1950), <https://casetext.com/case/cargo-carriers-v-brown-ss-co> (Erişim Tarihi: 01.02.2024).

rünür bir ısı ve ışığın var olması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶ Mahkeme, kararında zararın ısı gerekçesiyle meydana geldiğini kabul ederek davacının istemini kabul etmiştir.

Buna karşılık aşırı ısınma neticesinde yangının meydana gelmesi halinde ısınma ve yangın zararlarının birbirinden ayrılması mümkün olmadığından, taşıyan hem ısınmadan hem de yangından kaynaklanan zararlardan sorumlu olmalıdır.⁶⁷

B. Yangına Sebebiyet Veren Olay

Yangın zararlarından taşıyanın mutlak sorumsuzluğunun söz konusu olması için yangına sebebiyet veren olaya bakılması gerekmektedir. Zira yangına sebebiyet veren olay taşıyanın sorumluluğu ya da sorumsuzluğu bakımından belirleyici olmaktadır.

1. Sevk ve İdare Kusuru

Yangının gemi adamlarının teknik kusurundan kaynaklanmış olması taşıyanın sorumluluğu bakımından sonucu değiştirmeyecektir.⁶⁸ Zira her iki durumda da kural olarak taşıyanın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Söz gelimi, geminin kanaldan geçişi sırasında projektörlerin gücünün artırılmasından ötürü oluşan kısa devre neticesinde meydana gelen yangın zararı bakımından geminin idaresine ilişkin bir husus bakımından kusur söz konusu olacaktır.⁶⁹ Taşıyan bu halde teknik kusur istisnası nedeniyle sorumsuz olacaktır.

Teknik kusur istisnasının uygulandığı uyuşmazlığa konu bir olayda, gemi makinesinde çıkan yangın neticesinde makine devre dışı kalmış ve makine dairesinden ambara su girmesiyle gemi batmıştır. Yangın sonrası ambara giden valfin açık bırakılmasının teknik mi yoksa ticari kusur mu olduğu değerlendirilmiş; mahkeme, valfin açık bırakılmasının yükün menfaatinden ziyade geminin iyi halde muhafazası olduğu bu nedenle teknik kusur olarak nitelendirilebileceği ve taşıyanın mutlak sorumsuz olduğu yönündeki ilk derece mahkeme kararını onamıştır.⁷⁰

⁶⁶ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Fire” is caused by ignition or combustion, and it includes the idea of visible heat or light.

⁶⁷ KARAN, 2004, s. 295; YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 106; SÖZER, 2022, s. 562.

⁶⁸ AKAN Pınar, **Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 82.

⁶⁹ ÜLGENER, 1991, s. 89. Daha fazla örnek için bkz. SÖZER, 2022, s. 565.

⁷⁰ Y. 11. HD, E. 2014/14780, K. 2015/3413, 12.03.2015, www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 11.09.2024)

Son olarak, bir görüşe göre, yangına müdahale için eğitim alınması ve yangın tatbikatları, gemide yük olmasa dahi alınması ve uygulanması gereken bir tedbir olduğundan gemi adamlarının yangına müdahalede ve yangın söndürme teçhizatlarını kullanmada kusurlu olmaları teknik kusur olarak nitelendirilebilecektir.⁷¹

2. Yükün Kendine Has Özelliği

Yangının çıkmasına yükün kendine has özelliği sebebiyet vermişse bu halde taşıyan kural olarak sorumsuz olacaktır.⁷² Zira, yükün kendine has özelliği TTK m. 1182'de muhtemel sorumsuzluk nedenlerinden biri olarak sayılmıştır. Bu halde karine taşıyanın sorumsuz olduğu yönünde olup aksi yükü ilgililer tarafından ispatlanabilecektir. Ancak bu durumda da taşıyanın sorumsuz olması için yangının meydana gelmesinin ve sonuçlarının taşıyan bakımından kaçınılmaz olması ve taşıyanın yolculuk öncesinde yangına müdahale bakımından her türlü önlemi almış olması gerekmektedir.⁷³

Yargıtay 11. HD. tarafından verilen bir karara⁷⁴ konu olayda yükü ilgilie ait eşya çıkan yangını söndürme çalışmaları esnasında ıslanarak zarara uğramıştır. Mahkeme kararında, yangının başka bir konteynerde taşınan kimyasal yükün kendine has cins ve özelliğinden çıktığına ve bu nedenle taşıyanın E-TTK m. 1063 gereği sorumsuz olduğuna hükmedilmiştir.

3. Ticari Kusur

Yangın, kaptanın yahut gemi adamlarının ticari kusuru neticesinde çıkmış olabilir. Bu halde de kural olarak taşıyan sorumlu değildir.⁷⁵ Zira teknik yahut ticari kusur ayrımı yapılmaksızın hükümde taşıyanın salt kendi kusurundan sorumlu olacağı açıkça belirtilmiştir. Söz gelimi, istif kusuru nedeniyle çıkan bir yangından taşıyan sorumlu olmayacaktır.⁷⁶ Ancak, kötü istif

⁷¹ YAZICIOĞLU, 2006, s. 112.

⁷² ÜLGNER, 1991, s. 87; SEVEN, s. 166; GÜNAY, s. 144; TOPSOY Fevzi, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 429.

⁷³ ÜLGNER, 1991, s. 90.

⁷⁴ Y. 11. HD, E. 20183388/74, K. 2018/6911, 08.11.2018, www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 11.09.2024)

⁷⁵ ÇAĞA/KENDER, s. 160; AKAN, 2007, s. 82; ULUĞ, s. 96. Aksi yöndeki *Wüstendörfer*'in görüşü ve buna ilişkin değerlendirmeler için bkz. AKINCI, s. 430-433.

⁷⁶ GÜNAY, s. 144. Örneğin gemi adamlarınca ambarda sigara içilmesi veya ateş yakılması nedeniyle çıkan yangından da taşıyanın sorumlu olmayacağına dair bkz. ÜLGNER, 1991, s. 92.

neticesinde gemi elverişsiz hale gelmiş ise yahut kötü istif diğer yükleri zarara uğratmış ise bu halde taşıyan yine sorumlu olacaktır.⁷⁷

Buna karşılık, öğretide taşıyanın, yangın başlangıçtaki elverişsizlikten kaynaklanmamış olsa dahi yangın çıktıktan sonra yangını söndürmede gösterdiği kusur nedeniyle TTK m. 1178 yüke özen borcu kapsamında yine de sorumlu tutulabileceği yönünde bir görüş de bulunmaktadır.⁷⁸ Nitekim Amerikan mahkemesi tarafından verilen *American Mail Line, v. Tokyo Mar. Fire Ins. Co.*⁷⁹ kararına konu olayda, geminin 1 numaralı ambarında taşınmakta olan arpa yükünden hafif bir duman geldiği tespit edilmiştir. Gemi ara limana vardığında gemiyi incelemek üzere eksperler çağırılmış, sonrasında geminin yangın şüphesi olan ambarı da dahil yükleme yapılmaya devam edilmiştir. Ancak bir süre sonra eşya ambardan boşaltılmaya başlanmış ve karbondioksit kullanımına başlanmıştır. Mahkeme kararında ambarda dumanın ilk tespit edildiği andan itibaren yangının başladığına ve yangına geç müdahale etmek suretiyle taşıyanın kusurlu davrandığına, zira karbondioksit uygulamasını makul olmayacak bir süre geciktirdiğine ve sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Kararda, her ne kadar kural olarak taşıyanın hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusuru nedeniyle çıkan yangın zararlarından sorumlu olmadığı düzenlemesi olsa da uyuşmazlığa konu olayda eşyaya özen borcu kapsamında kısa süre içerisinde makul önlemler almadığından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Son olarak mahkeme kararında, taşıyanın yüke özen borcunun yangına kimin sebebiyet verdiği bakılmaksızın mevcut olduğu belirtilmiştir.⁸⁰

Amerikan mahkemesi tarafından verilen ve taşıyanın sorumlu olduğu yönündeki karara yukarıda anılan gerekçe ile varmanın yerindeliği tartışmalıdır. Zira yangına müdahalede yetersizliği başlangıçtaki elverişsizlik kapsamına sokmak kanaatimce mümkündür. Öte yandan yangın zararlarından geminin başlangıçta elverişsiz olması halinde sorumlu olacağı buna karşılık yüke özen borcuna aykırılık ya da ticari kusur nedeniyle zarara sebebiyet verildiği halde ise istisnadan yararlanabilecek olmasının gerekçesi Lahey Kuralları m. 3 f. 2 hükmünün başında yer alan “*Subject to provisions of Article 4*” yani “4’üncü

⁷⁷ AKINCI, s. 433.

⁷⁸ TETLEY, s. 1008. Yangının ticari kusur nedeniyle çıkması halinde taşıyanın sorumlu olması gerektiği yönünde bkz. SÖZER, 2022, s. 561.

⁷⁹ 270 F.2d 499 (9th Cir. 1959), <https://casetext.com/case/american-mail-line-v-tokyo-mar-fire-ins> (Erişim Tarihi: 24.02.2024).

⁸⁰ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*This duty exists irrespective of who was primarily responsible for the setting of the fire.*”

madde hükmü saklı kalmak kaydıyla” ibaresidir.⁸¹ Bu gerekçeyle kanaatimce, yangının ticari kusur sebebiyle çıkması halinde de yangın istisnasından taşıyanın yararlanabilmesi mümkündür. Buna karşılık yüke özen borcu kapsamında zarar görmeyen yüklerin kurtarılmaması, korunmaması nedeniyle zarar görmesi halinde burada yüke özen borcunun ihlali olduğu açıktır.⁸²

4. Mücbir Sebep

Yangın, mücbir sebep nedeniyle söz gelimi gemiye yıldırım düşmesi nedeniyle çıkmışsa bu halde yine taşıyan sorumlu olmayacaktır.⁸³ Mücbir sebep⁸⁴ her ne kadar Lahey Visby Kuralları’nda bir sorumsuzluk nedeni olarak açıkça düzenlenmişse de TTK’da ayrıca bir sorumsuzluk nedeni olarak anılmamıştır. Mücbir sebebin zarara sebebiyet verdiği durumlarda taşıyanın sorumlu olmayacağı açıktır. Taşıyanın sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olarak öngörüldüğü bir sistemde Alman Ticaret Kanunu’nda buna paralel olarak eski ve yeni TTK’da bunu ayrıca bir sorumsuzluk nedeni olarak görmenin gerekli olmadığı düşünülmüştür.⁸⁵ Zararın mücbir sebep nedeniyle çıktığı bir durumda taşıyanın sorumluluğu olmayacağı aşikardır. Bu nedenle yangının mücbir sebep nedeniyle çıkması halinde de sonuç taşıyanın sorumluluğu bakımından değişiklik göstermeyecektir. Zira bazı hukuk sistemlerinde yangın zararlarından taşıyanın sorumsuz olacağına dair ayrı bir düzenleme yer almamakta, yangının mücbir sebep olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.⁸⁶ Gerçekten de taşıyanın özellikle kendi hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurundan sorumlu tutulduğu, söz gelimi Rotterdam Kuralları gibi yeni düzenlemelerde yangının ayrıca bir sorumsuzluk nedeni olarak gösterilmesine gerek olup olmadığı kanaatimce tartışılmalıdır.

⁸¹ KARAN, 2004, s. 109. Hazırlık çalışmalarında bu hususa ilişkin yapılan tartışmalar için bkz. Travaux Préparatoires, s. 365.

⁸² SÖZER, 2022, s. 562.

⁸³ GÜNAY, s. 144.

⁸⁴ Mücbir sebep tanımı için bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 638; OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I**, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 422.

⁸⁵ Açıklık getirmek adına bunun yanında ayrıca listelenmediğine ilişkin bkz. KARAN, 2004, s.283. Hükmün mehzazında yer alan listenin TTK’da daha az sayıda bent içinde toplanmış olmasının bazı sorumsuzluk hallerinin unutulmasına neden olduğuna dair bkz. ATAMER Kerim, “1924 Brüksel Sözleşmesi’nin Hükümleri, Türk Ticaret Kanunu’na Aynen Alındı mı?” **Gündüz Aybay Armağanı**, Aybay Yayınları, İstanbul, 2004, s. 199

⁸⁶ Fransız hukukunda yangının bir mücbir sebebe dair sorumsuzluk hükmü kapsamında olduğu na dair bkz. AKINCI, s. 425.

5. Başlangıçtaki Elverişsizlik

a. Genel olarak

Taşıyanın yangın neticesinde meydana gelen zararlardan sorumsuz olabilmesi için taşıyan gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurma borcunu gereği gibi yerine getirmiş olmalıdır.⁸⁷ Aksi takdirde taşıyanın bu sorumsuzluk sebebine dayanabilmesi mümkün değildir.⁸⁸ TTK'da yer alan düzenleme taşıyanın sorumsuzluğunun yangın neticesinde meydana gelmiş olması hali üzerinde durmuştur ve yangına neden olan olaya ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu gerekçeyle yangının mücbir sebep, yükün kendine has özelliği, taşıyanın adamlarının ticari kusuru veya teknik kusur neticesinde çıkmasında sonuç bakımından bir değişiklik olmayacaktır.⁸⁹ Taşıyanın yangın zararları bakımından sorumluluğu sadece şahsi kusurunun varlığı ve geminin başlangıçta denize, yola ve yüke elverişsiz olması halinde söz konusu olacaktır.⁹⁰

Zararın yangın neticesinde meydana geldiği hallerde taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurduğuna dair makul özen borcunu yerine getirdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Her ne kadar taşıyanın yan-

⁸⁷ Taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurma borcuna ilişkin bkz. SÖZER Bülent, **Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Borcu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1975; AKAN Pınar, "Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Taha Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000; YETİŞ ŞAMLI Kübra, "Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kurulları'nda Sefere Elverişlilik", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 479-496; KAYAPINAR Göksal, **Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü**, On İki Levha, İstanbul, 2023; MURAN Hakan, **Taşıyanın Geminin Elverişsizliğinden Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024; CÖMERT G. Venüs, **Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu**, On İki Levha, İstanbul, 2022.

⁸⁸ AKINCI, s. 429; YAZICIOĞLU, 2006, s. 99; MURAN, s. 494. Konteynerlerin de başlangıçta elverişsiz olması halinde taşıyanın TTK m. 1180'e dayanamayacağı yönünde bkz. TAŞKIN Melda, **Deniz Yoluyla Konteyner Taşımalarında Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Sorumluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 378.

⁸⁹ SEVEN, s. 167.

⁹⁰ İstanbul BAM 13. HD tarafından verilen bir karara konu olayda mapa demirlerine yapılan kaynak işlemi sırasında ambarlardaki eşya hasara uğramıştır. Sigorta şirketi bu zarar için rücu etmiştir. Bilirkişi raporunda gemi kaptanı ve gemi adamlarının kusur oranları belirlenmiş ve taşıyan da sorumlu tutulmuştur. Buna karşılık kanaatimce yerinde olan muhalefet şerhinde; geminin elverişsiz olduğuna dair bir iddianın olmadığı, olması halinde bunun yükü ilgili tarafından ispat edilmesi gerektiği, TTK m. 1180 gereği taşıyanın da kaptanın veya adamlarının kusuruyla meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacağından davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. İstanbul BAM 13. HD., E. 2019/1743, K. 2021/1216, 22.09.2021, www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 11.09.2024)

gından sorumluluğu şahsi kusuruna bağlanmış olsa da geminin denize, yola ve yüke elverişsiz olmasında taşıyanın sorumluluğu bakımından şahsi kusurunun varlığı aranmayacaktır.⁹¹ Diğer bir ifadeyle, başlangıçtaki elverişsizlikten ötürü meydana gelen yangın taşıyanın değil de adamlarının kusurundan kaynaklansa da taşıyan bu halde sorumlu olacaktır. İngiliz mahkemesi kararlarında ve öğretide de ortaya konulduğu üzere taşıyanın gemiyi elverişli bulundurma borcu öncelikli ve üstün nitelikli (“*an overriding obligation*”) bir borçtur.⁹² Yargıtay ve Lahey Kuralları veya Lahey Visby Kuralları’nın uygulandığı yabancı mahkeme kararlarında da bu husus açık bir şekilde ortaya konmuştur. Nitekim Kanada mahkemesi tarafından verilen *Maxine Footwear Co. v. Canada Government Merchant Marine Ltd.*⁹³ kararı öğretilde bu hususa ilişkin olarak verilmiş en önemli kararlardan biri olarak kabul edilmektedir.⁹⁴ Mahkeme kararında taşıyanın, yangın istisnasından gemiyi elverişli bulundurma borcunu yerine getirmediği yararlanamayacağını tartışmadan uzak olduğuna hükmetmiştir.

İngiliz mahkemesi tarafından verilen *The Star Sea*⁹⁵ kararında ise gemide çıkan yangına müdahalede yetersiz kalan kaptanı, deneyimli ve yeterli nitelikte bir kaptan olmasına rağmen yangın söndürme cihazlarını nasıl kullanılacağı hususunda gerekli eğitime sahip olmadığı gerekçesiyle sorumlu tutmuştur. Mahkeme geminin başlangıçta elverişsiz olduğuna hükmetmiştir.

Zararın geminin elverişsiz olmasından kaynaklanmış olması halinde taşıyan sorumlu olacaktır. Söz gelimi, yükleme esnasında çıkan bir yangın gemiyi elverişsiz hale getirmiş ve taşıyan yolculuk öncesinde bu elverişsizliği gidermek için tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermeden geminin yola çıkmasına müsaade etmiş ise bu halde taşıyanın sorumsuzluk nedeninden yararlanması mümkün değildir.⁹⁶ Buna karşılık, gemi elve-

⁹¹ YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 107-108. Aksinin kabulü halinde TTK m. 1180 hükmünün TTK m. 1141 hükmünü kaldırdığı sonucuna varılacağı yönünde bkz. KAYAPINAR, s. 167.

⁹² TREITEL/REYNOLDS, s. 669.

⁹³ [1959] UKPC 13 https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1959/1959_13.pdf (Erişim Tarihi: 01.02.2024). Amerikan mahkemelerinin kendi iç hukukları çerçevesinde geminin elverişsizliğinden ötürü yangın çıkması halinde taşıyanı yalnızca kendi kusuru varsa sorumlu tuttuğuna ilişkin açıklamalar ve yargı kararları için bkz. WILLIAMS, JR., s. 588-593.

⁹⁴ Karara ilişkin değerlendirme için bkz. TETLEY, s. 999.

⁹⁵ *Manifest Shipping Co Ltd v Uni-Polaris Insurance Co Ltd (The Star Sea)*- [2001] UKHL 1; [2003] 1 A.C. 469. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. BAATZ Yvonne, “Charterparties”, **Maritime Law**, 5th Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/New York 2021, s. 138.

⁹⁶ TREITEL/REYNOLDS, s. 669.

rişsiz ise ancak eşyada meydana gelen zarar yangından kaynaklanmışsa bu halde taşıyan sorumsuz olacaktır. Diğer bir ifadeyle, zarar ile geminin elverişsizliği arasında mutlaka illiyet bağı olmalıdır. İngiliz mahkemesi tarafından verilen *The Apostolis* kararına konu olayda geminin ambar kapaklarının yolculuk sırasında tamiri gerekmiştir. Yükle ilgililer güvertede yapılan kaynaklama işlemi sırasında yangının çıktığını ileri sürmüş, ilk derece mahkemesi de geminin elverişsiz olduğuna hükmetmiştir.⁹⁷ Buna karşılık Temyiz Mahkemesi,⁹⁸ yangının gerekçesinin geminin elverişsizliği değil, kaynaklama işlemi olduğuna, kaynaklama işlemi sırasında çıkan kıvılcımın yükteki hasara sebebiyet verdiğine karar vermiştir. Mahkeme, zararın sebebinin geminin kendisine has özelliğinden kaynaklanması gerektiğini, somut olayda ise kaynaklama işlemi gibi bir dış etkenin zarara sebebiyet vermesini kararına gerekçe olarak göstermiştir. Kanaatimce Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bu karar yerindedir. Her ne kadar ambar kapaklarının tamirinin gerekmesi nedeniyle geminin elverişsiz olduğu ileri sürülebilecekse de zarar kaynaklama işlemi sırasında çıkan yangından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, elverişsizlikle zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunmamaktadır.

b. 1974 Tarihli Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi'nin Etkisi

Türkiye'nin de 31 Ekim 1980⁹⁹ tarihi itibarıyla taraf olduğu Uluslararası Denizcilik Örgütü ("IMO") tarafından kabul edilen Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi ("SOLAS"), denizde can ve mal emniyetini sağlamak üzere kurallar sevk eden bir milletlerarası sözleşmedir.¹⁰⁰ Bu sözleşme ile getirilen standartlar geminin elverişliliği bakımından önem taşımakta olup bu standartlara aykırılık halinde geminin elverişliliğinden söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda özellikle yangın bakımından önem taşıyan bazı kod kurallarından kısaca bahsedilecektir.

⁹⁷ *A. Meredith Jones v. Vangemar Shipping Co.* [1996] 1 Lloyd's Rep. 475 | [1995] 11 WLUK 16, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

⁹⁸ *A. Meredith Jones v. Vangemar Shipping Co.* [1997] 2 Lloyd's Rep. 241 | [1997] 5 WLUK 342, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

⁹⁹ RG. 25.05.1980- 16998.

¹⁰⁰ SOLAS ve STCW'de öngörülen zorunluluklar uyarınca gemilerde yangın teçhizatı ve gemi adamlarının yangınla mücadele eğitimleri bakımından gemilerde asgari bir donanım sağlandığına dair bkz. MURAN, s. 494.

aa. Uluslararası Güvenlik Yönetimi Kodu

Taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurma borcunu etkileyecek önemli kod kurallarından bir tanesi Uluslararası Güvenlik Yönetimi Kodu (*The International Safety Management Code- "ISM Kod"*)'dur.¹⁰¹ Denizde meydana gelen can ve mal kayıplarının birçoğunda insan faktörünün etkisi olduğu tespit edilmiştir. Bunun anlaşılmasıyla beraber ISM Kodunda özellikle gemi yönetimine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.¹⁰² 4 Kasım 1993 tarihinde IMO Genel Kurulu tarafından A.741 (18) sayılı karar ile ISM Kod kuralları kabul edilmiştir.¹⁰³ ISM Kod kuralları denizde seyir güvenliğinin sağlanması, can kayıplarının ve çevre kirliliğinin engellenmesi amaçlarını gerçekleştirmek üzere uluslararası standartlar öngörmektedir.

Taşıyanın sorumluluğu bakımından doğrudan bir düzenleme getirmeyen bu kuralların özellikle taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurma borcu bakımından büyük bir öneme sahip olduğu açıktır.¹⁰⁴ Söz gelimi, kurallar uyarınca yerine getirilmesi gerekli teknik gereklilikler, Uluslararası Güvenli Yönetim Sisteminin düzenli bir biçimde çalışması için gemi adamlarının alması gereken eğitimler geminin denize elverişliliğini etkileye-

¹⁰¹ ISM Kod kurallarına ilişkin bilgi için bkz. ILGIN Sezer, "ISM (Uluslararası Güvenlik Yönetimi) Uygulaması", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 3 S. 1-2, 1998, s. 61 vd.; ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, **Gemi Yönetimi Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 68 vd.; ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, "Güvenli Yönetim Sisteminin Donatanın Yükle İlgililere Karşı Sorumsuz Olduğu Haller Üzerindeki Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 61, S.1-2, 2003, s. 327-330. GÜRSES Özlem, **Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu'nun (ISM Code) Taşıyan ve Donatanın Sorumluluğuna Etkileri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005; MERİÇ Gülfer, **Uluslararası Seyir Hukukunda Seyir Emniyeti**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 132 vd.; GÜNER MELTEM DENİZ, "Uluslararası Güvenli Yönetim Kodunda (International Safety Management Code) Belgelendirme ve Yetkiler", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 235 vd.; KIRIMLI E. ESRA, "ISM Kuralları", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, S. 3-4, 1998, s. 81 vd.; MANDARAKA- SHEPPARD Aleka, **Modern Maritime Law, Volume 2: Managing Risks and Liabilities**, 3rd Edition, Informa Law from Routledge, Oxon, New York 2013, s. 77 vd.

¹⁰² GÜRSES, s. 11.

¹⁰³ ISM Kodun amacı ve Koda ilişkin bilgi için bkz. <https://www.imo.org/en/ourwork/human-element/pages/ISMCode.aspx> (Erişim Tarihi: 03.02.2024).

¹⁰⁴ Güvenli Yönetim Sisteminin işleyişindeki hangi hallerin taşıyanın/donatanın sorumsuzluk hallerinin ortadan kalkmasına neden olabileceğine ilişkin bkz. ŞEKER ÖĞÜZ, 2003, s. 333 vd. Yangının taşıyanın kendi kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti bakımından ISM Kod'da öngörülen esasların dikkate alınacağı yönünde bkz. YAZICIOĞLU, 2006, s. 110. ISM kod kurallarının taşıyanın gemiyi elverişli bulundurma borcuna etkileri için bkz. MERİÇ GÜLFER, "Taşıyanın Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu (UGYK) Kapsamındaki Yükümlülükleri ve Taşıyanın Geminin Sefere Elverişsizliğinden Doğan Sorumluluğuna Etkisi", **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 205, 2023, ss. 46-57; CÖMERT, s. 344 vd.

cektir.¹⁰⁵ Nitekim bu kurallar taşıyanın özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin anlaşılması bakımından bazı standartlar getirmekte, bu standartların yerine getirilmiş olması yahut olmaması da bu borcun ispatı bakımından önem taşımaktadır.¹⁰⁶

Özellikle yangın zararları bakımından da Güvenli Yönetim Sisteminin uygulanması kapsamında taşıyan tarafından alınması gereken tedbirler bulunmaktadır. Nitekim, ISM Kod kuralları kapsamında seyir güvenliğinin temin edilmesi için acil durumlarda nasıl hareket edileceğine dair bir plan oluşturulması gerekmektedir.¹⁰⁷ Bu gerekçe ile yangın gibi acil bir durumun söz konusu olması halinde kod kuralları uyarınca yangına karşı alınacak önlemler ISM Kod ve Güvenli Yönetim Sistemi kapsamındadır.¹⁰⁸ Yangına müdahalede yetersiz kalınması kod kuralları kapsamında öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanıyorsa bu halde taşıyanın kendi kusurunun varlığından da söz etmek mümkün olabilecektir.¹⁰⁹

İstanbul 17. ATM tarafından verilen bir karara¹¹⁰ konu olayda, Pendik Limanından Trieste Limanına 202 tır ve römork yükü taşıyan gemide Hırva-tistan açıklarında çıkan yangında toplam 11 çekici ile dorse zayi olmuştur. Mahkeme kararında yangına etkili ve doğru şekilde müdahale edilmemiş olmasının ISM şirketinin bu yöndeki talimatları sonucu olduğu, ISM şirketinin hukuki açıdan taşıyanın yardımcısı konumunda olduğu, bu nedenle şirketin kusurunun da taşıyanın kusuru kabul edileceği, ISM Kod kurallarının yerine getirilmediği, gemi adamlarının yangına doğru ve etkili biçimde müdahale edebilecek eğitimleri almadıkları gerekçeleriyle geminin başlangıçta elverişsiz olduğuna hükmedilmiştir.¹¹¹

¹⁰⁵ Bu tedbirlerin gemiyi elverişli bulundurmaya amaçlayan tedbirler olduğu yönünde bkz. GÜRSES, s. 57.

¹⁰⁶ Kod kuralları kapsamında verilen belgelerin varlığının taşıyanın sorumsuzluk halleri bakımından kendi kusuru bulunmadığının ispatı bakımından önem taşıdığı ve belgelerin varlığının taşıyanın kusuru olmadığı yönünde bir karine teşkil edeceğine dair bkz. ŞEKER ÖĞÜZ, 2003, s. 337.

¹⁰⁷ Bkz. ISM kod kuralları m. 8.3.

¹⁰⁸ ŞEKER ÖĞÜZ, 2003, s. 335-336.

¹⁰⁹ ŞEKER ÖĞÜZ, 2003, s. 336.

¹¹⁰ İstanbul 17. ATM, E. 2019/211, K. 2021/140, 17.03.2021.

¹¹¹ Karara ilişkin değerlendirme için bkz. KAYAPINAR, s. 168-169. Karara ve Ro-Ro taşımalarında yangına ilişkin değerlendirmeler için bkz. AKSOY Sami, "Ro-Ro Taşımalarının Hukuki Boyutu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.35, S.2, 2019, s. 193-195.)

Önemle belirtmek gerekir ki, gemi adamlarının gerekli her türlü eğitimi almış olmalarına rağmen yangına müdahale etmekte yetersiz kalabilmeleri mümkündür. Zira yangının çıkmasıyla beraber can korkusu ve panik duygusu ile yangına müdahale etmekten imtina edebileceklerdir.¹¹² Bu nedenle aksi ispat edilmediği müddetçe yangına ilişkin gerekli eğitimlerin alınmadığı ve tatbikatların yapılmadığı sonucuna varılmaması gerekmektedir.¹¹³

Son olarak, ISM Kod çerçevesinde söz gelimi güvenli yönetim sistemindeki eksiklik geminin yolculuk başlangıcındaki elverişsizliği olarak nitelendirilebileceği gibi TTK m. 1180 uyarınca taşıyanın şahsi kusuru olarak da nitelendirilebilecektir.¹¹⁴

bb. Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu

Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen 11 Eylül 2001 terör saldırısından sonra denizde de gerçekleşebilecek terör saldırılarına karşı önlem alınması ve bu hususta bir düzenleme yapılması gereği IMO Genel Kurulu'nda gündeme getirilmiştir.¹¹⁵ Bu düzenlemeleri yapmak üzere oluşturulan Deniz Güvenlik Komitesi, gemilerin ve liman tesislerinin güvenliğini artırmaya yönelik standartlar ve tehlikelere karşı bir dizi tedbirleri içeren Ulusla-

¹¹² Kaptan yahut gemi adamlarının meslek hayatları süresince yangınla belki bir kez bile karşılaşmayacak oldukları göz önünde bulundurulduğunda tecrübeli olmalarını beklemenin gerçekçi olmayacağı yönünde bkz. YAZICIOĞLU, 2006, s. 111.

¹¹³ YAZICIOĞLU, 2006, s. 111.

¹¹⁴ İstanbul 17. ATM tarafından verilen bir başka kararda, sabitleme işlemi sırasında yapılan kaynaklama neticesinde gemide yangın çıkmış ve yükler zayı olmuştur. Sözleşmede her ne kadar yükleme ve boşaltma işlemlerinin yüklerle ilgililer tarafından gerçekleştirileceğine dair FIOST klozu bulunsa da mahkeme kaptanın TTK m. 1091 gereği sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. Mahkemece, TTK m. 1180 uyarınca taşıyanın sadece kendi kusurunun varlığı halinde yangından sorumlu olacağı düzenlenmiş olsa da, ISM kod çerçevesinde Güvenli Yönetim Sisteminin uygulanması bakımından kaptanın şahsi kusuru olduğuna hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*ISM Kod çerçevesinde Güvenli Yönetim Sisteminin uygulanması bakımından donatanın kusurunun, kendisinin ve adamlarının söz konusu sistemin kurulması ve işleyişinde aksaklıklarda kusurlu olmaları ve zararın bu sebeple meydana gelmesi halinde söz konusu olacağı, olayda, 2 numaralı davalının yangına karşı güvenlik önlemlerini alacak bir sistem oluşturmadığı, kara personeli ile gemide görev yapan personel arasındaki ilişkiyi yürüten gemi kaptanının görevini ihmal ettiği, gemi adamlarının denetlenmesi ve talimat verilmesinin de donatan/taşıyanın şahsi kusurunun kapsamında yer aldığı dikkate alındığında, somut olayda 2 numaralı davalının zarardan sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır.*” İstanbul 17. ATM, E. 2016/351, K. 2019/31, 29.01.2019, www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 11.09.2024)

¹¹⁵ Amerika'da gerçekleşene bu terör saldırısı neticesinde çok sayıda can kaybı ve sigorta tazminat talepleri olduğu ve bunun sigorta primlerini arttırdığı, saldırı riskini azaltmak adına Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra birçok ülkede de ulaşım yöntemlerine ilişkin güvenlik önlemlerinin arttırıldığına dair bkz. KASSEM, s. 222.

arası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu'nu ("International Ship and Port Facility Security Code"- ISPS Kod) oluşturmuştur ve kod kurallarının 1 Temmuz 2004 tarihinden itibaren SOLAS 74 Sözleşmesi'nin 11/2. bölümüne dahil edilmesi yönünde karar alınmıştır. SOLAS'a taraf olan 148 üye devletin bu kurallara uyması zorunludur.¹¹⁶

Kod kurallarının amacı, gemilere ve liman tesislerine yönelik herhangi bir güvenlik ihlalini durdurmak için önleyici tedbirler almak adına taraf devletlerin, yerel yönetimlerin ve denizcilik şirketlerinin iş birliğine dayanan milletlerarası bir çerçeve oluşturmaktır.¹¹⁷ Bu çerçevede kod kuralları hem gemilerin hem de limanların güvenlik sertifikalarını almaları için izlemesi gereken bazı tedbirler öngörmektedir.¹¹⁸

Her ne kadar kod kuralları doğrudan denizyoluyla eşya taşımaya ilişkin kurallar içermese de dolaylı şekillerde ve önemli biçimde taşıyanın sorumluluğunu etkilemektedir. Kurallar, gemilerin bekleme sürelerini, geminin yükleme ve boşaltmaya hazır olma anını, sürastarya parasının yanı sıra geminin elverişliliğini de etkilemektedir.¹¹⁹ Kurallara uyulması halinde alınacak belgeler ve sertifikalardaki eksiklikler geminin limana girmesini yahut limandan çıkışını engelleyebilecektir. Bu belgelerdeki eksiklik nedeniyle, söz gelimi gecikme yaşanması halinde meydana gelen eşya zararları bakımından geminin elverişsiz olduğu öne sürülebilecektir. Özellikle kuralların uygulandığı limanlar bakımından gemi bu limanlara uğrayacaksa, kod kuralları gerekliliklerine uygun bir gemi sağlama hususunda gemiyi elverişli bulundurma borcu çerçevesinde taşıyanın özen göstermesi gerekecektir.¹²⁰

¹¹⁶ ISPS Kod kurallarına ilişkin kuralların aktarıldığı iç hukuk düzenlemesi için bkz. Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu Uygulama Yönetmeliği, RG. 20.03.2007- 26468.

¹¹⁷ KASSEM, s. 224. Kod kurallarının ortaya çıkışı, kapsamı ve etkileri hakkında kapsamlı değerlendirme için bkz. SOYER Barış/ WILLIAMS Richard, "Potential Legal Ramifications of the International Ship and Port Facility Security (ISPS) Code on Maritime Law", **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2005, ss. 515-553. Kod kurallarının amaçları ve gereklerine ilişkin bilgi için bkz. https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/FAQ.aspx#What_is_the_ISPS_Code (Erişim Tarihi: 03.02.2024).

¹¹⁸ IMO'nun ISPS Kod ile birlikte ilk kez kendi alanını gemilerden kıyı tesislerine yani limanlara genişlettiğine ilişkin bkz. KASSEM, s. 223.

¹¹⁹ KASSEM, s. 225.

¹²⁰ ISPS kurallarına uygun olmayan bir geminin elverişli olup olmadığının her bir sözleşme bakımından sözleşmede aranan hizmetin şartlarına göre belirlenebileceği ilişkin bkz. SOYER/WILLIAMS, s. 525.

Öte yandan, geminin elverişliliği bakımından geminin seyri için bazı güvenlik önlemlerinin alınmasına ilişkin kurallar uyarınca gemi adamlarının yangınla mücadele, motor arızası gibi acil durumlarla ilgilenebilmesi için eğitilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu kurallar özellikle şirketlerin bir taşıyan olarak hareket ettikleri hallerde yangın istisnası bakımından önem taşıyacaktır.¹²¹ Örneğin, gemideki yangının teröristler tarafından konteynere yerleştirilen bir bombanın patlamasıyla başlaması halinde şayet bu güvenlik açığı kod kurallarına uyulmaması yahut Gemi Güvenli Planı'nın uygulanmasındaki bir eksiklik neticesinde ortaya çıkmışsa bu halde taşıyanın kendi fiil veya ihmali olduğu kabul edilebilecek ve taşıyan sorumlu olabilecektir. Öte yandan kod kurallarına aykırılık somut olayın şartlarına göre yolculuk öncesi ve başlangıcında geminin elverişsiz olmasına da sebebiyet verebilecektir. Bu halde yine taşıyan yangın istisnasından yararlanamayacaktır.¹²²

cc. Yangın Emniyeti Sistemleri Uluslararası Kodu

Gemilerde yangından korunma, yangını algılama ve yangının söndürülmesine ilişkin kapsamlı bazı gereklilikler öngören, teknolojik gelişmeleri ve yıllar içinde meydana gelen yangın olaylarından elde edilen çıkarımları da içeren SOLAS Bölüm II-2 düzenlemesi 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemede yer alan teknik düzenlemelerden bazıları Sözleşme'den Yangın Emniyeti Sistemleri Uluslararası Koduna (*Fire Safety Systems Code*- "FSS Kod") aktarılmış ve Kodda daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır. FSS Kodun amacı, kod kurallarının giriş kısmında da belirtildiği üzere, SOLAS Bölüm II-2 uyarınca gerekli olan yangın emniyeti sistemleri için özel mühendislik özelliklerine ilişkin uluslararası standartları sağlamaktır.¹²³

FSS Kod kuralları on beş bölümde düzenlenmektedir. İlk bölümde kodun sorunsuz ve açık bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla tüm önemli terimlere ilişkin tanımlar yer almıştır. İkinci bölümünde ise Uluslararası Kıyı Bağlantısı (*International Shore Connection*) için boyut ve malzemelere için ayrıntılar düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm düzenlemesi ise kişisel

¹²¹ TETLEY, s. 1029.

¹²² Güvenlik önlemlerine dair gemi adamlarının gerekli eğitimleri almamış olması halinde geminin elverişsiz sayılabileceğine dair bkz. TETLEY, s. 1030.

¹²³ Bu bölümde yer alan kuralların daha kullanıcı dostu hale getirilmesi ve detaylı düzenlemeler için FSS Kod'a taşındığı ve FSS Kod kurallarına ilişkin bilgi için bkz. <https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/History-of-fire-protection-requirements.aspx> (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

korunmaya ilişkin olup kıyafet ve solunum cihazı gibi kişisel koruyucu ekipman ve kıyafetlerin ayrıntılarını belirlemiştir. Kuralların dördüncü bölümünde yangın söndürücülerin mühendislik özellikleri ve uygulamaları açıklanmıştır. Beşinci bölümde ise farklı sabit gazlı yangın söndürme tipleri ile kurulum ve kontrol gerekliliklerine yer verilmiştir. Altıncı bölümde sabit köpüklü yangın söndürme sistemi, yedinci bölümde ise sabit basınçlı su ve su püskürtme sistemi kurulum ve kontrol gerekliliklerine ilişkin bilgiler düzenlenmiştir. Sekizinci bölümde yangın söndürme cihazı ile yangın algılama ve yangın alarm sistemi, dokuzuncu bölümde sabit yangın algılama ve alarm sistemi kurulum ve kontrol gerekliliklerine yer verilmiştir. Onuncu bölümde duman algılama ve duman tahliyesi sistemi kurulum, kontrol ve test gereklilikleri ve sistemin ayrıntıları öngörülmüştür. On birinci bölümde ise geminin belirli yerlerindeki aydınlatma gereksinimleri için ayrıntılı olarak gerekliliklere yer verilmiştir. On ikinci bölümde yük ve yolcu gemilerinde acil durum yangın pompası gereklilikleri belirtilmiştir. On üçüncü bölümde ise yine hem yolcu hem de yük gemilerinde, herhangi bir acil durumda, makine dairesinde kaçış araçlarının gereklilikleri, boyutları açıklanmıştır. On dördüncü bölümde kargo bölümü için köpük vasıtasıyla yangınla mücadele, kurulum ve kontrol gerekliliklerine yer verilmiştir. Son olarak on beşinci bölümde de tankerlerde inert gaz sisteminin gerekliliği, kurulum ve kontrol sistemine ilişkin kurallar düzenleme altına alınmıştır.

Yangın tehlikesi bakımından bir geminin denize elverişli olmasından bahsedilebilmesi için bu kurallarda öngörülen standartlarda bir gemi olması gerekmektedir.¹²⁴ Taşıyan ancak bu halde yangın zararlarından sorumlu olmadığını ileri sürebilecektir.

Düzgün bir havalandırma sistemi ve duman kontrolü yangın sırasında hayati bir önem taşır. FSS kodu dumanın yayılmasını kontrol etmek ve güvenli tahliye yollarını korumak için duman tahliye sistemlerinin ve yangın damperlerinin kurulmasını gerektirir. Duman kontrol ve havalandırma sistemlerinin düzenli olarak test edilmesi ve bakımının yapılması esastır.¹²⁵ Bu kapsamda, acil bir durumda doğru çalıştıklarından emin olmak için tahliye fanlarının, yangın damperlerinin ve basınçlandırma sistemlerinin çalışmasının kontrol edilmesi gerekmektedir. Örneğin, İngiliz mahkemesi tarafından

¹²⁴ SOLAS Bölüm II-2 düzenlemelerinin taşıyanın gemiyi elverişli bulundurma borcuna etkisine ilişkin değerlendirme için bkz. ZHAN/ZHANG, s. 172-173.

¹²⁵ Kod kurallarının Dokuzuncu Bölümünde buna ilişkin kurallar yer almaktadır.

verilen *The Subro Valour* kararında gemide yangın çıkmış, kaptan gemide çıkan yangının eşyaya sıçramaması için gemiyi demirlemeye karar vermiş ve bu suretle yangının eşyaya sıçramasını engellemiştir. Gemi adamları helikopter ile gemiden kurtarılmış, gemi kurtarma faaliyeti ile yedeğe alınmıştır. Eşya, varna limanına ulaştırılmak üzere başka bir gemiye aktarılmıştır. Yükle ilgililer geminin yolculuk başlangıcında elverişsiz olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme kararında makine dairesinin havalandırılmasının kapatılmasının yangınla mücadele bakımından büyük önem taşıdığına, havalandırmanın kapatılmamasının ya havalandırmayı kapatacak sistemdeki bir eksiklikten ya da kaptanın buna dair bilgisizliğinden kaynaklandığına, her iki ihtimalde de geminin elverişsiz olduğu sonucuna varılması gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁶

6. Tehlikeli Eşya

Lahey Visby Kuralları m. 4 f. 6¹²⁷ ve bu hükmü mehz alan¹²⁸ TTK m. 1148 uyarınca tehlikeli eşyanın kaptanın bilgisi olmaksızın gemiye getirilmesi halinde taşıtan veya yükleten zarardan sorumlu olacaktır. Burada öngörülen sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Nitekim TTK m. 1148’de de “*kusur isnat edilmese*” dahi ibaresiyle bu husus vurgulanmıştır.

Lahey Visby Kuralları’nda tehlikeli eşya kavramına ilişkin bir tanım yapılmamış¹²⁹ olmakla beraber Lahey Visby Kuralları m. 4 f. 6’da “*goods of an inflammable, explosive or dangerous nature*” ibaresi yer almaktadır. Dolayısıyla bu maddenin kapsamına “yanıcı, patlayıcı veya tehlikeli” eşyalar girmektedir.¹³⁰

¹²⁶ *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Subro Valour v Owners of Subro Vega*, [1995] 1 Lloyd’s Rep. 509. Karar özeti ve karara ilişkin değerlendirme için bkz. ZHAN/ZHANG, s. 173-175.

¹²⁷ Hükmün Türkçe tercümesi için bkz. ATAMER/SÜZEL, s. 195.

¹²⁸ TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 345.

¹²⁹ Lahey Kuralları veya Lahey Visby Kuralları’nın uygulandığı uyumsuzluklarda sözleşmede yer alan tehlike eşya kavramının geniş yorumlandığı İngiliz mahkemesi kararları ve bunlara ilişkin değerlendirme için bkz. SÜZEL Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten**, On İki Levha, İstanbul 2014, s. 515-518. Tehlike eşya tanımına ilişkin bkz. GÜNER ÖZBEK Meltem Deniz, **The Carriage of Dangerous Goods by Sea**, Springer, Berlin/Heidelberg, 2008, s. 39 vd; ÜLGNER M. FEHMİ, **Çarter Sözleşmeleri I- Genel Hükmümler- Sefer Çarteri Sözleşmeleri**, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 257; TETLEY, s. 1118.

¹³⁰ SÜZEL, 2014, s. 511; TETLEY, s. 1118; COOKE Julian/ Young Tim/ Ashcroft Micheal vd., **Voyage Charters**, 4th Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/New York, 2014, s. 1131.

TTK m. 1148’de ise denizde can ve mal koruma hakkındaki mevzuata göre tehlikeli sayılan eşyalardan bahsetmektedir. Böylelikle, hangi eşyanın tehlikeli eşya olarak nitelendirileceği bakımından bu düzenleme belirleyici olacaktır.¹³¹ Bu aşamada hem Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun’da¹³² (“DCMK”) yer alan düzenlemeye hem de yukarıda bahsi geçen Türkiye’nin de taraf olduğu 1974 SOLAS VII. Bölümü’nde yer alan Denizyoluyla Taşınan Tehlike Yüklere İlişkin Uluslararası Kod (*International Maritime Dangerous Goods Code*- “IMDG Kod”) kurallarına bakmak gerekmektedir.¹³³ DCMK’da ve IMDG kurallarında hangi eşyaların tehlikeli eşya sayılacağı hüküm altına alınmıştır.¹³⁴ IMDG kurallarında tehlikeli eşyaların sınıfına göre nasıl ambalajlanacağı, nasıl istifleneceği ve hangi özellikleri haiz olduğuna dair bilgi yer almaktadır. Bu hususlar hem yük ile ilgili hem de taşıyanın sorumluluğu bakımından önemlidir.

Bu çalışma bakımından üzerinde durulacak husus tehlikeli eşyanın yanına sebebiyet vermesi halinde taşıyanın sorumlu olup olmayacağıdır. Belirtmek gerekir ki, yük ile ilgili tarafından eşyanın tehlikeli niteliğine dair bildirim yükümlülüğü vardır.¹³⁵ Nitekim, TTK m. 1229 f. 1 b (a) uyarınca konişmentoda yer alması gereken kayıtlardan biri eşyanın tehlikeli eşya niteliğinde olup olmadığı hakkında açık bir bilgidir. Öte yandan TTK m. 1148’in lafzından eşyanın tehlikeli niteliğine dair bilginin taşıyanla paylaşılması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira bu tür eşyaların gemiye kaptanın bilgisi olmaksızın getirilmesi durumunda taşıyan ve yükleten kusuru olmasa

¹³¹ E-TTK’dan farklı olarak burada Denizde Can ve Mal Koruma Hakkındaki Kanunu yerine mevzuat şeklinde daha geniş bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükümün gerekçesinde bu değişikliğin TTK m. 932 f.4’te yapılan değişiklik ile aynı gerekçe ile yapıldığı belirtilmektedir. Buna göre kanunun isminin değişebileceği yahut bu konuya ilişkin başka kanunlara da hüküm konulabileceğinden bahisle bu genel bir atf yapmanın daha isabetli olduğu belirtilmiştir. TTK m. 1148’in gerekçesi için bkz. TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 345.

¹³² RG T. 14.06.1946, Sayı: 6333.

¹³³ IMDG kuralları hakkında bilgi için bkz. SÜZEL, 2014, s. 519 vd.; GÜNER ÖZBEK, s. 16 vd.

¹³⁴ DCMK ve IMDG kod kurallarında yer alan tehlikeli eşya sınıflandırmasına ilişkin düzenlemenin farklılık taşıdığı IMDG kod kurallarında yer alan düzenlemeye üstünlük tanınması ve bu yönde DCMK’da değişiklik yapılması gerektiğine ve gerekçelerine dair bkz. SÜZEL, 2014, s. 529-530. Tehlikeli eşya tanımının DCMK ile sınırlı değerlendirilmemesi gerektiğine dair bkz. BATMAZ SİLAHTAROĞLU Elvin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Yükletenin Sorumluluğuna İlişkin Düzenleme” *Legal Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 187, 2018, s. 3203.

¹³⁵ IMDG kuralları kapsamında her bir eşyaya UN numarası verildiği ve bu numaranın bildirilmesi durumunda bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabulü gerektiğine ilişkin bkz. SÜZEL, 2014, s. 536. Aksi yönde görüş için bkz. ÜLGNER, 2010, s. 258-259.

dahi sorumlu olacaklardır. Yangının gemide taşınmakta olan tehlikeli eşya sebebiyle çıkması halinde taşıyanın sorumluluğu bakımından iki şey belirleyici olacaktır. İlk olarak, gemide taşınmakta olan tehlikeli eşyaya ilişkin olarak hiçbir bildirimde bulunulmamış ise hem TTK m. 1148 hem de LVK m. 4 f. 6 gereği taşıyanın sorumlu olmayacağı açıktır. İkinci olarak ise tehlikeli eşyaya ilişkin bildirim yapılmış ancak buna karşılık söz gelimi hatalı istif yahut geminin yüke elverişsizliği neticesinde bir yangın çıkmış ise taşıyan ne LVK m. 4 f. 6 ve TTK m. 1148 uyarınca ne de LVK m. 2 f. 1 b. (b) ve TTK m. 1180 uyarınca yangından doğan zararlardan sorumlu olmadığını ileri sürülebilecektir.¹³⁶ Nitekim İngiliz mahkemesi tarafından verilen *The Aconcagua*¹³⁷ kararında bu husus açık bir şekilde ortaya konmuştur. Karara konu olayda konteynerde taşınan kalsiyum hipoklorit yükünün patlaması neticesinde yangın çıkmıştır. IMDG kuralları uyarınca ısı kaynaklarından uzak bir şekilde istiflenmesi gereken eşya kurallara aykırı olarak yakıt tankının yanına istiflenmiştir. Mahkeme kararında, taşıyanın gemiyi elverişli halde bulundurmak için makul özen borcunu yerine getirmediğinde LVK m. 4 f. 6'ya dayanamayacağını ve tazminat talep edebilmesinin mümkün olmayacağını vurgulamıştır.

Son olarak şayet tehlikeli eşyaya ilişkin bildirim yapılmamış ve tehlikeli eşya nedeniyle çıkan yangında tehlikeli eşyanın dışında gemide taşınmakta olan diğer eşyalar hasara uğramış yahut zayi olmuşsa bu halde taşıyanın kendi kusuru olmadığından TTK m. 1180 uyarınca diğer yüklerle ilgililere karşı yangın istisnasından yararlanabilecektir.

C. Kusur

1. Taşıyanın Kendi Fiil veya İhmali

TTK ve Lahey Kuralları uyarınca yangın zararlarından taşıyanın sorumlu olabilmesi için tek şart yangının taşıyanın kendi fiil veya ihmalden kaynaklanmış olmasıdır. Taşıyan, hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusuru nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır.¹³⁸ Yangının taşıyanın hizmet-

¹³⁶ Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. SÜZEL, 2014, s. 522; GÜNER ÖZBEK, s. 74.

¹³⁷ *Compania Sud Americana de Vapores S.A. v Sinochem Tianjin Import and Export Corp*, [2009] EWHC 1880 (Comm) 2009 WL 2207437. Aynı yönde kararlar için bkz. *Mediterranean Freight Services Ltd v BP Oil International Ltd ('The Fiona')*, [1994] C.L.C. 808, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 16.08.2024). Karara ilişkin değerlendirme için bkz. CÖMERT, s. 140.

¹³⁸ Taşıyanın yalnızca kendi kusurundan sorumlu olacağının hem "actual" ibaresinden hem de LVK m. 4 f. 2 b. (q) düzenlemesinden anlaşıldığına dair bkz. TETLEY, s. 1005.

lilerinin veya görevlilerinin teknik ya da ticari kusurundan meydana gelmiş olması sonucu değiştirmeyecektir.¹³⁹ Taşıyanın, bu kimselerin fiil veya ihmallerinden sorumluluğu ancak yangının bu kimselerin kusuru sebebiyle geminin elverişsiz olmasından ötürü çıkması halinde söz konusu olacaktır.

Taşıyanın hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurunun derecesi de taşıyanın bu sorumsuzluk nedenine dayanabilmesi bakımından bir fark yaratmayacaktır.¹⁴⁰ Taşıyanın hizmetlilerinin veya görevlileri yangına kasten sebebiyet vermiş olsalar dahi sonuç değişmeyecektir.¹⁴¹ İngiliz mahkemesi tarafından verilen *The Lady M*¹⁴² kararında bu husus açıkça vurgulanmıştır. Kararda, gemide çıkan yangının kaptan veya gemi adamları tarafından kasten çıkartılması halinde taşıyanın sorumlu olup olmayacağı tartışılmıştır. Mahkemece, Lahey Visby Kuralları m. [1] 4 f. 1 b. (b)'de yer alan taşıyanın kendi fiil veya ihmali ibaresinin anlamının açık olduğuna, [2] taşıyanın Kuralların 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan gemiyi elverişli bulundurma yükümlülüğünü ihlal etmediği sürece yangından dolayı çıkan zararlardan sorumlu olmayacağına, [3] hükümde geçen “yangın” kelimesinin kazara veya kasten, ihmal sonucu veya başka bir şekilde yangının nasıl başladığına dair bir nitelendirme içermediğine, [4] yangından kimin sorumlu olabileceğine dair bir nitelendirme de bulunmadığına, [5] hükümde geçen tek açık nitelendirmenin “taşıyanın fiil veya ihmalden kaynaklanmadıkça” ifadesi olduğuna, tüm bu nedenlerle de yangının nedeninin bu şart kapsamına girmediği müddetçe yangın zararlarından taşıyanın sorumlu olmayacağına hükmedilmiştir.¹⁴³

¹³⁹ YAZICIOĞLU, 2006, s. 103; KAYAPINAR, s. 167.

¹⁴⁰ YAZICIOĞLU, 2006, s.103. TTK m. 1180'de kusurun ağırlığına ilişkin bir ayırım olmadığı yönünde bkz. YETİŞ ŞAMLI, 20113a, s. 109.

¹⁴¹ YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 109.

¹⁴² *Glencore Energy UK Ltd v Freepport Holdings Ltd*, 2019 WL 01173179, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 04.09.2024)

¹⁴³ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*The words, ‘fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier’, is a phrase whose natural and ordinary meaning is clear. The words exclude the carrier from liability for fire however caused, provided it is not caused with the actual fault or privity of the carrier or in breach of its obligations set out in article III.1. The word ‘fire’ contains no implicit qualification as to how the fire is started, whether accidentally or deliberately, negligently or otherwise. Nor is there any implicit qualification depending on who may be responsible for the fire. The only express qualification is the proviso in the second part of the clause, ‘unless caused by the actual fault or privity of the carrier.’ Unless the cause of the fire falls within the proviso, fire is an excepted peril. I deal with the implicit qualification where there is a breach of article III.1 below.*” Karara ilişkin değerlendirme için bkz. ZHAN Xiankai/ZHANG Pengfei, **Merchant Ships’ Seaworthiness- Law and Practice**, Informa Law from Routledge, Oxon/New York, 2023, s. 168.

Taşıyanın yükle ilgililerin kusuru nedeniyle meydana gelen zararlardan da sorumlu olmayacağı açıktır. Nitekim İngiliz mahkemesi tarafından verilen *Kapitan Sakharov*¹⁴⁴ kararına konu olayda hem güvertede hem de ambar- da tehlikeli yük taşınmakta olup güvertedeki yükün niteliğine ilişkin olarak gerekli bilgi taşıyan ile paylaşılmamıştır. Güvertede yer alan yükün patlama- sıyla çıkan yangın neticesinde güverte çatlamış, yangın ambarlara sıçramış ve gemi batmıştır. Mahkeme, ambar- da yer alan yükler bakımından ambar- daki havalandırma sisteminin düzgün çalışmadığı gerekçesiyle geminin el- verişsiz olmasından ötürü taşıyanı sorumlu tutarken, güverte yükü bakımın- dan yükle ilgilinin gerekli bilgilendirmeyi yapmamasından ötürü taşıyanın sorumlu olmadığına hükmetmiştir.

2. Taşıyanın Tüzel Kişi Olması Durumunda Kusur

Taşıyanın gerçek kişi olması halinde kusurunun olup olmadığını tespiti kolay iken taşıyanın bir tüzel kişilik olması durumunda kimin kusurunun taşıyanın kusuru sayılacağına belirlenmesi önem taşımaktadır.

Türk hukukunda donatanın sorumluluğuna ilişkin olarak kimlerin fiil veya ihmallerinden ötürü donatanın sorumluluğunu sınırlandırma hakkını kaybedeceğine dair TTK m. 1343’de bir düzenleme yer almaktadır. İlgili maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde donatanın tüzel kişi olması halinde han- gi kişilerin kusurunun dikkate alınacağı belirtilmektedir. Buna göre, “tüzel kişilerde, Türk Medeni Kanununun 50’inci maddesi uyarınca eylem ve işle- riyle tüzel kişiyi borç altına sokan organların kusuru ve organı oluşturan kişilerin kusurları” tüzel kişi donatanın kusuru sayılacaktır.¹⁴⁵ Bu hüküm kıyasen taşıyan bakımından da uygulanabilecektir. Öyleyse taşıyanın tüzel kişi olması durumundan TMK m. 50 uyarınca eylem ve işleriyle tüzel kişiyi borç altına sokan organların ve bu organları oluşturan kişilerin kusuru taşı- yanın kusuru sayılacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu kimselerin kusuru yangına sebebiyet vermişse taşıyan yangın neticesinde meydana gelen zarardan so- rumlu olacaktır.

¹⁴⁴ *Northern Shipping Company v Deutsche Seereederei GmbH v Senator Line GmbH & Co., Kommanditgesellschaft, Cho Yang Shipping Co. Limited*, [2000] EWCA Civ 400; [2000] 2 Lloyd’s Rep. 255, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 14.02.2024). Karara ilişkin değerlendirme için bkz. TETLEY, s. 1005 dn. 61; CÖMERT, s. 120-121.

¹⁴⁵ Donatanın sorumluluk sınırlarının kaldırılmasına ilişkin değerlendirmeler için bkz. CÖMERT G. Venüs/ SÜZEL Cüneyt, Sorumluluk Sınırlarının Kaldırılmasının Yorumlanması ile İlgili Uluslararası Denizcilik Örgütü Kararı, **DEHUKAMDER**, C.5, S. 1, 2022, ss. 1-86.

İngiliz hukukunda ise tüzel kişi donatan veya taşıyanın varlığı halinde kimlerin fiil veya ihmallerinden donatanın ya da taşıyanın sorumlu olacağı ilk kez *Lennard's Carrying Co v Asiatic Petroleum Co Ltd.* davasında bahsi geçen “*alter ego*”¹⁴⁶ kavramıyla açıklanmaktadır. Mahkeme kararında bir tüzel kişilik nezdinde çalışan bir kimsenin kusurunun işverenin sorumluluğu ilkesi çerçevesinde donatana atfedilemeyeceğini, tüzel kişi donatanın sorumlu kabul edilebilmesi için kusur veya ihmali olan kimsenin eyleminin tüzel kişiliğin kendi eylemi olarak sayılabilecek olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁷ Buna karşılık İngiliz mahkemesi tarafından verilen sonraki birçok kararda “*actual fault or privity*” çok geniş yorumlanmış ve neredeyse her davada mahkemeler donatanın özellikle de kaptanın kusuruyla gerçekleşen zararlardan kaptanın donatanın “*alter ego*”su olması gerekçesiyle sorumlu tutmuştur.¹⁴⁸ Bu kararlar her ne kadar 1957 Deniz Gemileri Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşmesi’nin¹⁴⁹ (“1957 Sorumluluk Sınırı Sözleşmesi”) uygulandığı ve donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin ihtilaflar olsa da bu kararlar çalışmada ele alınan konu bakımından da önem taşımaktadır. Zira, donatanın sorumluluğunun sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin düzenlemede de “*actual fault or privity*” ibaresi yer almaktadır. 1957 Sorumluluk Sınırı Sözleşmesinin uygulandığı bu ihtilaflarda verilen özellikle İngiliz mahkemesi kararları Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşmesi’nin¹⁵⁰ (“1976 Sorumluluk Sınırı Sözleşmesi”) hazırlık çalışmalarında¹⁵¹ da eleştiriye konu olmuş ve bu ibarenin dar yorumlanması ge-

¹⁴⁶ *Alter ego* kavramına ilişkin kararlar ve değerlendirmeler için bkz. MANDARAKA-SHEPPARD, s. 98-99.

¹⁴⁷ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...*the fault or privity is the fault or privity of somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing respondeat superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself.*” [1915] A.C. 705, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 15.02.2024). Karara ilişkin değerlendirme için bkz. TETLEY, s. 1005.

¹⁴⁸ Mahkeme kararları ve kararlara ilişkin değerlendirme için bkz. CÖMERT/SÜZEL, s. 16-18.

¹⁴⁹ *International Convention relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-Going Ships, 1957.*

¹⁵⁰ *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976.* Sözleşme’nin Türkçe tercümesi için bkz. RG. 04.06.1980-17007. Sözleşme metni ve Sözleşme’ye dair ilgili kaynakça için bkz. ATAMER/SÜZEL, s. 447 vd.

¹⁵¹ Comité Maritime International, Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Travaux-Preparatoire-of-the-LLMC-Convention-1976-and-of-the-Protocol-of-1996.pdf> (Erişim Tarihi: 20.02.2024)

rektiği vurgulanmıştır.¹⁵² Buna karşılık 1976 Sorumluluk Sınırı Sözleşmesi'nin uygulandığı farklı yargı yerlerindeki benzer ihtilaflarda da bu hususa ilişkin yeknesaklık sağlanamadığı tespit edilmiştir. Bu gerekçeyle Uluslararası Denizcilik Örgütü ("IMO") tarafından "pervasızca davranış" olarak ifade edilen kusur derecesinin hangi şekilde yorumlanması gerektiğine dair ortak yorum kuralları getirilmiştir.¹⁵³ Bu ortak yorum ilkelerinin en sonunda yer alan ilke kanaatimce bu konu bakımından da önem taşımaktadır. Bu ilke uyarınca donatanın fiil veya ihmali değerlendirilirken kaptanın, hizmetlilerinin yahut görevlilerinin fiil veya ihmallerinin donatanın fiil veya ihmali olarak kabul edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu değerlendirme özellikle kaptanın donatanın ya da bu çalışma bakımından taşıyanın *alter ego*' su olarak kabul edildiği ve taşıyanın kusurlu sayıldığı haller bakımından önem taşımaktadır.

Taşıyanın işletme organizasyonundaki bir kusurunun zarara sebebiyet vermiş olması halinde de taşıyanın kendi kusuru ve dolayısıyla sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁴ Örneğin, taşıyanın geminin güvenliğine dair düzenlemeleri ihmali yangına sebebiyet vermiş yahut yangın ile mücadelenin etkin olmamasına sebebiyet vermişse burada da taşıyanın kendi kusurunun olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁵

D. Zarar

Taşıyanın yangın neticesinde bir sorumluluğunun olup olmadığının tartışılabilmesi için yangın neticesinde mutlaka bir zarar meydana gelmiş olması gerekmektedir. Taşıyan yalnızca yangının doğrudan sebebiyet verdiği zararlardan değil, yangın söndürülürken gerçekleşen dolaylı zararlardan da kural olarak sorumlu değildir. Söz gelimi, yangının söndürülmesi sırasında su ve dumandan ötürü yangın sebebiyle eşyada meydana gelen zararlar da yangın zararları kapsamındadır.¹⁵⁶ Buna karşılık, yangın söndürme esnasında da taşıyanın yüke özen

¹⁵² Hazırlık çalışmalarında bu konuya ilişkin yapılan değerlendirmeler için bkz. CÖMERT/SÜZEL, s. 18 vd.

¹⁵³ Bkz. IMO, Resolution A. 1163(32), 3; IMO, Resolution A. 1164(32), 3; IMO, Resolution A. 1165(32), 3. IMO tarafından benimsenen ortak yorum ilkeleri ve buna ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. CÖMERT/SÜZEL, s. 11 vd.

¹⁵⁴ ŞEKER ÖĞÜZ, 2003, s. 332; YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 109-110. Adamların seçiminde ve denetlenmesindeki ihmali de taşıyanın kusuru olduğuna dair bkz. ÇAĞA, 1995, s. 143.

¹⁵⁵ Taşıyanın kendi kusurunun belirlenmesinde özellikle ISM kod düzenlemelerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 110.

¹⁵⁶ TETLEY, s. 996; ÜLGNER, 1991, s. 88; YAZICIOĞLU, 2006, s.103; YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 106; AIKENS et al., s. 1141.

borcunun devam ettiği kabul edilmektedir. Taşıyan bu esnada eşyanın daha fazla zarara uğramaması için gereken önlemleri almalıdır.¹⁵⁷

Yangının sebebiyet verdiği zararın doğrudan eşyayı etkilemesine de gerek yoktur. Örneğin, yangın sebebiyle soğutma tesisatlarında meydana gelen arıza sebebiyle eşyanın hasara uğraması halinde de yangının sebebiyet verdiği bir zarardan söz edilecektir.¹⁵⁸ Buna karşılık, yangın sebebiyle hasara uğramış eşyanın hasara uğramayan eşyadan ayrılabilmesi nedeniyle kaynaklanan zarar ise yüke özen borcuna aykırılık teşkil edecektir.¹⁵⁹ Amerikan mahkemesi tarafından verilen ve Lahey Kuralları hükümlerini ihtiva eden *The Carriage of Good by Sea Act, 1946* hükümlerinin uygulandığı *La Territorial de Seguros v. Shepard Steamship Company*¹⁶⁰ davasına konu olayda yolculuk sırasında çıkan yangın neticesinde gemide taşınmakta olan suni ipek ruloları hasara uğramıştır. Mahkeme kararında taşıyanın yangın sebebiyle eşyada meydana gelen hasar ve yangın söndürülürken sudan ötürü eşyada meydana gelen hasar nedeniyle oluşan zarardan sorumlu olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, yangın sonrasında eksper tarafından yapılan inceleme neticesinde, doğrudan yangından ve yangının söndürülmesi sırasında sudan ötürü hasar gören suni ipek rulolarının yanı sıra on iki rulonun ambalajının kirlenmiş ve dumanlı olmasına karşılık doğrudan yangına maruz kalmadığının anlaşıldığını ve makul bir özen gösterilerek zarar görmeyen suni ipek rulolarının zarar gören eşyadan ayrılması gerektiğini ifade etmiştir.

Öğreti ve mahkeme kararlarında yapılan tanımlarda salt ısınmanın yangın tanımı içerisine girmeyeceği kabul edilmektedir.¹⁶¹ Ancak yangın çıkmadan önce ısı nedeniyle eşya bir zarara uğrarsa bu zararın da kapsam içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁶² Diğer bir ifadeyle, taşıyan bu zararlardan da kural olarak sorumsuzdur. Amerikan mahkemesi tarafından verilen *American Tobacco Co. v. Goulandris*¹⁶³ kararında da mahkeme aynı yönde

¹⁵⁷ Örneğin gelişigüzel bir şekilde su kullanılmasının yüke özen borcunun ihlali olarak kabul edileceği yönünde bkz. KARAN, 2004, s. 296; YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 107.

¹⁵⁸ TETLEY, s. 996.

¹⁵⁹ TETLEY, s. 996; AKAN, 2007, s. 79.

¹⁶⁰ 124 F. Supp. 287 (E.D.N.Y. 1954), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/124/287/1882479/> (Erişim Tarihi: 31.01.2024).

¹⁶¹ Bkz. yuk. dn. 62.

¹⁶² TETLEY, s. 996; KARAN, 2004, s. 295; YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 106.

¹⁶³ 173 F. Supp. 140 (S.D.N.Y. 1959), <https://casetext.com/case/american-tobacco-company-v-goulandris> (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

sonuca varmıştır. Karara konu olayda ambardaki yüksek sıcaklık taşınmakta olan tütün yükünde ısı hasarına ve sonrasında da yangının çıkmasına sebebiyet vermiştir. Yük ile ilgili yangın öncesinde çıkan ısınma zararından taşıyanın sorumlu olması gerektiğini ileri sürse de mahkeme, eşyada yangından önce meydana gelen ısınma hasarının ayrılmaz ve kesintisiz bir sürecin parçası olduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁴

Patlama neticesinde meydana gelen zararların yangın kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yangın zararları kapsamında patlama neticesinde meydana gelen zararlar da bulunmaktadır. Nihai olarak zarara neden olan gazların genişmesi olsa da en azından parlama ve alevlenmenin olduğu hallerde oluşan zararların da bu kapsamda kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁵ Aksi görüşe göre ise yangının anlık bir tutuşmadan daha fazlası olması gerekmektedir. Söz gelimi, aşırı basınçlı kazanların patlamasının yangın olmayacağı açıktır. Öte yandan, alev veya parlama olmaksızın gerçekleşen şiddetli kimyasal reaksiyonların da yangın olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir.¹⁶⁶

Taşıyanın yangından doğan zararlardan sorumsuzluğu için yangının mutlaka gemide meydana gelmiş olması gerekmektedir.¹⁶⁷ Diğer bir ifadeyle, karada meydana gelen yangının sebebiyet verdiği zararlardan taşıyan, şayet bu zarar eşyanın teslim alındığı andan teslim edileceği ana kadar geçen sürede meydana gelmiş ise kural olarak sorumsuzdur.¹⁶⁸ Bu bakımdan TTK m. 1178 f. 2 ve f. 3 düzenlemeleri önem taşımaktadır. Taşıyan, eşyanın zıyayı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan eşyanın taşıyanın hakimiyetinde bu-

¹⁶⁴ Karara ilişkin değerlendirme için bkz. WILLIAMS, JR., s. 585.

¹⁶⁵ "Fire presumably includes explosions resulting from combustion, but explosions which do not result from combustion do not fall within the exception of fire." Bkz. COOKE et al., s. 1083.

¹⁶⁶ AIKENS et al., s. 1141. Lordlar Kamarası tarafından görülen bir uyuşmazlıkta sigorta sözleşmesinde yangın zararları teminat dışında, buna karşılık patlama neticesinde çıkan zararlar teminat kapsamında kabul edilmiştir. Lordlar Kamarası kararında patlama neticesinde yangının meydana geldiğini bu nedenle zarardan sigortacının sözleşme kapsamında sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. *Boiler Inspection and Insurance Co of Canada v Sherwin Williams Co of Canada Ltd*, [1951] A.C. 319, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 09.09.2024).

¹⁶⁷ Yangın zararlarını salt geminin bordasına hasreden bir kısıtlama olmadığına dair bkz. AKINCI, s. 433.

¹⁶⁸ ÜLGENER, 1991, s. 88; ÇAĞA, 1995, s. 142; AKAN, 2007, s. 81; GÜNAY, s. 143. Düzenlemede bu yönde bir sınırlandırma olmadığı yönünde bkz. YETİŞ ŞAMLI, 2013a, s. 106; SÖZER, 2022, s. 562. TTK'da mutlak sorumsuzluk hallerinin uygulama alanının eşyanın geç tesliminden kaynaklanan zararları da kapsayacak şekilde genişletildiğine dair bkz. YAZICI-OĞLU, 2006, s. 100.

lunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla sorumludur. Hangi hallerde eşyanın taşıyanın hakimiyetinde sayılacağı ise maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bundan bahisle eşya taşıyanın hakimiyetindeyken meydana gelen kara zararlarından da taşıyan sorumlu olmayacaktır. Örneğin, eşyanın antrepoda bulunduğu zaman bir yangının meydana gelmesi durumunda liman idaresinin kusurundan kaynaklanan yangın zararından taşıyan sorumlu olmayacaktır.¹⁶⁹ TTK m. 1178 f. 2 düzenlemesinin mehzazı Hamburg Kuralları'dır. Lahey Kuralları ve Lahey Visby Kuralları'nın aksine Hamburg Kuralları'nda taşıyanın sorumluluğu limandan limanadır. TTK m. 1180'in mehzazı ise Lahey Kuralları'dır. Taşıyanın yangın bakımından sorumsuzluğu, bu Sözleşme'nin de sorumluluk süresi düşünüldüğünde gemide çıkan yangınlar bakımındandır. Her iki düzenlemenin TTK'da birlikte bulunması nedeniyle de yukarıda verilen örnekteki sonuç ortaya çıkacaktır.¹⁷⁰ Lahey Kuralları'nda yangın bir sorumsuzluk hali olarak düzenlenmiş olup yangının karada ya da gemide çıkması bakımından bir nitelendirme yapılmamıştır. Buna karşılık, Lahey Kuralları m. 1 f. 1 b. (e) düzenlemesine bakıldığında eşya taşımanın gemiye yüklendiği andan gemiden boşaltıldığı ana kadar geçen süreyi kapsar. Bu düzenlemeden yola çıkarak aslında Lahey Kuralları'nda öngörülen yangına ilişkin istisnanın tıpkı Rotterdam Kuralları'ndaki gibi gemide çıkan yangınlar bakımından getirdiği sonucuna varmak kanaatimce yanlış olmayacaktır.¹⁷¹

E. İlliyet Bağı

Yangın zararlarından taşıyanın sorumlu yahut sorumsuz olabilmesi için mutlaka zarar ile yangın arasında illiyet bağı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, zararın mutlaka yangın neticesinde meydana gelmiş olması gerekmektedir. Gemide yangın çıkmış ancak zarar yangından değil de söz gelimi istif kusurundan kaynaklanmışsa bu halde taşıyan sorumsuz olduğunu ileri süremeyecektir.

İlliyet bağı bakımından asıl tartışılması gereken husus ise zararın kısmen yangın neticesinde kısmen başka bir nedenle çıkmış olması halidir. Örneğin, hem eşyada ısınmadan ötürü meydana gelen zararda hem de yangı-

¹⁶⁹ SÜZEL Cüneyt, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 171.

¹⁷⁰ Bu sonucun amaca uygun olup olmadığının tartışmalı olduğu, liman idaresinin taşıyana tanıyan yangın istisnasından yararlanamayacağı sonucuna varılması gerektiği yönünde bkz. SÜZEL, 2021, s. 171

¹⁷¹ Lahey Kuralları'nda yer alan düzenlemenin yüklü ve kara ile bağlantısı kesilmiş durumdaki gemide çıkan yangın zararları açısından 1924 yılında getirilen düzeni yansıttığına dair bkz. SÜZEL, 2021, s. 171.

nın çıkmasında taşıyanın kusuru yok ise bu halde taşıyanın sorumsuz olacağını söylemek gerekir. Öte yandan, ısınma zararı bakımından taşıyanın kusurlu olduğu ancak yangın bakımından şahsen kusurlu olmadığı halde bu sonuca doğrudan varmak çok isabetli ve kolay olmayacaktır.

İlliyet bağı bakımından TTK m. 1183 hükmü önem taşımaktadır.¹⁷² Hamburg Kuralları'ndan¹⁷³ alınan bu hüküm uyarınca taşıyanın veya adamlarının kusurunun, diğer bir sebeple birlikte zıya, hasar veya teslimdeki gecikmeye yol açması halinde taşıyan sadece belirtilen kusura bağlanabilen kısmından sorumlu olacaktır.¹⁷⁴ Örneğin, yangının taşıyanın kendi kusuruyla beraber yükün kendine has özelliği nedeniyle çıkmış olması halinde taşıyan zararın bir kısmının başka bir nedenden ortaya çıktığını ispat edebilmişse sadece kendi kusuruna karşılık gelen zarardan sorumlu olacaktır. Hükmün gerekçesinde “*Her ne kadar Kıta Avrupası hukukunda, sebeplerin birleşmesi halinde tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği “uygun illiyet bağı teorisinden”¹⁷⁵ hareketle tayin edilmekte ise de, 1978 tarihli Hamburg Kurallarında yer alan bu hükmün Tasarıya alınması uygun görülmüştür.*” açıklaması yer almaktadır.

V. İSPAT

Türk hukuku bakımından öğretide baskın görüş yangının taşıyanın kendi fiili veya ihmalinden kaynaklanmadığına dair ispat yükünün taşıyanda olacağı yönündedir.¹⁷⁶ Hükmün me hazı olan Lahey Kuralları bakımından da özellikle hazırlık çalışmalarında yer alan tartışmalar incelendiğinde ve İmza Protokolündeki düzenleme de göz önüne alındığında (a) ve (b) bentlerinde

¹⁷² TTK m. 1183 ve Hamburg Kurallarına ilişkin değerlendirme için bkz. CÖMERT, s. 256-257.

¹⁷³ Hamburg Kuralları uyarınca sorumluluğun kusur karinesine dayandığı ve bu hükmün bu karinenin bir neticesi olduğuna dair bkz. YAZICIOĞLU, 2006, s. 101. Kurallar'da yer alan bu düzenlemeye ilişkin değerlendirme ve diğer milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemelerle ispat külfeti açısından karşılaştırma için bkz. ASARIOTIS Regina, “Allocation of Liability and Burden of Proof in the Draft Instrument on Transport Law”, **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2002, s. 387-388.

¹⁷⁴ TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 361. Sebeplerin çokluğu ve sebeplerin toplanması bakımından oluşabilecek üç ayrı ihtimale ilişkin bilgi ve değerlendirme için bkz. EREN, s. 625-630.

¹⁷⁵ Uygun illiyet bağı, hayatın olağan akışında gerçekleşen sonucu ortaya çıkarmaya elverişli olan sebep ile sonuç arasındaki bağ olarak tanımlanmaktadır. Bkz. EREN, s. 620.

¹⁷⁶ AKINCI, s. 435; ÇAĞA, 1995, s. 143; ÇAĞA/KENDER, s. 160; AKAN, 2007, s. 82. İspat yükünün taşıyanda olacağı, *Okay*'ın aksi görüşünün neden yerinde olmadığına dair açıklamalar için bkz. ULUĞ, s. 98.

yer alan istisna hallerinin diğer hallerden ayrı tutulduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu bentlerin diğer bentlerden ayrı tutulmasının gerekçesi kanaatimce hem ispat külfeti açısından farklılık göstermesi hem de bu hallerde taşıyanın salt kendi kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmasıdır. Her ne kadar Lahey Kuralları ve Lahey Visby Kuralları'nda Türk hukukunda yer alan ayırım yapılmamış ve istisnai haller tek bir hükümde verilmiş olsa da ispat külfeti açısından teknik kusur, yangın istisnası ve listenin (c) ile (p) bentleri arasında yer alan sorumsuzluk halleri bakımından bir fark olduğu kabul edilmektedir. (c) ile (p) bentleri arasında yer alan hallerin varlığı halinde karine, zararın bu hallerden kaynaklandığı yönünde olup taşıyanın bu halin varlığını ortaya koyması gerekli ve yeterlidir. Bu aşamadan sonra ispat yükü yükü ilgiliye geçecek olup, yükü ilgili zararın bu olaydan kaynaklanmadığını yahut taşıyanın olaydan ve bu olayın sonuçlarından tedbirli bir taşıyan gibi davranması durumunda kaçınılabileceğini ortaya koymalıdır.¹⁷⁷ Ancak belirtmek gerekir ki hem öğretide hem de mahkeme kararlarında özellikle Lahey Kuralları'nda yer alan düzenleme bakımından ispat yükünün yükü ilgiliye olduğu da ileri sürülmektedir.¹⁷⁸ Nitekim bu hususta bir yeknesaklık olmadığı Rotterdam Kuralları hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalardan da anlaşılmaktadır.

Kanaatimce ispat silsilesi şu şekilde olmalıdır: [1] Yükün hasara ve zıyaya uğraması halinde ilk olarak yükün taşıyan tarafından teslim alındığında iyi hal ve durumda olduğuna, hasar veya zıyanın eşyanın taşıyanın hakimiyetinde gerçekleştiğine, zarara ve zararın miktarına ilişkin ispat yükü yükü ilgiliye olacaktır.¹⁷⁹ [2] Bu aşamadan sonra zararın yangın neticesinde meydana geldiğine ve şahsi kusuru olmadığına dair ispat yükü ise taşıyanda olacaktır.¹⁸⁰ Taşıyan yangın zararları bakımından salt kendi kusurundan sorumlu olduğundan burada adamlarının kusursuzluğunu ispat etmesine gerek olmayacaktır. [3] Şayet zararın yangından değil de ya da yangından olmakla be-

¹⁷⁷ KARAN, 2004, s. 300.

¹⁷⁸ TREITEL/REYNOLDS, s. 709; COOKE et al., s. 1084. İspat yükünün yükü ilgiliye olduğuna dair bkz. *A. Meredith Jones v. Vangemar Shipping Co.* [1996] 1 Lloyd's Rep. 475 | [1995] 11 WLUK 16, Westlaw UK (Erişim Tarihi: 10.08.2024). Farklı hukuk sistemlerinde ve mahkeme kararlarında yangın zararları bakımından ispat külfetine kimde olduğuna bkz. TETLEY, s. 1002-1003.

¹⁷⁹ YAZICIOĞLU, 2006, s. 103.

¹⁸⁰ YAZICIOĞLU, 2006, s. 103; ÜLGENER, 1991, s. 92-93; TOPSOY, s. 430. Türk hukukunda yangın zararları bakımından ispat külfetinin kimde olacağına dair açık bir düzenleme bulunmadığı ancak E-TTK m. 1061 ve E-BK m. 96 uyarınca ispat yükünün taşıyanda olması gerektiğine dair bkz. AKINCI, s. 453.

raber yangının başlangıçtaki bir elverişsizlikten kaynaklandığı iddiası var ise yükü ilgili bu iddiasını ispat edecektir. [4] Taşıyanın artık bu aşamada şahsen kusuru olup olmadığını değil, geminin başlangıçta elverişsiz olduğu ortaya konmuş ise elverişsizliğin, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermesine rağmen keşfedilmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Örneğin, Yargıtay 11. HD. tarafından verilen bir karara¹⁸¹ konu olayda gemide taşınmakta olan eşya yangın neticesinde zarara uğramıştır. Yangının makine dairesinde çıkan elektrik donanımındaki bir arızadan çıktığı tespit edilmiştir. Mahkeme kararında geminin elverişli olduğuna dair taşıyan tarafından sunulan denize ve yola elverişlilik belgelerinin yeterli olmadığına taşıyanın kendisine düşen kurtuluş kanıtı bakımından ispat külfetini yerine getirmediğine hükmetmiştir.

Zararın birden çok sebepten ötürü meydana gelmesi halinde de TTK m. 1183 f. 1 c. 2 uyarınca zararın kusuruna bağlanmayan kısmına ilişkin ispat yükü taşıyanda olacaktır.¹⁸² Ancak, bunun taşıyan tarafından ispatı oldukça güç olduğundan taşıyanın bu hususu ispat edememesi halinde taşıyan zararın tamamından sorumlu olmasa dahi ispat külfetini yerine getiremediğinden zararın tamamı bakımından sorumlu tutulabilecektir.¹⁸³

VI. SONUÇ

Yangın niteliği itibariyle hem milletlerarası sözleşmelerde hem de TTK'da özel olarak düzenlenen bir sorumsuzluk halidir. Gerek TTK'da gerekse düzenlemenin mehzazı olan Lahey Visby Kuralları'nda yangın bir sorumsuzluk hali olarak düzenlenmiştir. Taşıyan yalnızca kendi fiil veya ihmalden kaynaklanan yangın zararlarından sorumlu olacaktır.

Her ne kadar TTK'daki düzenlemeye paralel olarak öğretilerde yer alan mutlak muhtemel sorumsuzluk halleri ayrımı Lahey Visby Kuralları'nda bulunmasa da hazırlık çalışmaları ve öğretilerde yer alan eserler incelendiğinde

¹⁸¹ Y. 11. HD, E. 1985/74, K. 1985/163, 25.01.1985, www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 11.09.2024). Bu karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. MURAN, s. 496.

¹⁸² Uygun illiyet bağının aranmış olması halinde bu bağın varlığına ilişkin ispat yükünün tazminat isteyende olacağına dair bkz. OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II**, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 49. Hükümün mehzazı olan hantburg kuralları uyarınca taşıyanın sorumluluğu kusur karinesine dayandığından taşıyanın kusuru olmayan zarardan sorumlu olmayacağı açıktır. Hükümün amacının taşıyanın kendisinin ya da hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusuruna bağlanmayan kısmı bakımından ispat yükünü düzenlemek olduğuna dair bkz. YAZICIOĞLU, 2000, s. 101.

¹⁸³ ASARIOTIS, s. 388.

ispat külfeti bakımından teknik kusur ve yangın istisnalarının diğer istisnalardan ayrı tutulduğu görülmektedir.

Lahey Visby Kuralları'ndan sonra Hamburg Kuralları'nda ve Rotterdam Kuralları'nda yangın istisnası yine yer almakla beraber her iki düzenlemede de taşıyan kendi görevli veya hizmetlilerinin kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmuştur. Hamburg Kuralları'nda yer alan düzenleme her ne kadar taşıyan aleyhine görünmekte ise de ispat külfeti bakımından yükü ile ilgili aleyhine getirilen değişiklik nedeniyle taşıyan bakımından sonucun çok da değişmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kanaatimce, günümüz itibari ile yangın zararlarından taşıyanın sorumsuz olduğu yönündeki düzenlemenin mevcut haliyle hala korunuyor olması yerinde değildir. Taşıyanın mücbir sebep halinde sorumlu olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, kendisinin yahut adamlarının kusuru olmaksızın çıkan yangınlardan taşıyan zaten sorumlu olmayacaktır. Yükün kendine has özelliği nedeniyle bir yangın çıkması halinde de bu hal bir sorumsuzluk nedeni olarak düzenlendiğinden yine taşıyan sorumsuz olacaktır. Öte yandan, geminin elverişsizliği halinde taşıyan bu sorumsuzluk halinden yararlanamayacağından gemi adamlarının yetersizlikleri veya gemideki eksiklikler gibi nedenlerle geminin elverişsiz olması halinde de zaten taşıyan sorumlu olacaktır. Mevcut düzenleme çerçevesinde taşıyanın sorumsuzluk hallerinden yararlandığı en önemli hal kanaatimce hizmetlilerinin veya görevlilerinin kusurlarıyla yangına sebebiyet verdikleri haldir. Ayrıca yangının hala bir sorumsuzluk hali olarak düzenlendiği durumda da Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kuralları'nda olduğu gibi bunun diğer sorumsuzluk halleri ile aynı şekilde düzenlenmesi kanaatimce daha yerinde olacaktır. Özellikle TTK'da yer alan sorumluluk süresine ilişkin, TTK m. 1178 f. 2 ve TTK m. 1180 düzenlemelerinin mehzalarının farklı milletlerarası sözleşmeler olduğundan TTK m. 1180'in mehzası olan Lahey Kuralları'nın sorumluluk süresi göz önünde bulundurulduğunda, taşıyanın yangın istisnasından özellikle gemide çıkan yangın bakımından yararlanmasının amaçlandığı ve bu nedenle de Rotterdam Kuralları'nda olduğu gibi salt gemide çıkan yangınlara sınırlı tutulması şeklindeki bir düzenleme daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- AIKENS Richard/LORD Richard/BOOLS Micheal, **Bills of Lading**, 2nd Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/New York, 2016.
- AKAN Pınar, “Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Taha Çağa’nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000.
- AKAN Pınar, **Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- AKINCI Sami, **Deniz Hukuku- Navlun Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- AKSOY Sami, “Ro-Ro Taşımalarının Hukuki Boyutu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.35, S.2, 2019, ss. 171-209.
- ASARIOTIS Regina, “Allocation of Liability and Burden of Proof in the Draft Instrument on Transport Law”, **Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2002, ss. 382-398.
- ATAMER Kerim, “1924 Brüksel Sözleşmesi’nin Hükümleri, Türk Ticaret Kanunu’na Aynen Alındı mı?” **Gündüz Aybay Armağanı**, Aybay Yayınları
- ATAMER Kerim/ SÜZEL Cüneyt (Editör), **Yeni Deniz Ticareti Hukuku’nun Kaynakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- BAATZ Yvonne, “Charterparties”, **Maritime Law**, 5th Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/New York 2021, ss. 128-195.
- BATMAZ SİLAHTAROĞLU Elvin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Yükletenin Sorumluluğuna İlişkin Düzenleme” **Legal Hukuk Dergisi**, C. 16, S. 187, 2018, ss. 3187- 3207.
- COOKE Julian/ Young Tim/ Ashcroft Micheal vd., **Voyage Charters**, 4th Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/New York, 2014.
- CÖMERT G. Venüs, **Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu**, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- CÖMERT G. Venüs/ SÜZEL Cüneyt, Sorumluluk Sınırlarının Kaldırılmasının Yorumlanması ile İlgili Uluslararası Denizcilik Örgütü Kararı, **DEHUKAMDER**, C.5, S. 1, 2022, ss. 1-86.
- ÇAĞA Tahir, **Deniz Ticareti Hukuku II- Navlun Sözleşmesi**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- ÇAĞA Tahir, Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı, 1978, **BATİDER**, C. X, S. 12, 1979, ss. 323-352.
- ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku II- Navlun Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2010.
- DEMİR İsmail, **Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023.

- GIRVIN Stephen, “The Right of the Carrier to Exclude and Limit Liability”, **A New Convention for the Carriage of Goods by Sea- The Rotterdam Rules**, Lawtext Publishing Limited, Oxon, 2009.
- GÖĞER Erdoğan, Birleşmiş Milletlerin Denizde Eşya Taşıma Hakkındaki 31 Mart 1978 Tarihli Milletlerarası Sözleşmesi (Hamburg Kuralları), **BATİDER**, C. IX, S. 3, 1978, ss. 655-717.
- GÜNAY M. Barış, **Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- GÜNER MELTEM DENİZ, “Uluslararası Güvenli Yönetim Kodunda (International Safety Management Code) Belgelendirme ve Yetkiler”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- GÜNER ÖZBEK Meltem Deniz, **The Carriage of Dangerous Goods by Sea**, Springer, Berlin/Heidelberg, 2008.
- GÜRSER Özlem, **Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu’nun (ISM Code) Taşıyan ve Donatının Sorumluluğuna Etkileri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- ILGIN Sezer, “ISM (Uluslararası Güvenlik Yönetimi) Uygulaması”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 3 S. 1-2, 1998, ss. 61-67.
- KARAN Hakan, **The Carrier’s Liability under International Maritime Conventions The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules**, The Edwin Mellen Press, New York, 2004.
- KARAN Hakan, “Any Need for a New International Instrument on the Carriage of Goods by Sea: The Rotterdam Rules” **Journal of Maritime Law & Commerce**, Vol.42, No.3, 2011, ss. 441-451.
- KAYAPINAR Göksal, **Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü**, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- KIRIMLI E. ESRA, “ISM Kuralları”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, S. 3-4, 1998, ss. 81-126.
- MANDARAKA- SHEPPARD Aleka, **Modern Maritime Law, Volume 2: Managing Risks and Liabilities**, 3rd Edition, Informa Law from Routledge, Oxon/ New York 2013.
- MERİÇ GÜLFER, “Taşıyanın Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu (UGYK) Kapsamındaki Yükümlülükleri ve Taşıyanın Geminin Sefere Elverişsizliğinden Doğan Sorumluluğuna Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 205, 2023, ss. 46-57.
- MERİÇ Gülfer, **Uluslararası Seyir Hukukunda Seyir Emniyeti**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- MURAN Hakan, **Taşıyanın Geminin Elverişsizliğinden Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I**, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II**, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

- OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku II**, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971.
- SEVEN Vural, **Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003
- SOYER Barış/ WILLIAMS Richard, “Potential Legal Ramifications of the International Ship and Port Facility Security (ISPS) Code on Maritime Law”, **Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2005, ss. 515-553.
- SÖZER Bülent, **Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1975.
- SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku-I**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- STURLEY Micheal F. / FUJITA Tomotaka/ van der ZIEL Gertjan, **The Rotterdam Rules**, Sweet&Maxwell, London, 2010.
- SÜZEL Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten**, On İki Levha, İstanbul, 2014.
- SÜZEL Cüneyt, **Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- SÜZEL Cüneyt / DAMAR Duygu, “Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 2, 2010, ss. 149-242.
- ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, “Güvenli Yönetim Sisteminin Donatanın Yükle İlgililere Karşı Sorumsuz Olduğu Haller Üzerindeki Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 61, S.1-2, 2003, ss. 327-337.
- ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, **Gemi Yönetimi Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- TEKİL Fahiman, **Deniz Hukuku**, 6 Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001.
- TAŞKIN Melda, **Deniz Yoluyla Konteyner Taşımalarında Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Sorumluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- TOPSOY Fevzi, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TETLEY William, **Marine Cargo Claims**, 4th Edition, Editions Yvon Blais, Canada, 2008.
- TREITEL Guenter/ REYNOLDS F.M.B., **Carver on Bills of Lading**, 3rd Edition, Sweet&Maxwell, London, 2011.
- ULUĞ İlknur, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.2, 2002, ss. 83-99
- United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg, 6-31 March 1978, **Official Records**, United Nations, New York, 1981.
- ÜLGENER, M. Fehmi, **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yayınları, İstanbul, 1991.
- ÜLGENER M. FEHMİ, **Çarter Sözleşmeleri I- Genel Hükümler- Sefer Çarteri Sözleşmeleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2010.

- WILLIAMS, JR. Walter L., “The American Maritime Law of Fire Damage to Cargo: An Auto-Da-Fe for a Few Heresies”, **William and Mary Law Review**, C. 26, S.4, 1984-1985, ss. 563-644.
- YAZICIOĞLU Emine, **Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak**, Beta, İstanbul, 2000.
- YAZICIOĞLU Emine, “Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Sebepleri”, **Deniz Hukuku Dergisi**, S.1-4, 2006, ss. 99-113.
- YAZICIOĞLU Emine, **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- YETİŞ ŞAMLI Kübra, **Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2013.
- YETİŞ ŞAMLI Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 479-496.
- ZHAN Xiankai/ZHANG Pengfei, **Merchant Ships’ Seaworthiness- Law and Practice**, Informa Law from Routledge, Oxon/New York, 2023.

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNİN ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Hande DENİZ^(**)

Öz: 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) evlat edinme ile ilgili esasa ve usule ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Evlat edinme, soybağının kurulmasının yollarından biridir. Evlat edinmenin şartları küçüklerin evlat edinilmesinin ve erginlerin evlat edinilmesinin şartları olarak ikiye ayrılarak incelenir. Kanunda erginlerin evlat edinilmesi tek maddede düzenlenmiş, bu maddede bazı özel şartlar öngörülmüş ve erginlerin evlat edinilmesi ile ilgili özel düzenleme bulunmadığı hallerde, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Küçüklerin evlat edinilmesinde en önemli amaç; ana babadan mahrum, korunmaya, şefkate ve bakıma ihtiyacı olan çocukların bir aileye kavuşması ve aile ortamında yetişmelerinin sağlanmasıdır. Çalışmamızda güncel gelişmeler çerçevesinde küçüklerin evlat edinilmesinin şartlarını inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Soybağının Kurulması, Evlat Edinme, Evlat Edinmenin Şartları, Küçüklerin Evlat Edinilmesi, Küçüğün Yararı.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 30.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 08.11.2024.

^(**) Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: hdeniz@dogus.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9767-1948>.

EVALUATION OF THE CONDITIONS OF ADOPTION OF MINORS IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

Abstract: In the Turkish Civil Code numbered 4721 (TCC), which entered into force on 01.01.2002, important changes have been made regarding the substantive and procedural aspects of adoption. Adoption is one of the ways of establishing paternity. The conditions of adoption are examined by dividing them into two as the conditions of the adoption of minors and the conditions of the adoption of adults. In the law, the adoption of adults is regulated in a single article, some special conditions are stipulated in this article, and it is stated that in cases where there is no special regulation regarding the adoption of adults, the provisions regarding the adoption of minors should be applied by analogy.

The most important purpose in the adoption of minors; It is to ensure that children who are deprived of their parents and need protection, affection and care have a family and grow up in a family environment. In our study, we will examine the conditions for the adoption of minors within the framework of current developments.

Keywords: Establishment of Paternity, Adoption, Conditions of Adoption, Adoption of Minors, Benefit of Minor.

GİRİŞ

Evlât edinme, evlat edinen ve evlat edinilen arasında soybağı ilişkisi kuran, bir yandan ailesi olmayan kimsesiz ve terkedilmiş çocukların sıcak bir aile ortamında yetişmelerine, bir yandan da çocuk sahibi olamayan ailelerin çocuk özlemini gidermelerine hizmet eden önemli bir kurumdur.

Evlât edinme, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 305-320 arasında düzenlenmiştir. TMK'nin yürürlüğe girmesi ile evlât edinmenin sözleşmesel özelliği terkedilmiş, bunun yerine evlâtlık ilişkisinin mahkeme kararı ile kurulması sistemi benimsenmiştir.¹

TMK'de evlat edinme, küçüklerin ve erginlerin evlat edinilmesi esas alınarak düzenlenmiştir. Erginlerin evlat edinilmesi tek maddede düzenlenmiş, bu maddede bazı özel şartlar öngörülmüş, erginlerin evlat edinilmesi ile ilgili özel düzenleme bulunmadığı hallerde, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği belirtilmiştir (TMK m. 313/ son). İsviçre'de son yıllarda istatistiksel olarak küçüklerin evlat edinilmesi, erginlerin evlat edinilmesini geride bırakmıştır.²

İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) evlat edinmeye ilişkin hükümleri hakkında değişikliğe ilişkin tasarı 17 Haziran 2016 tarihinde kabul edilmiş ve bu hükümler 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TMK'nin yürürlüğünün üzerinden yirmi yılı aşkın süre geçmiştir. Bu süreçte çeşitli ihtiyaç-

¹ AYDOĞDU Murat, **Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 3; AYDOS Sadık Oğuz, "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S.1-2, Haziran-Aralık 2000, s. 119; DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa, Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2024, s. 338; ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.952; IŞIK Mehmet, **Evlât Edinme**, Ankara, 2005, s. 13; ERDEM Mehmet/ MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 376; ÖZDEMİR Hayrunnisa/ RUHİ Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku**, 6. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 347; AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul, 2024, s. 375.

² ARNET Ruth/ BREITSCHMID Peter/ JUNGO Alexandra, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht** Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz, Auflage 4, Schulthess, 2023, Art. 264, N. 8. Serozan, Medeni Kanun'da yapılan değişikliklerin İsviçre'de çeyrek yüzyıl önce yapılan reforma dayandığını, birkaç farklılık dışında tamamının, İsviçre'den iktibas edildiğini, oysa İsviçre'de bile bu kuralların yerini 1998 reformu ile daha olumlu kurullarla bıraktığını, bunun göz ardı edildiğini belirtir. Bkz. SEROZAN Rona, "Yeni Medeni Kanunu'nun Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", **Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. II, Beta, İstanbul, 2003, s. 503; SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 127, 227.

lar ortaya çıkmış ve özellikle son zamanlarda evlat edinmeye ilişkin güncel yargı kararları ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda güncel yargı kararları çerçevesinde küçüklerin evlat edinilmesinin şartlarına ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi yapılmıştır.

I. EVLAT EDİNMENİN GENEL ŞARTLARI

A. Küçüğün Bakılmış ve Eğitilmiş Olması

TMK m. 305/ I’de bir küçüğün evlât edinilmesi için, evlât edinen tarafindan bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olma şartı aranır.³ Bu hükümle evlât edinen ile evlât edinilecek küçüğün birbirlerini tanıması ve küçüğe en az bir yıl süreyle bakmayan ve eğitimine katkıda bulunmayan kişilerin evlât edinmesini engellemek amaçlanır.⁴ Bir yıllık bakım şartı evlât edinmenin çocuğun güvenliğine uygun olup olmadığının anlaşılması bakımından da önemlidir.⁵ İMK’nin 264. maddesinde yapılan değişiklik ile 01.01.2003 tarihinden itibaren süre şartı bir yıl olmuştur.⁶ 2018 revizyonu ile İMK 264/II’

³ TUOR Peter/SCHNEYDER Bernhard/ SCHMİD Jörg / RUMO-JUNGO Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13.Auflage, Zurich, 2009, s.435, N.43. TMK tasarısının 305. maddesinde süre şartı iki yıl olarak düzenlenmiş fakat Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda iki yıllık süre şartı fazla bulunarak bir yıla indirilmiştir. Y. 2. HD, E. 2004/2320, K. 2004/ 3249, 15.03.2004; Y. 2. HD, E. 2004/14067, K.2004/ 15687, 27.12.2004 (Kazancı Bilişim-Yargı İçtihat Bankası); “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 305. maddesinin 1. fıkrasına göre bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartına bağlıdır. Dosya içeriğinden Kanada’da ikamet ettiği anlaşılan davacının küçükler Merve ve Mehmet’e bir yıl süre ile baktığı ve eğittiği konusunda herhangi bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, Türk Medeni Kanununun 305/1. maddesinde belirtilen bir yıl süreyle bakma ve eğitme şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda araştırma yapıp deliller toplanmadan, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur...”, Y. 2. HD, E. 2005/ 7729, K. 2005/10050, 27.06.2005 (Kazancı Bilişim-Yargı İçtihat Bankası).

⁴ ÖZUĞUR Ali İhsan, **Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı, İçtihatlı, Kişi Hukuku- Velayet-Vesayet, Soybağı, Evlât edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 431; RUHİ Ahmet Cemal: **Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât edinme ile İlgili Yabancı Mahkemelerinin Tanınması**, Ankara, 2003, s.23; T.C. Adalet Bakanlığı, **TMK, TMK’ nin Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri**, Ankara, 2002, s. 426; DURAL ve diğ., s. 340; BAYGIN Cem, “Evlât Edinmenin Şartları”, **AÜEHFD**, C. VII S. 3-4 Aralık 2003, s. 594; AYDOS, s. 120.

⁵ AKYÜZ Emine, “Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara, 1995, s.157; AKYÜZ Emine, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, İnsan Hakları Eğitim Dizisi, Ankara, 2000, s. 130.

⁶ STETTLER Martin, **Schweizerisches Privatrecht, 3. Band, 2.Teilband, Familienrecht, Das Kindesrecht**, Frankfurt, 1992, s. 101; İMK’ nin daha önceki düzenlemesinde evlât edinmede evlâtlığa en az iki yıl bakılmış olması aranıyordu.

ye yeni bir hüküm getirilmiştir. Buna göre evlat edinmek isteyen kişilerin yaşı ve kişisel durumu göz önüne alındığında çocuğun bakım ve gözetimini onun erginliğine kadar sürdürebileceklerinin anlaşılması gerekir. Yani bir yıl süre ile küçüğün bakılmış ve eğitilmiş olması evlat edinme için yetmeyecektir, evlat edinecek kişilerin çocuğun bakım ve gözetimini onun erginliğine kadar sürdürebileceklerinin anlaşılması aranacaktır.⁷

Bir yıllık süre zarfında evlât edinen ile küçük arasında sürekli bir ilişki kurulması ve bir arada yaşamının gerçekleşmesi gerekir. Bakım ve eğitim şartının gerçekleştiğinin söylenebilmesi için, evlât edinilecek küçüğün evlât edinen tarafından kendi aile konutuna alınması ve bizzat bakımını üstlenilmesi gerekir. Sadece boş zamanların birlikte geçirilmesi süre şartının yerine getirildiği anlamına gelmez.⁸ Eğitim, hastalık ve mesleki sebepler nedeni ile birlikte olamama hali ilişkinin süreklilik niteliğini etkilemese de sadece tatillerde birlikte zaman geçirme durumunda şart yerine getirilmiş olmaz.⁹ Bakım süresi şartından yabancı bir ülkede yaşayan küçüğün evlât edinilmesinde dahi vazgeçilmez.¹⁰

Evlât edinilecek küçük evlât edinme başvurusu yapıldıktan sonra ergin olursa, şartları daha önceden yerine getirilmiş olmak kaydıyla TMK m. 315/son hükmü uygulanır. Yalnız, söz konusu hükmünün uygulanabilmesi için küçüğün bakım ve eğitimine ilişkin bir yıllık sürenin en geç küçüğün ergin olma anına kadar dolmuş olması gerekir.¹¹

Hâkim, ona verilen araştırma görevi çerçevesinde kararını vermeden önce kapsamlı bir inceleme yapar.¹² Bu bir yıllık sürede yaşananlar hâkimin takdir yetkisinde doğrudan bir etki yapar.

Evlât edinme için gerekli bakım ve eğitim şartının, kurumda bulunan kimsesiz küçükler kadar ana ve babası olup da onların rızası ile evlât edini-

⁷ DEMİRBAŞ Harun/ ARMAĞAN Davut, “İsviçre Medeni Kanunu’nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), Güz 2019, s. 50.

⁸ DURAL ve diğ., s. 340; ÖZDEMİR/ RUHİ, s.348; FANKHAUSER Roland, BUSER Melissa: **ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021, Art. 264, N. 4.

⁹ AYDOĞDU, s. 170-171; Bkz. BELEN Herdem, **Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme**, İstanbul, 2005, s. 50; ARNET ve diğ., Art. 264, N. 11.

¹⁰ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 228.

¹¹ DURAL ve diğ., s. 340; BELEN, s. 50-51

¹² BELEN, s. 50.

lecek küçükler açısından da gerçekleşmesi gerekir.¹³ Ayrıca bakım ve eğitim şartının gerçekleşmesinde çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi sisteminde yararlanması da mümkündür. Eğer bu durum gerçekleşirse çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi evlât edinmeye bir basamak teşkil eder.¹⁴ Daha sonra korumaya muhtaç çocuğun koruyucu ailesi tarafından evlât edinilmek istenmesi durumunda bakım ilişkisinin ispatında güçlük yaşanmaz. Hakkında korunma kararı alınmamış bir çocuğun evlât edinilmesinde ise çocuğun bir yıl süre ile bakılıp eğitildiğinin ispatı tanık beyanlarına dayanılarak yapılır.¹⁵

B. Evlat Edinmenin Küçüğün Yararına Olması

TMK' nin 305. maddesinde küçüklerin evlât edinilmesinin genel şartları başlığı altında evlât edinmenin her halde çocuğun yararına olacağı belirtilir. Bu şart doktrinde evlât edinme işleminin “olmazsa olmaz şartı (*condictio sine qua non*)” olarak kabul edilir.¹⁶ Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, TMK çocukların korunması amacıyla altsoyu olan kişilere de evlât edinme imkânı tanırken evlât edinilecek kişinin mutlak yararını ve varsa evlât edinecek olan kişinin çocuklarının yararının hakkaniyete aykırı şekilde zedelememesi şartlarını aramıştır.

Günümüzde, “çocuğun güvenliği ve menfaati ilkesi” sosyal politikanın önemli konularından biridir. Bir ölçüt olarak “çocuğun menfaati” diğer birimlerin veya kişilerin menfaatlerinin ancak çocuğun menfaati ile çatışmadığı oranda ve şekilde dikkate alınmasının gerektirir. Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) m. 3/I düzenlemesi şu şekildedir: “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organları tarafından gerçekleştirilip çocukları ilgilendiren tüm etkinliklerinde çocuğun*

¹³ İsviçre’ de anılan şartın yerine getirilip getirilmediğinin aracı kurum ve mahkemenin ortak çalışması ile tespit edildiği belirtilir. ŞİPKA, Şükran, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Evlât Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, **İÜHF**, C. VII, S. 1-2, 1999, s. 307.

¹⁴ BAYGIN, s. 596; ŞİPKA, s. 307; SAYITA USTA Sevgi, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi**, İstanbul, 1996, s. 97.

¹⁵ BAYGIN, s. 596-597. “Davacı tanığı yeminli beyanında, evlât edinilmek istenen küçük Zehra'nın evlât edinmek isteyen davacının bakım ve gözetiminde olduğunu, yaklaşık iki yıldır birlikte kaldıklarını, davacının maddi ve ekonomik yönden durumunun iyi olduğunu, küçüğe iyi bir istikbal sağlayabilecek durumda bulunduğunu, davalılar ile davacının aynı evde kaldıklarını, davacının küçük Zehra'nın ananesi olduğunu, evlâtlık edinmesinin isabetli ve tarafların yararına olacağını bildirmiştir. Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 07.03. 2002 gün ve 2002/ 158 E., 2002/ 149 K. Sayılı kararı (RUHİ, Evlât Edinme, s. 24, dn. 23'ten naklen)

¹⁶ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 376; BELEN s. 51; TUOR ve diğ., s. 434, N. 43.

yararı ana fikir oluşturur.” Çocuğun yararı kavramı ile kastedilen kısa vadeli, dar ve bencil anlamında “çıkâr” değildir. Bu kavram ile daha geniş kapsamda, uzun soluklu, gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki “çocuk yararı” kastedilir. Ayrıca yine ÇHS m. 21’de, evlât edinme sistemini kabul eden veya sistemine izin veren taraf devletler, “*çocuğun en yüksek yararının temel düşünce olduğunu kabul ederler*” hükmü yer alır. Bu bağlamda TMK düzenlemesi incelendiğinde evlâtlığın yararı ilkesinin ÇHS düzenlemesine paralel olarak ön planda tutulduğu görülür.¹⁷

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, evlât edinme ilişkisinin kurulması prosedüründe evlât edinilecek çocuğun yararı esasa ilişkin önemli bir şarttır. Evlât edinmenin küçüğün yararına olup olmadığı, küçüğün güncel yaşam şartları ile evlât edinildikten sonra gerçekleşecek tahmini yaşam şartlarının karşılaştırılmasıyla belirlenir ve evlât edinme ilişkisinin kurulmasının küçüğün kişiliğini olumlu etkileyeceği söylenebilirse anılan şartın gerçekleştiği söylenebilir.¹⁸

TMK’ nin 316. Maddesinde evlât edinme kararının mutlaka tarafların dinlenmesi ve gerektiğinde uzman bir kişinin görüşünün alınmasından sonra verilmesi gerektiği belirtilir. Maddenin devamında ise, araştırmanın kapsamı genel olarak düzenlenir. Buna göre; evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açığa kavuşturulması gerekir ve son olarak evlât edinenin altsoyu varsa onların evlât edinmeye ilişkin tavır ve düşünceleri de değerlendirilmelidir. Evlat edinmenin çocuğun menfaati için mi istendiği yoksa evlat edinmenin başka saiklerinin mi olduğu (örneğin miras, vergi veya göçmenlik hukuku ile ilgili saikler) açıklığa kavuşturmalıdır.¹⁹ Evlât edinecek kişilerin çocuk yetiştirme yeteneğine sahip olup olmadıkları incelenmelidir. Bu da eğer evlât edinecek kişi veya kişilerin varsa öz çocukları ile ilişkileri gözlenerek tespit edilebilecektir.²⁰

¹⁷ Anayasanın 61. maddesinde “Devlet korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.” hükmü yer alır. Anayasanın sosyal devlet ilkesini temel alan 2. maddesi ile yine Anayasada yer alan tüm sosyal koruma hükümleri (m.41, m.50, m. 62, m.141) bir arada değerlendirildiğinde güçsüz çocuktan yana bir tutum izlenmesi gerektiği sonucuna varılır. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 35.

¹⁸ BELEN, s. 52-53; AYDOĞDU, s. 140.

¹⁹ ARNET ve diğ., Art. 264, N. 18.

²⁰ AKYÜZ, Evlât Edinme, s.157.

TMK m. 308/III uyarınca, evlât edinilecek küçük vesayet altında bulunuyorsa küçüğün ayırt etme gücü olup olmadığına bakılmaksızın ancak vesayet dairelerinin izni ile evlât edinilebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, vesayet makamı ve denetim makamında bulunan sulh ve asliye hukuk hâkimleri gerekli izni vermeden önce TMK m. 305'teki şartları itina ile araştırmak ve bu şartların gerçekleşmediğini saptadıkları durumda izin vermeden kaçınmak durumundadır.

C. Evlât Edinenin Diğer Çocuklarının Yararlarının Hakkaniyete Aykırı Biçimde Zedelenmemesi

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (EMK) düzgün soybağlı altsoyu bulunan kişinin evlât edinmesini çok açık bir şekilde yasaklamıştı (EMK m. 253).²¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda da küçüklerin evlât edinilmesinde “çocuksuzluk şartı” ortadan kaldırılmıştır.²² TMK, EMK'den farklı olarak “evlât edinenin alt soyunun bulunmaması” şartını öngörmemiştir.²³ Mevcut düzenleme çerçevesinde altsoyu bulunan kişilerin bir veya birden çok küçüğü evlât edinebilmesi mümkündür.²⁴

Evlât edinen ile küçük arasında soybağlı ilişkisinin kurulması, evlât edinenin diğer çocuklarının maddi ve manevi her türlü yararını olumsuz yönde etkileyebilir. Kanun koyucu anılan yararların olumsuz yönde etkilenebileceği varsayımından hareketle, evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının

²¹ Ayrıntılı açıklama için bkz. FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin, **Aile Hukuku**, 3. baskı, İstanbul, 1986, s.468-473; Serozan, evlât edinmede düzgün nesepli altsoyun varlığının çocuk sevgisini tatmin amacına uymayan, çağdışı ve anlamsız bir şart olarak nitelendirmiştir. SEROZAN, *Soybağı Hukuku ve Çocuk Hakları*, s.505.

²² TUOR ve diğ., s. 435, N. 43; ARNET ve diğ., Art. 264, N. 2.

²³ Erginlerin evlât edinilmesinde küçüklerin evlât edinmesinde aramayan “çocuksuzluk şartı” aranmaktaydı. Bu hüküm “*Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinebilir*” olarak değiştirilmiş ve 24.07.2005 tarihli, 25585 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

²⁴ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 376; AYDOS, s. 122; BAŞPINAR Veysel: Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003, s. 97; KILIÇOĞLU Ahmet, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Ankara, 2003, s. 122; RUHİ Ahmet, Cemal, “Mukayeseli Olarak Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Medeni Kanunu Tasarısında Evlât Edinmenin Maddi Şartları”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, s. 656; Bir kimse daha önce evlât edindiği kişinin küçük çocuğunu da evlât edinebilir. BAYGIN, s. 605, dn. 59; “Davacıların, dört kardeşi birden evlât edinmek istemesinde, kanuni bir engel bulunmadığı gibi evlât edinmek isteniler aleyhine bir durum da yaratılmayacağına göre, şartların gerçekleştiği gözetilerek izin verilmesi gerekirken, olaya uymayan düşüncelerle isteğin reddedilmesi yanlıştır.” Y. 2. HD, E. 1986/11063, K. 1987/10028, 12.12.1987 (Kazancı Bilişim, İçtihat ve Bilgi Bankası).

zedelenmesinde hakkaniyet ölçüsünü dikkate almış ve hâkime zedelenmenin hakkaniyete aykırı olup olmadığını takdir etme yetkisi tanımıştır.²⁵

Evlât edinme işlemine pedagojik açıdan bakıldığında evlât edinme, evlât edinenin öz çocukları ile evlât edinilen küçüğün bir arada yaşaması rekabet ve çatışmalara neden olabileceği gibi çocuklar kesin olarak birbirlerini reddetmedikleri takdirde olumlu bir gelişme ortamına zemin de hazırlayabilir.²⁶ Ayrıca evlât edinme neticesinde evlât edinenin diğer çocuklarının miras hisselerinin azalacağı,²⁷ (TMK m. 495/II), ana ve babanın velayet hakkından doğan bakım, eğitim ve benzeri yükümlülüklerini yerine getirmesinde olumsuzluklar meydana geleceği aşikârdır. Ancak bahsi geçen hususlar evlât edinme ilişkisinin kurulmasında tek başına engel oluşturmaz.²⁸ Önemli olan evlât edinme işlemi sonunda evlât edinenin diğer çocuklarının ruhsal, bedensel ve ekonomik açıdan yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zarara uğramamasıdır.²⁹

Kendi çocuklarının eğitim ve sağlık gibi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamayan örneğin işlerinin yoğunluğu nedeniyle çocuklarına yeterli zaman ayıramayan ya da çeşitli sebeplerle özel ve yoğun bir ilgiye muhtaç çocuğuna bunu veremeyen bir kişinin, başka bir çocuğu evlât edinmek istemesi adalete uygun değildir.³⁰ Bu nedenle hâkimin evlât edinecek kişinin kendi çocukları ile olan ilişkilerini de çok iyi incelemesi ve kararını bu değerlendirme neticesinde vermesi gerekir.

²⁵ BAYGIN, s. 602; BELEN, s. 35.

²⁶ AKYÜZ, Evlât Edinme, s. 156; BAYGIN, s. 601, dn. 42.

²⁷ Öz çocukların miras hisselerinin evlât edinme dolayısıyla azalması, evlât edinen varislerden mal kaçırmak kasdıyla davrandıysa muvazaa konusu olur. Y. 2. HD, E. 1984/ 8323, K. 1984/ 8594, 30.10.1984 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸ DURAL ve diğ., s. 341; İNAL Nihat, **Örnek Karar ve Dilekçelerle Türk Medeni Yasası**, 2. baskı, Ankara, 2006, s.1021; ARNET ve diğ., Art. 264, N. 19; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 377.

²⁹ FANKHAUSER /BUSER, Art. 264, N. 6; DEMİR, Mehmet, “Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlât Edinmenin Yasal Şartları”, **AÜHDF**, C.52, S. 3, 2003, s. 260; ŞIPKA, s. 308-309; “...Davacı S.. Çiçek vekilince 18/4/2005 tarihinde davalı N.. Sürekli’ ye karşı açılan evlat edinme davasının yapılan yargılaması sonucunda, davanın kabulü ile davalının 21/6/2001 doğumlu kızı Rüyanur’ un davacı tarafından evlat edinilmesine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır...Evlât edinenin altoyu varsa, onların evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir. Aynı Kanunun 305. maddesinin ikinci fıkrasında da “evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir” hükmüne yer verilmiştir. Dosyada mevcut nüfus kaydına göre davacının sağ ve reşit oldukları anlaşılan Halit, Necdet, Necmi ve Necati adlı reşit çocuklarının yukarıda sözü edilen hükümler uyarınca tavır ve düşünceleri ile yararlarının değerlendirilmediği görülmüştür...” Y. 2. HD, E. 2007/13557, K. 2008/13834, 22.10.2008 (Lexpera).

³⁰ AYDOS, s. 121; BAYGIN, s. 602.

II. KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNİN ŞARTLARI

A. Evlât Edinilecek Küçük Açısından Şartlar

1. Küçüğün Ehliyeti

Evlât edinilecek küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması şart değildir. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının önemi evlât edinmeye rıza göstermesi konusunda ortaya çıkar. TMK m. 310/I uyarınca evlât edinme için gerekli olan ana ve babanın rızası, doğumdan sonra en erken altı hafta geçtikten sonra verilebilir ve TMK m. 305/I' de evlât edinilecek küçüğün bir yıl bakılmış ve eğitilmiş olması arandığından yeni doğmuş bir bebeğin ve bir yaşıını doldurmamış bir küçük evlât edinilemez.

TMK m. 305' te yer alan küçük kavramı onsekiz yaşını doldurmamış ya da evlenme ve mahkeme kararı ile ergin olmayan kişileri ifade eder. Evlenme yaşı her iki taraf için de kural olarak onyedi, olağanüstü sebeplerin varlığı durumunda onaltıdır (TMK m. 124). Mahkeme kararı ile ergin olma durumunda da onbeş yaşın doldurulmuş olması aranır (TMK m. 12). Bahsedilen yollardan biriyle ergin kılınan kişilere TMK m. 313'te düzenlenen erginlerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler; küçüğün evlât edinme başvurusundan sonra ergin olması halinde ise, TMK m. 313/ III' e göre, şartları daha önceden yerine getirilmiş olmak şartı ile küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler uygulanır. Onsekiz yaşın doldurulmuş olup olmadığının tespitinde evlât edinme başvurusunun yapıldığı zaman dikkate alınır. Eğer evlât edinilecek küçük evlât edinme başvurusu yapıldıktan sonra ergin olursa, şartları daha önceden yerine getirilmiş olmak kaydıyla küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler uygulanır (TMK m.315/ son).

2. Evlât Edinilecek Küçüğün Rızası

ÇHS' nin 12. maddesinde taraf devletlere, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni göstermek suretiyle görüşünü serbestçe ifade etme hakkı tanıma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna paralel olarak, 21. maddede evlât edinme konusunda çocuğun görüşünün alınması gerektiği belirtilmiştir.

TMK m. 308/II'de ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızası olmadıkça evlât edinilemeyeceği düzenlenmiştir (İMK m. 265).³¹ Bu düzenle-

³¹ Ruhi, TMK 308/ III' ü yorumlarken, vesayet altındaki küçüğün, sahihsiz kalmaması ve bir aile ortamına kavuşturulması zorunluluğunun bulunması nedeniyle, ayırt etme gücüne sahip

meyle amaçlanan, küçüğün korunması ve küçüğün kendi rızası dışında evlât edinilmesinin engellenmesidir.³² Evlât edinme açısından önemli olan, evlât edinilecek küçüğün evlât edinme nedeniyle değişecek olan ailevi durumunu ya da başka bir deyişle evlât edinme işleminin amaç ve sonuçlarını algılayabilmesidir.³³ Bu da ancak evlât edinilecek küçüğün evlât edinme ve evlât edinen kişi hakkında bilgilendirilmesiyle mümkün olacaktır.³⁴ Küçüğün kendisini ilgilendiren konularda görüş bildirme hakkını gerektiği gibi kullanabilmesi için, bu görüşü sağlıklı temeller üzerinde oluşturması gerekir.

Rıza verme hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan rızanın bizzat sınırlı ehliyetsiz durumundaki küçüğün kendisi tarafından verilmesi gerekir. Bu konuda iradi temsilci atanması mümkün değildir.³⁵

Rıza, evlât edinmeye karar verecek hâkim karşısında, müdahil olan erişkinler ya da küçüğü gözeten kurum yetkilileri huzurunda verilmelidir. Küçüğün evlat edinme hakkında yeteri kadar bilgilendirilmesi ve aydınlatılması gerekir. Çocuğa kurulacak hukuki ilişki hakkındaki tüm bilgiler verildikten sonra gerçek bir rızanın varlığından söz edilebilir. Tüm bu sebeplerle, evlât edinme kararını verecek hâkimin küçüğün yaşına ve idrak seviyesine uygun olarak evlât edinme ve olası sonuçları hakkında ona bilgi vermesi gerekir.³⁶ Ayırt etme gücüne sahip bir kişinin içinde bulunduğu durumu ve bunun yaratacağı sonuçları bilmesi onun doğal hakkıdır. Bu nedenle evlât edinmede hâkime, evlât edinme konusunda yardımcı olacak uzmanlara evlât edinme, evlât edinen ve evlât edinmenin sonuçları hakkında çocuğa bilgi verme, onu aydınlatma yükümlülüğü getirilmelidir.

TMK bir çocuğun hangi yaştan itibaren evlât edinme için gerekli rızayı gösterebilecek şekilde ayırt etme gücüne sahip olacağını düzenlememiştir. Bu

olduğuna bakılmaksızın vesayet dairesinin rızası ile evlât edinilebileceğini belirtmiştir. Bkz. RUHİ, Evlât Edinme, s. 34; karşı görüş için bkz. AYDOĞDU, s. 193; YAŞAR Mert, Türk Hukukunda Evlât Edinme İlişkisinin Kurulması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi SBE Özel Hukuk Bölümü, 2003, s. 97, dn. 248.

³² TEKİNAY Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1990, s. 457; YAŞAR, s. 97.

³³ ARNET ve diğ., Art. 265, N. 4; BAYGIN, s. 612; HEGNAUER Cyrill, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht**, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband Die Entstehung des Kindesverhältnisses Art. 252-269c ZGB, Bern, 1984, Art. 265, N. 9-10; STETTLER, s.110; RUHİ, Evlât Edinme, s. 34; ÖZÜĞÜR, s. 433.

³⁴ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 70.

³⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 382; DEMİR, s. 266; AYDOĞDU, s. 119; STETTLER, s. 110.

³⁶ AYTAÇ, s. 86; DAYINDARLI Kemal, “İsviçre Medeni Kanunun’ da Evlât Edinilmesi Hakkında Bir Karar”, **AD**, S. 5, 1981, s. 808.

nedenle, ayırt etme gücünün varlığı her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmeli, kesin bir yaş sınırının belirlenmemelidir.³⁷ Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, ayırt etme gücüne sahip onbeş yaşındaki küçüğün rızası olmaksızın evlât edinilemeyeceğine hükmetmiştir.³⁸ Ayırt etme gücünün tespitinde resmi bir sağlık kuruluşundan rapor alınması uygun olur.³⁹ Ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası alınmaksızın gerçekleşen bir evlât edinme ilişkisi kişisel durum siciline kaydedilmiş olsa dahi hukuki anlamda bir sonuç doğurmaz.⁴⁰

Küçüğün rızasının şekli ve zamanı kanunda açık bir şekilde düzenlenmemiştir. TMK m. 316/I de evlât edinmeye evlât edinilecek küçüğün dinlenmesinden sonra karar verileceği belirtilir. Burada asıl önemli olan küçüğün her türlü etkiden uzak bir şekilde, sırf kendi iradesi ile bir karara varmasıdır. Susmanın tek başına rıza olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Doktrinde ana babanın rızasının alınmasının şekle ilişkin hükümlerinin kıyasen bu durumda da uygulanabileceği belirtilir.⁴¹ Ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlât edinme kararı verilene kadar vermiş olduğu rızayı geri alma imkânı vardır.⁴²

³⁷ BELEN, s.36; AYDOS, s.123; AYDOĞDU, s.120; ÖZUĞUR, s. 433; ÖZDEMİR/ RUHİ, s.353; İsviçre Hukukunda on ve ondört yaş arasındaki küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarının belirlenmesi açısından her somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilme yapılması gerektiği; ondört yaşını doldurmamış küçüklerin ise ayırt etme gücüne sahip olduklarının karine olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda on yaşındaki küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığı, buna karşılık ondört yaşındaki küçüğün ise ayırt etme gücünün bulunduğu ifade edilir. Bkz. DURAL ve diğ., s. 345 dn. 222; Aydoğdu, ondört yaşını dolduran çocuğun karine olarak ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabul edilebileceği ifade eder. AYDOĞDU, s.120.

³⁸ Y. 2. HD. E.2004/16433, K.2005/2331, 21.02.2005 (Kazancı Bilişim, İçtihat ve Bilgi Bankası); "Davacılar Asuman ve Mahmut Kenger vekili tarafından davalı Hamit Tekinşen' e karşı 15.4.2005 tarihinde açılan davada, davacıların yedi yıldan beri evli oldukları belirtilerek davacı Asuman'ın boşandığı eşi davalı Hamit Tekinşen' den olan kızı Fatma Nur Tekinşen' in davacılar tarafından birlikte evlât edinilmesine karar verilmesinin istendiği mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır. Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre 2/2/1991 doğumlu Fatma Nur Tekinşen' in dava tarihinde on dört yaşını tamamlamış olduğu anlaşılmıştır.4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 308. maddesinde yer alan hükümde, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızası olmadıkça evlât edinilemeyeceği öngörülmüştür. Mahkemece, dava tarihinde on beş yaşında olduğu anlaşılan küçüğün rızası alınmaksızın davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur... Hükmün sonuca etkili olmamak üzere BOZULMASINA, 19.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi. Y. 2. HD, E.2006/3188, K.2006/9718, 19.06.2006 (Kazancı Bilişim, İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁹ ÖZMEN İsmail, "Evlât Edinme Hukuku", **TNBHD**, S. 101, Şubat 1999, s. 31; AYDOĞDU, s. 120.

⁴⁰ BAYGIN, s.613.

⁴¹ HEGNAUER, Art. 265, N.11; STETTLER, s. 110-111.

⁴² BAYGIN, s. 613; HEGNAUER, Art. 265, N. 13.

Evlât edinme öncesinde ise küçüğün, bir yıllık bakım için evlât edinmek isteyen kişi veya kişilerin yanına yerleştirilmesinden önce görüşü aranmaktadır. Oysaki TMK' nin 339. maddesi velayet hakkına sahip olan ana veya babaya önemli konularda mümkün merteye çocuğun da görüşünü alma yükümlülüğü getirmiştir. Bu hüküm çerçevesinde çocuğun velisi, vasisi veya yetkili kurum evlât edindirilmek amacı ile bir aile yanına yerleştirilecek küçüğün görüşünü almalıdır.⁴³

TMK m. 15 hükmünce, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin fiilleri, kanunda gösterilen ayrık durumlar dışında, hukuki sonuç doğurmaz. Evlât edinmeye rıza verilmesi de kanunda sayılmış ayrık durumlardan biri olmadığından, ayırt etme gücü bulunmayan küçüğün evlât edinmeye rıza göstermesi söz konusu olmaz. Evlâtlığın yaşına ilişkin düzenleme ile bağlantılı bir yorum yapılırsa küçük bir bebek en erken doğumundan altı hafta sonra evlât edinilebilir. Bu durumda evlât edinilecek küçüğün rızasından bahsetmek mümkün olmaz. Ancak kendini ifade edebilecek yaştaki küçüğün ayırt etme gücü olmasa dahi dinlenmesi yararlıdır.⁴⁴

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün evlât edinilebilmesi için velayet altında ise ana ve babasının, vesayet altında ise vasi ile vesayet dairelerinin izni gerekir. Küçüğün yasal temsilcisinin rıza vermesinin gerektiği durumlarda eğer bir menfaat çatışması varsa, örneğin vasinin evlât edinmek istemesi durumunda, küçüğe bir kayyım atanması gerekir (TMK m. 426).⁴⁵

3. Evlât Edinilecek Küçüğün Ana ve Babasının Rızasının Bulunması

a. Genel Olarak

EMK m. 254/son düzenlemesi nedeniyle, ana ve babanın rızasının velayet ile doğrudan ilişkili olup olmadığı konusu tartışmalıydı.⁴⁶ Yargıtay'ın bu

⁴³ YAŞAR, s. 100.

⁴⁴ AYDOĞDU, s. 121.

⁴⁵ ARNET ve diğ., Art. 265d, N. 2; OĞUZMAN Kemal/ DURAL Mustafa, **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 250-251; "...Davacının aynı zamanda evlat edinilmek istenen küçük Osman'ın vasisi olması nedeniyle küçüğe kayyım tayin ettirilip davanın kayyımaya yöneltilmesi sonra işin esasına girilerek evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri konusunda kapsamlı bir araştırma yapılması, tarafların bu konuda göstereceği deliller toplanarak gerektiğinde uzman görüşünün alınıp bütün delillerin birlikte değerlendirilmesi ve oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ve eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir..." Y. 18. HD, E. 2015/4746, K. 2015/18041, 8.12.2015 (Lexpera).

⁴⁶ Eski hükümde 254 254/a' ya yapılan ekleme sonucu ortaya çıkan tartışmalar için bkz. YAŞAR, s. 104-105.

konudaki yerleşik uygulaması, evlât edinmeye izin vermenin velayetten farklı bir hak olduğu ve kişilik hakkından kaynaklandığı yönündeydi.⁴⁷ TMK düzenlemesi (TMK m. 309) bu konudaki tartışmaları sona erdirmiştir. Ana ve babanın rızası soybağından kaynaklanır, velayetin varlığına ihtiyaç göstermez.⁴⁸ Bu nedenle kanunda ana ve babanın rızasının aranmayacağı haller dışında ana ve babanın rızasının aranması gerekir.⁴⁹

Ana ve baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olmalıdır. Ana açısından çocuğu doğurduğunun tespiti, baba açısından ise evlât edinilecek küçük ile evlenme, tanıma veya babalık davası sonucunda soybağının kurulmuş olması gerekir.⁵⁰

Küçüğün evlât edinilebilmesi için kural olarak hem ananın hem de babanın rızasının bulunması aranır. Ana baba ayrı yaşıyor olsalar veya boşanmış olsalar dahi ikisinin de rızası alınmadıkça küçük evlât edinilemez.⁵¹ Çocuğun diğer akrabalarının örneğin büyükannesinin ve büyükbabasının rıza gösterme hakkı yoktur. Bu kişilerin çocuk ile yakın bir ilişkisi varsa, evlat edinme sürecinde hakim tarafından dinlenebilirler.⁵²

Rızanın verilmesi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ana veya babanın rızayı şahsen vermeleri gerekir. Ayırt etme gücüne sahip ana ve baba, kısıtlı dahi olsa rızalarının geçerliliği yasal temsilcinin onayına ya da evlât edinme işlemine katılmasına bağlı değildir.⁵³ Küçüğün evlât edinilmesine ana ve babanın rızası olmadan karar verilmiş ise, ileride evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması söz konusu olabilir (TMK m. 317). Rıza hakkı, rıza hakkına sahip olan kişinin ölümü veya çocuğun ergin olması ile birlikte kendiliğinden sona erer.⁵⁴

⁴⁷ Y. 2. HD, E. 1997/9743, K. 1997/ 11204, 23.10.1997(Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası); Y. 2. HD, E.1993/6640, K. 1993/7342, 13.07.1993 (Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁸ ARNET ve diğ., Art. 265d, N. 1; BGE 104 II 65.

⁴⁹ AYDOS, s. 124; YAŞAR, s. 143; DURAL ve diğ., s. 346; ÖZÜĞUR, s. 435; “Toplanan delillerden davalı annenin rızasının alınmadığı ve rızasının aranmaması yolunda bir karar da verilmediği anlaşıldığından yasal şartlara uygun düşmeyen hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir” Y. 2. HD, E. 2005/15133, K. 2005/ 18087, 22.12.2005 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁰ DURAL ve diğ., s. 347; KILIÇOĞLU, s. 134.

⁵¹ STETTLER, s. 115; FEYZİOĞLU, s. 475; BAYGIN, s. 615.

⁵² HEGNAUER, Art. 265a, N. 13; FANKHAUSER /BUSER, Art. 265a, N.2.

⁵³ DEMİR, s. 266; AYDOĞDU, s. 211.

⁵⁴ ARNET ve diğ., Art. 265d, N. 9; FANKHAUSER /BUSER, Art. 265a, N.4,

b. Rızanın Şekli

TMK m. 309/II’de, “*Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları⁵⁵ yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir*” düzenlemesi yer alır. Daha önce evlât edinme talebinde bulunulmuş ise, ana ve babanın evlât edinmeye rıza göstermesine ilişkin beyan doğrudan evlât edinmeye karar verecek olan evlât edinenin oturduğu yer mahkemesine de yapılabilir. İMK’ de rızanın, küçüğün veya ebeveynlerinin yerleşim yeri ya da oturma yeri vesayet makamına verileceği düzenlenmiştir (İMK m. 265a/2).⁵⁶ Anılan kişilerin rıza gösterebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olmaları yeterlidir.⁵⁷

Susma bir rıza olarak kabul edilemeyeceği gibi zımni rıza da geçerli değildir. Telefonla da verilen rıza geçerli olmaz çünkü bu durumda rızanın rıza hakkına sahip kişiden gelip gelmediği tespit edilemez.⁵⁸ Rızanın sözlü verildiği durumlarda, hâkimin rıza verenlerin kimliklerini tespit etmesi, ayırt etme gücüne sahip oldukları kanaatine ulaştıktan sonra rıza verenleri bizzat dinlemesi gerekmektedir.⁵⁹ Rızanın yazılı verildiği durumlarda ise rıza beyanının elle veya bir makine aracılığı ile yazılmış olması ya da bizzat rıza verenlerce yazılması bir önem taşımazken, metnin mutlaka rıza verenlerin iradesini yansıtacak şekilde imzalarını içermesi gerekir.⁶⁰

c. Rızanın İçeriği

Açık ve kesin olması gereken rıza beyanının, evlât edinme ilişkisinin niteliği ile bağdaşmayacak şekilde geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılması mümkün değildir. Örneğin ebeveynlerin çocukla iletişim kurmaya devam edebilmeleri şartıyla rıza vermesi evlât edinme ilişkisinin niteliği ile bağdaşmaz.⁶¹ Evlât edinme ilişkisinin şarta bağlı olarak yapılması TMK m. 317 gereği evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sonucunu doğurur.

⁵⁵ Oturdukları yer ifadesi yerleşim yeri olarak değil sakin olunan yer olarak anlaşılmalıdır. Zira kanun koyucu yerleşim yerini aradığı durumlarda bunu açıkça belirlemektedir. Ana babanın ayrı yaşaması halinde her birinin oturdukları yer mahkemesi yetkili olmalıdır. Bkz. AYDOS, s. 124; AYDOĞDU, s. 212.

⁵⁶ HEGNAUER, Art. 265a, N. 24.

⁵⁷ BAYGIN, s. 615; DURAL ve diğ., s. 347; HEGNAUER, Art. 265a, N. 14.

⁵⁸ HEGNAUER, Art. 265a, N. 27; STETTLER, s.115; ARNET ve diğ., Art. 265d, N. 5.

⁵⁹ HEGNAUER, Art. 265a, N. 35.

⁶⁰ HEGNAUER, Art. 265a, N. 28.

⁶¹ FANKHAUSER /BUSER, Art.265a, N.7.

TMK m. 309/II, evlât edinenlerin adlarının belirtilmemiş ya da evlât edenler henüz belirlenmemiş olsa dahi verilen rızanın geçerli olacağı belirtilir.⁶²

Rızanın önceden verilebilmesi imkânı “evlât edinmenin gizliliği ilkesi” ile de uyum gösterir.⁶³ İsviçre Hukukunda “tam evlât edinme” söz konusudur.⁶⁴ Buna bağlı olarak ana- baba küçüğün evlât edinilmesine rıza göstermiş ya da onların rızasının aranmayacağına karar verilmişse, küçüğün evlât edindirilmek amacıyla aile yanına yerleştirildiği andan itibaren, ana-babanın küçükle kişisel ilişki kurma hakları sona erer (İMK m.274). Ayrıca evlât edinme kararı verilirken evlât edinenler ile çocuğu evlâtlık veren aile yüzleştirilmemekte ve hatta evlât edinme kararı verildikten sonra evlât edinen kişilerin kimlikleri, onlar onaylamadıkça açıklanmamaktadır (İMK m. 268b).⁶⁵ Oysa TMK’de tam evlât edinme sistemi benimsenmediğinden, evlât edinilenin gerçek ailesi ile bağlarının devam etmesi amacı ile evlât edinenin aile kütüğü ile gerçek ailesinin arasındaki her türlü bağın kurulması sistemi kabul edilmiştir (TMK m. 314/V).

d. Rızanın Zamanı

Bir ana baba için çocuğunun evlât edinilmesine rıza gösterme, çocukları dünyaya yeni geldiği zaman kolay verilebilecek bir karar değildir. Bu nedenle TMK m. 310/I’de rızanın verilemeyeceği zaman dilimi belirlenmiştir. Ana ve baba küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden rıza veremez.⁶⁶ Böylece ana ve baba altı haftalık bir süre içinde bebeklerini evlâtlık vermekten vazgeçebilir. Küçüğün doğumunun üzerinde altı hafta geçmeden önce verilen rıza geçersizdir ve kanunda belirtilen sürenin geçmesi geçersizliği

⁶² Belen, genel nitelikteki bu rızanın, ana baba ve çocuk arasındaki duygusal ağırlıklı kişisel ilişkinin çok önemli olmasından dolayı kişiliğin korunması hükümlerine aykırı olduğunu; mevcut sistemin İsviçre’den farklı olarak tam evlât edinmeyi kabul etmediğini; evlât edinilen küçük ile biyolojik ana ve babası arasındaki ilişkinin sürdüğü belirtir. BELEN, s. 43 vd.

⁶³ HEGNAUER, Art. 265a, N. 42; TUOR ve diğ., s. 445, N. 58.

⁶⁴ Bkz. WEIMAR, Peter, “Die Zustimmung der Eltern zur Adoption”, *ZVW*, 2001 S. 124, s. 125.

⁶⁵ HEGNAUER, Art. 265a, N. 16.

⁶⁶ Aydos, altı haftalık sürenin bebeğin gelişimini tamamlaması için arandığını belirtmektedir, AYDOS, s.125; 24 Nisan 1967 tarihli Çocukların Evlât Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinin 4. fıkrasına göre, annenin, çocuğunun evlât edinilmesi yönündeki rızası eğer doğumdan sonraki altı haftadan fazla bir zamanda değilse kabul edilemez, bu durum kanunlarca da hüküm altına almır. Eğer kanunda bu yönde açıklama yoksa, yetkili organın görüşü alınarak, bu sürenin annenin doğumun etkilerini üzerinden atabilmesi için yeterli bir süreden az olmamasına dikkat edilir.

ortadan kaldırmaz. Sürenin geçmesinden sonra yeniden rıza gösterilmesi gerekir.⁶⁷ Altı haftanın sonuncu günü Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 92/I b. 2'ye göre hesaplanır.⁶⁸

e. Rızanın Geri Alınması

TMK m. 310/II'de, rızanın tutanağa geçirilme tarihinden itibaren altı hafta içinde aynı usulle geri alınabileceği düzenlenir.⁶⁹ Anılan maddenin üçüncü fıkrası rızayı geri alma imkânını bir defaya mahsus olmak üzere ana ve babaya tanır. Rızanın geri alınmasının düzenlenmesi, ana babanın doğum sonrası dönemde psikolojik, maddi, toplumsal problemlerinin üstesinden gelebildiği durumlarda, çocuğunu büyütmek istemesi açısından isabetlidir.

Rızanın geri alınabilmesi için gerekçe gösterilmesine gerek yoktur ancak rızanın geri alınması, rızanın tutanağa geçirilmesi tarihinden başlayarak altı hafta içinde rızanın verilmesindeki usule uygun olarak yapılmalıdır (TMK m. 310/II). Rızanın geri alınmasından sonra yeniden verilen rıza kesindir ve geri alınamaz.⁷⁰ Yani verilen rızanın altı hafta içinde geri alınması durumunda rıza kesinleşir ve bu süre ana babanın ayrı ayrı rıza veremeleri durumunda birbirinden bağımsız olarak işler.

f. Rızanın Aranmadığı Haller

Kanun koyucu, küçüklerin yararını gözeterek kanunun hüküm altına aldığı bazı durumlarda ana babanın rızasının aranmayacağını düzenler.

ÇHS m. 9' un 1. bendinde “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.” hükmü yer alır.

⁶⁷ DURAL ve diğ., s. 348.

⁶⁸ ÖZTAN, s. 969.

⁶⁹ Belçika, Danimarka, Finlandiya, İngiltere ve İrlanda düzenlemelerinde rıza evlât edinme duruşmasına kadar geri alınabilir. Bkz. YAŞAR, s. 120, dn. 336.

⁷⁰ FANKHAUSER /BUSER, Art. 265b, N. 2; ÖZUĞUR, s. 435; AYDOĞDU, s. 228; AYDOS, s. 125; BALKAR Süheyla, “Türk Hukukunda Evlât Edinme”, **GSÜHFD**, Yıl 2002, S. 2, s. 245; DURAL ve diğ., s. 349; ÖZTAN s. 971; HEGNAUER, Art. 265b, N. 16-17.

Yani, çocuk ana-babasının rızası dışında ailesinden koparılamaz ve taraf devletler bunu güvence altına almakla yükümlüdür. Çocuğun yüksek yararı gözetilerek, ana babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi amacıyla yetkili makamlarca ailesinden ayrılmasına karar verilebilir.

TMK m. 311’de ana babanın kim olduğu veya uzun süredir nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa ya da küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa rızalarının aranmayacağı düzenlenmiştir.

Ana babanın kim olduğunun bilinmemesi objektif olgulara dayanır. Çocukla ana arasındaki soybağı TMK m. 282/I uyarınca doğumla kurulur. Baba ile çocuk arasındaki soybağı ise evlilik içinde doğum hali dışında, tanıma veya babalık davası sonucunda hâkimin vereceği kararla kurulur. Bu durumda annenin tespit edilemediği hallerde babanın kim olduğunun bilinmesi de mümkün olmaz. Ana babanın kim olduğunun bilinmemesi, evlât edinen kişinin bu konuda bilgi sahibi olmadığını; mahkemenin de evlât edinmeye rıza gösterilmediğine ilişkin bir beyanı tespit edemediğini ayrıca ana babanın kim olduğunun bilinmemesi küçüğün ana ve baba yönünden soybağının bulunmadığını gösterir.⁷¹

Eğer ki küçük terk edilmişse, küçüğün ana ve babasının bilinmesi mümkün olamayacağından, bu kişilerin rızasının aranmamasına karar verilebilir. Küçük yeni doğmuşsa doğumdan itibaren altı hafta geçmeden ana ve babanın rızasının aranmaması kararının verilmemesi gerekir. Çünkü çocuğun terk edildiği altı haftalık sürede ana babanın çıkıp gelmesi ihtimali bulunur. Bu ihtimalde ana ve babanın kim olduğu bilinmekte yalnız ana veya babadan birinin uzun zamandır nerede oturduğunun bilinmemesi sebebiyle evlât edinmeye rızasının alınmasından vazgeçilmektedir. Kanunda uzun süreden ne anlaşılması gerektiği açıkça yer almadığından bu süreyi takdir edecek hâkimdir.

TMK m. 15’te, kanunda gösterilen ayırık durumlar dışında, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı söylenmiştir. Evlât edinmeye rıza verilmesi kanunda işaret edilen bu ayırık durumlardan biri olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle sürekli bir şekilde ayırt etme gücünden yoksun olan ana babanın rızası aranmayacaktır. Ana babanın ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olduklarının söylenebilmesi için

⁷¹ DURAL ve diğ., s. 350.

anılan kişilerin ayırt etme gücünü bir daha kazanamayacak olmaları gerekli değildir. Öğretide, ana babanın ayırt etme gücünden yoksunluğunun sürekliliğinin, evlât edinme işlemleri sırasında küçüğün menfaatinin ana babanın ayırt etme gücünü kazanabileceği zamandan daha önce evlât edinme kararının verilmesini gerektirdiği durumlarda söz konusu olabileceği belirtilir.⁷²

Ayırt etme gücüne sahip olmadığı gerekçesi ile yeterli bir araştırma yapmadan, uzmanların görüşü alınmadan verilecek rızanın aranmaması kararı, çocuk evlâtlık verildikten sonra ana ya da babanın ayırt etme gücünü kazanması durumunda hem gerçek ana babanın hem de çocuğun menfaatinin zedeler. Bu nedenle hâkimin ana ya da babanın ayırt etme gücünden sürekli yoksun olduğunun tespiti için ciddi bir araştırma yapması gerekir.

Rızanın aranmayacağı diğer bir durum da küçüğe karşı özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesidir. Subjektif olgulara dayanan bu durumun tespiti hâkime aittir. Hâkim velayetin kaldırılmasına ilişkin TMK m. 348/ b. 2 hükmünü de dikkate alarak somut olayın şartları çerçevesinde takdir hakkını kullanır. Hâkim takdir hakkını kullanırken, ana baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiler kadar ekonomik ilişkileri ve yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini dikkate alır.⁷³ Hâkim, çocuğunu terk etmiş, bakımsız ve perişan halde bırakmış, arayıp ne durumda olduğunu sormamış, eğitim ve yetişmesine hiç ya da yeteri kadar ilgi göstermemiş, haklı bir sebebe dayanmaksızın kendi hayatını yaşamış, hastalık veya ekonomik durumunun yetersizliği gibi sebeplerle çocuğuna gerekli özeni göstermemiş ana babanın rızasının aranmamasına karar verebilir.⁷⁴ Bu düzenlemenin özellikle

⁷² HEGNAUER, Art. 265c, N.19; STETLER, s.121.

⁷³ Acil bir durum sebebiyle ana babanın tek bir sefere mahsus olmak üzere çocukla ilgilenememiş olması rızadan vazgeçilmesi için yeterli değildir. Evlât edinme kurumu küçüğü koruma aracı olmadığından, hâkim anılan hükmü uygularken dikkatli ve temkinli olmalıdır. Bkz. BELEN, s. 41.

⁷⁴ ÖZUĞUR, s. 436; "...Davalı Nurgül'ün evlilik dışı ilişkisi sonucunda 01.11.2011 tarihinde Ayşegül'ün doğduğu, çocuğun babasının yargılama sırasında küçüğü 26/08/2014 tarihinde tanıyan davalı M.. P.. olduğu, küçük Ayşegül doğduktan sonra davacılar tarafından alınarak bakılıp büyütüldüğü, her türlü ihtiyacının giderildiği, halen birlikte yaşadıkları, 08.05.2013 tarihinde davacılar tarafından evlât edinme davasının açıldığı, davalı anne Nurgül tarafından evlât edinmeye rıza gösterilmediği, diğer davalı baba Mustafa'nın 30.09.2014 tarihli -2- duruşmada evlât edinmeye rızasının olmadığını beyan ettiği, tanık beyanlarının ve dosyaya sunulan sosyal inceleme raporlarının davacıların iddialarını kanıtlar nitelikte bulunduğu, davalı annenin küçüğün doğumdan itibaren uzun süre küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği gibi küçüğün nüfus cüzdanını çıkartılması için davacılardan 4000 TL para istediğinin tanık S.. K..'un beyanında belirtildiği, mahkemece çocuğun annesinin rızası bulunmadığı ve rıza aranmaması şartları da oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar ve-

boşanma sonrası çocukları ile ilgilenmeyen kişilerin çocuklarının evlat edinilmesinde pratik önemi vardır.⁷⁵

İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda, çocuğu ile uzun bir zaman ilgilenmemiş, yaşamsal ilişki kurmamış ya da ilişkiyi normal bir seviyede tutmamış, adeta çocuğu ile yabancılaşmış ebeveyn ya da ebeveynlerin bir anda ortaya çıkarak evlât edinmeye karşı çıkmasının İMK m.2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini belirtmiştir.⁷⁶

g. Rızanın Aranmaması Kararı

Rızanın aranmaması kararı verilirken çok dikkatli bir inceleme yapılmıştır, yetkili makam ana babanın kim olduğu veya uzun süredir nerede bulunduğu bilinmiyorsa, ana baba ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa yahut ana baba çocuğa karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa rızanın aranıp aranmayacağına karar verebilir.⁷⁷

TMK m. 312/II gereği rızanın aranıp aranmayacağı yönündeki karar kural olarak evlât edinme işlemleri sırasında verilir. Ancak bu maddenin birinci fıkrasında istisnai olarak küçüğün evlât edinilmek üzere bir aracı kuruma yerleştirilmesi halinde ana babadan birinin rızası eksik ise evlât edinilen veya evlât edinmeye aracılık eden kurumun⁷⁸ başvurusu üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, küçüğün oturduğu yer mahkemesi rızanın aranıp aranmayacağına karar vereceği belirtilir.⁷⁹

TMK m. 311/II'de anılan özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle rızanın aranmayacağına karar verilirse, TMK m. 312/III gereği bu karar ana veya babaya yazılı olarak bildirilir.⁸⁰

rıldığı, karardan sonra davalı baba Mustafa'nın mahkemeye evlat edinmeye rıza gösterdiğine dair 04.12.2014 tarihli kimlik tespiti ekli dilekçe verdiği anlaşılmaktadır. Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında; Türk Medeni Kanunu'nun 305 ve devam eden maddelerinde yer alan küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin şartlar ile küçüklerin evlat edinilmesinde ana ve babasının rızasının aranmamasına dair şartlar gerçekleşmiştir..." Y. 18. HD, E. 2015/4023, K. 2015/17523, 1.12.2015 (Lexpera).

⁷⁵ WEIMAR, s. 128.

⁷⁶ STETTLER, s.121.

⁷⁷ WEIMAR, s. 124.

⁷⁸ TMK m. 320'ye göre, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetleri, ancak Bakanlar Kurulunca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılır.

⁷⁹ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 384.

⁸⁰ ARNET ve diğ., Art. 265d, N. 18; İsviçre Federal Mahkemesi rızalarının aranmayacağı kendisine bildirilmeyen ana veya babanın bu karara karşı iptal davası açabileceğine hükmetmiştir. BALKAR, s. 247, dn. 35.

Yasal bir temeli olmaksızın rıza alınmadan evlât edinme işleminin gerçekleşmesi durumunda TMK'nin 317'nci maddesi gereği, rızası alınmayan kişiler hâkimden evlât edinme ilişkisinin kaldırılmasını talep edebilir. Bu durumda, evlât edinme ilişkisinin kaldırılması nedeniyle çocuğun yararının ağır şekilde zedelenmemesi gerekmektedir (TMK m. 317).

h. Vesayet Dairelerinin İzni

Evlât edinilecek küçük, vesayet altında ise yalnızca onun rızası evlât edinme kararı için yeterli olmaz. Bu noktada vesayet altındaki küçüğün evlât edinilmesi vesayet ve denetim makamlarının iznini gerektirir.⁸¹ Vesayet altındaki küçüğün evlât edinilmesi için TMK m. 463/b.1 gereği, vasinin önce vesayet makamından (Sulh Hukuk Mahkemesi) izin alması, daha sonra da bu izni denetim makamına (Asliye Hukuk Mahkemesi) onaylatması gerekir.⁸² Şu halde vesayet altındaki bir küçüğün evlât edinilebilmesi için, evlât edinenin, ayırt etme gücü bulunan küçüğün, küçüğün ana ve babasının ve son olarak vesayet dairelerinin rızaları aranır.

Yargıtay'a göre,⁸³ tek başına asliye hukuk mahkemesinin izin vermesi evlât edinme kararının butlanına neden olmaz. Başka bir deyişle, denetim makamı vasi ve vesayet makamının görüşü ile bağlı değildir.⁸⁴ Aslında kanunda düzenlendiği gibi bu hususta öncelikle sulh hukuk mahkemesinin izni ve ardından asliye hukuk mahkemesinin onayı aranmalıdır. Ancak yanlışlıkla izin aşaması atlanmışsa artık daha üst mahkeme niteliğini haiz asliye hukuk mahkemesinin onayı da yeterli görülmelidir.⁸⁵

⁸¹ “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinde vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu haller düzenlenmiş olup, vesayet altındaki kişinin evlât edinmesi ve evlât edinilmesi hali de bunlar arasında sayılmaktadır. Mahkemece, vesayet ve denetim makamlarından izin alınmaksızın yazılı şekilde küçüğün evlât edinilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur... Hükmün sonuca etkili olmak üzere BÖZÜLMESİNE, 21.06.2004 günü oybirliği ile karar verildi”, Y. 2. HD, E. 2004/7269, K. 2004/8098, 21.06.2004 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁸² TMK'nin 397/II hükmüne vesayet makamı sulh mahkemesi, denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir. Ayrıca 09.01.2003 tarihli, 4787 sayılı kanun ile aile hukukundan doğan vesayet ile ilgili konularda vesayet ve denetim makamı olarak aile mahkemeleri görevli kılınmıştı. 20.04.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5133 sayılı kanun ile 4787 sayılı kanunun m.7/2 hükmünü değiştirerek aile hukukundan doğan vesayet ile ilgili görevler yine sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerine bırakmıştır.

⁸³ Y. 2. HD, E. 3705, K. 4684, 24.09.1957 (YAZICI Hilmi/ ATASOY Hasan, **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile Yargıtay Tatbikati**, 1952-1970, Ankara, 1970, s. 554, No: 980; bkz. Karar No: 59).

⁸⁴ Doğanay, vesayet makamının kararının teklif mahiyetinde olduğu görüşündedir. Bkz. DOĞANAY, s. 724.

⁸⁵ AYDOĞDU, s. 278.

Vesayet altındaki küçük ayırt etme gücüne sahip değilse burada vasinin ve vesayet dairelerinin izniyle işlem yapılır. Eğer vasi ile ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün çıkarlarının çatıştığı veya böyle bir çatışmanın olabileceği düşünülüyorsa, TMK m. 426/2 uyarınca vesayet altındaki kişiye bir kayyım atanması gerekir.⁸⁶ Örneğin küçük vasisi tarafından evlât edinilmek isteniyorsa, küçüğün anne ve babasının rızası yanında çocuğa sulh hukuk mahkemesince atanacak kayyımın ve en son olarak da vesayet dairelerinin izni aranır.⁸⁷

B. Evlât Edinen Açısından Şartlar

1. Genel Şartlar

a. Evlât Edinme Ehliyeti

Evlât edinmenin tamamlanmasıyla taraflar arasında soybağı kurulur. Evlât edinilecek kişinin hak ehliyetine sahip olması gerekir. Ayrıca evlât edinilen gerçek kişi olacağı gibi evlât edinen de gerçek kişi olmalıdır. Hak ehliyetine sahip olabilmesi için pek tabii ki evlât edinecek kişinin sağ olması gerekmektedir. Ölmüş bir kişinin mirasçılarının onun adına başvuruda bulunması mümkün değildir.

Evlât edinme ilişkisinin kurulması açısından evlât edinecek kişinin ayırt etme gücüne sahip olması, bu ilişkinin anlam ve sonuçlarını kavrama, küçük ile ilişkinin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi hususunda gerekli akli yeteneğe sahip olmayı ifade etmektedir. Evlât edinenin evlât edinme sırasında evlât edinmeye ehil olup olmadığı konusunda bir tereddüt varsa, Adli Tıp Kurumundan doktor raporu alınması gerekmektedir.⁸⁸ Zira evlât edinecek kişinin ehliyet durumu çocuğun yararı ile doğrudan ilişkilidir.

Ayırt etme gücüne sahip, kısıtlanmamış kişiler kendi rızaları ile evlât edinebilirler. Kendisine yasal danışman atanmış olan sınırlı ehliyetli kişi ise,

⁸⁶ ÖZTAN, s. 448.

⁸⁷ ATAAY Aytakin, **Medeni Hukukta Evlât Edinme**, İstanbul, 1957, s. 56-57; AYDOS, s. 126; ÖZMEN, s. 32; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 664; BAYGIN, s. 615; “Davada evlât edinen vasi ile evlâtlık arasında yarar çatışması vardır. Küçüğe kayyım tayin ettirilip davaya dâhil ettirilmesi, varsa göstereceği delillerin toplanıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Y. 2. HD, E. 2004/6534, K. 2004/7627, 10.6.2004 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Berki’ye göre sadece vesayet dairelerinin izni yeterlidir. BERKİ Şakir, **Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlât Edinme**, Ankara, 1962, s. 51.

⁸⁸ Y. 2. HD, E.1987/3458, K. 1987/ 4895, 04.06.1987 (İNAL, s. 1024).

evlât edinme işlemi TMK m. 429’da düzenlenen işlemlerden biri olmadığı için danışmanın rızası olmaksızın evlât edinebilir.⁸⁹ Ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlât edinebilmeleri mümkün olmadığı gibi, bu kişiler adına yasal temsilcileri de evlât edinemez.⁹⁰ Eşi ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan kişinin tek başına evlât edinebileceği düzenlendiğinden, tam ehli-yetsizlerin evlât edinmeyeceği sonucuna varılır (TMK m.307/son). Sınırlı ehli-yetsizlerin ilk grubunu meydana getiren ayırt etme gücü bulunan küçüklerin evlât edinmesi kanunun evlât edinme için aradığı yaş şartı dolayısıyla mümkün değildir. TMK’ nin aradığı asgari yaş şartını gerçekleştiren ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ise, TMK m. 463/b. 1 uyarınca vasilerinin ve vesayet dairelerinin izni ile evlât edinebilirler. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların evlât edinmesinde sulh mahkemesinin izni yeterli görülmez denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin de onayı aranır. Doktrinde bu düzenlemenin, evlât edinmenin malvarlığına etkisi olması sebebiyle yerinde olduğu kabul edilir.⁹¹ Ayırt etme gücüne sahip olup da velayet altında bulunan kısıtlıların durumlarının ne olacağı kanunda açık bir şekilde belirtilmemiştir. Velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip kısıtlının evlât edinmesi için velisinin rızası gerekli ve yeterlidir.⁹²

Kısıtlanma sebeplerinden herhangi birini taşıyan bir kimsenin evlât edinmesine hukukumuz bakımından engel bulunmaz. Bu kişiler vesayet dairelerinin izni ile evlât edinebilir. Ancak kanaatimizce, kısıtlanma sebeplerini taşıyan kişilerin evlât edinmesine izin verilmesinde küçüklerin ve erginlerin evlât edinilmesi bakımından ikili bir ayrıma gidilmelidir. Kısıtlı kişilerin evlât edinmesi küçükün menfaati ile bağdaşmayacağından uygun değildir. Ancak cezaevinde bulunan ya da yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemeyen bir kişinin bir ergini evlât edinmesinde ise bir sakınca bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde yaşlı, sakat, deneyimsiz veya ağır hasta bir kişinin de bir evlâda kavuşmak

⁸⁹ ÖZTAN, s. 571; “Kendisine yasal müşavir tayin edilen kişi, şahsına sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken müşavire danışmak zorunda değildir. Bu nedenle evlât edinenin müşavir tayinine muhtaç olması evlâtlık sözleşmesinin iptalini gerektirmez.” Y. 2. HD, E. 8298-K.8002, 16.12.1974 (İNAL, s. 1017).

⁹⁰ TEKİNAY, s. 454; OĞUZMAN/DURAL, s. 249; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 653; YAŞAR, s. 36; BALKAR, s. 243; BAYGIN, s. 604.

⁹¹ TEKİNAY, s. 454; OĞUZMAN/DURAL, s. 249; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 653; Yaşar, kısıtlı kişiler açısından evlât edinme imkânı getirilmesinin yerinde olmadığı kanısında, bkz. YAŞAR, s. 39 vd.

⁹² Aynı yönde YAŞAR, s. 38; aksi görüş için bkz. OĞUZMAN/DURAL, s. 249.

istememesi evlât edineceği ergin de bu duruma razı olduktan sonra mümkündür. Hâkim ve vesayet daireleri somut olayın özelliğine göre araştırmalarını yapacak ve karar verecektir.

b. Evlât Edinenin Yaşı

EMK düzenlemesinde evlât edinmek isteyen kadın veya erkek olsun en az otuz beş yaşında olmalıydı (EMK m. 253). Kanunun 253'üncü maddesi 16.06.1983 tarihli ve 2846 sayılı kanunla değiştirilmeden önce ise evlât edinenin en az kırk yaşında olması aranıyordu.

TMK evlât edinenin en az otuz yaşında olmasını arar (TMK m. 306-307). TMK' nin emredici mahiyetteki bu hükmüne göre kanun koyucunun evlât edinebilmek için asgari bir yaş haddi belirlemiş ancak, bir üst yaş sınırı getirmemiştir. Birlikte evlât edinme durumundaki istisna dışında kanunun emredici hükmü uyarınca otuz yaşında olmayan bir kimsenin tek başına evlât edinmesi mümkün değildir. İMK m. 264/b'de ise evlat edinebilmek için yirmi sekiz yaşın doldurulmuş olması aranır.

Fizyolojik ve psikolojik bakımdan genç anne baba olmanın faydaları vardır.⁹³ Küçük yaştaki bir çocuğun kendinden yaşça hayli büyük biri tarafından evlât edinilmesi durumunda bu kişiler arasında gerçek bir ana baba ilişkisinden çok büyükanne ve büyükbaba ilişkisi meydana gelir. Bu sebeple modern kanunların hepsinde yaş sınırı giderek düşürülmüştür. Kanun koyucunun evlât edinmek isteyen açısından aradığı yaş haddinin zaman içindeki düzenlemelerle giderek aşağı çekilmesi olumlu olmakla birlikte evlat edinme yaşında bir revizyon düşünülürse İMK' deki gibi yirmi sekiz yaşa düşürülmesi kanaatimizce olumlu olur.

c. Evlât Edinen ile Evlât Edinilecek Küçük Arasında Yaş Farkının Bulunması

aa. Genel Olarak

TMK m. 308/I hükmünde evlât edinilenin, evlât edinenden en az onsekiz yaş küçük olması gerektiği düzenlenir.⁹⁴ Evlât edinen ile küçük arasında

⁹³ ÖZTAN, s. 569; Evlât edinen ile evlâtlık arasındaki ilişki, gerçek ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiye benzetilmek isteniyorsa azami bir yaş farkının öngörülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. BAYGIN, s. 606.

⁹⁴ Belen, madde başlığında "küçüğün rızası ve yaşı" dendiikten sonra bu madde içerisinde evlât edinen ile evlât edinilen arasında yaş farkının belirlenmesini isabetli bulmamaktadır. Madde okunduğunda akla gelen ilk şeyin kaç yaşındaki küçüğün evlât edinilebileceğinin ayrıntılı bir

onsekiz yaş farkını arayan emredici nitelikteki bu hükmün amacı, evlât edinme ilişkisi ile biyolojik ana baba ve çocuk ilişkisinden farklı bir aile yapısı oluşturmanın sakıncalarını önlemek, olabildiğince evlât edinme ilişkisini tabii ve gerçek soybağına benzetmektir.⁹⁵

Doktrinde evlât edinen ile evlât edinilen arasında kesin bir yaş farkının aranmasının aile bütünleşmesine engel olduğu, bu nedenle çocuklu bir kişinin yeniden evlenmesi durumunda diğer eş ile küçük arasında kanunun aradığı yaş farkının bulunmaması sebebiyle diğer eşin evlendiği kişinin çocuğunu evlât edinemeyeceği, ana, babasını kaybetmiş bir küçüğü evlât edinmek isteyen biri ile küçük arasında bahsi geçen yaş farkının bulunmamasının evlât edinmeye engel olacağı belirtilir.⁹⁶

TMK’de evlât edinen ile evlât edinilen arasında asgari bir yaş farkı öngörülmesi olmasına rağmen azami bir yaş farkı aranmaz. Kanunda azami yaş farkının öngörülmemesi sebebiyle evlat edinen ile küçük arasındaki yaş farkının onsekizden fazla olması evlat edinme ilişkisinin kurulmasına engel olmaz.⁹⁷ Bu nedenle yaş bakımından üst sınırın kabul edilmemiş olması teorik açıdan, ileri yaştaki bir kimsenin küçük bir bebeği bile evlât edinebilmelerine olanak tanır. Ancak böyle bir durumda mahkemenin yine TMK m. 316 çerçevesinde gerekli araştırmayı itinayla yapması ve araştırma sonucu olumsuz ise evlât edinme ilişkisinin kurulmasına izin vermemesi gerekir.⁹⁸ Bakım ve eğitime ilişkin süre ile evlât edinenin yaşına ilişkin şartlar devreye girdiğinde ise anılan yaş farklılıklarında değişiklikler olacağı açıktır.⁹⁹

biçimde düzenlenmiş olacağıyken, evlât edinenle evlât edinilen arasındaki yaş farkının akla gelen son şey olduğunun altını çizmektedir. Ayrıca yazar bu şartın her iki tarafa da ilişkin olduğunu, bu nedenle sadece bir taraf açısından konunun ele alınmasının hatalı olduğunu, eğer sadece bir taraf açısından belirleme yapılacaksa bu durumda madde başlığının “Küçüğün rızası ve evlât edinenle yaş farkı” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir, BELEN, s. 15-16. “...Dosyada mevcut nüfus kayıt örneklerinden 25.04.1973 doğumlu davacı ... ile 24.11.1989 doğumlu evlat edinilmek istenilen ... arasındaki yaş farkının onsekiz yıldan az olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, sözü edilen hükümde öngörülen yasal şartın oluşmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...” Y. 18. HD, E. 2014/19324, K. 2015/7582, 5.5.2015 (Lexpera).

⁹⁵ FEYZİOĞLU, s.468; ŞENER Esat, **Uygulamalı- İçtihatlı Nafaka, Velayet, Vesayet, Evlâtlık, Babalık**, Ankara, 1994, s. 535; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 658; AYDOS, s. 119; BALKAR, s. 243; DURAL ve diğ., s. 345.

⁹⁶ BELEN, s. 17; aynı yönde ATAAY, s. 78; TEKİNAY, s. 456; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 658.

⁹⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 246.

⁹⁸ BELEN, s. 18; ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 379.

⁹⁹ BELEN, s. 19.

İMİK m. 264d’de evlat edinme izni verilebilmesi için evlat edinen ile evlatlık arasında minimum on altı maksimum kırk beş yaş farkı olması aranır. Birlikte evlat edinmede minimum ve maksimum yaş farkının her iki ebeveyn tarafından da karşılanması gerekir.¹⁰⁰ Eğer çocuğun yararı gerektiriyor ise yaş kuraldan sapılabilir. Bu durumda evlat edinmek isteyeninin durumu gerekçelendirmesi gerekir. Bir sapma durumunda çocuğun yararının korunması tek başına yeterli değildir. Bu sapma örneğin çocukla zaten var olan yakın bağ durumunda olduğu gibi korunması gerekli bir yarar olmalıdır.¹⁰¹

bb. Anayasa Mahkemesinin 17.10. 2023 tarihli 32342 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan Hak Mahrumiyeti Kararı

Anayasa Mahkemesi’nin 17.10.2023 tarihinde 32342 sayılı Resmi Gazetede “Yıldız Ceylan Var” başvurusuna ilişkin vermiş olduğu hak mahrumiyeti kararı yayımlandı. Somut olayda 2000 yılında dünyaya gelen başvuru, FK’nin ilk evliliğinden olan kızıdır. FK ile BV 2006 yılında evlenir. 1984 doğumlu BV 2015 yılında başvurucuyu evlat edinmek için dava açar. Yerel Mahkeme evlat edinme kararı verir. İlçe nüfus memurluğu evlat edinen ile evlat edinilen arasında on altı yaş fark olduğunu fark ederek durumu ihbar eder ve evlat edinme kararının kaldırılmasına ilişkin dava açılır. BV davanın reddini talep eder, kuralın anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunur. Aile mahkemesi davayı kabul eder ve evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verir. Davalı davayı istinaf eder. Bölge Adliye Mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder. Uyuşmazlık bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne gelir.

Anayasa Mahkemesi, evlat edinmede aranan yaş farkına ilişkin şartın kesin olması ve kanuni düzenlemelerde istisnai hallere yer verilmemesinin aile hayatına saygı kapsamında devletin yasal düzenlemeler yapma konusundaki pozitif yükümlülüğüne aykırılık teşkil edip etmediğini inceler. Taraflar arasında makul bir yaş farkı olduğu, tarafların fiilen var olan aile bağlarının korunması gerektiği, genel kurala istisna getiren kuralların düzenlenmesi gerektiği, kuralın kesin olmasının çocuğun üstün yararının korunması ilkesine ve aile ilişkilerine zarar verebileceği, başvuruya konu olayda başvurucunun haklı taleplerini kapsam dışında bırakan eksik bir düzenlemenin olduğu değerlendirilir.

¹⁰⁰ FANKHAUSER /BUSER, Art. 264c, N.3.

¹⁰¹ FANKHAUSER /BUSER, Art. 264d, N. 4.

TMK m. 308’de evlât edinilenin, evlât edinenden en az onsekiz yaş küçük olması aranır. Küçüklerin Evlât Edinilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.8/III’ te evlât edinen ile evlât edinilen arasında kesin bir yaş farkı aranmamış, aranılacak olan yaş farkının gerçek ana, baba ve çocuk ilişkisine uygun olması gerektiği ifade edilerek evlât edinmeye karar verecek makama takdir yetkisi tanınmıştır.

Kanaatimizce evlat edinen ve edinilen arasında yaş farkı aranabilir. Ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa İMK’deki gibi gerekçelendirmek sureti ile bu kuraldan sapma imkânı tanınmalıdır. Önemli olan evlât edinen ile evlât edinilen arasında gerçek bir aile ilişkisinin kurulmasıdır. Bu sebeple TMK’ye bir hüküm eklenmeli ve “Yıldız Ceylan Var” başvurusundaki gibi istisnai durumlarda evlat edinmeye izin verilebilmesi için hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır.

2. Birlikte Evlât Edinme

a. Eşlerin Birlikte Evlât Edinme Zorunluluğu

EMK’de eşin diğer eşin rızası ile tek başına evlât edinmesine izin veriliyordu (EMK m. 255/I). TMK m. 306/I’ de ise evli kişilerin birlikte evlat edinebileceği düzenlenir. Evli kişiler açısından birlikte evlât edinme zorunluluğunun getirilmesinin temel nedeni, “her çocuğun bir ana ve babası olmalıdır” kuralı (TMK m. 185) ve kanun koyucunun evlât edinilecek küçüğün tam bir aile ortamında büyümesini arzu etmiş olmasıdır.¹⁰² Bu nedenle evli olmayan kişiler örneğin, iki arkadaş ya da iki kardeş birlikte evlât edinemez.¹⁰³

Evlilik dışı beraberlik sürdüren çiftlerin¹⁰⁴ veya nişanlı çiftlerin de evlat edinmesine izin verilmez.¹⁰⁵ Eşler TMK m. 307/II’deki istisna saklı kalmak üzere tek başına bir küçüğü evlât edinemez.¹⁰⁶ İMK m. 264’te yapılan deği-

¹⁰² ÖZTAN, s. 572;

¹⁰³ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 378, “Bir kimsenin birden fazla kişi tarafından evlât edinilebilmesi yalnızca karı koca için mümkündür. Aralarında evlilik bağı bulunmayan birden fazla kişinin ortaklaşa evlât edinmelerine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” Y. 2. HD, 7551/8519, 25.09.1992 (ŞENER, s. 546).

¹⁰⁴ ŞIPKA, s. 309; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 660; BELEN, s. 22; BAKTIR, Selma, **Aile Mahkemeleri**, Ankara, 2003, s. 147.

¹⁰⁵ YAŞAR, s. 67.

¹⁰⁶ Eşlerin aynı kişiyi aynı anda evlât edinme zorunluluğu yoktur. Evli bir kimsenin evlât edindiği kişinin, diğer evli eş tarafından daha sonra evlât edinilmesi mümkündür. AYDOĞDU, s. 330.

şiklik ile madde metninden “eşler” ifadesi kaldırılmış yerine “evlat edinmek isteyenler” ifadesi getirilmiştir. Yine m. 264b’ye getirilen hüküm ile birliklikleri tescil edilmiş partnerlere evlat edinme imkânı tanınmıştır.¹⁰⁷

Birlikte evlât edinebilmenin söz konusu olabilmesi için evlilik ilişkisinin en geç evlât edinme başvurusunun yapıldığı anda kurulmuş olması gerekir. Küçüğün bakılmış ve eğitilmiş olması şartı her iki eş açısından da aranır ancak bu şart aranırken evlilik birliğinin kurulmuş olması gerekmez.¹⁰⁸

Eşlerin kendi rızasıyla ayrı yaşamaları veya TMK m. 195 çerçevesinde evlilik birliğinin korunması için gereken tedbirlerin alınması, birlikte evlât edinmeye engel teşkil etmez. Ancak somut olayın özelliği ve evlât edinme ilişkisinin kurulmasının evlât edinilecek küçüğün menfaatine uygun olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Hâkim, ayrı yaşamaya rağmen evlât edinilecek küçüğün her iki taraf ile de iyi ilişkiler kurabileceği kanaatine varması halinde evlât edinme kararı verebileceği gibi ayrı yaşayan çiftlerin evlilik birliğinin sarsıldığını ve küçüğün sağlıklı ve huzur dolu bir yuva ortamı içinde yetişemeyeceğini düşünerek bu durumun çocuğun menfaatine aykırı olduğu gerekçesi ile evlât edinme kararını vermektan imtina da edebilir.¹⁰⁹

TMK m. 315/II düzenlemesi uyarınca evlât edinme başvurusu gerçekleş-tikten sonra evlât edinmek isteyen çiftlerden birinin ölümü ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi, evlât edinmenin diğer şartları bundan etkilenmediği takdirde, evlât edinmeye engel olmaz.¹¹⁰ Yani eşlerden birinin ölümü ya da ayırt

¹⁰⁷ ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 380.

¹⁰⁸ BELEN, s. 23; DURAL ve diğ., s. 342.

¹⁰⁹ DURAL ve diğ., s. 342.

¹¹⁰ “...Evlat edinme başvurusundan sonra evlat edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer şartlar bundan etkilenmediği takdirde evlat edinmeye engel olmaz. (TMK.m.315/2) Buna göre, evlat edinme başvurusunda bulunan davacı ...’ın ölümü, kural olarak davayı konusuz hale getirmez. Evlat edinenin ölümü, evlat edinmeye ilişkin diğer şartları etkiliyorsa evlat edinmeye karar verilemeyecektir. Yasaya göre, evlat edinmeye ancak evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden sonra karar verilir. (TMK.m.316/1) Şu halde, karardan önce evlat edinenin ve edinilenin mahkemece dinlenmiş olması zorunludur. Dava 03/04/2018 tarihinde açılmış, evlat edinme başvurusunda bulunan davacı ..., dava açıldıktan sonra 29/07/2018 tarihinde vefat etmiştir. Bu durumda evlat edinme başvurusunda bulunan davacı ...’ın mahkemece dinlenmesi olanağı kalmamıştır. Öyleyse, dava açılması için özel vekaletname vermeyen ve mahkemece dinlenilmeyen davacı ...’ın dinlenilme olanağı kalmadığından, eşlerin de ancak birlikte evlat edinmesi gerektiğinden davanın reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir...” Y. 2. HD, E. 2021/5709, K. 2022/2228, 9.3.2022 (Lexpera).

etme gücünü kaybetmesi durumunda dahi evlât edinme talebi reddedilmeyecek ve her iki eş açısında da soybağı hükümleri sonuçlarını doğuracaktır.

b. Eşlerin Birlikte Evlât Edinmesinin Şartları

Eşlerin birlikte evlât edinebilmesi TMK m. 306/II'ye göre, en az beş yıldan beri evli olmalarına¹¹¹ veya otuz yaşını doldurmuş bulunmalarına bağlıdır.¹¹² En az beş yıldan beri evli olan eşlerin bu şartı yerine getirmiş olması yeterli olup, belli bir yaşı doldurmuş olmaları aranmaz. En az beş yıldır evli olan eşler -onyedinci yaşlarını doldurarak yasal temsilcilerinin izniyle evlenmiş iseler- yirmiikinci yaşlarını doldurduktan sonra bir küçüğü evlât edinebilir.¹¹³ Hatta olağanüstü evlenme yaşında evlenen kişiler, eşlerden biri ya da her ikisi yirmi bir yaşını doldurmuşken evlât edinebilir. Konu bu şekilde değerlendirildiğinde evlât edinme yaşının dolaylı olarak aşağı çekildiği açıkça görülür. Evlât edinebilmek için yeterli olgunlukta olmayı otuz yaşını doldurmuş olmasında arayan kanun koyucu, birlikte evlât edinmede beş yıl evliliğin devam etmesini yeterli görmüştür.

Kanun koyucunun birlikte evlât edinme için niçin başka bir süre değil de evliliğin beş yıl devamını aradığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre evlilikteki uyumun değerlendirilmesinde beş yıllık müddet yeterlidir ve kanun koyucu olaya tamamen çocuğun yararı penceresinden bakarak, çocuğun uyumlu ve istikrarlı bir yuvada yetişmesi gerektiğini düşünerek bu beş yıllık süreyi öngörmüştür.¹¹⁴ Başka bir görüşe göre ise kanun koyucu, bu süre içinde çocuk sahibi olamayan çiftlerin isteklerini gerçekleştirmek amacıyla beş yıllık süre şartını getirmiştir.¹¹⁵

Eşler beş yıldan beri evli olmasalar da otuz yaşını doldurmuş olmaları halinde birlikte evlât edinebilir. Kanun koyucu burada evlilik süresini hiç

¹¹¹ Belen, evlilik söz konusu olmaksızın birlikte yaşayan eşlerin beş yıllık bir birliktelikten sonra evlât edinmek için başvurmaları ihtimalinde, anılan maddenin lafzının terk edilerek, küçüğün yararının bulunduğu sabit olması şartıyla mahkemenin evlât edinme talebini kabul etmesi gerektiği belirtir. Bkz. BELEN, s. 22.

¹¹² “22.12.197 tarihinde evlenmiş olan davacıların, dava ve hüküm tarihinde beş yıllık evli olmadıkları ve 05.04.1973 doğumlu Zehra'nın otuz yaşını doldurmamış olduğu da dikkate alınmadan, Medeni Kanununun 306. maddesine aykırı olarak, davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır... Hükümün sonuca etkili olarak BOZULMASINA, oybirliği ile karar verildi.” Y. 2. HD, E.2003/ 4947, K.2003/ 5948, 24.04.2003 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹³ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 378.

¹¹⁴ BELEN, s.20.

¹¹⁵ KILIÇOĞLU, s.124.

dikkate alınarak otuz yaşını doldurmuş olan çiftlere evlât edinmenin diğer şartlarını da gerçekleştirmek kaydıyla evlât edinme imkânını tanımıştır. Birlikte evlât edinme için alternatif olan otuz yaş şartının varlığı bu noktada yaptığımız açıklamaları da etkisiz kılar. Zira bir yandan çocuğun yararını ön plana koyarak, evliliğin düzene girmesi, çiftlerin ev hayatı içinde birbirine uyum göstermesi için beş yıl evliliğin sürmüş olması aranırken, diğer yandan evlilikleri beş yıldan az sürmüş olsa da otuz yaşını doldurmuş çiftlerin evlât edinmesine izin verilir. Bir yandan beş yıllık evliliği şart koşan kanun kuyucunun bir yandan da belirli bir yaşın doldurulması halinde evliliğin ne kadar sürdüğüne önem vermemiş olması kanımızca çelişkili bir düzenlemedir. Eğer ki çocuğun menfaati düşünülerek uyumlu bir aile yaşantısının sağlanıp sağlanmayacağına önem veriliyorsa belirli bir süre evliliğin sürmüş olmasının aranması gerekirdi. Bu durumda bir yıllık evliliği dolan otuz yaşını doldurmuş çiftler de evlât edinme hakkına sahiptir.¹¹⁶

TMK'de aranan şartlara baktığımızda beş yıl boyunca eşler hiç beraber yaşamamış veya kısa bir süre birlikte yaşamış olsalar bile maddede aranan beş yıl devam eden evlilik şartı yerine getirilmiş olur. Örneğin beş yıl boyunca evli olan çift sadece bir yıl boyunca birlikte yaşamış ve çocuğun bakımı ve gözetimi ile sadece bu süre içinde ilgilenmiş olup, bunun sonrasında fiilen ayrı yaşamış ve fakat beş yıl dolduktan sonra tekrar bir araya gelmiş ve evlat edinmek istemiş olabilirler.¹¹⁷ Oysa İMK m. 264a'da eşlerin birlikte evlat edinebilmesi için en az üç yıldır birlikte yaşıyor ve her ikisinin de en az yirmi sekiz yaşında olması şartı birlikte arar.¹¹⁸ Birlikte yaşamın sürdürülmesinde işle ilgili kısa süre için yabancı bir ülkede kalma veya birkaç haftalık dil kurslarında bulunma gibi kesintiler tek başına dikkate alınmasa da ilişkinin istikrarını sorgulatabilir.¹¹⁹ Çocuğun yüksek menfaatinin korunması gerekiyor ise asgari yaştan feragat edilebilir. Eşlerin bu durumun çocuğun menfaatine olduğunu ispatlaması gerekir. Mehaz Kanunda hem çiftlerin yaş olarak bir olgunluğa erişmesi hem de birlikte yaşamın devam ediyor olması birlikte aranır. İlişki kesintileri (daha kısa veya daha uzun ayrılıklar) temelde ilişkinin istikrarı ile ilgili soru işareti oluşturur. Bu düzenleme çocuğun daha menfaatinidir. Türk Medeni Kanunu'nda da bu yönde bir değişiklik yapılması kanaatimizce uygun olur.

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. BELEN, s.21.

¹¹⁷ DEMİRBAŞ/ ARMAĞAN, s. 53.

¹¹⁸ FANKHAUSER /BUSER, Art. 264a, N. 2; DEMİRBAŞ/ ARMAĞAN, s. 52.

¹¹⁹ FANKHAUSER /BUSER, Art. 264a, N. 5

İMK m. 264a/ 2 açısından belirtilmesi gereken bir diğer husus asgari yaş şartına ilişkin olarak ana kuraldan ayrılmanın, ilk fıkrada belirtilen çocuk ile evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki ilişki süresini etkilememesidir. Yaş şartı ile ilgili istisna uygulanabilir olsa bile yine de üç yıllık ortak evde yaşama şartı gerçekleşmedikçe evlat edinmeye izin verilmez. Zira eşlerin birlikte evlat edinebilmeleri için hem asgari yaş şartını taşımaları hem de aynı evde ortak hayatı sürdürmeleri gerekmektedir.¹²⁰

c. Eşlerin Birlikte Evlât Edinmesi Zorunluluğunun İstisnaları

aa. Eşin Diğer Eşin Çocuğunu Evlât Edinmesi

TMK m. 306/III gereği, eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olması veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması şartıyla diğer eşin çocuğunu evlât edinebilir. O halde, diğer eşin çocuğunun evlât edinilmesinde evlât edinecek kişinin otuz yaşın altında olması mümkündür. Örneğin onsekiz yaşında evlenen bir kişi yirmi yaşına geldiğinde ve evliliği iki yıl devam ettiği takdirde eşinin çocuğu evlât edinebilir.¹²¹ Eşlerden birinin diğer eşin önceki evliliğinden olan çocuğunu evlât edinebilmesi ile bir yandan öz evlât üvey evlât farkı giderilmeye çalışılmış, diğer yandan da üvey çocuklar ev hayatında gerçek bir baba veya ana şefkatine kavuşturulmak istenmiştir.¹²²

Üvey çocukların evlât edinilmesinde biraz daha itina gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çocuğun yararı ilkesinin burada daha da dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir.¹²³ İMK m. 264c/II' de üvey çocuğun evlât edinilebilmesi için üç yıl birlikte yaşama şartı getirilmiştir. Zira otuz yaşını doldurmuş eş evlilik iki yıl sürmemiş olsa bile evlat edinebilir. Kanaatimizce eşin otuz yaşını doldurmuş olması yeterli görülmeyip TMK'de de bu yönde bir düzenleme yapılması uygun olur.¹²⁴

¹²⁰ DEMİRBAŞ/ ARMAĞAN, s. 54.

¹²¹ AYDOS, s. 121.

¹²² AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 379; *Serozan*, eşin hatırına ve ilk hevesle üvey çocuğu evlât edinenin, evliliğin bitmesinden sonra, pişman olarak üvey evlâttan kurtulmaya, evlâtlık ilişkisini ortadan kaldırmaya çalışacağını ve elverişli bir neden bulunmadığı takdirde ortaya sorunlar çıkabileceğini belirtir. SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 222; SEROZAN, *Soybağı Hukuku ve Çocuk Hakları*, s. 510.

¹²³ FANKHAUSER /BUSER, Art. 264 c, N. 2.

¹²⁴ "...Taraflar iki yıldan bu yana evli olmamış olsalar bile, davacının dava tarihinde otuz yaşını doldurduğu anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 306/3. maddesinde yazılı şartların bir tanesinin varlığı, diğer eşin çocuğunu evlat edinmek için yeterlidir. O halde mahkemece dava şartının gerçekleştiği kabul edilerek Türk Medeni Kanununun 305. maddesine göre tarafların

Eşlerin evliliği henüz iki yılı doldurmamış fakat evlat edinmek isteyen eş otuz yaşını doldurmuşsa, bu durumda da evlat edinmek isteyen eşin üvey çocuğunun bir yıl bakmış ve eğitmiş olması şartı (TMK m. 305/I) yine de aranacak mıdır sorusu akla gelebilir. Çocuğun menfaati ilkesi uyarınca TMK m. 305/I' de öngörülen çocuğun bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartı da diğer şartlardan bağımsız olarak aranmalıdır.¹²⁵ Bu sürenin evlilik içinde geçmesi aranmaz. Örneğin arkadaşlarının çocuklarına bir yıl süre ile bakan kişiler daha sonra evlenmeye karar verirse her ikisi de otuz yaşını doldurmuş ise bakım şartı da sağlandığından evlat edinebilir.¹²⁶

Bir kişinin önceki evliliğinden çocuğu olan birisi ile evlenmesi velayet hakkını doğrudan ona geçirmez. Velayet hakkı çocuğun velayetinin nasıl düzenlendiğine bağlı olarak anasına babasına ya da ana ve babasına ait olabilir. Evlat edinme ile ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer (TMK m. 314/I). Eşin çocuğunun evlat edinilmesinde küçüğün velayeti konusunda açıklık getirilerek evlat edinen ile eşin velayeti birlikte yürütecekleri bir esasa bağlanmalıdır. Ancak bu şekilde velayet ile ilgili soru işaretleri ortadan kaldırılarak, gerçek bir aile ilişkisinin kurulmasına zemin hazırlanabilir.

bb. Birlikte Evlat Edinmenin Mümkün Olmaması

Kural, eşlerin birlikte evlat edinmesi ise de TMK m. 307/II hükmünde yer alan bazı durumların varlığında evli eşin tek başına evlat edinmesine izin verilir. Anılan maddeye göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olduğunu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunu bilmediğini ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşadığından birlikte evlat edinmenin mümkün olmadığını ispat ederek tek başına evlat edinebilir.¹²⁷ Mevaz Kanuna göre ise

delilleri toplanıp aynı yasanın 316. maddesi uyarınca gerekli araştırmaların da yapılarak sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır...” Y. 2. HD, E. 2010/12957, K. 2012/727, 19.01.2012 (Lexpera).

¹²⁵ TUOR ve diğ., s. 438, N. 47.

¹²⁶ KUTOĞLU Tuba, **Üvey Ailede Hukuki İlişkiler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 168.

¹²⁷ “Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunu bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde tek başına evlat edinebilir. Davacının eşinin davaya muvaffakatının bulunduğu anlaşılınca, Türk Medeni Kanununun 307/2. maddesi hükmüne aykırı olarak hüküm kurulamaz.” Y. 2. HD, E. 2003/13677, K. 2003/15007, 6.11.2003; Y. 2.HD, E. 2004/ 2321, K. 2004/ 3327, 17.03.2004; Y. 2. HD, E. 2005/ 19713, K. 2006/4349, 29.03.2006 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

yirmi sekiz yaşını doldurmuş evli bir kimse, eşinin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması veya iki yılı aşkın süredir nerede olduğunun bilinmemesi sebebiyle birlikte evlât edinmenin imkânsız olması veya üç sene- den daha uzun bir süre için ayrılık kararı verilmiş olması durumunda tek başına evlât edinebilmektedir (İMİK m. 264b/b. 2).

aaa. Eşi Ayırt Etme Gücünden Sürekli Yoksun Olan Eşin Evlât Edinmesi

TMK m. 307/II düzenlemesi uyarınca evli kişinin tek başına evlât edinmesindeki ilk ihtimal eşi ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olan eşin evlât edinmesidir. TMK m. 13 uyarınca, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne¹²⁸ sahiptir. Konumuz açısından akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı ayırt etme gücünün sürekli olarak ortadan kalkmasına sebep olabilecektir.

Bir kişinin ehliyetinin tespiti doğurduğu sonuçlar bakımından büyük önem taşır. Bu nedenle de tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanması, tanıklardan bu yönde olayı açığa kavuşturucu, somut bilgiler alınması, ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporlarının istenmesi, hasta müşahede kâğıtları, film grafilelerinin eksiksiz toplanması gerekir. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) uyarınca bilirkişinin “rey ve mütalaa- sı” hâkimi bağlamazsa da yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, temyiz kudretinin yokluğu, sarhoşluk gibi haller sadece biyolojik sebeplerle değil, bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan bu durumlar hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir. Özellikle de ayırt etme gücünün kişiye ve eyleme göre değişmesi nedeniyle yetkili bir sağlık kurulundan özellikle Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir. Zaten TMK m. 409/ II’ de akıl hastalığı ve akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceği düzenlenmiştir.¹²⁹

¹²⁸ Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin geçerli bir iradesinin bulunmaması sebebiyle, ka- nunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla, yapacağı işlemlere de sonuç bağlan- mayacağından karşı tarafın iyiniyetli olması işlemi geçerli hale getirmez, YİBK, T.11.06.1941, 4/21.

¹²⁹ Y. 2. HD, E. 2006/2125, K. 2006/3806, 06.04.2006 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

bbb. Eşinin İki Yılı Aşkın Süredir Nerede Olduğunu Bilmeyen Eşin Tek Başına Evlât Edinmesi

TMK eşlerden birinin iki yılı aşkın süredir nerede olduğunun bilinmemesi sebebiyle tek başına evlât edinmek isteyen eşin gaiplik kararı almasını aramaz.¹³⁰ TMK m. 32/I gereği, ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin ölümü hakkında kuvvetli bir olasılık varsa, hakları ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Gaiplik kararının verilmesi için ise kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimseden son kez haber alınmasından itibaren beş yıl geçmiş olması gerekir (TMK m. 33/I). Buradan da anlaşılacağı üzere iki yılı aşkın bir süredir eşin nerede olduğunun bilinmemesi, gaipliğin şartlarının olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle kanunun bu düzenlemesi, eşin “iki yılı aşkın bir süredir nerede olduğunun bilinmemesine” hukuki bir sonuç bağlamış olması açısından eleştiriye açıktır. Kanaatimizce bu maddede TMK m. 32’ye uygun bir düzenleme yapılabilirdi.

EMK düzenlemesinde eşlerden biri diğerinin izni ile tek başına evlât edinebiliyordu (EMK m. 255). TMK düzenlemesinde ise bu şekilde bir düzenleme mevcut değildir. Eşin iki yıldır nerede olduğunun bilinmemesi halinde onun rızasına gerek olmaksızın diğer eşin tek başına evlât edinmesi söz konusu olacaktır. Bu durum, özellikle rızası alınmayan eşin evlât edinme ilişkisinin kurulmasından sonra çıkagelmesi halinde belirsiz bir durum yaratır ve evlilik birliğinin sarsılması sebebi dahi olabilir. Bu sakınca, mehz kanunda bahis konusu hükmü karşılayan, “iki yılı aşkın süredir yerleşim yerinin nerede olduğu bilinmeyen” hükmü dikkate alınarak, kayıp eşin bulunması için gösterilen ve sonuçsuz kalan çaba (objektif kıstas) neticesinde diğer eşin tek başına evlât edinmesine izin vermekle giderilebilir.¹³¹

Eğer eşin nerede olduğunun bilinmesi ya da iki yıldan daha kısa bir süredir nerede olduğunun bilinmemesi durumunda, çıkıp gelen eş tarafından evlât edinme kararının kaldırılması mümkün olacaktır. TMK uyarınca eşlerin birlikte evlât edinme zorunluluğu bulunduğu ve yasal süre de dolmadığından eşin rızasının alınmaması esasa ilişkin bir eksiklik yaratır. Bu sebeple de böyle bir durumda küçüğün menfaatinin evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebiyle ağır biçimde zedelenip zedelenmeyeceğine bakılmaksızın evlâtlık ilişkisinin kaldırılması gerekir. Eğer ki küçüğü evlât edinmek isteyen kişinin eşinin iki

¹³⁰ DURAL ve diğ., s.344.

¹³¹ BELEN, s. 30-31.

yılı aşkın bir süredir nerede olduğu bilinmiyorsa ve karar buna dayanılarak verilmişse, sonradan diğer eşin çıkagelmesi evlât edinme kararının geçerliliğine etkili olmayacaktır. Zira evlât edinme kararı evlât edinilen küçük ve evlât edinen eş arasında hukuki bir bağ meydana getirir.¹³²

Sazak,¹³³ evlât edinme gerçekleşikten sonra kayıp eşin dönmesi halinde her durumda evlâtlık ilişkisinin kaldırılması gerektiğini TMK m. 317 ve 318. maddelerini gerekçe göstererek savunmaktadır. Kayıp eşin evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması talebi TMK m. 317' ye dayandırılırsa evlât edinenin eşinin rızası olmaksızın evlât edinmeyeceği sonucu çıkar ki bu durum TMK düzenlemesi ile bağdaşmamaktadır. Yine kaybolup dönen eşin evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması talebi TMK m. 318'e dayandırılırsa eksikliğin usule ilişkin olması durumunda çocuğun menfaatinin ağır biçimde zedelenip zedelenmediği incelenir. Oysa bahis konusu durumda usuli bir eksikliğin varlığı söz konusu değildir. Esasa ilişkin bir eksiklikte ise evlâtlık ilişkisinin kaldırılması talep etme hakkı her ilgiliye ve Cumhuriyet savcılarına tanınmıştır. Bu nedenlerle yazarın görüşüne katılabilmemiz mümkün değildir.

ccc. Mahkeme Kararı ile İki Yılı Aşkın Süredir Eşinden Ayrı Yaşayan Kimsenin Tek Başına Evlât Edinmesi

Kanunun düzenlemesi çerçevesinde eşin tek başına evlât edinmesindeki son olasılık eşin mahkeme kararı ile iki yılı aşkın bir süredir ayrı yaşıyor olmasıdır. TMK m. 197 uyarınca eşlerin ayrı yaşıyor olması tek başına evlât edinme için yeterli değildir. Ayrı yaşamaya mahkemenin TMK m. 171' e göre karar vermesi ve ayrı yaşamamanın iki yılı aşkın bir süredir devam ediyor olması gerekir. Bunun bir sonucu olarak, boşanma davasının reddi sebebiyle, bir araya gelemeyip, üç yıllık sürenin dolmasını bekleyerek boşanmak isteyen eşin bu hükümden yaralanması söz konusu olmaz. Evlât edinmek isteyen kimse, mahkemeden ayrı yaşama kararı aldığını ve iki yıldır eşi ile ayrı yaşadığını kanıtlamalıdır.¹³⁴

TMK m. 171 uyarınca mahkeme bir yıldan üç yıla kadar ayrılık kararı verebilmektedir. Bu süre içinde tarafların evlilik birliğine devam edip etmeyeceklerini düşünmeleri beklenir. *Belen*, haklı olarak, mevcut düzenleme çerçevesinde mahkemece üç yıllık bir ayrılık kararı verilmesi durumunda bu sürenin

¹³² Bkz. aynı yönde YAŞAR, s. 89-90.

¹³³ SAZAK Ömer Faik, "Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme", *Antalya Barosu Dergisi*, S. 44, Nisan 2002, s.12.

¹³⁴ KILIÇOĞLU, s.126.

ikinci yılının dolmasıyla tek başına evlât edinebilmek için süre şartının gerçekleşmiş olacağını, bu düzenleme ile evlilik kurumunun bir kenara itildiğini belirtir. Yazar, ayrılık kararı verilmesindeki amacın, evlilik birliğinin devamının mümkün olabileceğinin düşünülmesi olduğunu; ayrılık süresi içinde eşlerden birine diğer eşin rızası olmaksızın evlât edinebilme imkânının verilmesi, ayrılık kararının anılan amacının bertaraf edilmesi ve bu şekilde evlilik birliğinin sona ermesine hizmet eder nitelikte olduğunu belirtir.¹³⁵ Bu durumda ayrı yaşayan eşlerden biri üç yıllık düşünme süresi içinde evlât edinmiş olur. Evlât edinme kararı ile birlikte evlât edinen eş ile evlât edinilen küçük arasında soybağı kurulur, küçük sadece kendisini evlât edinene mirasçı olur.

Kanaatimizce taraflardan birinin ayrılık süresi içinde tek başına evlât edinmesi evlilik birliğinin devamı için tehlike yaratır. Bu sebeple de en azından ayrılık kararının üç yıl olarak takdir edildiği durumlarda ayrı yaşayan eşlerden birinin evlât edinmesi için, aranan iki yıllık süre şartının, mehz kanna ve TMK m. 171'e uygun olarak üç yıl olarak düzenlenmesi uygun olur.

3. Tek Başına Evlât Edinme

Evli olmayan bir kişinin evlât edinebilmesi, TMK m. 307/I'e göre, otuz yaşını doldurmuş olmasına bağlıdır. Otuz yaşını doldurmamış ya da evli olmayan kişiler bir küçüğü evlât edinemez. Görüldüğü üzere TMK evli olmayan kimselerin evlât edinmesinde yaş açısından hiçbir istisnaya yer veremeyerek otuz yaşın doldurulmasını arar.

Bir çocuk için en ideal olan anne babasının hatta kardeşlerinin olduğu, sağlıklı, huzurla, sevgiyle yaşadığı, her türlü ihtiyacının giderildiği bir aile ortamında olmasıdır. Fakat yaşamda her çocuk için bu durum maalesef ki mümkün olmaz. Bazı çocukların annesi ve babası olduğu halde birçok ihtiyacı karşılanmaz, bazı çocukların ise ihtiyaçları karşılandığı halde sağlıklı, sevgi dolu bir aile ortamında yetişme şansı bulamaz. Bazı durumlarda ise çocuğun tüm maddi ve manevi sorumluluğu bir ebeveyn üzerinde toplanır. Bu noktada da kişilerin evli olup olmaması pek de büyük bir anlam taşımaz. Günümüzde sevgiye ve bir aile ortamına muhtaç sayısız çocuk olduğu düşünülürse, tek başına bir çocuğun sorumluluğunu alabilecek bir kişiye evlât edinme hakkı tanınmasının doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Ancak evlât edinme kararını verecek hâkim evlât edinilecek küçüğün yararını gözetirken sadece küçüğün tek bir ebeveyn tarafından yetiştirilecek olmasını ve bunun da küçü-

¹³⁵ BELEN, s. 32-33.

ğün yararına uygun olmayacağını düşünmesi halinde evlât edinme kararı vermeyecek ve dolaylı olarak tek başına bir erkeğin ya da kadının evlât edinmesinin önü kapatılmış olacaktır. Bazen tek başına bir ebeveyn tarafından yetiştirilen çocuklar, sağlıklı bir aile ortamında yetişen çocuklardan fiziksel ve ruhsal olarak çok daha sağlıklı olabilir. Bu nedenle de kanaatimizce asıl düşünülmeli ve değerlendirilmesi gereken, küçüğün evlat edinecek kişi ya da kişiler yanında mutlu ve sağlıklı olup olmayacağıdır.

Tek başına evlât edinecek kişinin bir küçüğü evlât edinmek için yaptığı başvurudan sonra evlenmesi durumunda küçüğün yararının sabit olması ve diğer eşin rıza göstermesi şartıyla evlât edinme talebi kabul edilmelidir.¹³⁶

Evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin birlikte evlât edinmesi mümkün değildir. Bu kişiler ancak tek başlarına evlât edinebilir.¹³⁷ Çünkü ülkemizde yaşam birlikteliği kabul edilmemekte ve evlilik gibi tescil edilmemektedir. Bu nedenle de birlikte yaşayan kişilerin birlikte evlât edinmesine hâlihazırdaki düzenlememiz İMK'nin aksine izin vermemektedir.

III. MAHKEMECE EVLÂT EDİNME ŞARTLARININ ARAŞTIRILMASI

A. Araştırmanın Önemi

Evlât edinme kararı, evlât edinen ile evlât edinilenin ve evlât edinen ile evlât edinilenin ailelerini hukuki ve sosyal olarak ve en son tahlilde toplumu temelinden etkileyecek çok önemli bir karardır. Bu kararın verilmesinden önce hâkimin bizzat elindeki tüm verileri değerlendirmesi ve araştırmalarını eksiksiz gerçekleştirmesi çok önemlidir.

EMK m. 256/II'de hâkimin evlât edinmeye izin vermeden önce gerekli gördüğü her türlü araştırmayı re'sen yapacağı ve yine aynı maddenin son fıkrasında, hâkimin tarafların öne sürdüğü sebepleri haklı bulmadıkça evlât edinmeye izin vermeyeceği düzenlenmişti.¹³⁸

TMK m. 316, evlât edinme talebi ile karşılaşan mahkemenin araştırma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Mahkemece evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve şartın kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât

¹³⁶ BELEN, s. 28.

¹³⁷ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 227.

¹³⁸ FEYZİOĞLU, s. 482.

edinen ile edinilenin dinlenmelerinden¹³⁹ ve gerektiğinde uzmanların görüşünün¹⁴⁰ alınmasından sonra karar verilebilir (m.316/I). Maddede açıkça görüldüğü üzere hâkim sınırlı bir araştırma ile yetinmeyecek ve evlât edinmeyi etkileyecek tüm esaslı durumları değerlendirecektir. Ayrıca hâkim kendi bilgi ve deneyimini aşan teknik bir konuda mutlaka uzman görüşü alacaktır.

Burada bahsi geçen uzmanlar 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi uyarınca psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdır.¹⁴¹ Söz konusu uzmanların bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması ya da görevin bu kişilerce yapılmasında hukuki veya fiili herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, mahkemeye atanmış bilirkişiler herhangi bir sebepten görevlerini yerine getiremediklerinde, mahkeme somut olayla ilgili bir uzmanı HMK m. 266 vd. çerçevesinde bilirkişi olarak görevlendirir.¹⁴²

Evlât edinmede, mahkemede çalışan bahis konusu uzmanlara evlât edinilen ve evlât edinilen arasındaki ilişkileri, ruhsal durumlarını tespit etme, araştırma ve mahkemeye tam ve eksiksiz bilgi sunma konusunda büyük görev düşer.¹⁴³

¹³⁹ “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun evlât edinme kararı vermeden önce hâkime araştırma yükümlülüğü getiren 316. maddesinde, evlât edinmeye ancak esaslı sayılan her türlü durum ve şartların kapsamlı biçimde araştırılmadan, evlât edinilen ve edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verileceği, araştırmanın özellikle evlât edinilen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinilenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yöneltilen sebepleri ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerektiği öngörülmüştür. İncelemenin dosyadan, davacı Ali Eroğlu'nun dinlenmediği, vekâletnamede evlât edinme davası açılabilmesi için özel bir yetkinin dahi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, evlât edinilen dinlenmeden ve sözü edilen madde de öngörüldüğü şekilde kapsamlı bir araştırma yapılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” Y. 2. HD, E. 2005/6902, K. 2005/9566, 20.6.2005, (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası); Y. 2. HD, E. 2005/1069, K. 2005/3980, 15.3.2005, (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası); Y. 2. HD, E. 2005/3735, K. 2005/6265, 18.4.2005, (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁰ Y. 2. HD, E. 2004/5460, K. 2004/6389, 17.5.2004 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴¹ KARAGÜLMEZ Ali/ URAL Sami Sezai, **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, 2. baskı, Ankara, 2003, s. 141-143.

¹⁴² BAKTIR, s.60.

¹⁴³ BAKTIR, s.149.

B. Araştırmanın Kapsamı

Mahkemece yapılacak araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir (TMK m. 316/II). Görüldüğü üzere kanunda sayılan bu durumlar “*numerus clauses*” değildir. Hâkim özellikle kanunda sayılan bu halleri incelemeli ancak somut olayın özelliğine göre başka durumları da incelemesi gerekiyorsa bunların da üzerinde durmalıdır. Hangi hal ve şartların araştırmayı gerektirecek derecede esaslı olduğuna hâkim kendisine tanınan takdir yetkisi dâhilinde karar verir.¹⁴⁴ Özellikle diğer eşin çocuğunun evlât edinilmesinde, evlât edinenin kendisini zorunlu hissetmesi söz konusu olabileceği için evlât edinme arzusunun oluşumu özenle araştırılmalıdır.

Evlât edinilen açısından ise, özellikle yaşı itibarıyla eğitim, sağlık ve diğer ihtiyaçlarının karşılanıp karşılanmayacağı, evlât edinenin çocukları ve diğer ilgili kişiler ile ilişkileri evlât edinme kararının verilmesi açısından önem taşır.¹⁴⁵ Evlât edinecek kimsenin eğitim durumu ve yaşadığı yerin özelliklerinin incelenmesi küçüğün yararı açısından isabetli bir uygulamadır. Ayrıca, ÇHS düzenlemesinde bir çocuğun kendi ülkesinde elverişli bir biçimde bakılmasının mümkün olmadığı veya onu evlât edinecek ya da yanına alabilecek aile bulunmadığı takdirde, ülkelerarası evlât edinme çözümünden yararlanılması hükmü yer almıştır (m.21/b. b).

24 Nisan 1967 tarihli Çocukların Evlât Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi uyarınca, yetkili organ, çocuk, ailesi ve evlât edinen ile ilgili zorunlu araştırmaların tamamlanmasına kadar evlât edinmeyi onaylamaz (m.9I). Araştırma, belirtilen konuların yanında durumuna en uygun olan her konuyu kapsayabilir. Buna göre, evlât edinenin kişiliği, sağlığı, ve evlât edinen yönünden evin ve evde yaşayanların ayrıntılı özellikleri ile bir çocuğu yetiştirme konusundaki kabiliyeti; evlât edinenin evlât edinme gerekçesi; eşlerden sadece birisinin bir çocuğu evlât edinmek için başvurduğunda, diğer eşin başvuruya katılmama nedeni; çocuğun ve evlât edinenin birbirleri ile uyumları ile çocuğun evlât edinenin bakım sorumluluğunda olduğu zaman aralığının uzunluğu; çocuğun sağlığı ve kişiliği, kanuni sınırlamalara bağlı

¹⁴⁴ AYDOS, s. 128.

¹⁴⁵ Bkz. s. 50; DURAL ve diğ., s. 358.

kalmak şartı ile geldiği soy; çocuğun önerilen evlât edime ile ilgili düşünceleri; çocuğun ve evlât edinenin, varsa dini inançları dikkate alınır (m. 9/II).

Hakim araştırma yaparken somut durumun özelliklerini dikkate almalı ve evlât edinilecek küçüğün yararını her zaman ön planda tutmalıdır. Hâkim bu değerlendirmesini kanunen öngörülmüş bir yıllık bakım ve eğitim süresini gözden geçirerek yapar. Bu sürede yaşanan olayların değerlendirilmesi ileride ne gibi durumların ortaya çıkabileceğine ışık tutarak çocuğun yararı açısından sağlıklı bir karar vermeyi kolaylaştırır.

TMK m. 316 hükümde yer alan hususlar, mahkemenin evlât edinme ilişkisinin kurulmasına karar verirken özel olarak araştırması gereken hususlardır. Hâkim tarafından yapılacak araştırmanın içeriğinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin sebebi, kurulacak soybağı ilişkisinde ortaya çıkabilecek risklerin ve bu ilişkinin taraflar üzerinde meydana getireceği etkilerin belirlenebilmesidir.¹⁴⁶ Mahkeme araştırma görevi kapsamında tarafların üzerinde anlaştıkları hususlarla bağlı değildir.¹⁴⁷

Mahkeme, özel olarak araştırılması gereken hususlar yanında, evlât edinme kararının verilebilmesi için gereken şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştıracaktır.¹⁴⁸ Evlât edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde kural olarak evlât edinme kararının verileceği an dikkate alınır. Ancak TMK m. 315/ II evlât edinme başvurusundan sonra evlât edinenin ölümünün veya ayırt etme gücünü kaybetmesinin, diğer şartlar bunlardan etkilemediği takdirde evlât edinme kararı verilmesine engel olmayacağını ifade eder. Başvurunun yapılmasından sonra meydana gelen ve diğer şartların da ortadan kalkmasına yol açan değişiklikler ise -evlât edinenin veya birlikte evlât edinmede eşlerden birinin rızasını geri çekmesi, evlât edinilen küçüğün ölümü vb.-evlât edinme kararının verilmesine engel teşkil eder.¹⁴⁹

¹⁴⁶ DURAL ve diğ., s. 360.

¹⁴⁷ TUOR ve diğ., s. 358-359.

¹⁴⁸ Bkz. DURAL ve diğ., s. 360.

¹⁴⁹ DURAL ve diğ., s. 359; Balkar, diğer şartların etkilenmemesi halinde ise, ölen veya ayırt etme gücünü kaybeden kişinin yaptığı başvuru mahkemece kabul edileceğini çünkü evlât edinmek isteyen kişinin evlât edinme yönünde iradesini açıklamış olduğunu, geriye mahkemenin yerine getirmesi gereken birtakım işlemler kalmış olduğunu belirtmektedir, BALKAR, s. 252.

Evlât edinenin altsoyunun bulunması halinde onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de mahkemece ayrıca dikkate alınacaktır.¹⁵⁰

Yabancıların evlât edinilmesinde, evlât edinme ve şartları hakkında tarafların her birinin evlât edinme anındaki milli hukuku uygulanır. Evlât edinmenin hükümleri evlât edinenin milli hukukuna, birlikte evlât edinme durumunda ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabiidir. Evlât edinmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin milli hukukları birlikte uygulanır (MÖHUK m. 18).¹⁵¹

SONUÇ

TMK ile evlât edinmenin esasına ve şekline ilişkin ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır. Küçük ile evlât edinen arasında on sekiz yaş farkının bulunması gerektiği öngörülmüş, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gibi azami bir yaş farkı getirilmemiştir. Oysa küçüğün büyükannesi ve büyükbabası yaşındaki kişiler tarafından evlât edinilmesi durumunda, yine küçüğün normal ve sağlıklı bir aile ortamında yaşama imkânı olmaz. Yine çocuğun yararına olan bazı durumlarda asgari yaş farkından da feragat edilebilmesi gerekir. Kanunda asgari ve azami yaş farkı öngörülmesinin ve ancak çocuğun yararının olması halinde asgari ve azami yaş farkından feragat edilebileceğine ilişkin bir hükmün konulmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

¹⁵⁰ AYDOS, s. 128 vd.; KILIÇOĞLU, s. 128; BALKAR, s. 249; RUHİ, Maddi Şartlar, s. 665; “Mahkemece, evlât edinenin diğer çocukları Mustafa ve Nurten Tokdil dinlenmeden, evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri değerlendirilmeden, evlât edinmenin bu çocukların yararlarını hakkaniyete aykırı bir biçimde zedeleyip zedelemeyeceği konusunda yeterli araştırma yapılmadan, evlât edinmeye muvafakat ettikleri konusunda evlât edinen ve tanıgım beyanları ile yetinilerek eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yarg. 2. HD, E. 2005/9794, K. 2005/11750, 12.9.2005, (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası); “Dosyada mevcut nüfus kaydına göre davacıların sağ ve reşit oldukları anlaşılan B., B. ve S. adlı reşit çocuklarının yukarıda sözü edilen hüküm uyarınca tavır ve düşüncelerinin değerlendirilmediği görülmüştür. Mahkemece, Türk Medeni Kanununun 316. maddesi gereğince kapsamlı bir araştırma yapılmadan, davacıların adı geçen çocukları dinlenmeden eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve kanununa aykırıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere BOZULMASINA, 29.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Y. 2. HD, E. 2005/10524, K. 2005/13035, 29.09.2005, (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵¹ “Davacı İtalyan uyruklu olup 2675 sayılı yasanın 18. maddesi uyarınca evlât edinme ehliyeti ve şartları hakkında davacının milli hukukunun uygulanması gerekir. Aynı yasanın 2. maddesi uyarınca yetkili yabancı hukuku resen uygulamak durumunda olan mahkemenin bu konuda hiçbir araştırma yapmadan yazılı şekilde karar vermesi yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD, E. 1989/1760, K. 1989/8271, 28.03.1989, (İNAL, s. 1025).

Eşlerin birlikte evlât edinmesinde en az beş yıldan beri evli olma veya otuz yaşını tamamlamış olma alternatif şartları kabul edilmiştir. Eşlerin birlikte evlât edinmesinin mümkün olmaması veya eşlerden birinin diğerinin eşini evlât edinmek istemesi halinde eşin tek başına evlât edinebilmesine imkân tanınmıştır. Eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlât edinmesinde en az iki yıldan beri evli olma ya da evlât edinmek isteyen eşin otuz yaşını doldurmuş olması yeterli görülmüştür. Oysa İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi üvey çocuğun evlât edinilmesinde kökleşmiş bir evliliğin bulunmasının faydaları dikkate alınarak, sadece eşlerin bir süreden beri yaşam sürme şartı aranabilir. Bir başka öneri olarak yaş şartı ve eşlerin bir süreden beri birlikte yaşam sürme şartı birlikte aranabilir. Ayrıca evlat edinme sonrasında küçüğün velayeti konusuna bir açıklık getirilerek evlât edinen eş ile eşin velayeti birlikte yürütecekleri bir esasa bağlanmalıdır. Ancak bu şekilde velayet ile ilgili soru işaretleri ortadan kaldırılarak, gerçek bir aile ilişkisinin kurulmasına zemin hazırlanabilir.

Tam evlât edinme sisteminin benimsenmemesi modern evlât edinme sistemlerine aykırı bir düzenleme meydana getirmiştir. Çocuğun evlât edildikten sonra bile öz ailesi ile bağlarının devam etmesi hem birtakım sıkıntılara sebep olmakta hem de evlât edinmenin gizliliği ilkesini zedelemektedir.

Son olarak çocuklar bir ülkenin temelini oluşturan çok önemli varlıklardır. Çocuk hukuku ve modern hukuklardaki gelişmelerin derhal mevzuatımıza adapte edilmesi çocukların güvenliği ve menfaati açısından önemlidir. Uygulamada karşılaşılan aksaklıkların da göz önüne alınarak evlât edinme ile ilgili hükümlerde güncel gelişmelere uygun değişiklikler yapılması kanaatimizce uygun olur.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Artikel
b.	: bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EMK	: 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N.	: Nummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
ss.	: sayfa sayısı
T	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCC	: Turkish Civil Code
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ve diğ.	: ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZVF	: Zeitschrift für Vormundschaftswesen

KAYNAKÇA**Kitaplar**

- AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul, 2024.
- AKYÜZ Emine, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, İnsan Hakları Eğitim Dizisi, Ankara, 2000.
- ARNET Ruth/ BREITSCHMID Peter/ JUNGO Alexandra, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz**, Auflage 4, Schulthess, 2023.
- ATAAY Aytekin, **Medeni Hukukta Evlât Edinme**, İstanbul, 1957.
- AYDOĞDU Murat, **Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- BAKTIR Selma, **Aile Mahkemeleri**, Ankara, 2003.
- BELEN Herdem, **Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme**, İstanbul, 2005.
- BERKİ Şakir, **Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlât Edinme**, Ankara, 1962.
- DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa, Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2024.
- ERDEM Mehmet/ MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- FANKHAUSER Roland, BUSER Melissa: **ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021.
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin, **Aile Hukuku**, 3. baskı, İstanbul, 1986.
- HEGNAUER, Cyrill, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband Die Entstehung des Kindesverhältnisses Art.252-269c ZGB**, Bern, 1984.
- IŞIK Mehmet, **Evlât Edinme**, Ankara, 2005.
- İNAL Nihat, **Örnek Karar ve Dilekçelerle Türk Medeni Yasası**, 2. Baskı, Ankara, 2006.
- KARAGÜLMEZ Ali/ URAL Sami Sezai, **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, 2. baskı, Ankara, 2003.
- KILIÇOĞLU Ahmet, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Ankara, 2003.
- KUTOĞLU Tuba, **Üvey Ailede Hukuki İlişkiler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- OĞUZMAN Kemal/ DURAL Mustafa, **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa/ RUHİ Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku**, 6. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

- ÖZUĞUR Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı, İctihathı, Kişi Hukuku- Velayet-Vesayet, Soybağı, Evlât edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- RUHİ Ahmet Cemal, **Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, 2. bası, Ankara, 2003 (Kısaltma: Evlât Edinme).
- SAYITA USTA Sevgi, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi**, İstanbul, 1996.
- SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 2005.
- STETTLER Martin, **Schweizerishes Privatrecht, 3. Band, 2. Teilband, Familienrecht, Das Kindesrecht**, Frankfurt, 1992.
- ŞENER Esat, **Uygulamalı- İctihathı Nafaka, Velayet, Vesayet, Evlâtlık, Babalık**, Ankara, 1994.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1990.
- TUOR Peter/SCHNEYDER Bernhard/ SCHMİD Jörg / RUMO-JUNGO Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13. Auflage, Zurich, 2009.
- YAZICI Hilmi / ATASOY Hasan, **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile Yargıtay Tatbikatı 1952-1970**, Ankara, 1970.

Makaleler

- AKYÜZ Emine, “Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara, 1995, ss.153 vd. (Kısaltma: Evlât Edinme)
- AYDOS Oğuz, Sadık, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, Haziran-Aralık 2000, ss.117 vd.
- BALKAR Süheyla, “Türk Hukukunda Evlât Edinme”, **GSÜHFD**, S.2, 2002, ss. 235 vd.
- BAŞPINAR Vedat, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003, ss. 79 vd.
- BAYGIN Cem, “Evlât Edinmenin Şartları”, **AÜEHFD**, C. VII S. 3-4 Aralık, 2003, ss.591 vd.
- DAYINDARLI Kemal, “İsviçre Medeni Kanunun’ da Evlât Edinilmesi Hakkında Bir Karar”, **AD**, 1981/5, ss.800 vd.
- DEMİR Mehmet, “Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlât Edinmenin Yasal Şartları”, **AÜHFD**, C. 52, S. 3/2003, ss.253 vd.
- DEMİRBAŞ Harun/ ARMAĞAN Davut, “İsviçre Medeni Kanunu’nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 6 (2), Güz 2019, ss. 45-82.
- ÖZMEN İsmail, “Evlât Edinme Hukuku”, **TNBHD**, S.10, Şubat 1999, ss.24 vd.
- RUHİ Ahmet, Cemal, “Mukayeseli Olarak Türk Medeni Kanunu’ nda ve Türk Medeni Kanunu Tasarısında Evlât Edinmenin Maddi Şartları”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, ss.651 vd. (Kısaltma: Maddi Şartlar).

- SAZAK Ömer Faik, “Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme” **Antalya Barosu Dergisi**, S. 44, Nisan 2002, ss.3 vd.
- SEROZAN Rona, “Yeni Medeni Kanunu’nun Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, **Prof. Dr. Ünal Tekinalp’ e Armağan**, C. II, Beta, İstanbul, 2003, ss. 499-516 (Kısaltma: Soybağı Hukuku ve Çocuk Hakları).
- ŞIPKA Şükran, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Evlât Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, **İÜHFİM**, C. VII, S.1-2, 1999, ss.301 vd.
- WEIMAR Peter, “Die Zustimmung der Eltern zur Adoption”, **ZVW**, S. 124, 2001, ss. 124-132.

Yüksek Lisans Tezi

- YAŞAR Mert, Türk Hukukunda Evlât Edinme İlişkisinin Kurulması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi SBE Özel Hukuk Bölümü, 2003.

İnternet Kaynakları

Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası

Lexpera

SÖZLEŞMENİN İFASINDA YAPAY ZEKÂNIN KULLANILMASI HALİNDE YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA İLİŞKİN KURALLARIN UYGULANABİLİRLİĞİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Işık Aslı HAN^(**)

Öz: Günümüzde yapay zekâ teknolojisi henüz özgür irade ve otonom karar verme becerilerini mutlak şekilde sergileyemese de, özellikle seri üretimde verimliliği arttırmak ve insan hatasını elimine etmek için makine öğrenmesine dayanan yazılımlara sıklıkla başvurulmaktadır. Aktarılan veri paketinin büyüklüğü ve kalitesiyle paralel olarak, makine öğrenmesi sistemiyle çalışan bilgisayar programlarının sunduğu son ürün ya da çıktının kalitesi de artmakta, ayrıca sadece malların değil hizmetlerin üretiminde de makine öğrenmesinden yararlanılmaktadır. Öyle ki, bu teknolojiyle üretilen çıktılar, bazı alanlarda insan emeğiyle üretilenlere oldukça yakın olduğu görülmektedir. Bunun sözleşme hukukundaki önemi ise sözleşmenin ifası bağlamında ortaya çıkar. İfanın yapay zekâ tarafından gerçekleştirilmesi, ifanın yardımcı kişiye ya da alt işgörene delege edilmesine benzer bir durum yaratır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin yakın tarihli bir kararı (BGer 4A_305/2021), bu sorunun yakın gelecekte sıklıkla gündeme geleceğinin habercisidir. Çalışmada, öğrenme ve karar verme yeteneği olan yazılımların sözleşmeden doğan borçların ifasında kullanılmasının hukuki sonuçları, borçlunun ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğu kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, İfa Yardımcısı, İfa Aracı, Farazi Kusur, Alt Vekil.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 13.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 22.11.2024.

^(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Denizli - Türkiye,

E-posta: han.isikasli@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8381-0361>.

APPLICABILITY OF THE RULES ON THE LIABILITY ARISING FROM THE ACTS OF THE AUXILIARY PERSON IN THE EVENT OF USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PERFORMANCE OF THE CONTRACT

Abstract: Although not yet capable of free will and autonomous decision-making in an absolute way, artificial intelligence is frequently used to increase productivity and eliminate human errors, especially in mass production. In parallel with the size and quality of the transferred dataset, the quality of the final product or output provided by computer programs working with machine learning systems increases, and machine learning is used not only in the production of goods but also in the production of services. In fact, outputs produced with this technology are observed to be utterly close to those produced by human beings in some fields. Its importance in contract law arises in the context of contract performance, as performance by an artificial intelligence creates a situation similar to the delegation of performance to an auxiliary person or sub-service provider. Indeed, a recent decision of the Swiss Federal Court (BGer 4A_305/2021) is a precursor of the fact that this topic will be frequently brought up in the near future. In this regard, this work discusses whether the rule for liability arising from auxiliary person could apply to use of software with the ability to learn and make decisions in performance of contractual obligations.

Keywords: Artificial Intelligence, Performance of Auxiliary, Means of Performance, Presumed Fault, Sub-Agent.

I. GİRİŞ

Günümüzde yapay zekâ teknolojisi henüz özgür irade ve tam otonom hareket etme becerilerini sergileyemese de, özellikle seri üretim süreçlerinde verimliliği arttırmak için bu teknolojiye giderek daha sık başvurulmaktadır. Aktarılan veri paketinin büyüklüğü ve kalitesiyle paralel olarak, makine öğrenmesi sistemiyle çalışan bilgisayar programlarının sunduğu son ürünün ya da çıktının kalitesi artmakta, sadece malların değil hizmetlerin üretiminde de makine öğrenmesinden yararlanılmaktadır. Öyle ki, bu teknolojiyle üretilen çıktılar, bazı alanlarda insan emeğiyle üretilenlere oldukça yakın olduğu görülmektedir.

İş görme sözleşmelerinde sözleşmenin sonuca varma başarısını ve ifa kalitesini arttırmak, ifa süresini kısaltmak ve insan hatasından arındırmak, ifa masraflarını azaltmak gibi nedenlerle yazılımlara başvurulmaktadır. Bir finans kuruluşunun istihdam ettiği trader'lar yerine yapay zeka destekli yazılımları kullanarak sermaye piyasası araçlarının alım-satımı yapması, bir doktorun konsültasyon için radyoloji uzmanı yerine yapay zeka destekli tıbbi görüntülümeye sistemleri tarafından yapılan teşhise göre hastasını tedavi etmesi gibi haller buna örnektir. Yine özellikle uygulamada akıllı sözleşme¹ olarak anılan ve sözleşmenin ifasının bir yazılım aracılığıyla gerçekleştiği hallerde de bir yazılımın yardımıyla ifa gündeme gelir.

Bu teknolojik gelişmelerin sözleşme hukukundaki önemi ise sözleşmenin ifası bağlamında ortaya çıkar. Bu noktada akla gelen soru şudur: Yapay zekâ teknolojisiyle üretilen çıktının, bir sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün konusunu oluşturması halinde, ifa üçüncü kişiye delege edilmiş veya üçüncü kişi tarafından yerine getirilmiş olmasına benzer bir durum söz konusu mudur? Bu durumda, borçlunun taahhüt ettiği edimin gereği gibi ifa edilmemesinin rizikosuna kim, hangi şartlarda katlanmalıdır? Çalışmada bu soru üç kısımda incelenecektir. İlk olarak TBK m. 116'nın öngördüğü ifa yardımcısının bir kişi olma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı incelenecek, daha sonra bu soruya olumsuz cevap verilirse bunun Türk Medeni Ka-

¹ Akıllı sözleşme, (bazı hallerde sözleşmenin kurulmasının ve) ifasının bir yazılım aracılığıyla gerçekleştiği hallerde gündeme gelir. Kavram hakkında bkz. GUILLOD Oliver / STEFFEN Gabrielle, "Art. 18", **Code des obligations I Commentaire Romand Art. 1-529 CO**, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, n. 111-112. Bu yazılımın, kişi olmadığı için ifa yardımcısı olmadığına ilişkin bkz. WEBER Rolf H., "Smart Contracts: Vertrags- und verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf?", **Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!)**, 2018, ss. 291-301, s. 297.

nununun 1. maddesi kapsamında hâkimin hukuk kuralı yaratması üzerine TBK m. 116'nın kıyasen uygulanmasıyla aşılıp aşılamayacağı değerlendirilecektir. Son olarak özellikle TBK m. 506-507'nin getirdiği istisnai düzenleme ışığında alt vekâlete ilişkin TBK m. 506-507'nin uygulanma imkânı incelenecektir. Hukuki açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, bu çalışmada kullanılan “*yapay zekâ*” ve “*otonom yazılım*” ifadeleri bir bilgisayar bilimi uzmanının tasavvur ettiği anlamdan ziyade, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk kuralları bağlamında “*insan müdahalesine gerek olmadan veya minimum insan müdahalesiyle (örneğin; sadece süreci başlatma inisiyatifinin bir insanda olduğu hallerde), bir algoritma dâhilinde çalışarak insanın fiziksel veya zihinsel emeğiyle ortaya koyduğuna benzer sonuçlar elde edebilmeye elverişli yazılım*” anlamında kullanılmıştır.

II. YARDIMCI KİŞİNİN BORCA AYKIRI DAVRANIŞI HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

TBK m. 83'e göre sözleşmeden doğan bir yükümlülük, alacaklının şahsen ifada özel bir menfaati bulunmadıkça kural olarak bir üçüncü kişi tarafından ifa edilebilir.² Bunun istisnası ise taraflar arasındaki anlaşma gereği ya da sözleşmenin veya işin niteliği gereği borçlunun şahsen ifayla sorumlu olduğu hallerdir. Somut olayda şahsen ifa edilmesi gereken bir sözleşme söz konusuysa, bu takdirde borçlu ifayı başka birine yaptırırsa, taahhüt ettiği edimi şahsen ifa etme yükümlülüğüne aykırı davrandığı için TBK m. 112'ye göre sorumlu olur.³ Buna karşılık borçlu, şahsen ifa etmeyi taahhüt ettiği

² “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*”

³ TANDOĞAN Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akıt Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s. 441; OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, Vedat, İstanbul, 2023, n. 1381; EREN Fikret / DÖNMEZ Ünsal, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III (madde 83 - 206)*, Yetkin, Ankara, 2022, n. 22; ANTALYA Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,3*, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, n. 1836. Buna karşılık, borçlunun hukuken ifa yardımcısı kullanmasının caiz olmamasına rağmen ifa yardımcısına başvurmasında kusuru yoksa TBK m. 112'deki kurtuluş imkânından yararlanamaması gerektiği, bu takdirde alacaklının TBK m. 112'den ve TBK m. 116'dan doğan haklarının yarışacağına ilişkin bkz. ŞENOCAK Zarife, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayınlarlı, Ankara, 1995, s. 113-114; KOLLER Alfred, *Die Haftung für den Erfüllungsgelhilfen nach Art. 101 OR*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1980, n. 234. Kanımızca bu durumda ifa yardımcısı kullanılmayacağı borçlu tarafından bilinmemesi bile en azından ihmal teşkil ettiğinden kusur unsuru hemen her durumda zaten mevcut olur.

edimin bir parçası olan belirli görevlerin yerine getirilmesinde yardımcı kişiye başvurabilir.⁴

Borçlunun yardımcı kişiye başvurmasını düzenleyen TBK m. 116'ya göre "Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür." Bu hüküm kapsamında ifayı gerçekleştiren ya da ifaya katılan bir kimsenin ifa yardımcısı sayılması için borçlunun bu yönde rızasının varlığı ve talimatı yeterlidir; borçlu ve yardımcı kişi arasında bir istihdam ya da bağlılık ilişkisi aranmaz.⁵ Öğretideki hâkim görüşe göre borçlu, ihlal teşkil eden davranışta yardımcı kişinin kusuru olup olmadığı aranmaksızın sorumlu tutulur.⁶ Borçlunun elindeki tek imkân, ifa bizzat kendisi tarafından yerine getirilseydi dahi zararın doğacağını ortaya koymaktadır.⁷ Bu kriter öğretide adeta bir genel geçer esas olarak kabul edilir. İsviçre Federal Mahkemesi bu bağlamda sözleşme tarafının, ifa yardımcısının, borçlunun bizzat kendisinin ifada bulunurken göstermesi gerekli bütün özeni gösterdiğini ispat etmesini aramaktadır.⁸ Borçlunun farazi kusurunun varlığı kabul edildiğinden TBK m. 116, TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenen genel sözleşmesel sorumluluk rejiminde tazminat sorumluluğunun kurucu şartları bağlamında bir istisna getirerek borç-

⁴ Bkz. Başlık III.E.

⁵ WIDMER LÜCHINGER Corinne / Wiegand Wolfgang, Art. 101, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 7. Baskı, Schulthess, 2020, n. 7; TANDOĞAN, s. 436; OĞUZMAN/ÖZ, n. 1373; KAHVECİ Nalan, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt - 2,3 (Madde 83-206)**, Vedat, İstanbul, 2019, n. 8.

⁶ WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 731 n. 2; THÉVENOZ Luc, "Art. 101", **Code des obligations I Commentaire Romand Art. 1-529 CO**, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, n. 1-2; WEBER Rolf H./ EMMENEGGER Susan, "Art. 101", **Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar**, 2. Baskı, Schulthess, Bern, 2020, n. 154; TANDOĞAN, s. 444-445; ŞENOCAK, s. 210-211; OĞUZMAN/ÖZ, n. 1393-1400; EREN/DÖNMEZ, s. 2335-2336 n. 26; SEROZAN Rona / BAYSAL Başak / SANLI Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022, §22 n. 4. İfa yardımcısının fiilinden sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hali olduğu; bu kapsamda Alman hukukunda ifa yardımcısının kusuru aranırken İsviçre ve Türk hukuklarında borçlunun kusurlu olduğu kabulüne dayanan farazi kusur (*hypothetische Vorwerfbarkeit*) (*faute hypothétique*) esasının kabul edildiğine ilişkin bkz. ŞENOCAK, s. 108. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında ise ne borçlunun ne ifa yardımcısının kusuru aranmıştır, bkz. THÉVENOZ, n. 2.

⁷ THÉVENOZ, n. 6.

⁸ BGE 130 III 591, N. 5.5.4; BGE 117 II 65 N. 2b.

lunun kusurunun varlığına dayanmayan bir sorumluluk hali sevk eder. Genel kuraldan ayrılan bu düzenlemenin *ratio legis*'i, bir nimet-külfet dengesine ve borçlunun kendi üstlendiği edimi yardımcı kişi yardımıyla ifasından doğan rizikonun alacaklı yerine borçluya yüklenmesinin daha meşru görülmesi düşüncesine dayanır.

TBK m. 116 ile bağlantılı olarak ikame kişi kavramı ise vekâlet sözleşmesi ve eser sözleşmesi bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler bağımsız iş görenler olan yüklenicinin ifa yardımcısına başvurmasına ilişkin TBK m. 471/3 ve vekilin ifa yardımcısına başvurmasına ilişkin TBK m. 506/1 hükümleridir.⁹

B. Yapay Zekânın İfa Aracı ve İfa Yardımcısı Olarak Nitelendirilmesi Arasındaki Farkın Hukuki Sonucu

1. İfa Aracı ve İfa Yardımcısı Ayrımı

Bir ifa aracının kullanılması halinde ifada bulunan bizzat borçludur. Özellikle maddi fiil olarak gerçekleşen ifalarda ifa aracına başvurulur. İfa aracının kullanılması ifa süresini kısaltma, ifa tarzının kalitesini artırma gibi nedenlerle olabilir; ancak nihayetinde yönlendiren ve karar alan bizzat borçludur. İfada gösterilen özen derecesi, yine borçlunun özen derecesine, yani kişisel bilgi, tecrübe ve gösterdiği ihtimama bağlıdır. Örneğin; günümüzde cerrahi operasyonlarda kullanılan robotlar ya hekimin kullanımı ile çalışmaktadır ya da hekimin gözetimiyle girilen bilgilere göre sınırlı bir hareket kabiliyetine sahiptir. Bu nedenle günümüz teknolojisiyle cerrahi operasyonlar kullanılan robotlar tam otonom olmadıkları için ifa aracıdır.¹⁰ İfa yardımcısı kullanılmasında ise ifanın tarzı ve kalitesini belirleyen ifa yardımcısının davranışdır. İfa yardımcısı, borçludan talimat alsa da ifa sırasında otonom hareket eder. Bu nedenle ifada gösterilen özen derecesi, ifa yardımcısının özen derecesine (yani kişisel bilgi, tecrübe ve gösterdiği ihtimama) bağlıdır.

Borçlunun ifada bir yazılım ya da makine kullanmasının, hukuki açıdan yardımcı kişiye başvurulmasıyla eşdeğer kabul edilip edilemeyeceği öğretide son dönemde ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Kanımızca bu bağlamda esas önem arz eden konu, standart yazılım ve makinelerden ziyade, son yıl-

⁹ Bkz. Başlık III.E.

¹⁰ KOYUNCU AKTAŞ Nihan, "Hekim ve Hastanenin Cerrahi Robot Kullanımının Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 2021, ss. 1693 - 1737, s. 1702-1703.

larda büyük bir ivmeyle gelişme kaydeden öğrenme ve karar alma yeteneği olan yazılımların ifa aracı veya ifa yardımcısı ayrımlarından hangi kategoriye dâhil edileceğidir.

2. Ayrımın Sonuçları

Öğrenme ve karar alma yeteneği olan bir yazılımın ifa aracı ya da ifa yardımcısı olarak kabul edilmesinin farkı dört noktada ortaya çıkar. İlk olarak, yapay zekâ ifa aracı (*Hilfsmittel*) (*moyen auxiliaire*) olarak kabul edilirse şahsen ifa edilmesi gereken borçların ifasında kullanılabilirken, ifa yardımcısı (*Hilfsperson*) (*auxiliaire*) olduğu kabul edilirse kullanılması kural olarak hukuken uygun değildir. İkinci olarak ifa aracı kabul edilmesi halinde borca aykırılık halinde TBK m. 112 uygulanırken, ifa yardımcısı niteliğinde olduğu kabul edilirse borçlu TBK m. 116'ya göre sorumlu olur. İkinci ihtimal bakımından borçlunun borca aykırı davranışta kusuru aranmadığı için daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi olduğu açıktır.¹¹ Bu noktada borca aykırılık olgusu açısından şu ayrım göze çarpar: Yapay zekanın ifa aracı olduğu kabul edildiğinde, borçlunun borcunu ihlal etmiş olması için yapay zekanın kullanımının sözleşmede yasaklanmış olması veya dürüstlük kuralı gereği borçlunun yapay zekaya başvurmadan ifada bulunmasının beklenmesi gerekir. Buna karşılık, ifa yardımcısı olduğu kabul edilirse, borcun niteliği gereği ifada yardımcı kişi kullanılmasının caiz olmaması yeterlidir. Üçüncü fark ise ispat yükü noktasındadır. Yazılım ifa aracı ise borçlu, taahhüt edilen tür işlerde kullanılan yazılımlar arasında makul bir kalitede bir yazılım tercih ettiğini ortaya koyarak kusuru bulunmadığını ispatlayabilir. Yazılımın ifa yardımcısı olarak kabul edilirse borçlu, kendisi işi bizzat yapsaydı da sözleşmeyle hedeflenen amaca ulaşamayacağını ortaya koyarak sorumluluktan kurtulur. Nihayetinde ifa yardımcısından dolayı sorumluluk kuralının uygulanmasına hâkim görüş, borçlunun ifayı bizzat gerçekleştirseydi göstereceği özen derecesini esas almaktadır.¹² Bu da işin özellikle tecrübe ve insan dokunuşu gerektiren iş olması halinde borçlunun sorumluluktan kurtulamamasına sebep olur. Son olarak, yazılımın ifa aracı olduğu kabul edildiğinde TBK m. 115/1'ye göre yalnızca hafif kusurdan doğan tazminat sorum-

¹¹ Buna karşılık, kanunlaşamayan OR 2020 Projesi ise borçlunun kendi fiilinden doğan sorumluluğu ile ifa yardımcısının fiilinden doğan sorumluluğu arasında bir rejim farkı öngörmez, bkz. THÉVENOZ, n. 39. Belirtmek gerekir ki OR 2020'nin borca aykırılık sistemi ve genel borca aykırılık normu olan OR 2020 Art. 118, zaten kusuru objektifleştiren bir sistem öngörmektedir.

¹² ŞENOCAK, s. 211.

luluğu kaldırılabilirken, ifa yardımcısı olduğu kabul edilirse TBK m. 116/2'ye göre ifa yardımcısına bırakılan iş bakımından sorumluluğu kaldırır nitelikte bir sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı doğar.

III. İFANIN YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ HALİNDE TBK M. 116'NİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Standart yazılım ve makineler ifa aracı niteliğindeki, öğrenme ve karar alma yeteneğini haiz olan yazılım, makine ve robotların yardımcı kişi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hukuki sonuçları itibariyle tartışmaya değer bir konu teşkil eder. Bu bölümde konuyu somutlaştırmak ve yakın gelecekte sıklıkla gündeme gelebileceğini göstermek üzere İsviçre Federal Mahkemesinin yakın tarihli bir kararı kısaca açıklanacak, daha sonra yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğa ve alt iş görenin fiilinden doğan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler otonom yazılımlar bakımından incelenecektir.

A. Örnek Olay Olarak 2 Kasım 2021 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararına (BGer 4A_305/2021) Konu Olan Uyuşmazlık

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihte verdiği bir kararında (BGer 4A_305/2021 vom 02.11.2021) otonom yazılımın yaptığı işlemlerden dolayı borçlunun sorumluluğu, alt vekilin sorumluluğu bağlamında tartışılmıştır. İsraili bir şirket, nama yazılı paylarını İsviçre borsası SIX Swiss Exchange'de kote ettirmek için İsviçre'de bir bankayla vekâlet sözleşmesi akdeder. Bu sözleşme kapsamında İsviçreli banka, arz fiyatı ve teklif fiyatını düzenleyerek düzenli bir piyasa işleyişini sağlama (*market making*) yükümlülüğü altına girer. Banka, sözleşme kapsamında yapılan binlerce işlemi hiçbir banka çalışanının dahil olmaksızın bir yazılım aracılığıyla gerçekleştirir. Davacı şirket, bankanın şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu bu borcunu yazılım aracılığıyla gerçekleştirmesinin OR 398 Abs. 3 (TBK m. 506) kapsamında alt vekâletle bir başkasına tevkil niteliğinde olduğunu, şahsen ifa edilmesi gereken bir borç bulunduğu için bunun borca aykırılık teşkil ettiğini, ayrıca yazılım aracılığıyla ifanın şirkete bildirilmemesi nedeniyle bankanın bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesi olarak uyuşmazlığa bakan Zürih Ticaret Mahkemesi, algoritma ile ifadan dolayı açılan davayı, TBK m. 506 (OR 398) kapsamında caiz olmayan tevkil kapsamında incelemiş ve algoritma kullanılma-

sını ifa aracı olarak nitelendirerek bu hükmün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹³ Federal Mahkeme de aynı doğrultuda hareket ederek algoritma kullanımını OR 399 Abs.3 kapsamında incelemiş, ikame vekil olacak üçüncü kişinin bir gerçek veya tüzel kişi olması gerektiğine, OR 399 Abs. 3 (TBK m. 507/3) hükmünün de alt vekile doğrudan başvuru imkânını düzenleyerek bunu teyit ettiğini, sonuç olarak yazılımın ifa aracı niteliğinde olduğundan hareketle bankanın OR 399 kapsamında sorumluluğu doğmayacağına hükmetmiştir. Sonuç itibarıyla, caiz olmayan alt vekâlet iddiasını reddeden Federal Mahkeme, algoritma kullanımı dışında bankanın özen borcuna aykırı davranışın varlığı ortaya konmadığı için şirketin talebini reddetmiştir.¹⁴

B. TBK m. 116'nın Doğrudan Uygulanması

Öğretide genel kabul gördüğü üzere ifa yardımcısı, borçlunun kendi iradesiyle borcunun ifasını bıraktığı bir gerçek veya tüzel kişi olmalıdır. Bununla bağlantılı olarak ifa yardımcısının fiil ehliyetinin bulunması gerektiği belirtilmektedir.¹⁵ Bu nedenle hâkim görüşe göre, yapay zekânın ne ölçüde otonomlaştığından bağımsız olarak, ifa yardımcısı olarak kabul edilmesi ve TBK m. 116'nın doğrudan uygulanması *de lege lata* mümkün değildir.¹⁶

C. TBK m. 116'nın Kıyasen Uygulanması

İsviçre öğretisinde son yıllarda birçok yazar tarafından öğrenme ve karar alma yeteneğini haiz yazılımlar bakımından TBK m. 116'nın kıyasen uygulanması için şartların sağlandığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre sözleşmenin ifasında bilgisayar, makine ve yazılımların kullanılması halinde TBK m. 116 *mutatis mutandis* uygulama alanı bulur.¹⁷

¹³ HGer ZH HG200001 vom 22.4.2021.

¹⁴ BGer 4A_305/2021, n. 7.4.3.4.

¹⁵ Türk hukukunda ŞENOCAK, s. 104-105; YÜNLÜ Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 109-112. İsviçre hukukunda WİDMER LÜCHINGER/WİEGAND, n. 9; WEBER/EMMENEGGER, n. 39; WEBER, s. 297; YACOUBIAN Christapor, "Digitale Systeme als «Erfüllungsgehilfen» - Relevanz der fehlenden Rechtsfähigkeit?", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2023, ss. 412-422, s. 414.

¹⁶ Aynı görüşte bkz. GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, 11. Tamamlanmış, Düzeltilmiş ve Güncellenmiş Baskı, Schulthess, 2020, n. 3091; MÜLLER Melinda Florina, "Roboter und Recht", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2014, ss. 595-608, s. 600; YACOUBIAN, s. 416-417; YÜNLÜ, 172-173.

¹⁷ Bu görüşte İsviçre hukukunda SPİRO Karl, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Stämpfli, Bern, 1984, s. 209-210; WİDMER LÜCHINGER/WİEGAND, n. 9a; WİDMER LÜCHIN-

Ancak bu noktada TBK m. 116'nın kıyasen uygulanması için gerekli şartların bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bir hükmün kıyasen uygulanması için somut olaya kanunda doğrudan uygulanacak bir hükmün bulunmaması ve somut olaydaki menfaat dengeleri değerlendirildiğinde mevzu bahis hükmün kıyasen uygulanmasının meşru olması gerekir. İlk şart bakımından, İsviçre Borçlar Kanununun hazırlanma aşamasında makinelerin yaygın olarak kullanıldığı, bunların ifa aracından ibaret oldukları ön kabulüyle OR 101'in hazırlandığı, bu nedenle kanunda bir boşluk olduğunun (*planwidrige Lücke*) kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak makinelere daha karmaşık olan robot ve yazılımların ifada kullanılması bakımından bu kabul güçtür.¹⁸ Bu nedenle makine, yazılım, robot gibi teknolojik olarak oldukça gelişmiş ifa araçlarının kullanılması, kanun koyucu tarafından öngörülmüş ve düzenlenmiş bir durum değildir. İkinci olarak, Kanunda düzenlenmeyen bu senaryoda borçlu ifayı ifa yardımcısı gerçek veya tüzel kişinin edimi yerine, insan davranışını ikame eden bir yazılımın işleyişine delege etmektedir. Kanun koyucunun öngörmediği bu durumda da borçlu ifayı bir kişiye değil, performans olarak bir kişiyi ikame edebilecek bir yazılıma bırakmaktadır. Diğer yandan, TBK m. 116'nın kıyasen uygulanması bakımından yazılımın hukuki kişiliğinin ve fiil ehliyetinin olmamasının bir önemi yoktur; önemli olan yazılımın fiilinin bir hukuk kişisine atfedilebilmesidir. Sonuç itibarıyla, TBK m. 116'da düzenlenen durumla bir analogi kurulmasına elverişli olduğundan kanun boşluğu, TBK m. 116'nın kıyasen uygulanmasıyla doldurulmalıdır.

D. Kurtuluş Kanıtı Getirilmesi

TBK m. 116'nın doğrudan veya kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinde farazi kusur esası uygulanır. Farazi kusur esasına göre borçlu, ifayı bizzat gerçekleştirseydi de borca aykırılığın doğacağı ve bunun doğurduğu zarar bakımından kusurunun bulunmamış sayılacağını ispatla mükelleftir. Örneğin; robotik cerrahi ile yapılan bir operasyonda özen yükümlülüğüne aykırılık halinde kullanılması halinde kriter, bilgili ve deneyimli bir cerrahın göstermesi gereken özen yükümlülüğüdür. Özel olarak karşılaştırılmadıkça bu

GER Corinne, "Apps, Algorithmen und Roboter", **Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen, Haftung und Versicherung**, 2019, ss. 3-15, 11. LOHMANN Melinda F. / PRESSLER Theresa, "Algorithmische Vertragserfüllung (Teil 1)", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 2023, ss. 879-894, s. 887; YACOBİAN, s. 418. Türk hukukunda ŞENOCAK, 106-109.

¹⁸ WİDMER LÜCHINGER/WİEGAND, n. 9.

tip robotların operasyondaki hareket kabiliyeti ve sonuç alma becerisi ölçüt değildir; özen yükümlülüğünün ölçütü yine doktorun bilgi ve becerisidir.¹⁹

Ancak öğrenme ve karar alma yeteneğine sahip yazılımlar aracılığıyla gerçekleştirilen işler, teoride, insan tarafından yapılanlara nazaran hataya daha kapalıdır. İnsanlar tarafından gerçekleştirilen ifade, ifa anında bilgi ve tecrübe eksikliği, dikkat dağınıklığı, kişinin duygusal durumu gibi nedenlerle gerekli özeni gösterememesi mümkündür. Oysa makine öğrenmesine dayanan bir algoritma, yeterli çeşitlilikte ve sayıda veri aktarıldığında beklenen sonuçları elde edebilmektedir. Bu da çoğu zaman yazılım aracılığıyla ifade bulunan borçlunun sorumluluktan kurtulmasına yardım eder. Ancak yine de, işinde bilgili ve deneyimli bir uzmanın ayırık ve istisnai durumları öngörebilmesi, bu nedenle yazılımın elde ettiği sonuçtan daha iyi bir sonuç elde edebilecek kabiliyette olması halinde, borçlu sorumluluktan kurtulamaz.

Diğer yandan, yapay zekânın işleyişinin borca aykırılık teşkil etmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağının dışsal bir nedenle (örneğin bir üçüncü kişinin fiili veya mücbir sebep nedeniyle) kesilmesi halinde de borçlu sorumluluktan kurtulur. Bu, tazminat sorumluluğunun kurucu unsurlarından nedensellik bağı unsuruyla ilgili bir durumdur. Yapay zekânın kullanılması bakımından elektrik tesisatının bozulması, sunucuların bulunduğu konumda doğal afet yaşanması nedeniyle yazılımların çalışmaması, bilgisayar korsanlarının yazılıma müdahale etmesi gibi durumlar bu kapsama girer.

E. Yapay Zekânın Alt İşgören Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği ve Özellikle Vekile Başvurulmasına İlişkin TBK m. 507'nin Uygulanabilirliği

Vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan borcunu ifasında alt vekile başvurusunu düzenleyen TBK m. 507 ve yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunun ifasında alt yükleniciye başvurusunu düzenleyen TBK m. 473/2, ifa yardımcısı kullanılmasına ilişkin TBK m. 116'yla bağlantılı ancak farklı bir kavram olan ikame kişiyi (*Substitution*) düzenler.²⁰ Bu düzenlemelerden özellikle TBK m. 506-507 önem arz eder. Zira alt vekilin caiz olduğu işler bakımından vekil alt vekili seçme ve denetlemek bakımından özen yükümlülüğünü ihlal

¹⁹ Örnek için bkz. YACOUBIAN, s. 419.

²⁰ VON TUHR Andreas, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Zweiter Band**, 3. Baskı, Schulthess, Zürich, 1984, s. 24. Özel düzenleme bulunmayan hallerde ikame kişinin borca aykırı fiilinden dolayı borçlunun TBK m. 116'ya göre sorumlu olacağına ilişkin bkz. KAHVECİ, s. 1479 n. 15.

etmediği sürece alt vekilin borca aykırılık sonucu doğuran fiillerinden sorumlu olmaz. Ayrıca TBK m. 507/3 müvekkile, tevkilin caiz olup olmadığından bağımsız olarak vekâlet sözleşmesinden doğan haklarını doğrudan alt vekile karşı ileri sürme yetkisi sağlar. Sonuç itibariyle tevkil, özel ve sınırlı bir kapsamda getirilmiş olup müvekkil açısından daha avantajlı bir konum yaratır.

Vekil hem ifa yardımcısı hem de alt vekil kullanabilir. Vekil kural olarak şahsen ifayla yükümlü olsa da borçlandığı asli edim yükümlülüğüyle bağlantılı olan bazı ödevleri ifa yardımcısına delege edebilir.²¹ Vekilin ikame kişi kullanabilmesi için ise görevini tevkil etmesinin caiz olması gerekir.²² Ancak yukarıdaki paragrafta belirtilen sonuçlar itibariyle, iki kavram arasındaki ayırımın sonucu, vekâlet sözleşmesi açısından büyük önem arz eder. İfa yardımcısı ile borçlu arasında, yardımcı kişi borçlunun talimatıyla hareket ettiği için fiili bir bağlılık ilişkisi vardır. Alt vekil ve alt yüklenici ise işi borçlu yerine ve onun talimatı olmadan yapar. Bu açıdan bir görüşe göre TBK m. 507 anlamında alt vekil kullanılması; hukuki, ekonomik ve teknik anlamda borçludan bağımsız olan bir kişinin, borçlu olan vekilin ifa görevini yerine getirmesi için ikame edilmesidir.²³ Başka bir görüşe göre ise alt vekilin, ifa edilecek edimin özel uzmanlık gerektiren bir kısmının yerine getirilebilmesi için ve müvekkilin menfaatlerine hizmet edecek olaylar bakımından söz konusu olacağını savunmaktadır.²⁴ Diğer yandan, TBK m. 116'nın kapsamı TBK m. 507'den daha geniştir, bir tevkil ilişkisi (*subordination*) aranmaz. TBK m. 116'da edim sonucunun mu edim fiilinin mi taahhüt edildiği, işin niteliği ve niceliği, işin uzmanlık gerektiren veya şahsen ifa edilmesi gereken bir iş olup olmadığı önem arz etmez.²⁵ Örneğin; dava konusu olaylar hakkında araştırma yapan stajyer avukat, tatile çıkan meslektaşının hastalarına bakan doktor yardımcı kişiyken; zincirleme banka havalesinde muhabir banka ise alt vekildir.²⁶

²¹ FELLMANN Walter, "Art. 398", **Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4**, Stämpfli, Bern, 1992, n. 529.

²² DROZ Johan, **La substitution dans le contrat de mandat**, Schulthess, Genève, 2008, n. 59-60.

²³ WERRO Franz, "Art. 398", **Commentaire Romand Code des Obligations Art. 253-529 Autres Contrats**, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, n. 6; FELLMANN, s. 517-518 n. 539-541; TANDOĞAN, s. 447.

²⁴ SPİRO, s. 93; OSER David / WEBER Rolf H., "Art. 398", **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 7. Baskı, Schulthess, Basel, 2020, n. 3; ŞENOCAK, s. 144; SEROZAN et al., § 22 n. 8.

²⁵ DROZ, n. 42.

²⁶ Bu örnekler için bkz. WERRO, n. 7.

Konuya dönüldüğünde, TBK m. 507/3'ün getirdiği koruma, alt vekilin hak ve borçlara ehil olan ve malvarlığını bulunan bir kişi olarak hukuk düzeni tarafından tanınması halinde anlamlıdır. Zira vekil lehine getirilen sorumluluğun alt vekili seçme ve denetlemeyle sınırlamanın, müvekkil lehine getirilen doğrudan başvuru imkânıyla dengelendiği görülmektedir. TBK m. 506-507'nin genel düzenlemeleri düşünüldüğünde alt vekilin hukuken kişi sayılması ve ehliyet şartının kabul edilmesi gereği bu düzenlemeye daha uygun düşer. Bu nedenle anılan düzenlemelerin ifanın otonom yazılım tarafından gerçekleşmesi durumuna kıyasen uygulanması hukuken meşru bir zemine oturmaz. Alt yüklenici açısından ise TBK m. 507/3'teki gibi bir direkt başvuru imkânı tanınmadığından aynı durum gündeme gelmez.

IV. SONUÇ

Borçlu, sözleşmeden doğan borcunun ifasında ifanın başarıya ulaşmasını sağlamak ve ifa süresini kısaltmak için yazılım, makine, robot gibi teknolojilere başvurabilir. Standart yazılım ve makinelerden farklı olarak, makine öğrenmesi teknolojisiyle çalışan yazılımların ve makinelerin karar alma ve otonom hareket etme beceresine sahip olması nedeniyle, bu tür yazılımların sözleşmenin ifasında kullanılması halinde yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğa ilişkin TBK m. 116'nın uygulanabilirliği gündeme gelir.

İfa aracı niteliğindeki standart yazılımların kullanılması sonucunda borca aykırılık ortaya çıktığında bundan doğan tazminat sorumluluğu TBK m. 112'ye dayanırken, insanın zihinsel ve fiziksel emeğini ikame edecek nitelikteki otonom yazılımların kullanılması halinde borçlunun kusurunun varlığına dayanmayan bir sorumluluk rejimi sevk eden TBK m. 116 hükmü kıyasen uygulama alanı bulur. Genel kabul gördüğü üzere TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısının hukuk düzeni tarafından bir kişi olarak kabul edilmesi ve ehliyetinin bulunması gerekir. Bu nedenle otonom yazılımların ifada kullanılması haline uygulanması *de lege lata* mümkün olmaz. Buna karşılık, öğretide giderek taraftar toplayan bir görüşe göre, kanunda doğrudan uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı ve ifanın otonom yazılıma delege edilmesi ile ifa yardımcısına delege edilmesi bakımından benzer bir menfaat ilişkisi bulunduğu için TBK m. 116 kıyasen uygulanabilir.

TBK m. 116'nın temelinde, nimet-külfet dengesi gereği borçlunun ifayı kendi fiili organizasyonu içinde bir başkasına bırakmasının getirdiği rizikoya borçlunun katlanması düşüncesi yatar. Bu nedenle borçlu, ifayı bizzat gerçekleştirseydi dahi borca aykırılığın ortaya çıkacağını veya kendi organi-

zasyonu içindeki kişinin davranışıyla zarar arasındaki nedensellik bağının kesildiğini ortaya koymadıkça sorumluluktan kurtulamaz. Belirtmek gerekir ki, yeterli sayı ve çeşitlilikte veri yüklenen bir yazılımın gerçekleştirdiği ifa bakımından çoğu zaman borçlu sorumluluktan kurtulabilir. Ancak bir kişinin uzmanlığının sözleşmenin ifasında özel bir önem arz etmesi, insan tecrübesine ve bakış açısına dayanan özel bir karar verilmesinin gerekmesi halinde borçlu sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yardımcı kişiyle bağlantılı bir diğer kavram ise ikame kişi kavramıdır. İkame kişi, şahsen ifa edilmesi gerekmeyen borçlar bakımından vekâlet sözleşmesi için TBK m. 506-507'de, eser sözleşmesi için ise TBK m. 473/3'te düzenlenmiştir. TBK m. 506'nın vekilin sorumluluğunu, caiz alt vekâlet bakımından alt vekili seçme ve denetlemede özen sorumluluğunu yerine getirmesiyle sınırlı tutması ve TBK m. 507/3'ün gerek caiz gerek caiz olmayan alt vekâlette müvekkil lehine vekile doğrudan talep hakkı tanınması karşısında, ifa yardımcısı ve alt vekil ayrımı önem arz eder. Vekil lehine getirilen sınırlamanın müvekkil lehine getirilen doğrudan başvuru imkânıyla dengelendiği görülmektedir. Bu nedenle TBK m. 116'nın aksine, otonom yazılım açısından alt vekile ilişkin kuralların uygulanabilirliği makul bir zemine oturmaz.

KAYNAKÇA

- ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,3**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- DROZ Johan, **La substitution dans le contrat de mandat**, Schulthess, Genève, 2008.
- EREN Fikret / DÖNMEZ Ünsal, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III (madde 83 - 206)**, Yetkin, Ankara, 2022.
- FELLMANN Walter, “Art. 398”, **Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4**, Stämpfli, Bern, 1992.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, 11. Tamamlanmış, Düzeltilmiş ve Güncellenmiş Baskı, Schulthess, 2020.
- GÜLLOD Oliver / STEFFEN Gabrielle, “Art. 18”, **Code des obligations I Commentaire Romand Art. 1-529 CO**, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021.
- KAHVECİ Nalan, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt - 2,3 (Madde 83-206)**, Vedat, İstanbul, 2019.
- KOLLER Alfred, **Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1980.
- KOYUNCU AKTAŞ Nihan, “Hekim ve Hastanenin Cerrahi Robot Kullanımının Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 2021, ss. 1693 - 1737.
- LOHMANN Melinda F. / PRESSLER Theresa, “Algorithmische Vertragserfüllung (Teil 1)”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 2023, ss. 879-894.
- MÜLLER Melinda Florina, “Roboter und Recht”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2014, ss. 595-608.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, Vedat, İstanbul, 2023.
- OSER David / WEBER Rolf H., “Art. 398”, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 7. Baskı, Schulthess, Basel, 2020.
- SEROZAN Rona / BAYSAL Başak / SANLI Kerem Cem, **Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- SPIRO Karl, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Stämpfli, Bern, 1984.
- ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı, Ankara, 1995.
- TANDOĞAN Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961.
- THÉVENOZ Luc, “Art. 101”, **Code des obligations I Commentaire Romand Art. 1-529 CO**, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021.

- VON TUHR Andreas, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Zweiter Band**, 3. Baskı, Schulthess, Zürich, 1984.
- WEBER Rolf H., “Smart Contracts: Vertrags- und verfügungsrechtlicher Regelungsbedarf?”, **Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!)**, 2018, ss. 291-301.
- WEBER Rolf H./ EMMENEGGER Susan, “Art. 101”, **Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar**, 2. Baskı, Schulthess, Bern, 2020.
- WERRO Franz, “Art. 398”, **Commentaire Romand Code des Obligations Art. 253-529 Autres Contrats**, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021.
- WIDMER LÜCHINGER Corinne, “Apps, Algorithmen und Roboter”, **Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen, Haftung und Versicherung**, 2019, ss. 3-15.
- WIDMER LÜCHINGER Corinne / Wiegand Wolfgang, Art. 101, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 7. Baskı, Schulthess, 2020.
- YACOUBIAN Christapor, “Digitale Systeme als «Erfüllungsgehilfen» - Relevanz der fehlenden Rechtsfähigkeit?”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2023, ss. 412-422.
- YÜNLÜ Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha, 2019.

ROMA HUKUKUNDA GANİMET^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Baha Yiğit SAYIN**^(**)

Öz: Dünya tarihinin en başarılı emperyalist devletlerinden biri olduğu kabul edilen Roma İmparatorluğu için savaş ganimetleri önemli bir zenginlik kaynağıydı ve toplam gelirlerinin ciddi bir bölümü teşkil etmekteydi. Düşmana ait özel bir mal kategorisini (*res hostiles*) temsil eden ganimet, sahihsiz mal (*res nullius*) addedilerek *ius gentium* (kavimler hukuku) uyarınca *occupatio* (sahiplenme) yoluyla elde edilmekteydi. Bu bağlamda Roma devletinin -ve de hukukunun- ganimet üzerindeki hakların iktisabını ne şekilde düzenlemiş olduğu sorusu öne çıkmaktadır.

Romalılar hem ekonomik hem de politik sebeplerle tarihteki ilk sınır ötesi yağmalama sistemini kurdular. Özellikle cumhuriyet dönemi boyunca *imperium*'a sahip ordu komutanlarının bu sistemde önemli bir rolü vardı zira savaş ganimeti üzerinde geniş yetkileri haizdiler. Komutanların ganimet üzerindeki yetkilerinin kapsamı ve sınırları ise öğretilerde tartışmalıdır. Bu çalışma ile *ius gentium* prensiplerinin hâkim olduğu Roma savaş hukuku kapsamında ganimet kavramının, tasnifinin ve de üzerindeki hakların nevinin anlamlandırması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Savaş Hukuku, Kavimler Hukuku, Ganimet, Sahipsiz Mal, Sahiplenme.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 15.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 08.11.2024.

^(**) Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ysayin@ku.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9171-3791>.

BOOTY IN ROMAN LAW

Abstract: The Roman Empire, often regarded as one of the most successful imperialist states in history, relied heavily on the income generated by war spoils, which constituted a sizable portion of the empire's total revenue. Representing a special category as enemy property (*res hostiles*), booty was acquired through occupatio under *ius gentium* as a *res nullius*.

The Romans established the first cross-border looting system in history owing to both economic and political dynamics. During the republican period, the army commanders with *imperium* played an important role in this system as they had broad authority over the booty. However, the content and limits of their authority over the booty is open to debate. This study aims to provide a comprehensive understanding of the concept of booty, its categories, and particularly the nature of the rights associated with it within the framework of the Roman war law governed by the principles of *ius gentium*.

Keywords: Ius Belli, Ius Gentium, Booty, Res Nullius, Occupatio.

Virg. Aen. 6. 851-853: “*Tu regere imperio populos, Romane, memento; Hae tibi erunt artes, pacisque imponere morem, Parcere subiectis, et debellare superbos*” (Sen hükmedeceksin tüm halklara Romalı, unutma; şunlar olacak senin becerilerin: barışı sağlamak, boyun eğmişlere merhamet etmek ve kibirlileri yenmek).

GİRİŞ

Savaşın ve hukukun insanlık tarihinin en kadim kurumları arasında yer aldığına kuşku yoktur. Bu bakımdan savaşın hukuktan da eski olduğu düşünülebilir,¹ mamafih her savaşın en nihayetinde bir sonu vardır ve çatışma taraflarının savaş sonrası ilişkileri -nasıl bir formda olursa olsun- devam edecektir. Nitekim yıllarca sürmüş Mısır-Hitit savaşının sonuçlarına dair M.Ö. 1259’da imzalanmış ‘Kadeş Anlaşması’,² bugün tarihin ilk uluslararası anlaşmalarından birisi olarak kabul edilmektedir.³

Medeniyet tarihinin hiçbir döneminde savaş tamamıyla ‘hukuk dışı’ -*extra leges*- olamazdı.⁴ Topluluklar, eski devirlerden beridir, savaşın sebebiyet verdiği yıkımı sınırlamak, savaşanlar dışındaki kişileri korumak, savaş sonrası oluşan düzeni muhafaza etmek ve de savaşla elde edilen kazanımları -özellikle savaş ganimetlerini- düzenlemek adına evrensel karakterde kural-lara ihtiyaç duymuşlardır.

¹ Savaşın insanlık tarihi kadar eski olduğuna dair bkz. KEEELY Lawrence H., **War Before Civilization: The Myth of the Peaceful Savage**, OUP, Oxford, 1996, ss. 3-25; LEBLANC Steven A., **Constant Battles, The Myth of the Peaceful, Noble Savage**, St. Martin’s Press, New York, 2003. Savaşın insan doğasının bir parçası olup olmadığı tartışmalarına ilişkin bkz. ZUR Ofer, ‘The Psychohistory of Warfare: The Co-Evolution of Culture, Psyche and Enemy’, **Journal of Peace Research**, C. 24, S. 2, 1987, ss. 125-133; FRY Douglas P. (ed), **War, Peace and Human Nature: The Convergence of Evolutionary and Cultural Views**, OUP, Oxford, 2013, ss. 1-23.

² Kadeş Anlaşmasına ilişkin bkz. REDFORD Donald B. (ed), **Oxford Encyclopedia of Ancient Egypt**, Cilt I, OUP, Oxford, 2001, ss. 166-67.

³ Tarihin kayıtlı ilk uluslararası anlaşmasının M.Ö. 24. yüzyılda, Sümer şehirleri Lagaş ve Umma arasında akdedilmiş olduğuna dair bkz. LESAFFER Randall, ‘Treaties within the History of International Law’, **Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties**, BOWMAN Michael J. / KRITSIOTIS Dino (ed), CUP, Cambridge, 2018, s. 43.

⁴ Savaş ve hukuk ilişkisinin politik bağlamda analizi için bkz. KENNEDY David, **Of War and Law**, Princeton University Press, New Jersey, 2006, ss. 13 vd.

Savaş ve hukukun kesişimi, sadece kaosa düzen getirme, savaş kazanımlarına meşruiyet sağlama veya ganimeti paylaşırma arzularının bir yansıması değildir; aynı zamanda savaşın bile temel insancıl normlar uyarınca çizilmiş belirli sınırlara tabi olarak yürütülmesi gerekliliğinin bir kabulüne işaret eder. Bu kabul, savaşın yürütülmesine ve kazanımların paylaşımına dair hukuki çerçevelerin inkişafını yönlendirmiş ve savaş hukukunun üzeri-ne kurulmuş olduğu tarihi temelleri teşkil etmiştir.

Modern dünyada ‘savaş hukuku’, karşımıza uluslararası hukukun kanunlaştırılmış ilk kısmı olarak çıkmaktadır.⁵ Bugün ‘savaş hukuku’, ya da başka bir ifade ile ‘savaş esasında geçerli olan (uluslararası) hukuk’:⁶ ‘Uluslararası İnsancıl Hukuk’,⁷ ‘Uluslararası Ceza Hukuku’ ve ‘Uluslararası Teammül Hukuku’ kurallarından müteşekkil kabul edilmektedir:⁸

Uluslararası İnsancıl Hukuk, ‘dört Cenevre konvansiyonları’⁹ ve ek protokollerine tabi olarak oluşmuştur;¹⁰ ve aslen ‘çatışmaya katılmamış veya

⁵ ZAND Joseph, ‘An Evaluation of Early Codification Attempts of The Laws of War and The Influence of Civil War’, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 4, S. 1, 2013, s. 217.

⁶ Modern hukuk, savaşa ilişkin hukuk kurallarını iki ayrı kategoride incelemektedir: *jus ad bellum* ve *jus in bello*. Bunlardan *jus ad bellum*, devletlerin savaşa veya genel olarak silahlı kuvvet kullanımına başvurabilmeleri için öngörülen koşullara atıfta bulunur. 1945 Birleşmiş Milletler Şartı’nda yer alan devletler arasında güç kullanımına karşı olan yasağın istisnaları (meşru müdafaa ve BM tarafından tanınan kuvvet kullanma yetkisi) *jus ad bellum*’un temel unsurlarıdır. *Jus in bello* ise silahlı bir çatışmada yer alan tarafların davranışlarını düzenler. Bu bağlamda da Uluslararası İnsancıl Hukuk *jus in bello* ile eş anlamlıdır; özellikle silahlı çatışmanın tüm kurbanlarını olabilecek en geniş ölçüde koruyarak silahlı çatışmalardaki acıları en asgariye indirmeye çalışır; bkz. ROLING B.V.A, ‘Jus in Bello, Jus ad Bellum’, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, C. 6, 1959, ss. 292-304; KOLB Robert, ‘Origins of the Twin Terms Jus ad Bellum/Jus in Bello’, *International Review of the Red Cross*, S. 320, 1997, ss. 553-62.

⁷ ‘Uluslararası İnsancıl Hukuk’; askeri personel literatüründe “Harp Hukuku”, hukuk uygulayıcıları tarafından “Silahlı Çatışma Hukuku” ve akademisyenlerce “Uluslararası İnsancıl Hukuk” olarak ifade edilmektedir; GÜNDÜZ Aslan, *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Reşat V. Günel (ed), 7. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 507; ayrıca bkz. HOŞ Serdar, *Haklı Savaş ve İnsancıl Hukuk*, On iki Levha, İstanbul, 2013, ss. 85 vd.; ÖKTEM Emre, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin, İstanbul, 2011, s. 71.

⁸ KUNZ Josef L., ‘The Laws of War’, *AJIL*, C. 50, S. 2, 1956, ss. 313-37; Uluslararası hukukta savaş kavramı için bkz. GREENWOOD Christopher, ‘The Concept of War in Modern International Law’, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 36, S. 2, 1987, ss. 283-306.

⁹ 1864 tarihli ilk Cenevre Konvansiyon metni revize edilerek önce 1906’da ve ardından 1929’da yeniden düzenlendi. Mevcut versiyonları, İkinci Dünya Savaşı’nın ardından 12 Ağustos 1949’da kabul edildi ve bugün “dört Cenevre Konvansiyonları” olarak biliniyor. Detaylı bilgi için bkz. ODYAKMAZ Zehra, *Tarih İçinde Cenevre Sözleşmeleri*, Yetkin, Ankara, 2021, ss. 32 vd.

artık son vermiş kişilerin korunmasını’ ve ‘silahlar ve taktikler gibi savaş araç ve metotlarına ilişkin kısıtlamalarını’ düzenlemektedir.¹¹

Uluslararası Ceza Hukuku çok ciddi suçlar olarak görülen belirli davranış tiplerini yasaklamak ve faillerini cezai bakımdan sorumlu tutmak için tasarlanmış olup, uygulanması için 1998 tarihli ‘Roma statüsü’¹² ile ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi’ kurulmuştur.¹³

Uluslararası Teamül Hukuku ise “hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş”¹⁴ kurallarından meydana gelmektedir.¹⁵ Üzerinde ‘yorumsal tartışma’¹⁶ olmakla birlikte Uluslararası Teamül Hukuku’nun geçerliliğinin kabulü süregelen devlet uygulaması ve *opinio juris sive necessitas* (bu yeknesaklaşmış ve süregelen uygulamanın uluslararası hukuk çerçevesinde zorunlu olduğu inancı) ile var olmaktadır.¹⁷

¹⁰ POULOS A. Helleni, ‘The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: An Historic Analysis’, **International Journal of Legal Information**, C. 28, S. 1, 2000, s. 1-44.

¹¹ <https://www.icrc.org/en/document/treaties-and-customary-law> (erişim: 07.08.2024). İnsancıl hukuk kuralları silahlı çatışmalar esnasında bu çatışmaların nasıl yürütülmesi gerektiğiyle ilgilenen kurallar bütününden oluşmakta olup kuvvet kullanmanın haklılığıyla ilgilenmemektedir (TEZCAN Durmuş ve diğ., **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin, İstanbul, 2014, s. 67). Temel ilkeleri; ayırım, orantılılık, askeri niyet, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı, savaş esirlerinin korunması, sivil halkın korunması, belirli silahların kullanımı olarak düzenlenmiştir (BARTELS Rogier / FORTIN Katharine, ‘Law, Justice and a Potential Security Gap: The ‘Organization’ Requirement in International Humanitarian Law and International Criminal Law’, **Journal of Conflict & Security Law**, C. 21, S. 1, 2016, ss. 29-48).

¹² 2002’de yürürlüğe girmiş ‘Roma Statüsü’ için bkznz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf> (erişim: 07.08.2024).

¹³ ALİBABA Arzu, ‘Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu’, **AÜHFD**, C. 49, S. 1, 2000, ss. 181-207. Uluslararası Ceza Mahkemesi, ‘soykırım’ (*genocide*), ‘barışa karşı suçlar’ (*crimes against peace*), ‘savaş suçları’ (*war crimes*) ve de’ insanlığa karşı suçlar’ (*crimes against humanity*) şeklinde kategorize edilen asli suç tiplerini yargılamakla yetkilidir; bkznz. Roma Statüsü, md.5; AMANN D. M. ‘International Decisions: Prosecutor v. Lubanga’, **AJIL**, C. 106, S. 4, 2012, ss. 809-17.

¹⁴ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, md.38 (1)(b); <https://www.icj-cij.org/statute> (erişim: 12.08.2004).

¹⁵ Uluslararası Teamül Hukuku hakkında daha fazla bilgi için bkznz. ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul 2013.

¹⁶ Detaylı bilgi için bkznz. PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, C. 1, 15. Bası, Turhan, Ankara, 2021, ss. 14 vd.

¹⁷ JENNINGS Robert / WATTS Arthur (ed), **Openheim’s International Law**, C. 1, 9. Bası, Longman, Londra, 1996, ss. 27; ERKİNE Hakan / TEZEL Aybüke, ‘Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti’, **MÜHF-HAD**, C. 28, S. 2, 2022, ss. 663; ÖKTEM, 2013, ss. 49 vd. Uluslararası Teamül Hukuku’nun bağlayıcılığı için herhangi bir anlaşma gerekmez, kural olarak uluslararası bir hukuki olayda taraf olan her ül-

Burada belirtmek gerekir ki, savaşa ve kurallarına ilişkin bu hukuki müdevvenat oldukça yenidir; zira her ne kadar antik zamanlardan beridir savaşa (ve barışa) ilişkin kurallar mevcut olsa da 1864'e kadar bunlar çoğunlukla yazılı olmayan geleneklerdi.¹⁸ 1864 yılında Birinci Cenevre Konvansiyonu kabul edildi,¹⁹ ve ardından gelecek birçok uluslararası düzenlemenin öncüsü oldu.²⁰ Savaşa ilişkin kurallar antik çağdan ilk Cenevre Konvansiyonu ile başlayan döneme dek hiç değişmemişti; gerek çatışmaya gerek savaş ve barış ilanına gerekse de savaş ganimetine (ve yağmasına) dair kurallar Roma hukukunca belirlendiği gibi aynı kalmıştı. Keza, 19. yüzyılda Cenevre Konvansiyonu ile tohumları atılan modern uluslararası hukukun tarihi dayanaklarından 'teamül hukuku' da menşeyini Roma hukukunda bulmaktaydı.²¹ Bu bağlamda Roma hukukunun uluslararası hukukun oluşum döneminde çok önemli bir rol oynadığı aşikardır.²² İlginç olan nokta ise Roma hukukunun modern uluslararası hukuka olan etkisinin 'kavimler hukuku' (*ius gentium*) veya 'savaş ve barışa ilişkin dinî hukuk' (*ius fetiale*) gibi uluslararası etkiler gösterebilen ve bugün 'kamu hukuku' olarak nitelendirilebilecek hukuklar kadar 'özel hukuk' müesseseleri üzerin-

keyi bağlar (International Law Association (Uluslararası Hukuk Derneği), Londra Konferansı, *Report of the International Law Association Committee on Formation of Customary (general) International Law*, 2000, ss. 25, 27; CHIMNI, B.S. 'Customary International Law: A Third World Perspective', *AJIL*, C. 112, S. 2, 2018, ss. 1-46).

¹⁸ Savaş kurallarını yazılı tanımlayan ilk hukuki belge ise 16. A.B.D. başkanı *Abraham Lincoln*'un emri ile Alman hukukçu ve asker *Franz Lieber* tarafından 1863 yılında düzenlenmiştir. Amerikan İç Savaşı sırasında Amerikan birlikleri için bir saha rehberi olarak tasarlanmış *Lieber Code* (Lieber Kanunu) bu özelliğiyle sadece A.B.D. topraklarında kullanıldı; daha fazla bilgi için bkz. CARNAHAN Burrus M., 'The Civil War Origins of the Modern Rules of War: Francis Lieber and Lincoln's General Order No. 100', *Northern Kentucky Law Review*, C. 39, S. 4, 2012, ss. 661-68. Silahlı çatışmaların genel bir biçimde uluslararası hukukun kapsamına dâhil edilmesi ise deniz savaşlarına ilişkin dört kural getiren 1856 tarihli "Paris Bildirgesi" ile meydana gelmiştir.

¹⁹ ALSAN, Zeki Mesud, '1949 Cenevre Sözleşmeleri', *AÜHFD*, C. 7, S. 3, 1950 ss. 37-57.

²⁰ Söz konusu düzenlemeler için bkz. ASLAN M. Yasin, 'Savaş Hukukunun Temel Prensipleri', *TBB Dergisi*, C. 79, 2008, ss. 235-45.

²¹ Bu hususa ilişkin bkz. KADENS Emily / YOUNG Ernest A., 'How Customary is Customary International Law?' *William and Mary Law Review*, C. 54, S. 3, 2013, s. 885-920; IURLARO Francesca, *The Invention of Custom: Natural Law and the Law of Nations*, ca. 1550-1750, OUP, Oxford, 2021, ss. 21 vd.; KELLY J. Patrick, 'Customary International Law in Historical Context', *Reexamining Customary International Law*, LEPARD Brian D. (ed), CUP, Cambridge, 2017, ss. 47-85.

²² NUSSBAUM Arthur, 'The Significance of Roman Law in The History of International Law', *University of Pennsylvania Law Review*, C. 100, 1952, ss. 678-87; GOZZI Gustavo, *Rights and Civilizations: A History and Philosophy of International Law*, CUP, Cambridge, 2019, s. 1.

den de gerçekleşmiş olmasıdır.²³ Başta ‘uluslararası hukukun babası’²⁴ sayılan *Hugo Grotius* ve *Albericus Gentilis* olmak üzere 17. yüzyılın önemli hukukçuları²⁵ ortaya çıkan bu yeni hukuku tasrih etmede Roma hukukundan türetilen özel hukuk analogilerine başvurmuş ve böylelikle de Roma (özel) hukuku, uluslararası hukuk için doğrudan bir tarihsel kaynak işlevi görmüştür.²⁶ Dolayısıyla uluslararası hukukun bir parçası olarak doğan modern savaş hukukunun birçok kural ve prensibindeki Roma hukuku etkisi, kamu hukuku kadar özel hukuktan da kaynaklanmakla hem doğrudan hem de dolaylı olarak tezahür etmiştir.

Uluslararası hukukun konvansiyon ve anlaşmalar aracılığıyla yazılı hale gelmeye başladığı 19. yüzyıla dek Roma hukuku kavram ve anlayışları, dönemin uluslararası hukukunu oluşturan ‘savaş ve barış’, ‘antlaşmalar’, ‘diplomasi’ ve ‘sınır ötesi (deniz) ticareti’ gibi hususların hepsini etkilemeye devam etti.²⁷

Roma hukukunun savaşın -ve barışın- kurallarına olan uzun süreli etkisi gayet doğaldır. Antik çağın kaçınılmaz bir gerçeği olan savaş,²⁸ idari teşkilatını askeri düzenlerle bağlantılı tasavvur eden ve *consul*, *dictator*, *praetor* gibi en önemli *magistra*’lıklarının hepsi asker kökenli olan Roma için adeta gündelik hayatın bir parçasıydı.²⁹ Roma hukuku, hayatın diğer alanlarında

²³ Bu konuya ilişkin bkz. FIGGIS J.N., **Political Theory from Gershon to Grotius**, Batoche Books, Kitchener, 1999, s. 121; STRAUSS Gerald, **Law, Resistance, and the State: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany**, Princeton University Press, New Jersey, 1986, s. 123; LEE Daniel, **Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought**, OUP, Oxford, 2016, ss. 91-97, 101-105.

²⁴ MOCK William B.T., ‘Hugo Grotius’, **Encyclopedia of Global Justice**, CHATTERJEE D.K (ed), Springer, Londra, 2011, ss. 462-64; VREELAND JR Hamilton., **Hugo Grotius: The Father of the Modern Science of International Law**, OUP, New York, 1917. Ayrıca bkz. VAN ITTERSUM Martine J., ‘Hugo Grotius: The Making of a Founding Father of International Law’, **Oxford Handbook of the Theory of International Law**, ORFORD Anne / HOFFMAN Florian (ed), OUP, Oxford, 2016, ss. 82-100.

²⁵ Örneğin *Richard Zouche* ve *Cornelius van Bynkershoek*; bkz. LESAFFER Randall, ‘Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription’, **European Journal of International Law**, C. 16, S. 1, 2005, ss. 25-58.

²⁶ LAUTERPACHT Hersch, **Private Law Sources and Analogies of International Law**, Longman, Londra, 1927, s. 8.

²⁷ LESAFFER Randall, ‘Roman Law and The Intellectual History of International Law’, **Oxford Handbook of the Theory of International Law**, s. 42. Detaylı bilgi için bkz. ZIEGLER Karl Heinz, **Völkerrechtsgeschichte: Ein Studienbuch**, 2. Bası, Beck, Münih, 2007, ss. 35 - 61.

²⁸ “*Polemos panton men pater esti panton de basileus...*” “Savaş her şeyin babası ve kralıdır..” (Herakleitos, DK 53).

²⁹ Romalıların -Yunanlılara nazaran- savaş ile daha alakalı olduklarına dair bkz. HORNBLLOWER Simon, ‘Warfare in Ancient Literature: The Paradox of War’, **Cambridge History**

olduğu üzere savaşa ilişkin de hukuk anlayışlar geliştirerek, kapsamlı kurallar öngörmüş ve bu hukuki telakkiler ‘modern öncesi’ savaş hukukunun temelini oluşturmaya yeterli gelmiştir.

Savaşa ilişkin en kadim Roma hukuku kuralı ise ganimetin savaşta kazanan tarafın hakkı addedilmesidir.³⁰ ‘Savaş sırasında düşmandan alınan ve ister düşman devlete ister tebaasından herhangi birine ait olan taşınır mallar’³¹ şeklinde tanımlanabilecek ganimet üzerinde ‘muzaffer olanın mutlak hakları’, *Hugo Grotius* ve *Albericus Gentilis*’in yazımları ile 17-18. yüzyıla taşınmış ve ‘galibin mağlup ettiğinin her tür malına sahip olabileceği’ bir uluslararası hukuk kuralı olarak tekrar ortaya atılmıştır.³² Buna karşın yine antik dünyaya atıfta bulunularak bu hakkın sınırsız olmadığı hatırlatılmakta ve ganimetlere el konurken din/kültür/sanat eserleri özelinde itidal çağrısı yapılmaktadır.³³

Savaş ganimeti, Cenevre konvansiyonu ve birçok uluslararası anlaşma ile ‘yağmalama yasağı’ altında yasaklanmış ve ardından da Lahey konferanslarıyla söz konusu yağmalama yasağı üzerine tarihi eserler için ek koruma protokolleri oluşturulmuştur.³⁴ Bu bağlamda ‘sanat eserleri’ ve de ‘kültür varlıkları’ özel bir kategoriden görülerek hususi olarak koruma altına alınmışlar ve kökenini antik dünyada, *Polybius*’un hüznü içinde ifade ettiği hislerinde³⁵ bulan “kültür ve sanat eserlerinin savaş sırasında himayesi” rahatlen hüküm altına alınmıştır.³⁶

of Greek and Roman Warfare, SABIN Philip et al. (ed), CUP, Cambridge, 2008, ss. 27-28. Antik Yunanlıların hayatlarında önemli bir yer tutan ‘spor’un Romalılar bakımından karşılığının ‘savaşa hazırlık talimleri’ olduğuna dair bkz. SAYIN Baha Yiğit, ‘Yunan Olimpiyatları, Roma Olimpiyatları ve Modern Olimpiyatlar: Olimpiyat Tarihine Karşılaştırmalı bir Bakış’, **Olimpiyat Oyunları ve Hukuk**, KALAFATOĞLU M. Polat (ed), On iki Levha, İstanbul, 2020, s. 29. (2020a)

³⁰ AUSTIN Michel, ‘Booty’, **Oxford Classical Dictionary**, HORNBLLOWER Simon / SPAWFORTH Antony (ed), 3. Bası, OUP, Oxford, 1996, s. 253; ayrıca bkz. D. 41.1.5.7.

³¹ Savaş ganimetinin tanımına ilişkin bkz. DOWNEY JR. William Gerald, ‘Captured Enemy Property: Booty of War and Seized Enemy Property’, **AJIL**, C. 44, S. 3, 1950, ss. 488-504; SMITH H. A., ‘Booty of War’, **Brit. Y.B. Int’l L.**, S. 23, 1946, ss. 227-239.

³² GROTIUS Hugo, **De Iure Belli ac Pacis**, 1632, Amsterdam, 3.6.

³³ GROTIUS, 3.12.5-8.

³⁴ SANTARELLI Angela, ‘Restitution of Looted Art in Europe: Few cases, many obstacles’, **Revista la propiedad inmaterial**, C. 25, 2018, ss. 141-53.

³⁵ *Polybius*, *Marcellus*’un *Syracuse*’yi fethinden sonra şehrin neredeyse tüm kültür ve sanat eserlerine ganimet olarak el koyarak Roma’ya götürmesini derin bir üzüntü içinde tenkit etmiştir; bkz. Polyb. 10.9. Bugün *Polybius*’un söz konusu ifadeleri ‘sanat ve kültür varlıklarının savaşta dahi korunması gerekliliğinin ilk kez ortaya konması olarak kabul edilmektedir; bu

Modern hukuk anlayışında “ganimet”, “talan” ve “yağma” artık uluslararası ceza hukuku tarafından suç olarak tanımlanmaktadır.³⁷ Ve her ne kadar tarihsel olarak ganimet terimi silahlar, malzemeler, para, değerli metallere ve doğal kaynaklar gibi *ius belli* (savaş hukuku) altında ‘meşru’ sayılan edimleri kapsamakla ‘yağma’ veya ‘talan’dan farklılaşmış olsa da modern anlayış nazarında aynı oranda hukuka aykırı addedilmektedir. Bugün hukuka uygun ganimetin tek türü ise, antik dünyadan beridir en temel ganimetlerden görülen, yenilen tarafın geride bırakmış olduğu askeri araç ve gereçlerdir.³⁸

Modern hukukça yasaklanan ganimet, Roma hukukunda ise *ius gentium*’e (kavimler hukukuna) uygun olarak iktisap edilmesi şartıyla meşru addedilmekteydi. Roma’nın M.Ö. 4. - M.S. 1. yüzyılları arasında devamlı savaştığını ve düzenli savaş halinde kalabilmesini de bu savaşların maddi ödülleri - ganimete- borçlu olduğunu göz önüne alındığımızda kanımızca aksi bir olasılık da pek mümkün değildi.³⁹

Savaşlar ganimetleri, ganimetler savaşları getirmekte ve fethedilenlerin sistematik biçimde yağma edilen zenginlikleri Roma’nın imparatorluğa dönüşmesinde itici güç olmaktadır. Roma savaş hukukunca temellendirilmiş bu yağma sisteminin merkezinde uzun bir süre boyunca ‘*imperium*’⁴⁰ yetki-

hususla ilişkin bkz. WILLIAMS Jonathan, ‘From Polybius to the Parthenon: Religion, Art, and Plunder’, **Imperialism, Cultural Politics, and Polybius**, SMITH Christopher / YARROW L. Mariah (ed), OUP, Oxford, 2012, s. 278.

³⁶ Örn. 1954 Lahey Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunması Sözleşmesi; ayrıca bkz. Dördüncü Cenevre Konvansiyonu md.33 (2).

³⁷ Örneğin Roma Statüsü, “askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak malların yaygın olarak edilmesi veya sahiplenilmesini” ve “el konulmasını” ve “saldırı sonucu ele geçirilse dahi, bir kenti ya da yeri talan etme” fiillerini ‘savaş suçu’ olarak düzenlemiştir; bkz. md.8. 2 a(4), b(xiii), d(5)

³⁸ Bknz. 1949 Üçüncü Cenevre Konvansiyonu md 18.1, 3; ayrıca bkz. *Mazzoni v. Finanze dello Stato*, Ocak 8, 1927, Venedik, Foro Italiano, 1927, i, s. 961.

³⁹ Bu hususa ilişkin bkz. ROSELAAR Saskia / HELM Marian, ‘Spoils and the Roman Republic’, **Spoils in the Roman Republic: Boon and Bane**, HELM Marian / ROSELAAR Saskia (ed), F. Steiner, Stuttgart, 2023, ss. 13 vd.

⁴⁰ *Imperium* devlet gücünü kullanabilmesi yetkisi olup en eski devirde kral, *consul*, ve de *dictator*’de bulunabilirdi. Cumhuriyet devrinde ise *praetor*’a ve ordu komutanlarına da tanınmaya başlandı. *Imperium* sahibi olan *magistra*, ordu kumanda edebilme yetkisi dışında, vatandaşları askere çağırma, orduyu düzenleme ve savaş sonrasında terhis etme, emir ve ceza verebilme, kanun teklif edebilme, meclisi toplantıya çağırabilme ve *triumphus* (zafer alayı) düzenleyebilme gibi birçok başka hakkı da haizdi. *Imperium* sahibi *magistra*’nın ardında güç ve yetkilerini simgeleyen *fasces*’ler (tahtadan yapılmış ve üzerlerinde balta bulunan bir demet çubuk) taşıyan *lictor*’leri (refakətçi/koruma) bulunurdu; bkz. BERGER Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1980, *imperium*: ss. 493-94; UMUR Ziya, **Roma Hukuku - Tarihi Giriş - Kaynaklar - Genel Esaslar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, ss. 47-8; JOLOWICZ H.F., **A Historical Introduction to Roman Law**, CUP,

sine sahip ordu komutanları yer almış olsa da ‘ilk imparatorluk’ (*principatus*)⁴¹ dönemi ile ganimetin üzerindeki haklar ‘*princeps*’in⁴² şahsında Roma devletine intikal etmeye başlamıştır.

Çalışmamız ile Roma savaş hukuku kapsamında ganimete ilişkin hukuki rejimi ortaya koymak ve ganimete dair kuralların değişimini Roma devletinin idari yapısının inkişafı ile bağlantılı olarak anlamlandırmak amacındayız. Bu doğrultuda olarak ilk bölümde Roma’da savaşın dinamiklerini ve hukukunu, sonraki bölümlerde de Roma hukuku kapsamında ganimet kavramını, hukuki özelliklerini ve de üzerindeki hakları inceleme konusu yapacağız. Son olarak belirtmek isteriz ki araştırmamızı özellikle ‘Cumhuriyet’ (*res publica*)⁴³ ve ‘İlk İmparatorluk’ devirleri (*principatus*) ile sınırlamakta-

Cambridge, 1932, ss. 44-8; KUNKEL Wolfgang, **An Introduction to Roman Legal and Constitutional History**, (çev. WJM KELLY), Clarendon Press, Oxford, 1966, ss. 15; SMITH William, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Harper & Brothers, New York, 1884, *imperium*: ss. 530-31. *Imperium*’un menşei ise tartışmalıdır; Mommsen için *imperium*, krallık devrinde kralların yetkilerini temsil ederken cumhuriyetin kurulmasıyla beraber kralın yerini alan *consul*’lere intikal etmiştir (MOMMSEN Theodor, **Römisches Staatsrecht**, C. I, 3. Bası, Leipzig, 1887, ss. 24, 116-36). Karşı görüş ise *imperium*’un Roma’nın kuruluşundan beri mevcut bir yetki olduğunu reddederek cumhuriyet ile birlikte ordu komutanlarına özel yetki tanınması gerekliliği sonucu oluşturulduğu iddiasındadır (HEUSS Alfred, ‘Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten’, **ZRG**, C. 64, 1944, ss. 57-133).

⁴¹ İlk imparatorluk (*principatus*), Roma iç savaşının (M.Ö. 49-45) ardından *Augustus*’un başa geçmesi ile başlayan ve Cumhuriyet (*res publica*) devrini takip eden imparatorluk döneminin, *Diocletianus*’un iktidarına kadarki dönemine bugün verilen isimdir (M.Ö. 27 - M.S. 284); bknz. UMUR, 1983, ss. 190 vd.; KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Hukuku Tarihi Giriş -Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku -Hakların Korunması**, 17. Bası, Turhan, Ankara, 2014, ss. 24-5. Bu bağlamda Roma İmparatorluk devri, kanımızca idari anlayışı bakımından aslen üç döneme ayrılabilir: Geç cumhuriyet - *Principatus* ve de *Dominatus* (Son imparatorluk). Roma, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, henüz cumhuriyetin son yıllarında bir imparatorluk haline gelmiştir; nitekim cumhuriyete son veren iç karışıklıkların oldukça global bir ölçekte baş gösterdiği görülüyor. *Gaul* zaferinden dönen *Julius Caesar* ve ortağı -diğer *consul*- *Magnus Pompey* arasında başlayan iç savaş sadece İtalya’ya mahsus değildi; Anadolu’dan Afrika’ya, İspanya’dan Balkanlara kadar birçok farklı bölgeye yayılmıştı. *Principatus* devrinde ise artık gerçek anlamıyla bir imparatorluk haline gelmiş Roma, yine de henüz gerçek manasıyla bir mutlakiyet değildir ve *principatus* ile *dominatus* devirleri arasındaki en temel fark da budur.

⁴² *Princeps*, kelime olarak ‘birinci vatandaş’ anlamına gelmektedir. Eski devirlerde *senatus*’un en kıdemli üyesini işaret eden bir terim iken *Augustus* döneminden itibaren imparatorlara verilen ünvana karşılık gelmeye başlamıştır. Zaman içinde *Princeps*’in gücü giderek artmış ve son imparatorluk döneminde *princeps* terimi artık ilk vatandaş değil mutlak iktidarın imparatorunu işaret etmektedir; bknz. UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteleler Matbaası, İstanbul, 1983, *princeps*: s. 169.

⁴³ Roma’da cumhuriyet (*res publica*) devrinin M.Ö. 510 - M. Ö. 27 arasına tekabül ettiği kabul edilmektedir; daha fazla bilgi için bknz. TÜRKÖĞLU H. Gökçe, ‘Roma Cumhuriyeti ve İlk İmparatorluk İdari Yapısı’, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 2, 2009, ss. 251-89.

yız. ‘Krallık’ dönemini (*regnum*),⁴⁴ hakkındaki malumatımızın sınırlı olması; ‘Son İmparatorluk dönemini’ (*dominatus*)⁴⁵ ise Roma hukuku ve organları ile şeklen dahi herhangi bir alakası kalmamış ve neredeyse Roma’ya yabancı bir sistem haline gelmiş olması sebepleriyle tahkikatımızın dışında bırakıyoruz.⁴⁶

I. ROMA’DA SAVAŞIN DİNAMİKLERİ VE HUKUKU

A. Savaşın Varlık Nedenleri

Savaş, Roma’nın İtalya’da küçük bir şehir devletinden dünya imparatorluğuna giden yolunun mihenk taşı olmuştur. M.Ö. 4. yüzyılda halen kuzey sınırını Tiber nehrinin belirlediği Roma cumhuriyeti, mütemadiyen savaşarak ve ekseriyetle de galip gelerek, sadece iki yüzyıl yıl sonra Akdeniz temelli bir dünya imparatorluğu haline gelmiştir.⁴⁷ Savaşlar ile önce tüm İtalya fethedilmiş, ardından da Kuzey Afrika’dan Almanya’ya; Britanya’dan Kudüs’e; İspanya’dan Suriye’ye bilinen dünyanın büyük bir bölümü Roma hakimiyetine girmiştir.⁴⁸ Roma’nın iki asırlık bir süre içinde şehirden imparatorluğa dönüşmesi kuşkusuz ki dünya tarihinin en müstesna gelişmelerinden birisidir ve bu hızlı yükselişin neden ve ne şekilde gerçekleştiği soruları halen öğretiyi meşgul etmeye devam etmektedirler.⁴⁹

⁴⁴ Krallık (*Regnum*), M.Ö. 754’den M.Ö. 510’a kadar devam eden ve *Rex* (kral) olarak adlandırılan tek bir magistramın yönetimindeki devirdir (JOLOWICZ, ss. 2-3; BERGER, *regnum*: s. 671).

⁴⁵ Son İmparatorluk (*Dominatus*), M.S. 284 - 564 arasındaki döneme verilen isimdir. *Dominatus* döneminde eski Roma devletinin karakteri tamamıyla dönüşüme uğramış ve Doğu anlayışının hakim olduğu mutlak bir imparatorluk haline gelmiştir (UMUR, 1984, s. 60).

⁴⁶ Bu konuya ilişkin bkz. LOEWENSTEIN Karl, **The Governance of Rome**, M. Nijhoff, Lahey, 1973, ss. 403-04.

⁴⁷ UMUR, 1984, s. 79. Roma İmparatorluğu en geniş halinde üç kıtaya yayılmıştı. Roma sınırlarını günümüz politik haritasına uyarlarsak yirmiden fazla ülkenin topraklarından geçiyor olacaktır. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için bkz. BREEZE David J., **The Frontiers of Imperial Rome**, Pen and Sword, Barnsley, 2012; JONES Rebecca H., ‘What Divides Us Also Connects Us: Roman Frontiers, World Heritage and Community’, **The Historic Environment: Policy & Practice**, C. 12, S. 2, 2021, ss. 120-45.

⁴⁸ Detaylar için bkz. HARRIS William V., ‘Roman Expansion in the West’, **Cambridge Ancient History**, ASTIN A. E. et al. (ed), 2. Bası, C. 7, CUP, Cambridge, 1989, ss. 107-63; LINTOTT Andrew, ‘Imperial Expansion and Moral Decline in the Roman Republic’, **Historia**, C. 21, 1972, ss. 626-38.

⁴⁹ Örneğin bkz. ARMSTRONG Jeremy / FRONDA Michael P., **Romans at War: Soldiers, Citizens, and Society in the Roman Republic**, Taylor & Francis, New York, 2020, s. 10; OAKLEY Stephen, ‘The Roman Conquest of Italy’, **War and Society in the Roman World**, RICH John / SHIPLEY Graham (ed), 2. Bası, Routledge, Oxford, 2002, ss. 9 vd.; RAAFLAUB Kurt A., ‘Born to be Wolves? Origins of Roman Imperialism’, **Transitions to empire:**

‘İmparatorluk kavramının beşiği’⁵⁰ olan Roma İmparatorluğu aynı zamanda tarihteki en başarılı emperyalist devletlerden biri kabul edilmektedir.⁵¹ Nitekim Roma imparatorluğu bugün emperyalizmin doğası ve dinamikleri üzerine olan tartışmaların odağında yer almakta.⁵² İmparatorluk ve emperyalizm kavramlarının modern tanımları Roma kurumları üzerinden yapılırken tanımlardaki ihtilaflar ise Roma modelinin farklı yorumlarından kaynaklanmaktadır.⁵³ Dolayısıyla bugün Roma ile ‘emperyalizm/imparatorluk’ arasında hem kavramsal hem de kuramsal bir ilişki kurulmuş olduğu söylenebilir.⁵⁴ Buna karşın Roma emperyalizminden ne anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalıdır.⁵⁵ Keza, Roma emperyalizminin özelliklerinin ve ardında yatan sebeplerin neler olduğu Roma tarihinin üzerinde

Essays in Greco-Roman history, 360-146 B.C. in honor of E. Badian, WALLACE R. W. / HARRIS Edward M. (ed), University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1996, ss. 296-99; GARNSEY P.D.A. / WHITTAKER C.R., ‘Introduction’, **Imperialism in the Ancient World**, CUP, Cambridge, 1978, ss. 1-6.

- ⁵⁰ ÜNLÜ R. Barış, ‘İmparatorluk Fikrinin Gelişimi’, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 65, S. 3, 2010, s. 243.
- ⁵¹ CHAMPION Craige / GOLDBERG Charles, **Roman Imperialism**, Classics, Oxford Bibliographies, 2014 (<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780195389661/obo-9780195389661-0117.xml>) (erişim: 07.08.2024).
- ⁵² MORLEY Neville, **The Roman Empire: Roots of Imperialism**, Pluto, Londra, 2010, s. 2; FLACH Dieter, ‘Der Sogenannte römische Imperialismus. Sein Verständnis im Wandel der neuzeitlichen Erfahrungswel’, **Historische Zeitschrift**, C. 222, 1976, ss. 1-42.
- ⁵³ HOWE Stephen, **Empire: A Very Short Introduction**, OUP, Oxford, 2002, s. 41. Modern kavramların antik kurumlara uygulanmasının sakıncalarına ilişkin bkz. WERNER Robert, ‘Das Problem des Imperialismus und die römische Ostpolitik im zweiten Jahrhundert v. Chr’, **ANRW I**, 1, 1972, ss. 501-563.
- ⁵⁴ Bknz. HARDT Micheal / NEGRI Antonio, **Empire**, Harvard University Press, Massachusetts, 2000, s. 18; WOOLF Greg, ‘Rome and Imperialism’, **Palgrave Encyclopedia of Imperialism and Anti-Imperialism**, NESS Immanuel / COPE Zak (ed), Palgrave Macmillan, Londra, 2021, ss. 2331-45; ayrıca bkz. DUVERGER Maurice, ‘Le Concept d’empire’, **Le concept d’empire**, DUVERGER Maurice (ed), PUF, Paris, 1980, ss. 5 vd. Modern batı dillerinde ‘imparatorluk’ ve ‘emperyalizm’ kavramlarını ifade eden (İngilizce *Empire/imperialism*, Fransızca *empire/impérialisme*, Almanca *imperium/Imperialismus*, İtalyanca *impero/imperialismo*, İspanyolca *imperio/imperialismo*) terimlerinin hepsi Latince ‘emretmek, buyurmak’ anlamına gelen *impero* fiilinden türemiş *imperium* kelimesine dayanmaktadır. Keza Türkçede de ‘imparatorluk’ ve ‘emperyalizm’ terimlerinin kökeni *imperium*’dur (Nişanyan Sözlük: **Çağdaş Türkçenin Etimolojisi**, Yeni Basım, Liber, İstanbul, 2018, ss. 223, 367). *Imperium*’a ilişkin bilgi için bkz. dn 40.
- ⁵⁵ bkz. FINLEY Moses, **The Ancient Economy**, 2. Bası, University of California Press, California, 1999, s. 157 vd.; FRANK Tenney, **Roman Imperialism**, Yeni Bası, Batoche, Kitchener, 2003; Modern emperyalizm anlayışı ile Roma emperyalizminin karşılaştırması için bkz. EDWELL Peter, ‘Definitions of Roman Imperialism’, **A Companion to Roman Imperialism**, HOYOS Dexter (ed), Brill, Leiden, 2013, ss. 39-40; BRUNT PA, ‘Reflections on British and Roman Imperialism’, **Comparative Studies in Society and History**, C. 3, 1965, ss. 267-88; MORLEY, ss. 1-13.

en fazla çalışma yapılan sorularından olmuştur: Roma'nın savaşları mütecaviz kavimlerin saldırılarına karşı meşru sayılabilecek bir müdafaa nevinden mi yoksa kişisel fayda ve/veya kamu yararı gözetilerek oluşturulan kötü niyetli planların -ve bazı durumlarda entrikaların- sonuçları olarak mı görülmelidir?

Klasik öğretilerde, Roma emperyalizminin aslında kendisini savunmaya dayanmakla 'defansif' olduğu kabul edilmekteydi. Mommsen'e bağlanabilecek bu doktrin nazarında Roma ile komşuları arasındaki savaşlar, ma'nın birçok durumda haklı korkuları ve bazen de yanlış anlamaları sonucu genelde kendisini veya müttefiklerini savunma amacıyla çıkmıştır.⁵⁶ Roma'nın yayılcı amaçları ve de hakimiyet altına alacağı toprak ve nüfustan ekonomik fayda sağlama amaçları ikincil dinamiklerdir.⁵⁷ Romalılar, ortaya çıktıkça dış tehditlerle uğraştılar ve ardından mümkün olduğunca İtalya'daki topraklarına çekildiler; başka arazilerin kalıcı işgali de ekseriyetle yayılma amaçlı değil daha fazla çatışmadan kaçınmak içindi.⁵⁸

Klasik görüşe karşı olan ve modern olarak nitelendirilebilecek görüş ise aslen Harris'in savaş ve Roma toplumu arasında kurduğu radikal sayılabilecek ilişkiye dayanmaktadır.⁵⁹ Harris nazarında, Romalı aristokratlar en büyük tatminlerini bir zenginleşme ve yükselme imkânı olarak savaşta buldular.⁶⁰ Ve *Senatus* da bu tatminin kurumsal aracı olarak kasıtlı ve sistemli bir şekilde, iki yüz elli yıl boyunca (M.Ö. 70'e dek) bir dizi saldırgan savaşlar düzenledi. Roma, gücünün ve zenginliğinin sürekli genişlemesi için neredeyse devamlı savaş halindeydi,⁶¹ fakat bu düzenli savaş halinin ardındaki nihai amaç sadece eko-

⁵⁶ Cic. Rep.: 3.35.3: "*Noster autem populus sociis defendendis terrarum iam omnium potitus est.*" (...müttefiklerini savunan halkımız şimdiden tüm dünyaları fethetti..)

⁵⁷ Bknz. MOMMSEN Theodor, **Römische Geschichte**, C. I-III, 8. Bası, Weidmann, 1889; HOLLEAUX Maurice, **Rome, la Grèce et les monarchies hellénistiques au IIIe siècle avant J.-C. (273-205)**, E. de Boccard, Paris, 1935; WALBANK F.W., 'Polybius and Rome's Eastern Policy', **JRS**, C. 53, 1963, ss. 1-13; SHERWIN-WHITE A.N., **Roman Foreign Policy in the East 168 BC to AD 1**, Duckworth, Londra, 1984.

⁵⁸ Özellikle M.Ö. 3. yüzyılda Yunanlılarla olan ilişkilerinde ve M.Ö. 1.yüzyılda Selevkos İmparatorluğunun yıkılışı takiben fethedilen toprakların düzenlenmesinde bu yaklaşım görülmektedir.

⁵⁹ HARRIS, William V., **War and Imperialism in Republican Rome 327-70 BC**, Clarendon Press, Oxford, 1985; ayrıca bknz. FINLEY Moses, 'Empire in the Graeco-Roman World', **Greece and Rome**, C. 25, S. 1, 1978, ss. 1-15; HOPKINS Keith, **Conquerors and Slaves**, CUP, Cambridge, 1981; SCHUMPETER Joseph A., **Imperialism & Social Classes: Two Essays by Joseph Schumpeter**, (çev. H. Norden), Meridian, New York, 1955, ss. 50-54.

⁶⁰ HARRIS, 1985, ss. 17-18.

⁶¹ HARRIS, 1985, s. 9; HOPKINS, ss. 24 vd.

nomik değildi;⁶² aynı zamanda aristokratlara onur ve azamet gibi askeri erdemlerini gösterme ve yeteneklerini kanıtlama şansı vermektedir.⁶³

Patricius'lar ve *pleb*'ler (ve aslında tüm Romalılar) için *laus* (onur) ve *gloria* (şan) büyük önem taşıyordu ve onlara ulaşmanın en kolay yolu askeri başarılarından geçmekteydi.⁶⁴ Ayrıca, yüksek askeri mevkilerin genellikle sınırlı bir süre için işgal edilebiliyor olduğu gerçeği, komutanları bu kısıtlı süreyi kendilerine bir isim ve şöhret oluşturmak için kullanmalarına teşvik etmekteydi. Mesele sadece şan, şöhret de değildi; generaller ganimetin tamamını veya bir kısmını alabilmeleri sebebiyle savaşlardan maddi olarak da kazanç elde edebilmekteydiler.⁶⁵

Modern görüşün Roma savaş hukukuna yönelik yaklaşımı da haliyle iddia ettikleri Roma emperyalizminin karakteri ile uyum göstermektedir. Modern görüş nazarında her ne kadar savaşa ilişkin kuralların '*ius gentium*'a tabi olduğu söylene de fiili durum farklı olup ortada durumdan duruma değişiklik gösterebilen, pragmatik ve subjektif kurallar bulunmaktadır.⁶⁶

En nihayetinde, Roma emperyalizminin nevi doktrinde halen tartışmalıdır: Tartışmanın bir tarafı Romalıların bazen entrikalarla, bazen hasmını tahrik ederek, bazen de önleyici amaçlı saldırılarda bulunarak ve bu yolda *ius gentium* kurallarını amaçlarına göre yorumlayıp uygulayarak, planlı bir şekilde yayıldığı iddiasındayken; diğer taraf ise Roma'nın çevresindeki yabancı kavimlerin saldırgan tutumlarına karşı kendisini (ve yeri geldiğinde müttefiklerini) başarıyla savunmakla istemsiz ve tabii şekilde bir dünya imparatorluğuna dönüştüğü fikrindedir.

Kanımızca tartışmanın çözümü her iki tarafın iddialarının kesişiminde bulunabilir. Önceleri çok da güçlü bir şehir olmayan Roma, komşularına karşı genelde savunmada kalarak müdafaa amaçlı savaşlara girmiş; özellikle M.Ö. 4-3. yüzyıldan itibaren ise birçok farklı sebeple daha yayılmacı ve

⁶² HARRIS, 1985, s. 11.

⁶³ Bu hususa ilişkin bkz. SOUTHERN Pat, **The Roman Army: A Social and Institutional History**, OUP, Oxford, 2006, ss. 82 vd.

⁶⁴ BADIAN Ernst, **Roman Imperialism in the Late Republic**, Cornell University Press, New York, 1968, ss. 12-13; HARRIS, 1985, ss. 12-17, 40-41. *Polybius*, en az on tane askeri sefere katılmamış olan hiç kimsenin kamusal bir göreve gelemeyeceğini söylemektedir (Polyb. 19.4).

⁶⁵ Bu hususa ilişkin bkz. III B.

⁶⁶ HARRIS, 1985 ss. 170-175.

saldırgan bir politika izlemeye başlamıştır.⁶⁷ Roma'nın saldırgan politikalarının gerçek sebepleri tartışmaya açık olsa da ardındaki aristokratik dinamikler aşikardır. 'Roma aristokrasisi',⁶⁸ cumhuriyet rejiminin özelliklerine bağlı olarak ganimet taksiminin merkezinde yer almakla düzenli savaş halinden en fazla menfaat sağlayan kesim idi. Bu bakımdan da yükselen Roma emperyalizminin asli destekçisi rolünü oynamış olmaları doğal bir sonuçtu.

Roma savaş hukukunun söz konusu politika değişimine bağlı bir intibaka tabi tutulmuş olduğu görüşüne ise katılmıyoruz. *Ius gentium*'dan kaynaklandığı söylenen evrensel kurallar *ius fetiale* etkisiyle örfi bir karakterde olsalar da sonuçta yazılı değildiler ve bağlayıcı addedilmiyorlardı; ve her ne kadar politik/pragmatik mülahazalarla yorumlanmaya ve gerekirse göz ardı edilmeye açık olsalar da belirli bir amaca özgülenerek kalıplaştırılmaları gerek Roma devlet yapısının hususiyetleri gerekse de *ius gentium*'un kendi özellikleri karşısında mümkün değildi.

B. Savaşa Uygulanan Hukuk Kuralları (*Ius Belli - Ius Gentium*)

Ünlü Romalı hatip *Cicero*'nun bir *maxim* şekilde tekrar edilen ifadelelerinden belki de başlıcası, hukukun savaştaki manasızlığına ilişkindir: "*silent enim leges inter arma*" (savaş sırasında kanunlar/hukuk susar).⁶⁹ Aslında *Cicero*'nun bu yargısı tam olarak ne modern savaşlar ne de Roma savaşları için geçerlidir. Roma anlayışında savaşa ilişkin olan kurallar (*ius belli*)⁷⁰ evrensel olmakla kavimler hukukunun (*ius gentium*) bir parçasıydı,⁷¹ dolayı-

⁶⁷ HELM Marian, 'Born to Plunder: Rome's Shift towards Predatory Warfare in the Fourth Century BCE', **Spoils in the Roman Republic**: ss. 145-165; TAMER Diler, **Roma Hukuku**, C. I, Legal, İstanbul, 2020, s. 15; NORTH J. A., 'The Development of Roman Imperialism', **JRS**, C. 71, 1981, ss. 5-9. SIDEBOTTOM Harry, 'Roman Imperialism: The Changed Outward Trajectory of the Roman Empire', **Historia**, C. 54, S. 3, 2005, ss. 315-30.

⁶⁸ Roma aristokrasisine ilişkin bkz. SYME Ronald, 'Oligarchy at Rome: A Paradigm for Political Science' **Diogenes**, C. 36, S. 141, 1988, ss. 56 - 75; NORTH John, 'Politics and Aristocracy in the Roman Republic', **Classical Philology**, C. 85, S. 4, 1990, ss. 277-87.

⁶⁹ Cic. Pro Milone 4.11. *Cicero*'nun aslında iç karışıklar akabinde gerçekleşmiş cinayetler ve soruşturmalarına ilişkin zikrettiği sözleri bugün "*inter arma silent leges*" formunda ve aslen askeri acil durum sırasında meşru müdafaaya bağlı ulusal çıkarlar dikkate alınarak hukukun askıya alınabilirliğine atıfta bulunur şekilde kullanılmaktadır; bkz. FELLMETH Aaron X. / HORWITZ Maurice, **Guide to Latin in International Law**, OUP, Oxford, 2009, s.140.

⁷⁰ Latince '*bellum*' savaş ve çarpışma anlamlarına gelmektedir; bkz. KABAAĞAÇ Sina / ALOVA Erdal, **Latince Türkçe Sözlük**, Sosyal, İstanbul, 1995, s. 58.

⁷¹ NUSSBAUM, s. 682. *Ius gentium*, *ius fetiale* ve de *ius belli* kavramlarının karşılaştırmalı bir analizi için bkz. PHILLIPSON Coleman, **International Law and Customs of Ancient Greece and Rome**, C. I, MacMillan & Co., Londra, 1911, ss. 96-99. (1911a)

sıyla Roma hukuku bakımından savaş kurullardan tamamıyla azade görülen ve hukukun karşısında dilsiz kaldığı bir olgu değildi. Savaşa ilişkin hukuk yazılmış ve ilan edilmiş kati kurullardan oluşmamaktaydı belki ama en azından *ius gentium* uyarınca takip edilmesi beklenen belirli normları haizdi.⁷² Tam da bu noktada belirtmek gerekir ki *ius gentium*, Roma hukuku içinde birçok farklı anlama gelen kavramlardan biridir.⁷³ Çalışma konumuz babında en genel anlamıyla, bir devletin kendi anlayışına (*ratio civilis*) uygun biçimde tesis etmiş olduğu öz hukukundan (*ius civile*) farklı, bütün kavimler nezdinde tabii aklın (*naturalis ratio*) emrettiği ve herkes için geçerli, evrensel kurallar içeren hukuk anlamına gelmektedir.⁷⁴ Bu bakımdan örneğin Romalı aile babasının (*pater familias*) aile fertleri üzerindeki hakimiyeti (*patria potestas*) Roma'ya özgü bir kurum olması sebebiyle *ius civile*'den görülürken, kölelik ise tüm kavimler için geçerli olmakla *ius gentium*'a ait idi.⁷⁵

Savaş da sonuçta herkes için geçerli, evrensel bir olguydu ve dolayısıyla Roma hukuku kapsamında *ius belli* yani savaşa ilişkin kurallar *ius tium*'dan kaynaklanmaktaydı.⁷⁶ Bu kurullardan en kadim ve evrensel olan ise mağlup olanın kaderini elinde tutan galip tarafın aynı zamanda tüm ganimet üzerinde de mutlak bir hak elde etmesidir.⁷⁷ *Ius Gentium*'un emrettiği diğer Roma savaş hukuku (*ius belli*) kaideleri olarak: teslim olmuş şehirlere merhamet gösterilmesi,⁷⁸ tapınak, mabet ve diğer tür dini yer veya eserlere zarar verilmeyerek ait oldukları kavimlerin nezdinde bırakılması,⁷⁹ fethedilen kavimlerin maddi bir anlam ifade etmeyen kültür/sanat eserlerine el konulma-

⁷² En nihayetinde *ius gentium* (kavimler hukuku), Roma'nın öz hukukunun (*ius civile*) muhalifi veya ziddi olmaktan ziyade zaman içinde onun tamamlayıcı bir parçası haline gelmiştir (UMUR, 1984, s. 215; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 98).

⁷³ *Ius gentium*'un Roma Hukukundaki anlamları için bkz. SCHWARZ Andreas, **Roma Hukuku Dersleri**, (çev. Türkan Rado), 7. Bası, Doğan, İstanbul, 1965, ss. 105-109; BERGER, *ius gentium*: ss. 528-529; UMUR, 1984, ss. 212-216; JOLOWICZ, ss. 101-105; ayrıca bkz. KASER Max, *Ius gentium*, Böhlau, Köln, 1993; PLESCIA Joseph, 'The ius pacis in Ancient Rome', **RIDA**, S. 41, 1994, ss. 306-11; EMİROĞLU Haluk, **Ius Gentium: Kavimler Hukuku**, Değişim, İstanbul, 2007.

⁷⁴ UMUR, 1984, s. 101; Gai. 1.1 (= Dig. 1.1.9).

⁷⁵ Gai. 1. 52.

⁷⁶ *Ius gentium*'un "yerleşim bölgelerinin işgali, inşası ve tahkim edilmesi, savaşlar, esirler-köleler, geri dönüş hakkı, barış anlaşmaları, ateşkesler, elçilerin dokunulmazlığı, farklı ırklar arasında evlenmenin yasaklanması" gibi hususlara taalluk ettiğine dair bkz. BARNEY Stephen A. et al. (ed), **The Etymologies of Isidore of Seville**, CUP, Cambridge, 2006, s. 118.

⁷⁷ Liv. 9.1.5, 33.13.8, 4.10.2; Xen. Cyr. 7.5.73.

⁷⁸ Sall. Iug. 91. 6-7.

⁷⁹ Polyb. 5.11.

ması,⁸⁰ özgür kişilerin, köleleştirilerek ganimet olarak satılmaması,⁸¹ elçilere dokunulmaması⁸² ve de ‘açılacak savaşın bir haklı savaş olması’⁸³ gösterilebilir;⁸⁴ mamafih Roma tarihi içinde söz konusu *ius gentium* kurallarına açık aykırılıkların tespit edebileceği birçok farklı örneğe de rastlanılabilmektedir.

Her halükârda, ‘*ius gentium*’ kuralları prensip olarak Roma savaş hukukuna hâkim olmaya devam etti, hatta zaman içinde daha da öne çıktığı da iddia edilebilir. Şöyle ki, en eski devirlerden itibaren Roma’nın savaşlarının dini bir gerekçelendirme ve ritüeller ile desteklenmesi ve ‘haklı’ savaş ilanının da dinsel bir hukuk olan ‘*ius fetiale*’⁸⁵ kapsamında yapılması gerekmektedir.⁸⁶ Savaş ilanına yetkili rahiplerin (*fetiales*)⁸⁷ takip ettikleri norm ve kurallara işaret eden *ius fetiale*, şekli ve dar bir hukuk olmakla, en azından prensipte, Roma’nın saldırgan savaşlarına ket vurabilmekteydi.⁸⁸

Buna karşın *ius fetiale* -ve ritüelleri- henüz cumhuriyet devrinde bir formaliteden ibaret olmaya başladı,⁸⁹ ve bir savaşın belirli dini ritüellerin yerine getirilmesine binaen ‘haklı’ addedilmesinden ziyade ‘adil’ olması gerektiği anlayışının⁹⁰ güçlenmesiyle bir nevi *ius gentium* içine dahil oldu.⁹¹ ‘Adil’ savaş sebepleri olarak ise: bir antlaşmanın veya ittifakın ihlali, müttefiklere veya elçilere karşı suç işlenmesi, bölgesel hakların tecavüzü, tarafsız-

⁸⁰ Cic. Verr. 2.1.57-59; Polyb. 9.10; Liv. 27.16.8; Tac. Hist. 3.33.

⁸¹ Diod. Sic. 26.20.1-2; Flor. 1.18.21; Liv. 27.19.2; 39.4.7.

⁸² Polyb. 15.4.5-12; Liv. 30.25.10; Diod. Sic. 27.12; ayrıca bkznz. D. 50.7.18.

⁸³ Bir savaş ancak kendini savunmak veya intikam almak amacıyla açılırsa ‘haklı’ kabul edilebilirdi (Cic. Rep. 3. 35.1.2); ayrıca bkznz. NUSSBAUM Arthur, ‘Just War - A Legal Concept’, **Michigan Law Review**, C. 42, 1943, ss. 453-479, özellikle bkznz. ss. 453- 455.

⁸⁴ Detaylı bilgi için bkznz. PLESCIA, 1994, s. 301-51.

⁸⁵ *Ius fetiale* için bkznz. BERGER, *ius fetiale*: ss. 471, 528; WATSON Alan, **International Law in Archaic Rome: War and Religion**, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1993, ss. 62 vd.

⁸⁶ *Ius fetiale* uyarınca savaş ilanının usulüne ilişkin bkznz. Liv. 1.32. 5-14; Cic. Off. 1.36. Ayrıca bkznz. WALBANK F.W., ‘Roman Declaration of War in the Second and Third Centuries’, C. 44, S. 1, **Classical Philology**, 1949, ss. 15-19.

⁸⁷ En eski zamanlardan itibaren Roma’nın diğer kavimlerle olan dış ilişkileri ile meşgul olmuş *fetiales* için bkznz. SAMTER Ernest, ‘Fetiales’, **RE**, C. 6., S. 2, Stuttgart 1909, ss. 2259-62.

⁸⁸ SANTANGELO Federico, ‘The Fetials and their Ius’, **BDIR**, S. 51, 2008, ss. 65-66; PLESCIA, 1994, s. 92.

⁸⁹ SHERWIN-WHITE A.N., ‘Rome, The Aggressor?’, **JRS**, C. 70, 1980, ss. 177-181.

⁹⁰ HARRIS, 1985, s. 171; ayrıca bkznz. Polyb. 2.8.10.

⁹¹ PLESCIA Joseph, ‘The Roman ‘*ius belli*’ **BDIR**, S. 31-32, 1989/1990, ss. 522-523. KG için bkznz. SANTANGELO, s. 77 dn 46.

lığın veya tazminat ödenmesinin reddi ve kutsal yerlerin kirletilmesi öne çıkmaktadır.⁹²

Romalıların, bu ‘adil’ savaşlar sonucu fethettikleri kavimler üzerindeki hakimiyetlerini güce (*vis*) değil hukuka (*ius*) dayandırdıkları görülmektedir.⁹³ Savaşla ilişkin kurallar (*ius belli*) kavimler hukukundan (*ius gentium*) kaynaklanmakla savaşta kazanılanlara geçerli bir iktisap sebebi sağlamaktaydı.⁹⁴ *Ius gentium* uyarınca adil bir savaş ile elde edilenler üzerindeki hakimiyetin hukuki olduğu telakkisi söz konusu kazanımları *ius gentium*’un kaygan sınırlarının belirlediği -subjektif ama hukuki- bir düzenin parçası yapmaktaydı.

Örneğin, eyaletlerde yaşayanlar ile İtalya nüfusunun kamu ödevleri arasındaki eşitsizlikler, eyaletler lehine yapılan kamusal harcamalar ile gerekçelendirilmekteydi.⁹⁵ Brunt, bu bakımdan Romalıların fethettikleri yerler üzerindeki tasarruflarını hukuken gerekçelendirme zorunluluğu hissetmelerine dikkat çekmektedir.⁹⁶ Eyaletlerde yaşayanlar vergi ödemekteydiler ve bu yükümlülük hem hukuka uygun idi, hem de adildi. Roma’dan uzak mntıkların savunulması için haliyle askeri harcama gerekmektedir ve bu mantık uyarınca eyaletlerde yaşayanlar aslında yine kendi faydaları için vergi ödemekteydiler.⁹⁷ Buna karşın Brunt bu gerekçelendirmenin aslında tutarlı olmadığını ve kamusal harcamalardan en az eyaletler kadar faydalanan İtalya ahalisinin M.S. 3. yüzyıla kadar vergiden muaf tutulduğunu hatırlatır.⁹⁸ Fet-

⁹² PHILLIPSON Coleman, **International Law and Customs of Ancient Greece and Rome**, C. II, MacMillan & Co, Londra, 1911, s. 182. (1911b)

⁹³ BRUNT, s. 272

⁹⁴ Bu konuya ilişkin bkz. III A.

⁹⁵ Bknz. Tac. Hist, IV, 74. (BRUNT, s. 272 dn 23’den naklen). Tacitus, M.S. 1. yüzyılda *Batava* olarak bilinen ve bugün Hollanda’nın Ren nehri kıyısına tekabül eden bölgede çıkan *Batava* isyanını bastırmak için gelen general *Quintus Petillius Cerialis*’in konuşmasını aktarmaktadır. *Cerialis, Treviri ve Lingones* kavimlerine hitaben yaptığı konuşmada, bölge halkının memnuniyetsizliklerine karşı çok aşına olduğumuz argümanlar ileri sürmekte ve onlara aslında Roma emri altına olmakla ne kadar şanslı olduklarını hatırlatmaktadır: “*Regna bellaque per Gallias semper fuere donec in nostrum ius concederetis. nos, quamquam totiens lacesit, iure victoriae id solum vobis addidimus, quo pacem tueremur; nam neque quies gentium sine armis neque arma sine stipendiis neque stipendia sine tributis haberi queunt: cetera in communi sita sunt...*” (Bizim hukukumuz boyun eğmeden evvel *Gaul*’de hep krallıklar ve savaşlar vardı. Biz, her ne kadar aksi yönde kışkırtılmış olsak da sizler üzerindeki fetih/zafer haklarımızı sadece barışı sağlamak için gereken harcamaları size yüklemek şeklinde kullandık; zira diğer kavimlerle barış ordular olmadan sağlanamaz, ordular ödeme olmadan tutulamaz, ödemeler de vergiler toplanmadan yapılamaz; bunun dışındaki her şey -bizler ve sizler- için ortaktır...)

⁹⁶ BRUNT, s. 272.

⁹⁷ Tac. Hist. IV 74.

⁹⁸ BRUNT, s. 272.

hedilen kavimler hem bir yandan *ius gentium* uyarınca el konulan zenginlikleri ile tüm İtalya'yı vergiden kurtarıırken öte yandan sözde kendi güvenlikleri için fatihleri Roma'ya vergi ödemek zorunda bırakılmaktaydılar. İmparatorluk olma yolunda -özellikle ilk evrelerinde- müttefikler edinen, anlaşmalar yapan ve ittifaklar (*foedus*)⁹⁹ kuran Roma, savaşın ve barışın kurallara tabi olduğu inancına ihtiyaç duymaktaydı; velhasıl nasıl ki kurduğu ittifaklarda ve yaptığı anlaşmalarda kendisini her daim üstün taraf olarak kurguluyorsa,¹⁰⁰ aynı şekilde savaşın ve barışın kuralları da en nihayetinde hep Roma'nın menfaatine gelecek şekilde yorumlanmaktaydı.

Son tahlilde, yüzlerce yıllık Roma tarihi boyunca savaşa ilişkin meseleler, '*ius gentium*'un bir parçası olarak '*ius belli*'ye tabi olmuş ve '*ius belli*'nin evrensel olmakla 'karşılıklılık' arz eden kuralları savaşan devletlere yükümlülükler, ordularına da kısıtlamalar getirmiştir.¹⁰¹ Mamafih, *ius gentium* yazılı olmayan bir hukuktan ve politik yönlendirmeler karşısında kırılabilirlik göstermeye açıktı; nitekim Roma tarihi içinde *ius gentium*'a tabi olduğu söylenen savaşa ilişkin kuralların objektif bir şekilde, her aynı duruma aynı şekilde uygulanmış olduğu da söylenemez. Karşımızda kesin ve mutlak normlardan müteşekkil bir sistemden ziyade pragmatik/politik mülahazaların örfi sınırlar içinde şekillendirebildiği bir kurallar bütünü bulunmaktadır.

II. ROMA HUKUKUNDA GANİMETİN ÖZELLİKLERİ

A. Roma Hukukunda Ganimet Kavramı ve Terminolojisi

1. Kavram

Roma savaş hukuku (*ius belli*) kapsamında hukuki olarak ganimetten (*ius preade* -ganimet hukuku/ganimete ilişkin kurallar)¹⁰² bahsedebilmek için

⁹⁹ *Foedus*, Roma'nın başka devletlerle yaptığı anlaşmaların genel bir tabiri olup iki şekilde yapılabilir: *aequum* (eşit) veya *inaequum* (eşitsiz). *Aequum* anlaşmalar daha ziyade savunma amacı taşıyarak taraflar arasında bir nevi savunma ittifakı kurarken *inaequum* anlaşmalar ise anlaşma taraflarını birçok açıdan Roma'ya tabi kılan hükümler içermekteydi; bkz. UMUR, 1984, s. 75; BERGER, *foedus*: s. 74; SHERWIN-WHITE A. N / CORNELL Tim, '*Foedus*', **Oxford Classical Dictionary**, HORNBLLOWER Simon et al. (ed), 4. Bası, OUP, Oxford, 2012, s. 582.

¹⁰⁰ Bu hususa ilişkin bkz. RAAFLAUB, ss. 288-290; UMUR, 1984, ss. 60-61; PLESCIA, 1994, s. 303 dn 3.

¹⁰¹ PHILLIPSON, 1911b, s. 223.

¹⁰² Bkz. HERMANN Gottlieb Heumann / SECKEL Emil, **Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts**, 9. Bası, G. Fischer, Jena, 1926, s. 301.

öncelikle ortada hukuken tanınan bir savaş (*bellum iustum*), karşıda da yine hukuken belirlenmiş bir düşman (*hostis*) olmalı,¹⁰³ ve ganimete de böyle bir savaş sırasında el konmalıydı. İç savaş veya benzer sosyal çalkantılar sırasında birisinin malına en konması durumunda ise ganimete uygulanacak hukuk yani '*ius praeda*' uygulama alanı bulmazdı; zira burada el konan mal ganimet olarak addedilemezdi.¹⁰⁴

Roma savaş hukuku ve *ius praeda* bakımından en temel kural, aslen Yunan menşeli olmasına karşın 'evrensel' algılanarak '*ius gentium*'a dahil addedilen, "bir şehrin savaş sonucu ele geçmesi durumunda, şehrin tüm sakinleri ile mallarının fethedene ait olduğu prensibidir".¹⁰⁵ Polybius, bu evrensel kuralı kabul ederken dini mekanlara saygı gösterilmesini gerekliliğine bağlı olarak düşmandan alınacak ganimetler arasında bir ayırım öngörmektedir. Polybius nazarında savaşın hukuku galip gelenin kendi gücünü arttırmak ve düşmanını zayıflatmak adına ona ait kaleleri, hisarları, şehirleri, insanları, gemileri, kaynakları ve benzeri diğer tüm şeyleri yıkıp yok etmesini haklı kılmaktaydı kılmasına ama "... tapınakların, heykellerin ve diğer benzer kutsal nesnelere amaçsızca yok edilmesi delice bir eylemden başka bir şey değildi.."¹⁰⁶

Polybius'un ortaya koyduğu ayırımın Roma hukuku içinde kendisine kati bir yer bulabildiğini söylemek kolay değildir, mamafih bir şehrin tamamıyla yağmalanarak dini ve kültürel olarak ehemmiyet atfedilen eserlerine el konmasını *ius belli*'ye aykırı bir pratik gören başkaca görüşler de mevcut idi.¹⁰⁷ Bu bakımdan en azından Roma hukukunda özel mülkiyete tabi olarak görülmeyen dini malların (*res divini iuris*)¹⁰⁸ *ius gentium* uyarınca ganimet kavramına dahil olmayacağı söylenebilir. Aynı sonucu kültür ve sanat eserleri için kabul etmek ise pek mümkün görünmemektedir.

¹⁰³ D. 49.15.24: "*Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decreuit uel ipsi populo Romano:ceteri latrunculi uel praedones appellantur...*"(Düşman; Roma halkının alenen savaş ilan ettikleri veya kendileri Roma halkına savaş ilan edenlerdir; diğerleri haydut veya korsan olarak adlandırılır...).

¹⁰⁴ D. 49. 15. 21.1; C. 7.14.4.

¹⁰⁵ Xen. Cyr. 7. 5. 73.

¹⁰⁶ Polyb. 5.11. Ayrıca bkznz. Polyb. 4.62, 11.7, 31.9, 32.15.

¹⁰⁷ Örn. bkznz. Cic. Verr. 2.1.57-59; Liv. 27.16.8; Tac. Hist. 3.33 krş. Polyb. 9.10.

¹⁰⁸ Gai. 2.2-9. *Res divini iuris*'in içine üç kategori mal girmektedir: *res sacrae* (kutsal/tanrısal eşya), *res religiosae* (dini eşya) ve *res sanctae* (kutsanmış eşya); daha fazla bilgi için bkznz. KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2015, ss. 35-37; ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1989, s. 4; BUCKLAND W.W., **A Text-Book of Roman Law**, 3. Bası, CUP, Cambridge, 1963, s. 184.

Sonuç olarak Roma hukukunda ganimet kavramı düşmanın elinden alınan ve özel mülkiyete tabi olacak her tür eşyayı içerebilmekteydi. Bu bağlamda silahlar ve kalkanlar, hayvanlar, köleler ve değerli metaller dahil tüm taşınır eşyalar ganimet kategorisine dahil sayılırken, işgal edilen toprak ise ganimet kavramına dahil değildi. Mamafih bu çıkarım, Roma'nın savaştığı kavimlerin topraklarına el koymadığı anlamına gelmemelidir. Kastedilen, ganimet tasnifinde 'arazilerin' yer almamasıdır.

Hatırlamak gerekir ki, Roma savaşta mağlup ettiği kavimlerin topraklarına ilişkin birçok farklı tasarrufta bulunabilmekteydi. Mağlup devletin tüm arazilerini kendisine bağlayarak halkına vatandaşlık verebilir; topraklarının bir kısmını ilhak eder ve mülkiyet hakkını kendisinde tutarak Roma vatandaşları arasında bölüştürebilir;¹⁰⁹ arazilerinin bir bölümünde *colonia*'lar kurabilir,¹¹⁰ veya belirli bir otonomi tanıyarak topraklarına herhangi bir müdahalede bulunmayabilirdi.¹¹¹

El konan düşman arazileri (*ager occupatorius*),¹¹² 'kamu toprağı' (*ager publicus*) kabul edilerek Roma devletince ilhak edilebilmesinin yanı sıra zaman zaman bazı kanunlar ile özel kişilere de devredilebilmekteydi.¹¹³ Bu bakımdan, savaşta ele geçirilen arazilerin *ager quaestorius* aracılığıyla satışından¹¹⁴ elde edilecek gelirin ganimet kavramına dahil olacağı kabul edilirse, taşınmaz malların (toprak arazisinin) da belirli sınırlarla ve ancak dolaylı olarak Roma hukuku bakımından 'ganimet' teşkil edebileceği söylenebilir.¹¹⁵

¹⁰⁹ Roma idari yapısının aslen toprak ilhakına pek müsait olmadığına dair bkz. BADIAN, s. 7; Roma'nın her daim toprak ilhakından uzak durmaya çalıştığına dair bkz. STIER Hans Erich, **Roms Aufstieg zur Weltmacht und die Griechische Welt**, Verlag für Sozialwissenschaften, 1957; PETZOLD Karl-Ernst, 'Rom und Illyrien', **Historia**, C. 20, S. 2-3, 1971, ss. 199-223.

¹¹⁰ *Colonia* (çoğ. *coloniae*), Romalıl原因 işgal ettikleri yerlerde kurmuş oldukları yerleşim birimleridir (UMUR, 1983, *colonia*: s. 40; BERGER, *colonia*: s. 397). *Colonia* için bkz. CRAWFORD Micheal, 'The Roman History of Roman Colonization', **The Roman Historical Tradition: Regal and Republican Rome**, RICHARDSON James H. / SANTANGELO Federico (ed), OUP, Oxford, 2014, ss. 201-07.

¹¹¹ Detaylı bilgi için bkz. UMUR, 1984, ss. 63-68, 110-112.

¹¹² *Ager occupatorius* için bkz. BERGER, *ager occupatorius*: s. 357.

¹¹³ Örneğin, bir *Lex Agraria* veya *de Coloniis deducendis* ile. Kartaca'nın yıkılmasını takiben para ihtiyacı içinde olan Roma devletinin Kuzey Afrika toprağını 'ager publicus' ilan ederek ardından özel kişilere satmaya çalışmasına ama başarılı olamamasına dair bkz. FRANK Tenney, **An Economic History of Rome**, 2. Bası, Batoche, Kitchener, 2004, s. 83.

¹¹⁴ SMITH, 1884, *agraria leges*: s 33-8.

¹¹⁵ Ayrıca bkz Cic. Agr. 2.53.

2. Terminoloji

Elimizdeki metinlerde düşman kavimlerden elde edilen ganimetin aslen iki ayrı terim ile ifade edildiği görülmektedir: *praede* ve *manubiae*.¹¹⁶ *Praehendo/prayiendo* (el koymak) kökeninden geldiği muhtemel *praeda*,¹¹⁷ ganimet dışında aynı zamanda av hayvanı, ödül, kazanım ve gelir anlamlarını da haiz iken (*manus + habeo*)’dan¹¹⁸ türediği düşünülen ve ekseriyetle çoğul olarak kullanılan *manubiae* ise genel anlamda ganimetin fiziksel varlığına işaret etmekten ziyade hususi olarak ‘değerli’ ganimeti ve/veya ganimetin satışından elde edilen meblağı ifade eder gibi görünmektedir.¹¹⁹

M.S. 2. yüzyıl itibarıyla her iki terimin de birbirlerinin yerine kullanıldıklarından yola çıkarak *praeda* ve *manubiae*’nin aralarında tasavvur edilen farklılığın artık ortadan kalkmış olduğunu söylenebilirse de;¹²⁰ aslında terimler birbirlerinin yerine kullanıldıkları gibi birlikte de kullanılmaktaydılar ve aralarında bir fark olduğu her daim hissettirilmekteydi.¹²¹

Yazımlarda, savaş ganimetine karşılık gelebileceği düşünülebilecek ‘*spolia*’ ifadesine de rastlanmaktadır. Bu bağlamda *spolia*, düşmandan elde edilmiş silah, kalkan vb. gibi eşyalara verilen genel bir isim olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²² ‘*Spolia opima*’ şeklinde ‘Romalı bir generalin savaş alanında

¹¹⁶ SHATZMAN Israel, ‘The Roman General’s Authority over the Booty’, *Historia*, 21, S. 2, 1979, ss. 179-188; CHURCHILL J. Bradford, ‘Ex qua quod vellent facerent: Roman Magistrates’ Authority over Praeda and Manubiae’, *TAPA*, C. 129, 1999, ss. 87-93.

¹¹⁷ GLARE P.G.W., *Oxford Latin Dictionary*, 2. Bastı, OUP, Oxford, 2012, s. 1570; LEWIS Charlton T. / SHORT Charles, *A New Latin Dictionary*, Clarendon Press, Londra, 1891, s. 1146; HERMANN / SECKEL, s. 446; KABAAĞAÇ/ALOVA, s. 462. *Praeda*’nın ganimet anlamına geldiğine zira düşmanın elinden kazanıldığına (*partus*) dair bkz. Varr. De Ling. Lat. V. 178.

¹¹⁸ ‘*Manus*’ el, ‘*habeo*’ ise sahip olmak anlamındadır; bkz. KABAAĞAÇ/ALOVA, ss. 359, 265; GLARE, ss. 1183, 857; LEWIS/SHORT, ss. 1111, 834.

¹¹⁹ *Manubiae* ve *praeda*’nın etimolojilerine ilişkin bkz. DAREMBERG C.V. et al. (ed), *Dictionnaire des Antiquites Grecques et Romaines*, C. 3-2, Hachette Paris, 1904, *manubiae*: s. 1582; SHATZMAN, ss. 179-188; CHURCHILL, ss. 87-88, 109-115; *Thesaurus Linguae Latinae*, De Gruyter, Berlin, 1986-, *manubiae* ss. 335-337, *praeda* s. 522.

¹²⁰ SHATZMAN, s. 179; ayrıca bkz. Aul. Gell. 13.25.3-4: “..*manubiae enim dicuntur praeda, quae manu capta est.*” “*manubiae*’nin, *praeda* ile aynı olduğu söylenir, zira ganimetin (*praeda*) el (*manus*) ile alınandır.”

¹²¹ ORLIN Eric M., *Temples, Religion and Politics in the Roman Republic*, Brill, Leiden, 1997, s. 117.

¹²² Liv. 45.33.1-2. *Spolia*’nın düşmandan ele geçirilen kılıç, kalkan dışında savaş arabası, flamar, gemi burunları vb. için kullanıldığına dair bkz. SMITH, 1884, *spolia*: ss. 906-07.

teke tek dövüşerek öldürdüğü düşman komutanın zırh ve silahları¹²³ anlamına gelen daha hususi bir kullanımı da bulunmaktadır.¹²⁴

En nihayetinde ‘*spolia*’ ile her daim kastedilen, savaşta kullanılan araç-gereçlerdir ve ister dar ister geniş olarak kullanılsın, bu anlamın dışına çıkmamaktadır.¹²⁵ Dolayısıyla ‘*spolia*’, ganimet kavramının terimsel karşılığı kabul edilemez; zira her ‘*spolia*’ ganimet olsa da her ganimet ‘*spolia*’ değildir.

Ganimet anlamına gelebilecek şekilde kullanılabilirdiği gözlemlenebilen son bir terim ise *rapina*’dır. Buna karşın *rapina* terimi,¹²⁶ Roma’nın savaşta olduğu düşman kavimlerden *ius gentium* uyarınca hukuken geçerli biçimde elde ettiği ‘ganimet’lerden ziyade genel olarak ‘yağma’ ile hukuk dışı şekilde el konulan malları işaret etmektedir.¹²⁷ Keza, zaman içinde *rapina* zaten özel olarak ‘gasp’ suçunu işaret eden bir terim haline gelmiştir.¹²⁸

Sonuçta, Roma hukuku kapsamında ‘ganimet’in hukuki bir terim olarak karşılığını ‘*praede*’ ve ‘*manubiae*’ formlarında, iki ayrı kelimedede bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Roma Hukukunda Ganimet Tasnifi

1. Roma Hukukundaki Mal Ayırımları Bağlamında Ganimet

Roma kaynaklarında görülen ganimet tasnifi, Roma hukukunun temel mal/eşya (*res*) ayırımları ile doğrudan bir paralellik göstermemektedir. Bu bağlamda ne Roma hukukunun en eski mal ayırımı olan (*res mancipi* - *res*

¹²³ KABAAĞAÇ / ALOVA, *opim-us*: s. 409; ayrıca bkz. Liv. 23, 46; Verg. A. 10, 449.

¹²⁴ M.Ö. 222’de, *Clastidium* savaşında, *consul* (ve general) *Marcus Claudius Marcellus*’un savaş alanında karşı karşıya geldiği Galyalı komutan/kral *Viridomarus*’u öldürdükten sonra zırhına el koymasının ifadesinde olduğu üzere (bkz. Plut., 7; SMITH William, **A Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology**, C. II, John Murray, Londra, 1880, *M. Claudius M. Marcellus*: s. 928). Roma tarihinde çok az komutana nasip olabilmiş *spolia opima* hakkında detaylı bilgi için bkz. TREVES Piero / CORNELL Tim J., *Spoila opima*, **Oxford Classical Dictionary**, HORNBLLOWER S./ SPAWFORTH A. (ed), 3. Yeni Baskı, OUP, Oxford, 2003, s. 1436.

¹²⁵ VOGEL Karl-Heinz, ‘Zur rechtlichen Behandlung der römischen Kriegsgewinne’, **ZRG:RA**, C. 66, 1948, ss. 394-95.

¹²⁶ *Rapina*, hem fiil hem de isim olarak kullanılabilir; bkz. LEWIS/SHORT, s. 1522; GLARE, s. 1733; KABAAĞAÇ/ALOVA, s. 505.

¹²⁷ Örneğin bkz. Ceas. Bell. Gall I. 15; Cic. Div. Caec. 1.3.

¹²⁸ İPEK Nurcan, **Roma Hukukunda Gasp (*Rapina*)**, Der, İstanbul, 2001, ss. 7-8.

nec Mancipi)¹²⁹ kategorileri ne de sonraki dönemlerde yerine kaim olan (*res movables - res immovables*) (taşınır mal - taşınmaz mal) ayırımı ganimetin hukuki tasnifi bakımından bir önemi haiz görünmektedirler. Aynı sonucu ‘*res corporalis - res incorporalis*’ (maddi mallar - maddi varlığı olmayan mallar) bakımından da kabul edebiliriz.¹³⁰

İlk bakışta ganimetin Roma hukukunca -kategorik olarak- taşınır eşya şeklinde belirlenmiş olduğu düşünülebilirse de hatırlatmak gerekir ki özellikle *praeda*’nın taşınır mallar olarak ayrı bir kategori oluşturduğu iddialarına dayanak olabilecek metinler, *res mobiles - res immobiles* ayırımının önem kazanmış olduğu *Iustinianus* döneminden yüzlerce yıl öncesine aittirler. Ve her ne kadar *res mobiles- res immobiles* ayırımı XII Levha Kanunu’nda *usucapio* (kazandırıcı zamanaşımı) babında konu ediliyor olsa da ancak *Iustinianus* döneminde, *res Mancipi-res nec Mancipi* ayırımının önemini yitirmesi ile hukuken bir mana ifade etmeye başlamıştır.¹³¹

Ganimet, Roma hukukunun kendi mal ayırımları kapsamında kategorize edilmemişti. Buna karşın, geriye dönük olarak bakıldığında, Roma hukukunda ganimet kabul edilen malları söz konusu kategoriler bakımından ‘taşınır’, ‘maddi’ ve ‘*res nec Mancipi*’ olarak belirlemek yanlış olmayacaktır.

2. Roma Hukukunun Ganimet Tasnifine dair Öğretideki Görüşler

Roma’da savaş ganimetinin temelde, terminolojide gözlemlenen dikotomi ile uyumlu olarak, *manubiae* ve de *praeda* şeklinde iki ayrı hukuki kategoride görüldüğü düşünülebilir. Mamafih hatırlamak gerekir ki söz konusu tasnif çok kesin değildir ve gerek modern öğretilerde gerekse de Romalı yazarlar arasında ayırımın hangi temele dayanılarak yapılmış olduğu tartışmalıdır.¹³²

¹²⁹ *Res Mancipi*, Roma için ehemmiyet arz eden İtalya arazisi ve üzerindeki aynı hakları, köleleri, yük ve çeki hayvanlarını içeren *numerus clausus* bir kategori olup üzerlerindeki haklar sadece Roma’nın *ius civile* muameleleri olan *mancipatio* veya *in iure cessio* ile devredilebilirdi. *Res Mancipi* addedilmeyen diğer tüm mallar ise *res nec Mancipi* idiler (ERDOĞMUŞ, s. 6; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, ss. 44-6).

¹³⁰ *Res corporalis- res incorporalis* için bkz. Gai. 2.12-14; *Gaius*, para, altın, kıyafet, köle, arazi vb. gibi fiziksel varlığı haiz malların *corporalis* olduklarını söylerken sadece ‘hukuken mevcut’ olarak nitelendirdiği *incorporalis* mallara örnekler olarak ise tereke, borç, intifa vb. göstermektedir. Söz konusu ayırımın sonradan yerini ‘*ius-res*’ (hak-şey) ayırımına bıraktığına dair bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 31.

¹³¹ ERDOĞMUŞ, s. 8; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 44.

¹³² Roma hukukunda ‘ganimete’ ilişkin bir derleme için bkz. COUDRY Marianne / HUMM Michel (ed), *Praeda: Butin de guerre et société dans la Rome républicaine/Kriegsbeute und Gesellschaft im republikanischen Rom*, C. 1, F. Steiner, Stuttgart, 2009; ayrıca bkz.

Klasik öğretilere göre *praeda* denilen ve nispeten değersiz sayılabilecek taşınır mallardan müteşekkil ilk kategori ganimet, savaş sonrasında ya da bir kuşatma söz konusu ise kuşatılan şehrin düşmesini takiben askerlere aitti.¹³³ Bu ganimet üzerinde askerlerin malik olmaları ise iki yolla gerçekleşmekteydi: ya komutanlarından alınan bir izinle şehir askerlerce yağmalanırdı ya da ganimet askerler arasında eşit bir şekilde paylaşılırdı.¹³⁴ Bunun yanı sıra açık arttırma ile de satılabılırdı ve bedeli kamuya ait olurdu.¹³⁵ Diğer grup ganimet ise *manubiae* olarak adlandırılan ve ganimetin satışından elde edilen paralar/meblağ idi.¹³⁶

Öncelikle altını çizmek gerekir ki; birinin fiziksel olarak malları, diğerinin ise bu malların nakdi değerini ifade ettiği şeklindeki ‘klasik’ *praeda* ve *manubiae* ayrımı tarihsel olarak *Aulus Gellius*’un ilettiği kategorizasyona dayanmaktadır.¹³⁷ *Aulus Gellius*, ‘Arelateli *Favorinus*’un¹³⁸ forumda gördüğü ‘*ex manubiis*’ yazısının anlamı üzerine gelişen konuşmaları aktarır. *Favorinus*’un yanındakilerden biri *manubiae*’nin el koymaktan (*manus*) türediğini ve dolayısıyla *praeda* ile aynı anlama geldiğini ileri sürer (“*manubiae enim dicuntur praeda, quae manu capta est*”).¹³⁹ *Favorinus* bu iddia karşısında ikna olmuş görünmez ve *Cicero*’nun *Rullus*’a hitaben yaptığı bir ‘konuşma’¹⁴⁰ sırasında *praeda* ve *manubiae* arasında yapmış olduğu ayrımı hatırlatır. *Cicero*, *praeda*’yı ganimetin kendisini, *manubiae*’yı ise o malların *quaestor*¹⁴¹ eliyle satışı sonrası elde edilen meblağı işaret edecek anlamlarda

TREVES Piero, ‘Manubiae’, **Oxford Classical Dictionary**, 2. Bası, OUP, Oxford, 1970, s. 644; CAMPBELL John B., ‘Manubiae’, **Oxford Classical Dictionary**, 3. Bası, OUP, Oxford, 1996, ss. 919-20.

¹³³ Liv. 2.42, 6.13; Sal. Jug. 68.

¹³⁴ Polyb. 10. 15. 4-16. 9.

¹³⁵ Plaut. Capt. 1.2, 1.

¹³⁶ MOMMSEN Theodor, **Römische Forschungen**, C. II, Weidmann, Leipzig, 1879, s. 443; VOGEL, 1948, s. 408; MOMMSEN, 1887, s. 241; SIBER Heinrich, **Romisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Eniwicklung**, M. Schauenburg, 1952. Ayrıca bkznz. Aul. Gell. 13.25.25.

¹³⁷ Aul. Gell. 13.25.26.

¹³⁸ M.S. 80 -160 yılları arasında yaşamış şüpheli ve sofist filozof. *Favorinus*’un genel olarak *Aulus Gellius*’un ‘Attika Geceleri’ (*Noctes Atticae*) eserinde oynadığı role dair bkznz. BEALL Stephen M., ‘Homo Fandi Dulcissimus: The Role of Favorinus in the “Attic Nights” of Aulus Gellius’, **American Journal of Philology**, C. 122, S. 1, 2001, ss. 87-106.

¹³⁹ Aul. Gell. 13.25.3-4.

¹⁴⁰ Söz konusu konuşma için bkznz. Cic. Agr, 2.59.

¹⁴¹ *Quaestor*, Cumhuriyet devrinin ilk zamanlarında *consul*’un ceza ve mali işlerde yardımcısı bir memurdu. Sayıları giderek artan ve *praetor* ile diğer magistralara da yardımcı olmaya başlayan *quaestor*’un *imperium*’u bulunmamaktaydı (UMUR, 1983, *quaestor*: s. 176).

kullanmıştır.¹⁴² Dolayısıyla, bir abide veya anıtın üzerinde yer alan *ex manubias* ithaf yazısı, fiziksel olarak ganimete atıfta bulunmamaktadır; ‘*ex manubias*’ o anıtın/abidenin ganimetten elde edilmiş paranın harcanarak yapılmış olduğunu anlamına gelir. Böylece *Favorinus, praeda*’nın fiziksel olarak ganimeti, *manubiae*’nin ise onun satışından elde edilen değeri ifade ettikleri sonucuna varır.¹⁴³ Buna karşın hiç de önemsiz sayılmayacak yazarların söz konusu ayrıma dikkatsizlikten veyahut da kayıtsızlıktan dikkat etmediklerini de ekler.¹⁴⁴ Mommsen ve Vogel, *Aulus Gellius*’u takip ederek, *praeda* ve *manubiae* arasındaki bu ayrımı kabul etmişlerdir.¹⁴⁵

Modern olarak adlandırılabilir ve özellikle Shatzman ve Bona’ya atfedilebilecek ikinci bir görüş ise *praeda* ve *manubiae*’nin arasındaki ayrımın temel dayanağının ganimetin ‘*triumphus*’ (zafer alayı)’da¹⁴⁶ yer alıp almaması olduğunu ve *manubiae*’nin de ganimetten *triumphus* sonrası komutana ayrılan şahsi bir pay anlamına geldiğini iddia etmektedir.¹⁴⁷ Modern görüş nazarınca düşmandan elde edilen ganimet *triumphus*’da yer alıp komutana ayrılmış ise *manubiae* olarak adlandırılmaktaydı.¹⁴⁸

Shatzman, *Cicero*’nun konuşmasını incelemiş ve “*Praedam manubias, sectionem castra denique Cn. Pompeii sedente imperatore, decemviri vendet*” ifadesinde *vendere* (satmak)’yi kullanmış olmasına dikkat çekmiştir.¹⁴⁹

¹⁴² Aul. Gell. 13.25.5-6.

¹⁴³ Aul. Gell. 13.25.28-29.

¹⁴⁴ Aul. Gell. 13.25. 30-32.

¹⁴⁵ MOMMSEN, 1887, s. 241; MOMMSEN, 1879, s. 443 dn 62; VOGEL, 1948, s. 8; VOGEL Karl-Heinz, *praeda*, *RE*, C. 22-1, J.B. Metzler, 1953, ss. 1200-13.

¹⁴⁶ *Triumphus*, Romalı bir komutanın kazandığı savaş sonrası, *Senatus*’un yetkisi altında Roma şehrinde düzenlenen zafer gösterileridir. *Triumphus* hakkında detaylı bilgi için bkz. BEARD Mary, *The Roman Triumph*, Belknap Press, Massachusetts, 2009; VERSNEL H. S., *Triumphus: An Inquiry into the Origin, Development and Meaning of the Roman Triumph*, Brill, Leiden, 1970; esirler ve *triumphus* için bkz. ÖSTENBERG Ida, *Staging the World: Spoils, Captives and Representations in the Roman Triumphal Procession*, OUP, Oxford, 2009. Kudüs’ün işgali sonrası 17 yaşın üzerindeki Yahudi erkeklerin *triumphus* için saklanacak derecede güzel ve yapılı olmayanlarının Mısır’da madenlerde çalıştırılmaya yollanmalarına ilişkin bkz. Joseph. Bell. Jud. 6. 418.

¹⁴⁷ SHATZMAN, s. 177; BONA Ferdinando, ‘Sul concetto di ‘Manubiae’ e sulla responsabilita del magistrato in ordine alla preda’, *Studia et documenta historiae et iuris*, S. 26, 1960, ss. 124-25.

¹⁴⁸ Her iki görüşün arası sayılabilecek Karlowa’ya ait üçüncü bir görüş ise *praeda* ve *manubiae* arasındaki farkın *triumphus* sonrasına ayrılmış olup olmadığına değil, ganimetin elde edilmiş tarzına dayandığını ileri sürmüştür; bkz. KARLOWA Otto, *Römische Rechtsgeschichte*, C. II, Veit & Compt, 1901, ss. 5-9; ayrıca bkz. CHURCHILL, ss. 85-116.

¹⁴⁹ SHATZMAN, ss. 179-80.

Shatzman, *manubiae*'nin ganimetin satışından elde edilen nakdi değer olması durumunda bu ifadenin -yani nakdi bir meblağın satılmasının- mantıksız olduğunu söyleyerek şayet *Cicero manubiae*'yi doğru anlamı ile kullanıyorsa -ki *Favorinus*'un iddiası bu yöndedir- o halde *manubiae*'nin *Gellius*'un (ve de Mommsen'nin) iddia ettiği gibi ganimetin satışından elde edilen meblağ olamayacağı sonucuna varır.¹⁵⁰ Shatzman bu iddiasını desteklemek için kendi argümanına uyan, *Cicero*'ya ait birçok metin de ortaya koymaktadır.¹⁵¹

Shatzman, *Cicero*'nun 'imperium'a sahip olanların *manubiae*'lerini anıt veya tapınakların imarı ya da tamiri için (*ex manubiis*) kullandıklarını söylediğini,¹⁵² *Livius*'un ise birçok farklı metinde *triumphus* sonrası askerlere dağıtılan parayı *ex praeda* olarak ifade ettiğini hatırlatarak, teknik bir tabir gördüğü *manubiae*'nin, kamu yararına hasretmesi amacıyla ganimetten ordu komutanına ayrılmış pay olduğunu iddia etmektedir.¹⁵³ *Shatzman* nazarında *imperium* sahibi ordu komutanları *manubiae* üzerinde mutlak bir tasarruf hakkına sahiplerdi, mamafih tercihleri ün, şan ve politik etki için anıt veya tapınak inşasına vb. yatırım yapmaktı.

Shatzman gibi klasik *praeda-manubiae* ayrımının reddeden *Bona* ise terimlerin anlamlarına ilişkin olarak *Shatzman*'dan ayrılarak özellikle *Cicero*'nun kullanımını bakımından *praeda*'nın askerlere dağıtılan veya hazineye nakledilen para; *manubiae*'nin ise ganimetin satışından elde edilen meblağın -kamu yararına bir anıt/tapınak yaptırması ya da iyileştirmesi zorunluluğu altında-komutana ayrılan kısmı olduğu iddiasındadır.¹⁵⁴ *Bona*, *Shatzman*'ın ordu komutanlarının *manubiae* üzerinde malik oldukları görüşünü reddetmekte ve kamu yararına harcanmasının hukuki bir borç olduğunu iddia etmektedir.¹⁵⁵

Terimsel tartışmalar bir yana eldeki metinler bize ganimetin iktisap edilirken aslen iki kategoride tasavvur edildiği göstermektedir: Metinlerde '*praeda*' olarak belirtilen bir kategori ganimet askerler tarafından iktisap edilirken,¹⁵⁶ ekseriyetle daha değerli olan diğer tip ganimet ise şehrin zorla ele geçirilmesi

¹⁵⁰ SHATZMAN, s. 182.

¹⁵¹ Cic. Off. 2. 76. Cic. Fam. 2.17.4; Cic. Prov. Cons. 28.

¹⁵² Cic. Verr. 2.1,154; Dom. 102; 114; Agr. 2.53; 61-2; Fam. 1.9,15; Rep. 2.31; 3.83 (SHATZMAN, s. 182 dn 23'ten naklen).

¹⁵³ SHATZMAN, s. 188.

¹⁵⁴ BONA, 1960, ss. 105, 124-25, 129-31.

¹⁵⁵ BONA, 1960, ss. 148-50, 349-51.

¹⁵⁶ Örneğin bkznz. Liv. 9.37.10, 27.16.8, 45.34.5-7; Tact. Hist. 3.19.

durumunda askerlerce yağmalanmadan evvel komutan için ayrılır,¹⁵⁷ teslim olması durumunda da doğrudan komutanın hakimiyetine verilir.¹⁵⁸ Tacitus'un ilettiği bir grup askerin ifadelerinde olduğu üzere “yenilen şehirlerin ganimeti askerlere, teslim olanları ise komutanlara ait”¹⁵⁹ idi.¹⁶⁰ Bu bağlamda Polybius, ganimetin askerlerce eşit şekilde paylaştırıldığını söylemektedir,¹⁶¹ ve her ne kadar bu ifadeleri bugün pek inandırıcı bulunmasa da,¹⁶² ganimet bölüşürmesinin *imperium* sahibi ordu komutanının yetkisi altında yapılacağı düşünüldüğünde Roma ordusunun düzenli yapısı ve de yüksek disiplin düzeyi karşısında Polybius'un aktardıkları gerçekten çok da uzak olmayabilir.¹⁶³

Metinlerde, askerlerce iktisap edilen malların (para ve diğer taşınır eşyalar) ‘*praeda*’,¹⁶⁴ komutanlara ayrılarak onlar hakimiyetine bırakılan ve belirli bir değeri haiz ettiği gözlemlenebilen malların ise ‘*manubiae*’¹⁶⁵ olarak ifade edildiği çıkarımında bulunabilir. Buna karşın, terimlerin farklı anlamları ifade eden kullanımlarının da mevcut olduğu gerçeği ışığında söz konusu çıkarımı hukuki bir tasnife dayanak almamak gerektiği kanısındayız. Sonuçta kesin olan, *praeda* ve *manubiae* farkının Romalı hukukçular için pek bir ehemmiyeti olmadığı ve terimlerin tanımları ile farklılıklarının tutarlı bir yaklaşım ile belirlenmediğidir.¹⁶⁶

¹⁵⁷ Liv. 9.37.10; 27.16.8, 47.7-8; Plut. Marc. 19.3, 21.3-4; Luc. 29.3.

¹⁵⁸ Liv. 38.9.12-13; Plut. Marc. 21.2.

¹⁵⁹ “...expugnatae urbis *praedam* ad militem, *deditae* ad duces pertinere..”

¹⁶⁰ Tac. Hist. 3.19.

¹⁶¹ Polyb. 10.16.2-9.

¹⁶² Örneğin Ziolkowski, Polybius'un savaş ganimetinin bu şekilde ‘eşit’ bir biçimde dağıtıldığı tezini inandırıcı bulmamakta ve Romalıların şehir yağmalamaları sırasında gösterdikleri bu ileri derecede disiplin ve nizamın Polybius'un bir icadı olduğunu düşünmektedir (ZIOLKOWSKI Adam, ‘Urbs Direpta and How the Romans Sack Cities’, **War and Society in Roman World**, ss. 75-7). Ziolkowski, ganimetin askerler arasında eşit olarak bölüşürülmesinin ancak şehrin yağmalanmasında bütün askerlere aynı anda, eşit bir şans verilmesi ile mümkün olabileceği görüşünde olup iddiasına M.Ö. 416 yılında *Anxur*, M.Ö. yılında 393 *Veii*, M.Ö. 211 yılında *Syracuse* ve de M.Ö. 119 yılında *Olympius* dağı savaşı sonrası Galata kampının yağmalanma şekillerini göstermektedir. Ziolkowski'nin iddiasına bir ölçüde katılsak da verdiği örneklerin bazılarında (örneğin *Olympius*) ‘yağma’ ile ‘dağılmış ve kaçmakta olan düşmanı takip edip, kökünü kazıma’ taktığının birbirlerinden çok ayırt edilir durumda olduğunu düşünmüyoruz.

¹⁶³ Roma ordusunun düzen ve disiplinine ilişkin bkz ROTH Jonathan P., ‘War’, **Cambridge History of Greek and Roman Warfare**, SABIN Philip et al. (ed), C. 1, CUP, Cambridge, 2008, s. 397; SOUTHERN, ss. 135-38.

¹⁶⁴ Liv. 9.37.10, 27.16.8, 45.34.5-7; Tact. Hist. 3.19.

¹⁶⁵ Örneğin, bkz. Front. Str. 4.3.15; Vitr. 5.5.8.

¹⁶⁶ Aynı doğrultuda bkz. ORLIN, ss. 117-122.

Praeda ve *manubiae*, temelde, Roma'nın hukuken savaş içinde olduğu kavimlerden elde edilen meşru ganimetin -hukuki olduğu kadar- 'teknik' tabirleriydiler ve hem maddi olarak ganimetin kendisini hem de satışından elde edilen geliri ifade edecek şekilde kullanılabilmekteydiler. Kanımızca aralarındaki fark ise ifade ettikleri ganimetlerin görece değerlerine dayanmaktaydı; '*praeda*' değeri nispeten daha düşük olan taşınır malları işaret eden bir terim olarak öne çıkarken '*manubiae*' ise aslen '*triumphus*'da sergilenmeye değer olup sonrasında komutan nezdinde kalacak 'değerli' mallar anlamındadır. Sonuçta '*triumphus*' kazanılmış askeri bir zaferin kamusal alanda kutlanması idi ve haliyle kendisine *triumphus* hakkı bahşedilmiş komutanın bu en kutlu anını olabildiğince görkemli ve ihtişamlı hale getirmesi beklenir. Dolayısıyla gerek alınmış zaferin maddi karşılığını temsil eden mallar, gerek yenilenin hasletleri üzerinden muzaffer olanı onurlandıracak eşyalar, gerek Roma halkının ilgisini çekecek egzotik eser veya hayvanlar; esirler, köleler ve/veya onların değerlerinin başka bir simgesi olarak satışlarından elde edilmiş sikkeler, hepsi *manubiae* idiler; *triumphus*'da sergilenirdi ve özellikle Cumhuriyet döneminde, *triumphus*'un adına düzenlendiği *imperium* sahibi komutanın hakimiyeti altında addedilmekteydiler.¹⁶⁷ *Manubiae* terimi ile *imperium* sahibi komutan arasındaki özel irtibatı gösteren bir diğer delil, *imperium*'a sahip olmayan ordu komutanlarının kamu adına inşa ettirdikleri abide/anıtlarda '*ex manubiis*'¹⁶⁸ ibaresinin değil '*ex praeda*'nın yer alıyor olmasıdır.¹⁶⁹

C. İnsanların Ganimet Olabilme Meselesi

Bir şehrin kapısına dayanmış Roma ordusuna karşı olan tutumu, sonrasında ele geçirilmeleri durumunda akıbetlerini belirleyen ana etkeni.¹⁷⁰ Roma'ya direnen bir kavime merhamet edilmesi veya teslim olanlara zalimlik gösterilmesi nadir görülen durumlardı.¹⁷¹ Direnenler katledilir ve/veya çeşitli

¹⁶⁷ Savaş ganimetlerinin sergilenmesi bakımından *triumphus*'un kendine özgü bir düzeni olduğu görülmektedir. Önce ele geçirilen zırhlar, silahlar, heykeller; ardından altın, gümüş ve diğer tüm değerli metaller; en sonda da soylu savaş esirleri ve rehinelere sergilenmekteydiler (BECK Hans, 'Global Spoils on a Local Stage', **Spoils in the Roman Republic**, s. 32).

¹⁶⁸ *Imperium*'u olan magistrallara *ex manubiis* ithafı için bkz. CIL 1.635; 6.1301, 1316; 10.6087; 11.1831.

¹⁶⁹ Bknz. CIL 1.48, 49. CIL 1.195.13-17 (= 1.25.13-17)

¹⁷⁰ SAYIN Baha Yiğit, **Roma'da Köle ve Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 131. (2020b)

¹⁷¹ SAYIN, 2020b, s. 131.

tecavüzlere uğrarlar;¹⁷² teslim olanlar ise hayatları bağışlanarak,¹⁷³ esir (ya da köle) haline getirilirlerdi.¹⁷⁴ Direnenlerin şehirleri de evvela yağmalanır ve bazı hallerde de tamamıyla yok edilirdi. Buna karşın her iki sonucun istisnalarına Roma tarihinde rastlanabilmektedir.¹⁷⁵

Roma hukukunda savaş esirlerinin kaderlerine ilişkin objektif olarak belirlenmiş, kesin hukuki usul ve kuralların olduğu söylenemez.¹⁷⁶ Daha ziyade genel kurallar kadar istisnaların da mevcut olduğu, *ius gentium* temelli pragmatik bir uygulama söz konusudur denebilir.¹⁷⁷ Dolayısıyla temelde savaş öncesi köle olanlar ile özgür kimseler arasında savaş esirliği bakımından bir fark olduğu düşünülebilirse de bu bağlamda hukuki bir ayırımın olup olmadığı kati değildir.¹⁷⁸ Roma yazımlarında ekseriyetle bir Romalının savaş esiri olması ihtimali ve bu durumun sebep verebileceği ‘rehine’,¹⁷⁹ ‘fidye’ (*redemptio*)¹⁸⁰ veya ‘*ius postliminium*’¹⁸¹ müesseseleri üzerinde durulmuş-

¹⁷² Bu hususa ilişkin bkz. ZIOLKOWSKI, s. 73.

¹⁷³ bkz. D. 1.5.4.2-3 (I Ins 1.3.3): “*Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent. Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur.*” “Kölelerin bu isimle (*servi*) anılmalarının sebebi, kumandanların savaş esirlerini öldürmektense satmayı emretmeleri, yani muhafaza etmelerindedir (*servare*). Bunlara *mancipia* da denir, zira düşmanlardan, üzerlerine el koymak (*manu capere*) suretiyle elde edilirler”. Watson, söz konusu metnin kölelik kurumuna ahlaki bir gerekçelendirme sağladığı kanısındadır. Mamafih, Watson’ın da dikkat çektiği üzere ‘*servus*’ (köle) kelimesinin muhafaza etmek anlamındaki ‘*servare*’den değil, hizmet etmek manasına gelen ‘*servire*’den gelme ihtimali çok daha yüksek görünüyor (bkz. WATSON Alan, **Roman Slave Law**, John Hopkins University Press, Maryland, 1987, s. 8; ayrıca bkz. Iustinianus Institutiones, (çev. Ziya Umur), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 23 dn 5); Umur, ‘*servus*’un ‘*servare*’den gelmesi durumunda köleye *servus* değil *servatus* denmesi gerektiğini hatırlatarak kökenin *servire* olması gerektiği sonucuna varır).

¹⁷⁴ SAYIN, 2020 (b), s. 131; bu yaklaşım Yunan devletlerinininki ile aynıdır; örnekler için bkz. PHILLIPSON, 1911b, ss. 239 -41.

¹⁷⁵ Örneğin bkz. Liv. 29. 17. 5-16; Frontin. Str. 3.3.1; Zon. 8.6.

¹⁷⁶ Aynı doğrultuda bkz. HUEMOELLER Katharine P. D., ‘Captivity for All? Slave Status and Prisoners of War in the Roman Republic’, **TAPA**, C. 151, S. 1, 2021, ss. 101-25.

¹⁷⁷ SAYIN, 2020b, s. 132.

¹⁷⁸ bkz. Liv. 7.27.8, 27.16.7, 29.29.3. Ayrıca, savaş öncesi özgür olanlar savaş sonrasında köle durumuna düşebilmekteydiler; örneğin *Chalkis* şehrinin ‘özgür’ insanların köleleştirilmesine ilişkin bkz. Liv. 43.8.4-7.

¹⁷⁹ Roma’da rehine için bkz. PHILLIPSON, 1911a, ss. 398 - 407; ELBERN Stephan, ‘Geiseln in Rom’, **Athenaeum**, C. 78, 1990, ss. 97-140; ALLEN Joel, **Hostages and Hostage Taking in the Roman Empire**, CUP, Cambridge, 2006; SAYIN, 2020b, ss. 144-47.

¹⁸⁰ Fidye (*Redemptio*) için bkz. LEVY Ernst, ‘Captivus Redemptus’, **Classical Philology**, C. 38, S. 3, 1943, ss. 159-76.

¹⁸¹ *Ius postliminium*, düşmana esir düşmüş bir Romalının, esaretten kurtulmasını müteakip Roma’ya dönerek bütün haklarını geriye etkili olacak şekilde elde etmesi hakkıdır (UMUR, 1983, *ius postliminium*: s. 103).

tur.¹⁸² Romalılarca esir edilenler ise karşımıza genelde ya toplu esir sayısını veya onların satışlarından elde edilen toplam hasılatı temsil eden rakamlar olarak çıkmaktadırlar.¹⁸³

Esir düşen kimse Romalı ise bir *capitis deminutio maxima*'ya uğramış olarak tüm haklarını yitirirdi.¹⁸⁴ Bir yabancı Roma'ya esir düşmesi halinde ise hukuki statüsü ve de kaderi farklılıklar gösterebilmektedir. Bu kişiler öncelikle esir düştikleri Roma devletinin bir malı haline gelmekteydiler ve bu doğrultuda olarak da ya Roma devletine ait bir kamu kölesi (*servi populi/publici*)¹⁸⁵ olurlar ya 'köle'¹⁸⁶ olarak Roma vatandaşlarına satılırlar,¹⁸⁷ veyahut da esir alınmalarının ardından bir fidye karşılığı veya bedelsiz olarak özgür bırakılırlardı.¹⁸⁸

¹⁸² KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 132; SAYIN, 2020b, s. 128.

¹⁸³ Örneğin M.Ö. 150'de *Epirus*'un fethi sonrası 'ganimet' (*praeda*) olarak yüz elli bin kişinin esir alınmış olduğuna dair bkz. Liv. 45.34.5; M.Ö. 293'te *consul Lucius Papirius Cursor*'un Samnitler'e karşı olan galibiyetini taçlandırdığı '*triumphus*'da 'esirlerin satışlarından elde edilen' (*aes redactum ex captivi*) 2,533,000 bronz sikkenin (*aes*) de yer aldığına dair bkz. Liv. 10.46.5. Her iki durumda da Romalı için savaş esirleri bir sayının rakamları olmaktan başka bir şey değildiler.

¹⁸⁴ *Capitis deminutio*, Roma hukuku nazarında kişinin üç statüsünde olan menfi değişime atıfta bulunan bir terimdir ve bu anlamıyla aynı zamanda o kimsenin hak ehliyetindeki azalmanın veya kaybın derecelerini de işaret etmekteydi. *Capitis deminutio maxima* hürriyet durumunun kaybedilerek köle haline gelinmesini; *capitis deminutio media/minor* vatandaşlık durumunun kaybedilmesini ve bir yabancı haline gelinmesini; *capitis deminutio minima* da aile durumundaki değişimi ifade etmekteydi (Gai. 1. 159-162); ayrıca bkz. GAUDY Henry, 'Roma Hukuku'nda *Capitis Deminutio*' (çev. G. Burcu Günveren), **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 1, 2013, ss. 393 - 402.

¹⁸⁵ Savaş esirlerinin bazıları, Roma devleti tarafından köle statüsünde ve daimî surette kamu hizmetlerine verilerek *servus populus/publicus* haline getirilmekteydiler. Bazı savaş esirleri ise Roma devletinin bir malı olur, çalıştırılır fakat bir *servi populi* sayılmazlardı (MOMMSEN, 1887, s. 241). Detaylı bilgi için bkz. EDER Walter, **Servitus publica: Untersuchungen zur Entstehung, Entwicklung und Funktion der öffentlichen Sklaverei in Rom**, F. Steiner, Stuttgart, 1980, ss. 6-33, 34-100.

¹⁸⁶ Roma hukukunda köle haline gelmenin en eski sebebi savaş esirliği (*captivitas*) kabul ediliyordu (UMUR, 1984, s. 359). Metinlerde kölelik kurumu ve özellikle kölelik sebeplerinden 'savaş esirliğinin' '*ius gentium* müesseseleri olarak tanınıyor olmalarına dair bkz. BUCKLAND W.W., **Roman Law of Slavery**, Yeni basım, Lawbook Exchange, New Jersey, 2000, s. 397.

¹⁸⁷ SAYIN, 2020b, s. 124, Satılmaları açık arttırma (*auctio*) şeklinde *quaestor*'lar tarafından yapılırdı (Liv. 34.21; Val. Max. 5.1.7; Plaut. Capt. 1.2.110).

¹⁸⁸ BLAIR William, **An Inquiry into the State of Slavery amongst Romans**, Thomas Clarke, Edinburgh, 1883, s. 17; Mommsen, **Römische Staatsrecht**, C. III-1, Leipzig, 1887, s. 24; BUCKLAND, 2000, s. 292; ayrıca bkz Liv. 6.13; 26.47; 32.26; Liv. 4.10.4; 6.3.3; 9.4.3; 21.12.15; 31.45.6

Savaş sonrası mallar ile birlikte insanların da ele geçirildiği gerçeği, savaş esirlerinin ganimet olarak kabullerinin özgürlük durumlarına bağlı olup olmadığı sorusunu akla getirir.¹⁸⁹ Romalı yazarların söz konusu ayırımın farkında olduğu ve duruma göre savaş esirlerini özgürlük statülerine bağlı tasnif ettikleri görülmekte olsa da¹⁹⁰ bu yeknesak bir tutum da değildir; savaşa ilişkin tüm hususlarda gözlemlenen ‘*ius gentium*’ kisvesindeki pragmatik ve pratik yaklaşımın bir benzerini görmekteyiz.¹⁹¹ Her halükarda bir sonuca varmak gerekir ise, savaş esirlerinin de *triumphus*’da yer alıyor olmalarından¹⁹² mütevellit, en azından ‘köle’ statüsünde olanların ‘ganimet’ (*manubiae*) addedildikleri söylenebilir. Roma Hukukunda *res* (eşya) kabul edilmeyen ‘özgür’ savaş esirleri ise kanımızca doğrudan ‘ganimet’ kategorisinde addedilmemekteydiler.¹⁹³

III. GANİMET ÜZERİNDEKİ HAKLAR

A. Hakların İktisabı

Gaius, mallar üzerindeki mülkiyetin aslen iki ayrı ‘hukuk’a uygun olarak iktisap edilebileceğini söylemektedir: *ius civile* ve de *ius naturalis* (*ius gentium*).¹⁹⁴ Söz konusu ayırımı incelemeye geçmeden evvel belirtmekte fayda vardır ki *Gaius*’un kullandığı ‘*ius naturalis*’ ifadesinin işaret ettiği ‘tabii hukuk’ anlayışı aslında Roma’nın “tüm insanlar için ortak tabii akıl (*naturalis ratio*) gereğince meydana gelen ve tüm kavimler için geçerli olan”¹⁹⁵ ‘kavimler hukuku’ (*ius gentium*) algısına dahildir. Nitekim *Gaius*’un *Institutiones*’inde *ius naturalis*’e uygun olarak gördüğü iktisap yolundan *Digesta*’ya alınmış bir metninde ‘*ius gentium*’a uygun olarak bahsediyor

¹⁸⁹ ‘Özgür kimselerin ganimet olarak sayılmamaları hallerinde aslında komutanın *manubiae*’ sine dahil edilmek için ayrıldıklarına dair bkz. DAREMBERG et al., s. 1582.

¹⁹⁰ Örneğin krş. Liv. 27.16.7 ve Liv. 29.29.3. *Livius*, ilk metinde *Tarentum*’un fethinde toplam otuz bin ‘*servilia capita*’ elde edildiğini söyleyerek aralarında herhangi bir köle-özgür ayırımına değinmezken, diğer metinde ise ‘sekiz bin özgür kişinin esir edildiğini’ belirtmektedir.

¹⁹¹ bkz. HUEMOELLER, s. 103.

¹⁹² Savaş esirlerinin *triumphus* da yer almasına ilişkin bkz. BEARD, ss. 118 vd.

¹⁹³ Savaşta ele geçirilen kölelerin ganimet addedilirken hür kimselerin ganimet kabul edilmediklerine dair bkz. Flor. 1.18.21; Liv. 8.39.13, 15; 10.17.4; 23.37.13; 27.19.2; 27.32.9; 30.9.10; 33.11.2; 35.40.4; 38.27.7; 39.4.7; Diod. Sic. 26.20.1-2; özgürlerin kategorik olarak ganimetlerden ayrı şekilde elde edilmiş farz edildiklerine dair bkz. Tac. Ann. 1.68; Liv. 1.37.5.

¹⁹⁴ Gai. 2. 65; I Inst. 2.1.11.

¹⁹⁵ Gai. 1.1; Ins I 1.2.1; D. 1.1.9.

olması bu anlayışın sonucudur.¹⁹⁶ Dolayısıyla alakalı metinlerde yer alan ‘*ius naturalis*’, ‘*naturalis ratio*’,¹⁹⁷ veya ‘*ius gentium*’ terimlerini bu anlayış dahilinde ortak bir nitelendirmeye tabi tutmak gerektiği kanısındayız.¹⁹⁸

Gaius’un *iuris civilis* olarak gördüğü iktisap yolları ile *iuris gentium* (*naturalis*) şeklinde nitelendirdikleri arasındaki farkı hangi dinamiklere göre belirlemiş olduğu doktrinde tartışma konusu yapılmış ve genel olarak, *Gaius*’un Roma’ya özgü gördüklerini ‘*iuris civilis*’ kabul ederken evrensel karakterdekileri de ‘*iuris gentium*’ (*naturalis*) olarak tasavvur etmiş olduğu düşünülmektedir.¹⁹⁹ Burada son olarak eklemek gerekir ki her ne kadar modern hukukun ‘aslen’ ve ‘devren’ iktisap ayrımının kategorik karşılığını Roma hukukunda göremesek de özellikle klasik hukukçular bu modern tasnifin dayandığı farklılıkları tespit etmişlerdi.²⁰⁰ Bu bağlamda Roma hukukunda ganimetler üzerindeki hakların bir ‘aslen iktisap’ biçimi olan ‘sahiplenme’ (*occupatio*) ile iktisap edildiği söylenebilir.

Roma hukuku bakımından ‘*occupatio*’ mülkiyet hakkının konusu olabilecek taşınır mallara el konması anlamına gelmektedir.²⁰¹ Roma hukukunun en eski iktisap şekli olan ‘*occupatio*’nun söz konusu olabilmesi için ortada sahipsiz bir mal (*res nullius*) olmalı ve bu sahipsiz mal üzerinde sahip olma niyeti ile zilyetlik tesis edilmiş olmalıydı.²⁰² Bir malın sahipsiz olarak kabulü de ya o malın hiç kimsenin mülkiyetine girmemiş olmasına veya zamanında bir mülkiyet hakkının konusunu oluşturup sonrasında sahibi tarafından ‘terk edilmiş’ (*res derelicta*) olmasına dayanmaktaydı.²⁰³ Roma ile savaş halinde

¹⁹⁶ Söz konusu metnin (D. 41.1.5.7) *interpolatio*’ya uğradığı da iddia edilmektedir (bknz. RA-BEL Ernst / LEVY Ernst, **Index Interpolatium**, C. III, Böhlau, 1935, ss. 160-62); her halükârda metindeki olası *naturalis-gentium* değişikliğinin klasik hukuka aykırı bir anlayışı ifade etmediği kabul edilmektedir.

¹⁹⁷ *Naturalis ratio*’nun tabiat kanunlarının bütün insanlar için müşterek olarak belirlemiş olduğu kurallar anlamına geldiğine dair bkznz. UMUR, 1983, *ratio naturalis*: s. 179.

¹⁹⁸ ‘*Natura*’ ve ‘*naturalis*’ terimlerinin hukuki anlamları ve de ‘*ius gentium*’ ile olan yakın alakalarına dair bkznz. LEVY Ernst, ‘Natural Law in Roman the Roman Period’, **Natural Law Institute Proceedings**, SCANLAN Alfred L. (ed), C. 2, 1948, ss. 43-72; JOLOWICZ, s. 100-105; PHILLIPSON, 1911b, ss. 77-89.

¹⁹⁹ BUCKLAND, 1963, s. 205; VOGEL, 1948, s. 396.

²⁰⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 151.

²⁰¹ SOHM Rudolph, **The Institutes**, (çev. James C. Ledlie), Clarendon Press, Oxford, 1907, s. 317; BERGER, *occupatio*: ss. 606-07.

²⁰² KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 152.

²⁰³ Roma hukukunda kaybedilmiş mallar sahipsiz mal sayılmamakta idi; buna karşın define (*thesaurus*)’nin sahipsiz bir mal olup olmadığı ise tartışmalıydı. Detaylı bilgi için bkznz. TÜRKÖĞLU H. Gökçe, ‘Treasure Trove in Roman Law’, **YÜHFD**, C. 8, S. 2, 2012, ss. 455-65.

olan kavimlerin malları da (*res hostiles*), hiç kimseye ait değil gibi addedilerek ‘sahipsiz mal’ sayılmaktaydılar.²⁰⁴ Dolayısıyla savaşta elde edilen mallar (*res hostiles*), *ius gentium* uyarınca onları *occupatio* ile zilyetliğine alanların olurdu:²⁰⁵

D.41.1.5.7 (*Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*): “*Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt*”

D. 41.1.5.7 (*Gaius*’un Altın Şeyler’i İkinci Kitabı): “Düşmandan ele geçirilen de aynı şekilde *ius gentium* uyarınca ele geçirilenin malı olur”

Gai. 2.69: “*Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt*”

Ga. 2.69: “Düşmandan ele geçirilen şeyler de tabii hukuk (*naturalis ratio*) uyarınca bizim olur.”

Bu yaklaşım özellikle Roma toprakları içinde ele geçirilen mallar bakımından daha da öne çıkmaktadır:

D. 41.1.51.1 (*Celsus libro secundo digestorum*):“ *Et quae res hostiles apud nos sunt, non publicae, sed occupantium fiunt.*”

D. 41.1.51.1 (*Celsus*’un *Digesta*’sı Birinci Kitap): “Ve bizim topraklarımızdaki düşman malı kamunun değil, ona ilk el koyanın olur.”

Keza düşman malına el koyarak zilyet olunması da teorik olarak ‘kavimler hukukuna/tabii hukuka’ uygun bir zilyetlik tesisi yolu olarak görülmekteydi:

D.41.2.3.21 (*Paulus libro 54 ad edictum*): “*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*”

²⁰⁴ Dİ MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, (çev. Ziya Umur), 2. Bası, Sulhi Garan, İstanbul, 1959, s. 259; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2015, s. 83; SÖĞÜTLÜ Özlem, **Roma Özel Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 687; KG için bkz. BERKİ Şakir, ‘Roma’da Aynı Haklar’, **AÜHFD**, C. 5, S. 1, 1948, s. 357 dn 128.

²⁰⁵ BUCKLAND, 1963, s. 208.

D. 41.2.3.21 (*Paulus*'un Beyannameleri Elli Dördüncü Kitap): “Bizim olmayanı iktisap etme sebeplerimiz kadar farklı zilyetlik çeşitleri bulunmaktadır; örneğin alıcının zilyetliği; bağışlamada, vasiyette, çeyizde, mirasta, *noxal* teslimde, kendi için zilyetlik veyahut da karada ve denizde yakaladığımız ya da düşmandan ele geçirdiğimiz ya da kendi yarattığımız şeylerin durumundaki -zilyetlik- gibi... Bunlar tabiatı/tabii hukukta (*rerum natura*) mevcuttur; çeşitleri sonsuzdur.”

‘Düşman malına el koyarak’ (*occupatio rerum hostilium-occupatio bellica*)²⁰⁶ onu özel mülkiyet altına almak sadece taşınır mallar için söz konusu idi; taşınmaz mallar, ‘*occupatio rerum hostilium*’ dışında bırakılmıştı.²⁰⁷ Burada, ‘düşman mallarına el koymak hakkına’ kimlerin sahip olduğu sorusu akla gelebilir. Yani, her Romalı düşman malına el koyarak onu özel mülkiyeti altına almak hakkını haiz midir? Bu sorunun cevabı olumsuz olmalıdır; savaş durumunda, düşmanın taşınır mallarına el koyarak onlara malik olabilme hakkı sadece Roma ordusuna mensup askerlere tanınmış görünüyor.²⁰⁸ İşgal edilen ‘düşman arazisi’ (*ager occupatorius*) ise Roma devleti tarafından ilhak edilmekle zaten kural olarak özel mülkiyetin konusu olamazdı.²⁰⁹

Sonuçta Roma ile savaş halinde bulunan kavimlere ait mallar (*res hostiles*) ‘sahipsiz mal’ sayılarak üzerlerindeki mülkiyet hakkı Roma hukukunca korunmamaktaydı; ve bu durum Roma savaş hukukunun diğer prensipleri gibi *ius gentium* kapsamında karşılıklılığı olan bir sonuçtu.²¹⁰ Savaş esnasında malları ele geçirme hakkı *ius gentium*'un bir parçasıydı ve bir *res hostiles*'e özellikle Roma toprakları içinde ‘*occupatio*’ ile el konulması, onun el koyanın özel mülkiyetine girmesi anlamına gelmekteydi.²¹¹ Şayet Romalılara ait mallar düşmanın eline geçerse onlar da ‘*res nullius*’ sayılırdı; buna karşın

²⁰⁶ Bknz. BERGER, *occupatio rerum hostilium*: s. 606.

²⁰⁷ VOGEL, 1948, ss. 396-99.

²⁰⁸ WINDSCHEID Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.Bası, Rütten & Loening, Berlin, 1909, §184 s. 12; KARLOWA, ss. 5 vd; ayrıca bknz. CUJAS Jacob, *Opera Omnia*, C. IV-IX, Paris-Napoli, 1658-1720, XX 7.

²⁰⁹ KASER Max, ‘Die Typen der Römischen Bodenrechte in der späteren Republik’, *ZRG:RA*, C. 62, 1942, s. 27.

²¹⁰ Burada belirtmek isteriz ki Romalı olmayanların *occupatio bellica* hakları -diğer birçok *ius gentium* müessesesinde de görüldüğü üzere- Roma'nın kendi ‘*civiles*’ hukukunca tanınmak durumunda değildi; bknz. JOLOWICZ, s. 105.

²¹¹ D. 41.2.3.21; JOLOWICZ, s. 105; ayrıca bknz. BERGER, *res hostiles*: s. 678.

eski maliklerin eline geçmesi durumunda üzerlerindeki mülkiyet hakkının avdet ettiği kabul edilirdi.²¹²

B. Ordu Komutanlarının Ganimet Üzerindeki Hakları

Ganimete ilişkin öğretilerde üzerinde fikir birliği bulunmayan bir diğer husus ise ganimetler üzerinde kimin, ne şekilde, nasıl bir hakka sahip olduğudur. Savaşta ele geçen mallar üzerindeki hakimiyetin nevi, özellikle cumhuriyet dönemine özgü, 'imperium'u haiz ordu komutanları özelinde, öğretilerde tartışmalı bir husus görünmektedir. Tartışmanın kaynağı ise Roma'nın en yüksek hakimiyet derecesi olan *imperium*'un delalet ettiği geniş yetkilerdir.²¹³

Bu bağlamda 'manubiae'nin 'praeda'ye nazaran tam olarak ne anlama geldiği sorusunun cevabı aynı zamanda ganimet üzerindeki hakların kime ait olduğu sorusuna da cevap teşkil edebilir. Şöyle ki; şayet Mommsen'nin iddia ettiği üzere,²¹⁴ 'praeda'nın askerlerce el konan görece değersiz taşınır eşya, 'manubiae'nin ise ganimetlerin satışından elde edilen -ve kamu malı addedilen- kazanç anlamlarına geldiklerinden yola çıkarsak, bir komutanın ganimetin satışından elde edilen gelirleri (*manubiae*) zimmetine geçirmesi durumunda *peculatus* (emniyeti suiistimal, kamu malını zimmetine geçirme)²¹⁵ ile suçlanacağı sonucuna varırız; zira bu olasılıkta ordu komutanlarının *manubiae*'ye malik oldukları söylenemez. Dolayısıyla ordu komutanlarının *manubiae* üzerinden kişisel kazançta bulunmamaları gerekir; aksine

²¹² KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 156. Buna karşın bkz. D. 49.15.28; metinde *Labeo* şayet bir mal savaş sırasında ele geçirilir, ardından kaybedilir ve halen savaş devam ederken tekrar geri alırsa bu durumda söz konusu malın artık 'ganimet' gibi addedilmekle *ius postliminium* konusu olamayacağını söylemektedir.

²¹³ *Imperium*'a ilişkin bkz. dn 40.

²¹⁴ MOMMSEN Theodor, *Römische Strafrecht*, Duncker & Humbolt, Leipzig, 1899, s. 765, dn. 5,7; aynı doğrultuda bkz. BONA, 1960, ss. 157-70.

²¹⁵ *Peculatus* için genel olarak bkz. Cic. Off. 3.18; SMITH, 1884, *peculatus*: s. 748; BERGER, *peculatus*: s. 623; GÜRTEK Kadir, 'Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları', *Ankara Barosu Dergisi*, C. 3, 2017, ss. 67-9. *Augustus* tarafından çıkarılmış olan ve *peculatus* suçuna ilişkin en önemli hukuki düzenleme olarak görülen *lex Iulia peculatus* için ise bkz. ZIEGLER Hans Dieter, *Untersuchungen zur Strafrechtsgesetzgebung des Augustus*, Ludwig-Maximilians-Universität, 1964, s. 33. Ayrıca bkz. D. 48.13.15 (13); *Digesta*'da yer alan ve *Modestinus*'a ait olan bu parçada düşmandan alınan ganimeti (*praeda*) 'gizlice çalan' (*subripio*) kimsenin *peculatus* suçunu işlediği belirtilmektedir. Buna karşın *peculatus* suçunun cezasının bir 'furtum' muşçasına çalınan malın bedelinin 4 katı olarak düzenlediği gerçeği ışığında *lex Iulia peculatus*'un savaş ganimetine el koymayı bir *peculatus* suçu gördüğü şüphelidir.

davranış, yani *manubiae*'yi kendi varlıklarına katmaları ya da başka birisine devretmeleri, bir nevi emniyeti suistimal ya da kamu kaynaklarından haksız faydalanma suçu gibi görülür.

Manubiae'nin, *triumphus*'un yapılmasını takiben ganimetten komutana düşecek pay anlamına geldiğini ve -Shatzman'ın iddia ettiği üzere- komutanın mülkiyetinde olduğunu kabul edersek o durumda da *manubiae*'nin mülkiyetinin *triumphus* sonrası komutana ait olacağı -ya da avdet edeceği- dolaşısıyla da satılmasının veya devredilmesinin herhangi bir hukuki sorumluluk doğurmayacağı sonucuna varırız.²¹⁶

Kanımızca *imperium*'a sahip komutanların kendilerine ayrılan ganimet üzerinde istedikleri gibi tasarruf edebilmeleri ancak malik addediliyor olmaları ile açıklanabilir.²¹⁷ Buna karşın, komutanların içeriği hukuk tarafından açık bir şekilde çizilmemiş olan bu haklarının kamusal bir mahiyet arz ettiği de görülmektedir.²¹⁸ Komutanların *manubiae*'leri üzerindeki hakimiyetleri sınırsız değildir, tasarruf yetkilerinin belirgin olmayan sınırları ise objektif hukuk kurallarından ziyade örf ve adetin gücü ile politik dinamikler tarafından çizilmekteydi. *Manubiae*'nin tamamıyla şahsi çıkarlar güderek kişisel zenginleşme amacıyla kullanılmasına karşı kesin yasaklar bulunmamaktaydı; Roma tarihi içinde böyle bir suçlamaya maruz kalmış komutanlar mevcuttur, fakat söz konusu davaların ardındaki politik saikler de gayet açıktır,²¹⁹ ve aslında bir yandan da bize komutanların *manubiae* üzerindeki hakimiyetlerinin politik dinamiklere dayanan sınırlarına ilişkin ipucu vermektedir.

Neredeyse tamamı soylu ailelerden gelen ve politik farkındalıkları yüksek olan ordu komutanlarının ihtirasları gerek Roma aristokrasinin farz edilen değerleri gerekse de politikanın kaygan zemini karşısında frenlenmek-

²¹⁶ SHATZMAN, ss. 188-189; VOGEL, 1948, ss. 413-422; VOGEL, 1953, ss. 1211-1213; ORLIN, s. 121. KG için bkz. BONA Ferdinando, 'Preda di guerra e occupazione privata di 'res hostium', *Studia et documenta historiae et iuris*, C. 25, 1959, s. 362; Liv. 4.34.4; 5.22.1; Diod. Sic. 14.93.2. Ayrıca M.Ö. 133 yılında *consul*'lük yapmış olan *Calpurnius Piso gi*'nun, komutası altında göstermiş olduğu yararlılıklar karşılığında oğluna savaş ganimetlerinden bir altın taç vermesinin uygunsuz olduğu zira bir *magistra*'nın kamu malını kendi mülkiyetine almasının kabul edilemeyeceğine dair bkz. Val. Max. 4.3.10. Buna karşın *Valerius Maximus*'un ifadelerinden yapılanın hukuka aykırı olduğu sonucuna varılamaz.

²¹⁷ Komutanların ganimet üzerindeki tasarruf yetkilerine ilişkin bkz. SHATZMAN, ss. 202-05.

²¹⁸ Komutanların *manubiae*'lerini hazineye bildirerek kayıt altına aldıklarına dair bkz. CHURCHILL, s. 102.

²¹⁹ Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için bkz. SHATZMAN, ss. 188-202; CHURCHILL, ss. 95-101.

teydi. Keza, çoğu daha önceden komutanlık yapmış ve ordu yönetmiş senatörlerden müteşekkil *senatus*, Roma askeri meselelerinde -gayri resmi ama etkin- bir tahkik ve iyileştirme odağı rolünde olup, komutanlar nezdinde yazılı olmayan belirli kuralların denetimini de yerine getirmekteydi.²²⁰

Roma'ya zafer kazandırmış bir komutandan beklenen o zaferin kazanımlarını bir şekilde kamuyla paylaşması idi ve bu beklenti aynı zamanda komutanın çıkarları ile de uyuşabilmekteydi. Komutanın askerler arasındaki itibarını yaymak maksadıyla ganimetin tamamını veya bir kısmını onlarla paylaşması, ismini ve şöhretini halk nezdinde güçlendirmek adına anıtlar/abideler yaptırması, oyunlar düzenlemesi bir yandan *manubiae*'nin kamu yararına harcanması olarak görünürken öte yandan komutanın kendi politik çıkarlarına hizmet etmekteydi.

C. Roma Devleti ve Ganimet

Savaş, küçük bir şehir olarak doğan Roma'nın tüm Akdeniz'e hâkim bir dünya imparatorluğu haline gelmesindeki asli unsurlardan biridir. Roma, savaşarak ve sonucunda işgal ve ilhak ederek sadece sınırlarını genişletmekle kalmamış; aynı zamanda savaşlar Roma ekonomisinin ardındaki itici gücü teşkil etmiştir. Fetihler yeni yatırım ve iş imkânları sağlamış, köleleştirilen esirlerden bol ve ucuz işgücü elde edilmiş; ganimetler, savaş tazminatları ve ilhak edilen topraklarla sayıları artan eyaletlerden alınan vergiler Roma'nın gelirlerinin ciddi bir kısmını teşekkül eder hale gelmiştir.²²¹ Kazanılan savaşlar Roma ekonomisinin ve de özellikle ticaret hayatının gelişmesine imkan sağlamış,²²² ve bu değişen ekonomik iklim altında “az üreten ama çok tüketen” Roma, ithalat masraflarını savaşlardan elde ettiği ganimet ve savaş tazminatları ile karşılamaktaydı.²²³

Roma devletinin, en azından *Principatus* dönemine dek, savaşlar sonucu elde edilen ganimet üzerinde doğrudan mutlak bir tasarruf yetkisi yoktu demek yanlış olmayacaktır. Bir evvelki bölümde de bahsettiğimiz üzere özellikle cumhuriyet (*res publica*) döneminin kendi idari yapısının hususiyetlerine bağlı olarak Roma devleti ve ganimet arasında daha ziyade vasıtalı bir

²²⁰ ROTH, s. 375.

²²¹ TAHIROĞLU Bülent, ‘Roma Devletinin İktisadi Krizleri’, *İÜHFİM*, C. 45, S. 1-4, 1979-1981, s. 677-706.

²²² ROSTOVITZEFF Michael, *The Social and Economic History of the Roman Empire*, Clarendon Press, Oxford, 1926, ss. 54-7.

²²³ GAUDEMET Jean, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, Paris, 1967, s. 430.

ilişki bulunmaktaydı. Söz konusu vasıtayı da ‘*imperium*’ sahibi ordu komutanları temsil etmekteydiler. Kazandıkları ganimet üzerinde mülkiyet hakkına sahip addediliyor olsalar da komutanların ganimet üzerinde kamu yararına olacak biçimde tasarruf etmeleri beklenmekteydi; ve her ne kadar neredeyse hiçbir zaman elde edilen ganimet ‘*aerarium*’a bağışlanarak doğrudan kamunun harcamasına tahsis edilmese de,²²⁴ ekseriyetle kamu menfaatine harcanmakla dolaylı yoldan da olsa Roma devletinin faydasına hasredilmekteydi. Bir bakıma devlet, kendisinin yapmasının bekleneceği yatırım, harca ma veya inşaat işlerini komutanlara ihale etmekte,²²⁵ onlar da üzerlerinde çok geniş yetkilere haiz oldukları ve bir nevi Roma kamusu adına ellerinde bulundurdıkları ‘*manubiae*’lerinden söz konusu sarfiyatları yapmaktaydılar. Bu dediklerimizden ordu komutanlarının tamamıyla diğerkam hislerle yoğrulmuş ve safi kamusal faydalar gözeterek hareket eden şahıslar oldukları sonucu da çıkarılmamalıdır. Cumhuriyet dönemi itibarıyla askerler, özellikle de ordu komutanları, Roma emperyalizminden en fayda sağlayan kesimlerin başında gelmekte ve kişisel servetlerinde büyük oranlarda zenginleşmeler olduğu görülmektedir.²²⁶ Komutanlar, ‘*manubiae*’lerinden kendileri faydalanmakla kalmıyor, zaferin paylaşımı adına başta emirlerindeki askerler ve görevliler olmak üzere etrafindakileri de zenginleştiriyorlardı.²²⁷

Cumhuriyet devrindeki savaşlar neticesinde elde edilen zenginliklerden, başta askerler ve aristokrasi olmak üzere, toplumun tüm fertleri -eşit bir şekilde olmasalar da- yararlanmaktaydılar. Askerler daha değersiz ganimetlere doğrudan el koyarak zenginleşirken, aristokrasi ve halkın geri kalanı da paylarına düşeni farklı yollardan almaktaydılar. Bu bakımdan komutanların daha değerli olan ganimetleri çevrelerine bölüştürmeleri aristokrasinin, ‘kamu hizmetine’ özgülemeleri de halkın yararına hizmet eden tasarruflar olarak görülmelidirler.

Principatus döneminde *imperium* yetkisinin *princeps*’in şahsında tekelleşmesi ile birlikte ganimetin kazanımı ve üzerinde hak sahibi olmak sadece imparatora hasredilmiş oldu. Değişen yönetim sistemi ve tüm yetkinin tek

²²⁴ Nadir istisnalar olarak, elde ettikleri ganimetleri hazineye bağışlayan *Papirius Cursor* (Liv. 10. 45.5-6) ve *Pompey* ile *Julius Caesar* (Vell. 2.40.3, 2.56.2) gösterilebilir.

²²⁵ Bu usulle askeri seferlerin masraflarının da karşılandığı görülmektedir, örneğin bkz. Cic. Prov. Cons. 28; Liv. 7.16, 8.36, 10.46.

²²⁶ Detaylı bilgi için bkz. KAY Philip, **Rome’s Economic Revolution**, OUP, Oxford, 2014, ss. 20-42.

²²⁷ Örneğin bkz. Cat. 23.4, 29.1-4.

bir odakta toplanma temayülü zaten farklı bir gelişmeye imkân veremezdi. Nitekim, Romalı komutanların kazandığı zaferleri *Senatus*'un onayı altında sergilediği *triumphus*'u düzenleme yetkisi de *principatus* devrinde sadece imparatorlara tanınmaya başlandı.²²⁸ Her alanda olduğu üzere savaş ve ganimet hususunda da tüm yetki ve güç tek bir kişide toplanmıştı. Komutanlar artık kendileri için değil, imparator için savaşmaktaydılar.²²⁹ Bu bakımdan ordu komutanlarının üzerlerindeki haklarının ortadan kalkmış olmasına binaen ganimetin, *principatus* devrinde ve sonrasında tamamıyla bir 'kamu malı' haline gelmiş olduğu söylenebilir.

Ganimet, Roma devleti için öncelikle bütçede bir kalem olarak ekonomik bir mana ifade etmekteydi.²³⁰ Buna karşın Roma açısından ganimetin tek faydasının ekonomik olduğu da söylenemez. Nasıl ki Roma'nın savaşları münhasıran ekonomik mülahazalarla açıklanamazsa aynı şekilde ganimetin elde edilmesinin de ekonomik etkiyi aşan sonuçları bulunmaktaydı.

Bu bağlamda Roma'nın tarihin ilk 'kültür-sanat eserleri yağmasını' yapan devleti olduğu da iddia edilmektedir.²³¹ Hatta bu iddia, Roma İmparatorluğu'nun tarihteki ilk sistematik ve organize kültür/sanat eserleri yağması pratiğini uygulamış olduğu şeklinde genişletilebilir.²³² Romalı asilzadelerin sanat tutkuları bilinmektedir ve bazı aristokratlar bakımından savaşlar, sanat eserlerini temin ettikleri asli araç olmaktadır. Keza, fethedilen kavimlerin bugün 'kültürel miras' olarak adlandırılabilir bir çok kültür/sanat eserine el konarak doğrudan Roma hazinesine aktarılması hiç de nadir görülen bir uygulama değildi.²³³ Roma, M.Ö. 4 yüzyıldan başlayarak, Yunanistan,²³⁴ Mısır, Anadolu vb. mntikalardan ganimet olarak elde ettiği sanat ve kültür eserlerini maddi

²²⁸ BEARD, s. 218.

²²⁹ LEVITHAN Josh, 'Booty, Greece and Rome', **Encyclopedia of Ancient History**, 2012, s. 2.

²³⁰ İkinci Pön savaşlarını takip eden elli yıllık süre zarfında Roma'nın sadece ganimet ve savaş tazminatı olarak elde ettiği gelirin bin ton gümüşe karşılık geldiğine dair bkz. KAY, s. 87. *L. Aemilius Paullus*'un Makedonya zaferinden getirdiği ganimetin Roma'da vergi alınmasına gerek bırakmadığına dair bkz. Val. Max. 4.3.8; Cic. Off. 22.76.

²³¹ TOMAN Jiri, 'The Hague Convention - A Decisive Step taken by the International Community', **Museum International**, C. 57, S. 7, 2005, s. 8.

²³² MERRYMAN John H. / EISEN Albert E., **Law Ethics and the Visual Arts**, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1987, s. 2; POULOS, s. 7.

²³³ Cic. Ver. 2.1.154; Polyb. 9.10.

²³⁴ *Marcellus*'un *Syracuse* zaferinden sonra Roma'ya ganimet olarak getirdiği ve *triumphus*'da sergilediği muazzam sayıdaki sanat eseri Yunan sanatını Roma'ya tanıtmıştır (Plut. Marc. 21, Liv. 25.40.1-3).

değerleri sebebiyle değil kendi ihtişamının, gücünün ve de askeri kabiliyetinin sembolleri olarak *triumphus*'larda gururla sergilemekteydi.²³⁵

SONUÇ

Savaş ganimetleri, Roma devletinin gelişimini büyük ölçüde etkileyen ve bütçesinin önemli bir kalemini teşkil eden bir kazanç kaynağıydı. Eşya olarak düşmana ait özel bir kategoriyi (*res hostiles*) temsil eden ganimete hukuken 'sahipsiz mal (*res nullius*)' muamelesi yapılırdı ve *ius gentium* uyarınca sahiplenme (*occupatio*) yoluyla elde edilirdi. *Occupatio* (*sahiplenme*), bir kimsenin bir şeyi elde etme niyetiyle ele geçirerek, mülkiyetini iktisap etmesi anlamına gelmekteydi ve özellikle *praeda* denilen nispeten değersiz taşınır eşyalara savaş sırasında askerlerce bu şekilde el konulmaktaydı. Buna karşın her asker her tip ganimete zilyetliğine geçirerek sahip olamazdı; zira Roma, kendisi için arz ettiği öneme binaen *imperium*'u haiz generallerin odağında yer aldığı etkin bir yağma sistemini kurmuştu ve bu bağlamda *praeda* daha ziyade ganimetin fiziksel varlığını ve/veya değersiz eşyaları belirtirken *manubiae* ise komutan ile ilişkilendirilebilen ve *triumphus* da yer alan değerli ganimetleri işaret etmekteydi. Mamafih, terimler arasındaki ayırım çok net değildi ve zaman zaman birbirlerinin yerine de kullanılabilirlerdi.

Roma hukukunda 'ganimet' kategorisi aslen taşınır eşyalardan müteşekkildi ve işgali sonrası Roma devleti tarafından ilhak edilen topraklar (*ager publicus*) ganimet kavramına dahil edilmemekteydiler.²³⁶ Düşmanın elinden alınan - köleler ve hayvanlar dahil- her tip taşınır eşya ise ganimet olarak kabul edilmekteydi ve her ne kadar özellikle *Polybius*'un şahsında karşı görüşler olsa da düşmana ait kültür/sanat eserleri de ganimete dahil sayılmaktaydı. Roma yüzlerce yıl fethettiği kavimlerin kültür ve sanat varlıklarını sistematik olarak yağmalaması sebebiyle bu suçtan tarihte mahkûm edilecek ilk devlet olmalıdır. Buna karşın dini eserler ve mabetler bakımından durumun biraz farklı olduğunu ve Roma savaş hukukunun tabii olduğu *ius gentium* ve *ius belli* uyarınca dini eşyalar ve yerlere ihtimam gösterildiği burada söylenmelidir.²³⁷

²³⁵ DUBOFF Leonard D./ CAPLAN Sally Holt, **The Deskbook of Art Law, Booklet D Art: Victim of War**, Oceana, 1996, s. 3. Roma'nın kendisini bir dünya imparatorluğu olarak takdim edişinde *triumphus*'un oynadığı role dair bkz. ÖSTENBERG, s. 291.

²³⁶ Bazı durumlarda bu topraklar özel kişilere devredilebiliyor veya satışa çıkarılabiliyorlardı.

²³⁷ Romalı komutanların tapınak ve mabetlerin yağmalanmaması konusunda dikkatli olduğuna dair bkz. MILES Margaret M., **Art as Plunder: the Ancient Origins of Debate About Cultural Property**, CUP, Cambridge, 2008, s. 82.

Savaş ganimeti üzerinde mutlak bir hakka sahip olan ordu komutanları ganimet üzerinde isterse savaşın hemen sonrasında isterse de zaferini kutladığı ‘triumphus’ sonrasında istediği gibi tasarruf edebilmekteydi. Mamafih, komutanların bu hakları ‘kamusal’ bir özellik arz etmekteydi zira *manubiae* olarak adlandırılan ve *triumphus* sonrası kendisine ayrılan ganimeti kamu yararına harcaması beklenmekteydi. Öğretide bu beklentinin aynı zamanda hukuki bir yükümlülük olarak kabul edilmiş olduğuna dair görüşler mevcut olsa da bazı politik amaçlı istisnalar hariç *manubiae*’sini kamu yararına hasretmemiş ve kendi menfaatine harcamış magistrallara bu sebeple bir dava açıldığı veya takibat yapıldığı da görülmektedir. Metinlerde, bu tarz hareketlerin hukuksuz olmaktan ziyade uygunsuz olarak nitelendirilerek, ayıplandığını görmekteyiz. Komutanların ganimet üzerindeki mutlak hakları örfün etkisi ve politik ilişkilerin dinamizmi ile sınırlanmaktaydı; fakat en nihayetinde mülkiyet haklarının suiistimaline karşı herhangi bir hukuki yaptırım söz konusu değildi. Cumhuriyet dönemi boyunca ordu komutanlarının ganimet üzerindeki hakları neredeyse mutlak idi; dilerse savaşın hemen ardından askerleri ve subayları arasında böler; dilerse bir bölümünü askerlere verir ve kalanını nezdinde tutardı. Tüm ganimeti kendi malvarlığına da katabilirdi; asli kriter ‘ganimetin’ (*manubiae*) kamu yararına harcanması idi.

Principatus devri ve sonrasında, Roma devlet yapısının değişimi ve *imperium*’un *princeps*’un (imparator) şahsında tekelleşmesi ile Roma’nın kurmuş olduğu bu dolaylı ganimet sistemi sona erdi ve yerine savaşta elde edilen her tür ganimetin doğrudan imparatora ve Roma devletine ait addedildiği bir anlayış geldi. Değişen idari yapı haliyle ganimetin elde edilmesine ve üzerindeki hakların kime ait olabileceğine doğrudan etki etmiştir. Buna karşın savaş ile elde edilen malların *ius gentium* uyarınca kazanana yani Roma devletine ait olacağı kuralı hep aynı kalmıştır.

Roma hukuku uyarınca savaşta kazanan tarafın hakkı olarak kabul edilen ‘ganimet’e yönelik *ius gentium* tabanlı kabuller, 20. yüzyıla kadar aynen devam etmiş ve ancak Cenova konvansiyonu ve takip eden birçok farklı uluslararası anlaşma ile ‘yağmalama yasağı’ altında yasaklanmıştır. Modern dünyada ayrıca *Polybius*’un temennileri hukukun bir parçası haline getirilmiş ve dini eser ve yapılarla birlikte ‘sanat eserleri/kültür varlıkları’ özel bir kategoriden görülerek hususi olarak koruma altına alınmışlardır. Sonuçta, Roma şehrinin bir dünya imparatorluğuna dönüşmesinde belki de başat faktörü meydana getiren “ganimet”, modern hukukta “talan” ve “yağma” ile eş tutularak uluslararası ceza hukuku tarafından suç olarak tanımlanmaktadır ve Roma’nın şahsında yayılcı emperyalizmi tarihi olarak mahkûm etmektedir.

KISALTMALAR CETVELİ

A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
AJIL	: American Journal of International Law
ANRW	: Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Aul. Gell.	: Aulus Gellius, Nottae Attica
BDIR	: Bullettino dell'Istituto di diritto romano
Bknz.	: bakınız
C.	: Cilt
Cat. C.	: Valerius Catullus, Carmina
Cic.	: Cicero
Agr.	: De lege agraria
Fam.	: Epistulae ad Familiares
Div. Caec.	: Divinatio in Caecilium
Dom.	: De domo sua
Leg.	: De Legibus
Off.	: De Officiis
Prov. Cons.	: De Provinciis Consularibus
Rep.	: De Re Publica
Verr.	: In Verrem
Caes. Bell. Gall Julius	: Caesar, Commentarii de Bello Gallico
CIL	: Corpus Inscriptionum Latinarum
CUP	: Cambridge University Press
çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
Diod. Sic.	: Diodorus Siculus, Bibliotheca historica
DK	: Diels & Kranz
dn	: Dipnot
ed.	: Editör
Flor.	: Florus, Epitome
Front.	: Str Frontinus, Strategemata
Gai.	: Gaius, Institutiones
I Ins	: Iustinianus, Institutiones
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Joseph. Bell. Jud.	: Josephus, Bellum Judaicum

JRS	: Journal of Roman Studies
KG.	: Karşı Görüş
Liv.	: Titus Livius, Historia
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi
md.	: Madde
OUP	: Oxford University Press
Plut.	: Plutarkhos, Vītae Parallēlae
Polyb.	: Polybius, Historia
RE	: Pauly's Realencyclopaedie der Classichen Altertum
RIDA	: Revue internationale des droits de l'antiquité
TAPA	: Transactions of the American Philological Association
Tac. Hist.	: Tacitus, Historia
TBB	: Türk Barolar Birliği
S.	: Sayı
s.	: sayfa
Sall. Jug.	: Sallust, Bellum Iugurthinum
Suet. Marc.	: Suetonis, Marcellus
Val. Max.	: Valerius Maximus, Factorum ac dictorum memorabilium
Varr. De Ling. Lat.	: Varro, De Lingua Latina
vd.	: ve devamı
Vell.	: Velleius Paterculus, Historiae Romanae
Vitr.	: Vitruvius, De architectura
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Xen. Cyr.	: Xenophon, Cyropaedia
ZRG	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRG:RA	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung

KAYNAKÇA**Kitaplar**

- ALLEN Joel, **Hostages and Hostage Taking in the Roman Empire**, CUP, Cambridge, 2006
- ARMSTRONG Jeremy / FRONDA Michael P., **Romans at War: Soldiers, Citizens, and Society in the Roman Republic**, Taylor & Francis, New York, 2020
- BADIAN Ernst, **Roman Imperialism in the Late Republic**, Cornell University Press, 1968
- BEARD Mary, **The Roman Triumph**, Belknap Press, Londra, 2009
- BLAIR William, **An Inquiry into the State of Slavery amongst Romans**, Thomas Clarke, Edinburgh, 1883
- BUCKLAND WW, **A Textbook of Roman Law**, 3. Bası, CUP, Cambridge, 1963
- BUCKLAND WW, **Roman Law of Slavery**, The Lawbook Exchange, New Jersey 2001
- COUDRY Marianne / HUMM Michel, **Praeda: Butin de guerre et société dans la Rome républicaine/Kriegsbeute und Gesellschaft im republikanischen Rom**, C. 1, F. Steiner, Stuttgart, 2009
- DI MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, (çev. Ziya Umur), 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959
- EDER Walter, **Servitus publica: Untersuchungen zur Entstehung, Entwicklung und Funktion der öffentlichen Sklaverei in Rom**, F. Steiner, 1980
- EMİROĞLU Haluk, **Ius Gentium: Kavimler Hukuku**, Değişim, İstanbul, 2007.
- ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1989
- FINLEY Moses, **The Ancient Economy**, 2. Bası, University of California Press, California, 1999
- FRANK Tenney, **Roman Imperialism**, Yeni Bası, Batoche, Kitchener, 2003
- FRANK Tenney, **An Economic History of Rome**, 2. Bası, Batoche, Kitchener, 2004
- GAUDEMET Jean, **Institutions de l'Antiquité**, Sirey, Paris, 1967
- GROTIUS Hugo, **De Iure Belli ac Pacis**, 1632, Apud Guilielmum Blaeu, Amsterdam, 1632
- GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Reşat Volkan Günel (ed), 7. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- HARDT Micheal / NEGRI Antonio, **Empire**, Harvard University Press, Massachusetts, 2000
- HARRIS William V, **War and Imperialism in Republican Rome 327-70 BC**, Clarendon Press, Oxford, 1985
- HOPKINS Keith, **Conquerors and Slaves**, CUP, Cambridge, 1981
- HOŞ Serdar, **Haklı Savaş ve İnsancıl Hukuk**, On iki Levha, İstanbul, 2013

- HOWE Stephen, **Empire: A Very Short Introduction**, OUP, Oxford, 2002
- İPEK Nurcan, **Roma Hukukunda Gasp (Rapina)**, Der, İstanbul, 2001
- JENNINGS Robert / WATTS Arthur (ed), **Openheim's International Law**, C. I, 9. Bası, Longman, Londra, 1996
- JOLOWICZ HF, **Historical Introduction to the Study of Roman Law**, CUP, Cambridge, 1932
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Hukuku: Tarihi - Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması**, 17. Bası, Turhan, Ankara, 2014
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2015
- KARLOWA Otto, **Römische Rechtgeschichte**, C. II, Veit & Compt, Leipzig, 1901
- KASER Max, **Ius gentium**, Böhlau, Köln, 1993
- KAY Philip, **Rome's Economic Revolution**, OUP, Oxford, 2014
- KEEELY Lawrence H., **War Before Civilization: The Myth of the Peaceful Savage**, OUP, Oxford, 1996
- KENNEDY David, **Of War and Law**, Princeton University Press, New Jersey, 2006
- KUNKEL Wolfgang, **An Introduction to Roman Legal and Constitutional History**, (çev. WJM KELLY), Clarendon Press, Oxford, 1966
- LAUTERPACH Hersch, **Private Law Sources and Analogies of International Law**, Longman, Londra, 1927
- LEBLANC Steven A., **Constant Battles, The Myth of the Peaceful, Noble Savage**, St. Martin's Press, New York, 2003
- LEE Daniel, **Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought**, OUP, Oxford, 2016
- LOEWENSTEIN Karl, **The Governance of Rome**, M. Nijhoff, Lahey, 1973
- MERRYMAN John H. / EISEN Albert E., **Law Ethics and the Visual Arts**, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1987
- MILES Margaret M, **Art as Plunder: the Ancient Origins of Debate About Cultural Property** CUP, Cambridge, 2008
- MOMMSEN Theodor, **Römische Geschichte**, C. I-III 8. Bası, Wiedmann, Leipzig, 1889
- MOMMSEN Theodor, **Römische Staatsrecht**, C. I, III-1, 3. Bası, Wiedmann, Leipzig, 1887
- MOMMSEN Theodor, **Römische Strafrecht**, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899
- MOMMSEN Theodor, **Römische Forschungen**, C. II, Weidmann, Leipzig, 1879
- MORLEY Neville, **The Roman Empire: Roots of Imperialism**, Pluto, Londra, 2010
- ODYAKMAZ Zehra, **Tarih İçinde Cenevre Sözleşmeleri**, Yetkin, Ankara, 2021

- ORLIN Eric M, **Temples, Religion and Politics in the Roman Republic**, Brill, Leiden, 1997
- ÖKTEM Emre, Terörizm, **İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, Derin, İstanbul, 2011
- ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul 2013.
- ÖSTENBERG Ida, **Staging the World: Spoils, Captives and Representations in the Roman Triumphal Procession**, OUP, Oxford, 2009
- PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, C. 1, 15. Bası, Turhan, Ankara, 2021
- PHILLIPSON Coleman, **International Law and Customs of Ancient Greece and Rome**, C. I-II, MacMillan & Co, 1921
- ROSTOVTZEFF Michael, **The Social Economic History of the Roman Empire**, 2. Bası, Clarendon Press, 1957
- SAYIN Baha Yiğit, **Roma'da Köle ve Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2020
- SCHUMPETER Joseph A., **Imperialism & Social Classes: Two Essays by Joseph Schumpeter**, (çev. H. Norden), Meridian, New York, 1955
- SCHWARZ Andreas, **Roma Hukuku Dersleri**, (çev. Türkan Rado), 7. Bası, Doğan, İstanbul, 1965
- SOHM Rudolph, **The Institutes**, (çev. James C. Ledlie), Clarendon Press, Oxford, 1907
- SOUTHERN Pat, **The Roman Army: A Social and Institutional History**, OUP, Oxford, 2006
- SÖĞÜTLÜ Özlem, **Roma Özel Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2020
- TAMER Diler, **Roma Hukuku**, C. I, Legal, İstanbul, 2020
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin, İstanbul, 2014
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku - Tarihi Giriş - Kaynaklar - Genel Esaslar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984
- VERSNEL H. S., **Triumphus: An Inquiry into the Origin, Development and Meaning of the Roman Triumph**, Brill, Leiden, 1970
- WATSON Alan, **Roman Slave Law**, John Hopkins University Press 1987
- WATSON Alan, **International Law in Archaic Rome: War and Religion**, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1993
- WINDSCHEID Bernhard, **Lehrbuch des Pandektenrechts**, 9. Bası, Rütten & Loening, Berlin, 1909
- Makaleler/Bölümler**
- ALİBABA Arzu, 'Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu', **AÜHFD**, C. 49, S. 1, 2000, ss. 181-207
- ALSAN, Zeki Mesud, '1949 Cenevre Sözleşmeleri', **AÜHFD**, C. 7, S. 3, 1950 ss. 37-57
- AUSTIN Michel, 'Booty', **Oxford Classical Dictionary**, HORNBLOWER Simon / SPAWFORTH Antony (ed), 3. Bası, OUP, Oxford, 1996, s. 253

- ASLAN M Yasin, 'Savaş Hukukunun Temel Prensipleri' **TBB Dergisi**, C. 79, 2008, ss. 235- 274
- BARTELS Rogier / FORTIN Katharine, 'Law, Justice and a Potential Security Gap: The 'Organization' Requirement in International Humanitarian Law and International Criminal Law', **Journal of Conflict & Security Law**, C. 21, S. 1, 2016, ss. 29-48.
- BECK Hans, 'Global Spoils on a Local Stage', **Spoils in the Roman Republic: Boon and Bane**, HELM Marian / ROSELAAR Saskia (ed), F. Steiner, Stuttgart, 2023, ss. 31-35.
- BONA Ferdinando, 'Sul concetto di 'Manubiae' e sulla responsabilita del magistrato in ordine alla preda', **Studia et documenta historiae et iuris**, C. 26, 1960
- BONA Ferdinando, 'Preda di guerra e occupazione privata di 'res hostium' (1959) 25 **Studia et documenta historiae et iuris**, C. 25, 1959
- BRUNT PA, 'Reflections on British and Roman Imperialism', **Comparative Studies in Society and History**, C. 3, 1965, ss. 267-288
- CARNAHAN Burrus M., 'The Civil War Origins of the Modern Rules of War: Francis Lieber and Lincoln's General Order No. 100', **Northern Kentucky Law Review**, C. 39, S. 4, 2012, ss. 661-668.
- CHIMNI, B.S. 'Customary International Law: A Third World Perspective', **AJIL**, C. 112, S. 2, 2018, ss. 1-46
- CHURCHILL J Bradford, 'Ex qua quod vellent facerent: Roman Magistrates' Authority over Praeda and Manubiae', **TAPA**, C. 129, 1999, ss. 85-116
- CRAWFORD Micheal, 'The Roman History of Roman Colonization', **The Roman Historical Tradition: Regal and Republican Rome**, RICHARDSON James H. / SANTANGELO Federico (ed), OUP, Oxford, 2014, ss. 201-207
- DOWNEY JR. William Gerald, 'Captured Enemy Property: Booty of War and Seized Enemy Property', **AJIL**, C. 44, S. 3, 1950, ss. 488-504
- EDWELL Peter, 'Definitions of Roman Imperialism', **A Companion to Roman Imperialism**, HOYOS Dexter (ed), Brill, Leiden, 2013, ss. 39-52.
- ERKİNE Hakkı Hakan / TEZEL Aybüke, 'Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti', **MÜHF-HAD**, C. 28, S. 2, 2022, ss. 662-693
- FINLEY Moses, 'Empire in the Graeco-Roman World', **Greece and Rome**, C. 25, S. 1, 1978, ss. 1-15
- GARNSEY P.D.A. / WHITTAKER C.R., 'Introduction', **Imperialism in the Ancient World**, CUP, Cambridge, 1978, ss. 1-6
- GAUDY Henry, 'Roma Hukuku'nda Capitis Deminutio' (çev. G. Burcu Günveren), **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 1, 2013, ss. 393 - 402
- GREENWOOD Christopher, 'The Concept of War in Modern International Law', **International and Comparative Law Quarterly**, C. 36, S. 2, 1987, ss. 283-306
- GÜRTEN Kadir, 'Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları', **Ankara Barosu Dergisi**, C. 3, 2017, ss. 53-79.

- HARRIS William V., 'Roman Expansion in the West', **Cambridge Ancient History**, ASTIN A. E. et al. (ed), 2. Bası, C. 7, CUP, Cambridge, 1989, ss. 107-163
- HELM Marian, 'Born to Plunder: Rome's Shift towards Predatory Warfare in the Fourth Century BCE', **Spoils in the Roman Republic: Boon and Bane**, HELM Marian / ROSELAAR Saskia (ed), F. Steiner, Stuttgart, 2023, ss. 145-165
- HEUSS Alfred, 'Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten', **ZRG**, C. 64, 1944, ss. 57-133
- HORNBLOWER Simon, 'Warfare in Ancient Literature: The Paradox of War', **Cambridge History of Greek and Roman Warfare**, SABIN Philip et al. (ed), CUP, Cambridge, 2008, ss. 22-53.
- HUEMOELLER Katharine P. D., 'Captivity for All? Slave Status and Prisoners of War in the Roman Republic', **TAPA**, C. 151, S. 1, 2021, ss. 101-125
- KADENS Emily / YOUNG Ernest A., 'How Customary is Customary International Law?' **William and Mary Law Review**, C. 54, S. 3, 2013, s. 885-920
- KASER Max, 'Die Typen der Römischen Bodenrechte in der späteren Republik', **ZRG:RA**, C. 62, 1942, s. 1-82
- KELLY J. Patrick, 'Customary International Law in Historical Context', **Reexamining Customary International Law**, LEPARD Brian D. (ed), CUP, Cambridge, 2017, ss. 47-85.
- KOLB Robert, 'Origins of the Twin Terms Jus ad Bellum/Jus in Bello', **International Review of the Red Cross**, S. 320, 1997, ss. 553-562.
- KUNZ Josef L., 'The Laws of War', **AJIL**, C. 50, S. 2, 1956, ss. 313-337
- LESAFFER Randall, 'Treaties within the History of International Law', **Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties**, BOWMAN Michael J. / KRITSIOTIS Dino (ed), CUP, Cambridge, 2018, ss. 43-75
- LESAFFER Randall, 'Roman Law and The Intellectual History of International Law', **Oxford Handbook of the Theory of International Law**, ORDOR Anne / HOFFMAN Florian Hoffmann (ed), OUP, Oxford, 2016, ss. 38-58
- LESAFFER Randall, 'Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription' **European Journal of International Law**, C. 16, S. 1, 2005, ss. 25-58
- LEVY Ernst, 'Captivus Redemptus', **Classical Philology**, C. 38, S. 3, 1943, ss. 159-176
- LEVY Ernst, 'Natural Law in Roman the Roman Period', **Natural Law Institute Proceedings**, SCANLAN Alfred L. (ed), C. 2, 1948, ss. 43-72
- LINTOTT Andrew, 'Imperial Expansion and Moral Decline in the Roman Republic', **Historia**, C. 21, 1972, ss. 626-638
- NUSSBAUM Arthur, 'The Significance of Roman Law in The History of International Law', **University of Pennsylvania Law Review**, C. 100, 1952, ss. 678-687
- NUSSBAUM Arthur, 'Just War - A Legal Concept', **Michigan Law Review**, C. 42, 1943, ss. 453-479
- PETZOLD Karl-Ernst, 'Rom und Illyrien', **Historia**, C. 20, S. 2-3, 1971, ss. 199-223.

- PLESCIA Joseph, 'The Roman 'ius belli'', **BDIR**, 1989/1990, S. 31-32, ss. 497-523.
- PLESCIA Joseph, 'The ius pacis in Ancient Rome', **RIDA**, S. 41, 1994, ss. 301-351
- POULOS A. Helleni, 'The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: An Historic Analysis', **International Journal of Legal Information**, C. 28, S. 1, 2000, s. 1-44
- RAAFLAUB Kurt A., 'Born to be Wolves? Origins of Roman Imperialism', **Transitions to empire: Essays in Greco-Roman history, 360-146 B.C. in honor of E. Badian**, WALLACE R. W. / HARRIS Edward M. (ed), University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1996, ss. 273-314
- ROLING B.V.A, 'Jus in Bello, Jus ad Bellum', **Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht**, C. 6, 1959, ss. 292-304.
- ROSELAAR Saskia / HELM Marian, 'Spoils and the Roman Republic', **Spoils in the Roman Republic: Boon and Bane**, HELM Marian / ROSELAAR Saskia (ed), F. Steiner, Stuttgart, 2023, ss. 13-27.
- ROTH Jonathan P, 'War', **Cambridge History of Greek and Roman Warfare**, C. I, Philip Sabin, Hans van Wees, Michael Whitby (eds), CUP, Cambridge, 2008,
- SANTANGELO Federico, 'The Fetails and their Ius' **BDIR**, S. 51, 2008, ss. 63-93.
- SANTARELLI Angela, 'Restitution of Looted Art in Europe: Few cases, many obstacles', **Revista la propiedad inmaterial**, C. 25, 2018, ss. 141-153
- SAYIN Baha Yiğit, 'Yunan Olimpiyatları, Roma Olimpiyatları ve Modern Olimpiyatlar: Olimpiyat Tarihine Karşılaştırmalı bir Bakış', **Olimpiyat Oyunları ve Hukuk**, KALAFATOĞLU M. Polat (ed), On iki Levha, İstanbul, 2020, ss. 1-85 (2020a)
- SHATZMAN Israel, 'The Roman General's Authority over the Booty', **Historia**, 1972, C. 21, S. 2, ss. 177-205
- SHERWIN-WHITE A.N, 'Rome, The Agressor?', **JRS**, C. 70, 1980, ss. 171-188
- SHERWIN-WHITE A. N / CORNELL Tim, 'Foedus', **Oxford Classical Dictionary**, HORNBLLOWER Simon et al. (ed), 4. Bası, OUP, Oxford, 2012, s. 582
- SIDEBOTTOM Harry, 'Roman Imperialism: The Changed Outward Trajectory of the Roman Empire', **Historia**, C. 54, S. 3, 2005, ss. 315-330
- SYME Ronald, 'Oligarchy at Rome: A Paradigm for Political Science' **Diogenes**, C. 36, S. 141, 1988, ss. 56 - 75
- TAHİROĞLU Bülent, 'Roma Devletinin İktisadi Krizleri', **İÜHFİM**, C. 45, S. 1-4, 1979-1981, s. 677-706
- TOMAN Jiri, 'The Hague Convention - A Decisive Step taken by the International Community', **Museum International**, C. 57, S. 7, 2005, s. 7-31
- TREVES Piero / CORNELL Tim J., Spoila opima, **The Oxford Classical Dictionary**, HORNBLLOWER S./ SPAWFORTH A. (ed), 3. Yeni Baskı, OUP, Oxford, 2003, s. 1436
- TÜRKOĞLU H. Gökçe, 'Roma Cumhuriyeti ve İlk İmparatorluk İdari Yapısı', **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 2, 2009, ss. 251-289

- ÜNLÜ R. Barış, 'İmparatorluk Fikrinin Gelişimi', **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 65, S. 3, 2010, ss. 237-266
- VAN ITTERSUM Martine J., 'Hugo Grotius: The Making of a Founding Father of International Law', **Oxford Handbook of the Theory of International Law**, OXFORD Anne / HOFFMAN Florian (ed), OUP, Oxford, 2016, ss. 82-100
- VOGEL Karl-Heinz, 'Zur rechtlichen Behandlung der römischen Kriegsgewinne', **ZRG:RA**, C. 66, 1948, ss. 394-422
- VOGEL Karl-Heinz, praeda, **Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft**, C. 22-1, J.B. Metzler, 1953, ss. 1200-1213
- WALBANK F.W., 'Roman Declaration of War in the Second and Third Centuries', C. 44, S. 1, **Classical Philology**, 1949, ss. 15-19
- WILLIAMS Jonathan, 'From Polybius to the Parthenon: Religion, Art, and Plunder', **Imperialism, Cultural Politics, and Polybius**, SMITH Christopher / YARROW L. Mariah (ed), OUP, Oxford, 2012, ss. 278-297
- WOOLF Greg, 'Rome and Imperialism', **Palgrave Encyclopedia of Imperialism and Anti-Imperialism**, NESS Immanuel / COPE Zak (ed), Palgrave Macmillan, Londra, 2021, ss. 2331-2245
- ZAND Joseph, 'An Evaluation of Early Codification Attempts of The Laws of War and The Influence of Civil War', **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 4, S. 1, 2013, ss. 217-264.
- ZIOLKOWSKI Adam, 'Urbs Direpta and How the Romans Sack Cities' in John Rich/Graham
- Shibley (eds), **War and Society in Roman World**, 2. Bası, Routledge 2002, ss. 69-91
- ZUR Ofer, 'The Psychohistory of Warfare: The Co-Evolution of Culture, Psyche and Enemy', **Journal of Peace Research**, C. 24, S. 2, 1987, ss. 125-133.

İnternet Kaynakları

- <https://www.icrc.org/en/document/treaties-and-customary-law> (erişim: 07.08.2024)
- <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf> (erişim: 07.08.2024)
- <https://www.icj-cij.org/statute> (erişim: 12.08.2004)
- <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780195389661/obo-9780195389661-0117.xml> (erişim: 07.08.2024)

Klasik Kaynaklar

- GELLIUS Aulus, **Noctes Atticae/Attic Nights**, C. I-III, (çev. JC Rolfe), Harvard University Press, Massachusetts, 1927
- CICERO M Tullius, **De lege Agraria/On the Agrarian Law**, (çev. CD Yonge), Londra, 1856
- CICERO M Tullius, **De Officiis/On Duties**, (çev. Walter Miller), Harvard University Press Massachusetts, 1913

- CICERO M Tullius, *De Officiis/Yükümlülükler Üzerine*, (çev. Cengiz C. Çevik), İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016
- CICERO M Tullius, *De Re Publica et De Legibus/On the Republic On the Laws*, (çev. Clinton W. Keyes), Harvard University Press, Massachusetts, 1928
- CICERO M Tullius, *De Re Publica/Devlet Üzerine*, (çev. Cengiz C. Çevik), İthaki Yayınları, İstanbul, 2014
- CICERO M Tullius, *De Legibus/Yasalar Üzerine*, (çev. Cengiz C. Çevik), İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016
- CICERO M Tullius, *in Verrem/The Verrine Orations*, C. I-II, (çev. LHG Greenwood), Harvard University Press, Cambridge, 1935
- CICERO M Tullius, *The Orations of Marcus Tullius Cicero*, C. I-III, (çev. CD Young), George Bell & Sons, Londra, 1903
- DIELS Hermann/KRANZ Walter, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, C. I, Weidemann, 1960
- FLORUS Lucius Annaeus, *Epitome/The Epitome of Roman History*, (çev. E. S. Forster), Harvard University Press, Cambridge, 1929
- FRONTINUS, *Strategemata/Aqueducts of Rome*, (çev. C. E. Bennett / Mary B. McElwain), Harvard University Press, Cambridge, 1925
- HERAKLEITOS, *Fragmanlar*, (çev. Çengiz Çakmak), Çiğdem Dürüşken (ed), Kabalcı Yayınları, İstanbul, 2005
- LIVIVS Titius, *Historiae Ab Urbe Condita/The History of Rome*, C. I-XII, (çev. JC Yardley/AC Schlesinger/Frank Gardner Moore et al., Harvard University Press, Massachusetts, 1938-2017
- LIVIVS Titius, *Historiae Ab Urbe Condita/Roma tarihi: Şehrin Kuruluşundan itibaren* (çev. Sabahat Şenbark), Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 1997
- PLUTARKHOS, *Vitae Parallēlae/Parallel Lives* (çev. Bernadotte Perrin), C. I-XI, Harvard University Press, Cambridge, 1916
- SALLUST, *Bellum Iugurthinum/The War With Jugurtha*, (çev. JC Rolfe), Harvard University Press, Londra, 1921
- SUETONIS, *De Vitis Casesarum/Life of Twelve Ceasars*, (çev. JC Rolfe), Harvard University Press, Cambridge, 1914
- TACITUS, *Historia/Histories*, (çev. Clifford H Moore), Harvard University Press, Massachusetts, 1925.
- VALERIUS MAXIMUS, *De factis dictisque memorabilibus/Memorable Doings and Sayings*, C. I-II, (çev. D. R. Shackleton Bailey), Harvard University Press, Massachusetts, 2000
- VARRO M.T., *De Lingua Latina/Latin Dili Üzerine*, (çev. Ahmet Doğucan Hanegeli-oğlu), Doğu Batı, Ankara, 2021
- XENOPHON, *Xenophon*, C. I-VII (çev. Walter Miller), Harvard University Press, Londra, 1914.

Sözlükler

- BERGER Adolph, **Encyclopedic Dictionary Of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991
- DAREMBERG C.V. / Saglio E. / Pottier Ê., **Dictionnaire des Antiquites Grecques et Romaines**, C. 3-2, Hachette Paris, 1904
- FELLMETH Aaron X. / HORWITZ Maurice, **Guide to Latin in International law**, OUP, Oxford, 2009
- GLARE PGW., **Oxford Latin Dictionary**, 2. Baskı, OUP, Oxford, 2012
- HEUMANN Hermann Gottlieb/SECKEL Emil, **Handlexicon Zu Den Quellen Des Römischen Rechts**, 9. Bası, Gustav Fischer, Jena, 1926
- KABAAĞAÇ Sina/ALOVA Erdal, **Latince-Türkçe Sözlük**, Sosyal, İstanbul, 1995
- LEWIS Charlton T. /SHORT Charles, **A New Latin Dictionary**, Clarendon Press, Londra, 1891
- Nişanyan Sözlük: Çağdaş Türkçenin Etimolojisi**, Yeni Basım, Liber, İstanbul, 2018
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lugatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983
- SMITH William, **Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Harper & Brothers, New York, 1884
- SMITH William, **Dictionary of Greek and Roman Biographies and Mythology**, C. I, John Murray, Londra, 1880
- Thesaurus Linguae Latinae**, De Gruyter, Berlin, 1986-

Roma Hukuku Kaynakları

- Corpus Iuris Civilis, C. I-III, KRUGER Paul / MOMMSEN Theodor / KROLL Wilhelm Kroll (ed), Weidmann, Berlin, 1889
- RABEL Ernst / LEVY Ernst, **Index Interpolatium**, C. III, Böhlau, 1935
- GAIUS, **Institutiones**, (çev. Francis de Zulueta), Clarendon Press, Oxford, 1946
- IUSTINIANUS, **Institutiones**, (çev. Ziya Umur), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968
- The Codex of Justinian**, FRIER Bruce W. (ed), (çev. Fred H. Blume), CUP, Cambridge, 2016
- The Digest of Justinian**, C. 1-4, MOMMSEN Theodor / KRUGER Paul (ed), (çev. Alan Watson), University of Pennsylvania Press, 1985

THE LIABILITY ARISING FROM NON-PERFORMANCE OF THIRD-PARTY PERFORMANCE ASSISTANT AND EXEMPTION FROM THIS LIABILITY UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS^(*)

Arş. Gör. Dr. **Gizem ÖZKAN ŞAHİN**^(**)

Abstract: Within the context of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, to which countries that carry out most of the international trade are parties, the concepts of liability and exemption from liability are of particular importance. Because in the Vienna Sales Convention, both strict liability is envisaged as well as exemption from liability is subject to strict conditions. This study aims to examine the liability arising from the breaches of contract that may arise in cases where the performance is partially or completely left to a third party and Article 79(2) which regulates the possibility of exemption from this liability under certain conditions within the scope of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). In this context, in terms of integrity, firstly, the principles of compensation liability within the framework of CISG are briefly mentioned in the study, and then the liability for compensation arising from the third party's non-performance and its necessary conditions and the possibility of exemption from liability according to Article 79(2) will be examined in detail.

Keywords: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, Performance Assistant, Exemption from Liability, Impediments.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 05.12.2024.

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: gizemozkan@hacettepe.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1557-6881>.

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI KAPSAMINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ İFA YARDIMCISININ İFA ETMEMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE BU SORUMLULUKTAN KURTULMA

Öz: Uluslararası ticareti gerçekleştiren ölkelerin çoğunluğunun taraf olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması bağlamında, sorumluluk ve sorumluluktan muafiyet kavramları özel önem arz eden hususlardır. Zira Viyana Satım Sözleşmesi'nde kusursuz sorumluluk öngöröldüğu gibi sorumluluktan kurtulma da sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Çalışma, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) kapsamında, ifanın kısmen ya da tamamen bir üçüncü kişiye bırakıldığı hallerde ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılıklardan kaynaklanan tazminat sorumluluğunu ve belirli koşullar altında bu sorumluluktan kurtulma imkânını düzenleyen m. 79/2 hükmünü ele almayı hedeflemektedir. Bu kapsamda bütünsellik açısından çalışmada öncelikle CISG çerçevesinde tazminat sorumluluğunun esaslarına kısaca yer verildikten sonra, üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu, bu sorumluluğun Şartları ve CISG m. 79/2 hükmüne göre sorumluluktan kurtulma olanağı detaylı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, CISG, İfa Yardımcısı, Sorumluluktan Kurtulma, İfa Engelleri.

INTRODUCTION

The need for the unification of international sales law arises in cases of disputes in international sales contracts, concerning which national law should apply to the parties involved, leading to issues especially in terms of predictability. In response to this need, various efforts have been made to establish a uniform sales law applicable to both parties in international sales contracts.¹ Among these efforts, the most successful project in terms of unification emerged as the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), which was unanimously adopted at a conference held in Vienna on April 11, 1980, with the participation of 62 states and 8 international organizations. This convention, also commonly known as the Vienna Sales Convention, was the result of the harmonization efforts following the establishment of UNIDROIT, the Hague Diplomatic Conference, and UNCITRAL.²

The responsibility and exemption from liability regarding the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), to which countries that conduct a significant portion of international trade are parties, hold particular importance. In the CISG, both strict liability and exemption from liability are subject to stringent conditions. Thus, an attempt has been made to ensure adherence to the obligations of the parties. Due to its significance, in our study, the second paragraph of Article 79 of the CISG concerning exemption from liability for damages will be examined. In this provision, the issue of exemption from liability for damages arising from a breach of contract when performance is partially or entirely entrusted to a third party is regulated. For the sake of coherence, our study will first briefly address the compensation liability system of the CISG in general, followed by a detailed examination of the liability arising from non-performance by the third party and exemption from this liability under the second paragraph of Article 79.

¹ TRUNG NAM Nguyen; **Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding “Battle of Forms”**, 2009, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html> (Erişim Tarihi: 20.04.2016).

² HONNOLD John O.; **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, 3rd Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999, § 1, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/honnold.html (Erişim Tarihi: 18.08.2023). This text has been published in six languages: English, French, Spanish, Russian, Arabic, and Chinese. See BAILEY James E.; “Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 32, Issue 2, 1999, p. 279, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1443&context=cilj> (Erişim Tarihi: 18.08.2023).

I. COMPENSATION LIABILITY ARISING FROM NON-PERFORMANCE BY A THIRD PARTY UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

A. The Liability Regime For Damages in General Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Under the Vienna Sales Convention, if one of the parties breaches its obligations, irrespective of the degree and type of breach, the other party has the right to compensation. The basic foundation of the buyer's right to compensation is regulated in CISG Article 45(1)(b), while the seller's right to compensation is stipulated in Article 61(1)(b).³ Furthermore, under the "General Provisions on Seller's and Buyer's Obligations" of Part II, Section III of the CISG, specifically under the division titled "Damages" in Part II, Division II, Article 74 and subsequent provisions, common provisions regarding the compensation rights of both the buyer and the seller are laid out.

Article 74 has the character of a general rule compared to other provisions related to damages and reflects the fundamental principles of the concept of damages in the Vienna Sales Convention. The principles that can be derived from Article 74 regarding damages are the principle of full compensation and the principle of foreseeability.⁴ In the following provisions (Articles 75-77), details such as how damages will be calculated, which types of damages will be taken into account in the calculation of damages, and the burden of mitigating the damage arising from the breach of contract are regulated.⁵

³ MAGNUS Ulrich (ed. ATAMER Yeşim M.); "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", **Milletlerarası Satım Hukuku**, 2. Tıpkı Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, p. 302; SCHLECHTRIEM Peter/ SCHWENZER Ingeborg (ed. SCHWENZER, Ingeborg/ ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar); **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, p. 1181.

⁴ For detailed information about foreseeability see ULUSU Ayşe E.; **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunu Sınırlandırmasında Öngörülebilirlik Prensibi**, 1. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2011.

⁵ ÖZKAN ŞAHİN Gizem; "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 79/I Hükmü Uyarınca Sorumluluktan Kurtulma", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 69, Issue 2, 2020, p. 669.

Another principle that dominates the compensation system envisaged by the Vienna Sales Convention is the principle of not awarding compensation exceeding the damage.⁶ Accordingly, the amount of compensation that can be paid due to a breach of contract should be less than or equal to the amount of damage suffered by the injured party.⁷ According to this principle, the compensation awarded should not result in the injured party enriching themselves by an amount exceeding their loss.⁸ The Vienna Sales Convention also accepts a compensation system in which damages are compensated monetarily.⁹ This can be clearly understood from the expression “*a sum equal to the loss*” in Article 74 of the CISG.

The right to claim damages is not regulated as an elective remedy under both the CISG and the Turkish Code of Obligations. In other words, the assertion of a claim for damages does not preclude the selection of another elective remedy by the parties. The aggrieved party, in addition to one of the elective remedies such as replacement of the goods, repair, reduction of the price, or avoidance of the contract, may also demand compensation. Furthermore, under the CISG, damages are always a specific amount of money. The possibility of compensation in kind, which is valid in some national legal systems, is not included within the scope of the Vienna Sales Convention.¹⁰

⁶ DAYIOĞLU, p. 74; DAYIOĞLU, 2016, p. 303.

⁷ ÖZKAN ŞAHİN, p. 671; YILMAZ Süleyman; **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, p. 180.

⁸ SAIDOV Djakhongir; “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **Pace International Law Review**, Vol. 14, Issue 2, 2002, p. 309, <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr> (Erişim Tarihi: 08.02.2024).

⁹ ERDEM Ercüment; “Viyana Satım Antlaşması’na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, p. 280; von CAEMMERER Ernst/ SCHLECHTRIEM Peter; **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)**, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, § 286; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1185.

¹⁰ DAYIOĞLU Yavuz; **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, p. 78; DAYIOĞLU Yavuz (ed. OKUR Sinan); “CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, p. 305; HUBER Peter/ MULLIS Alastair; **The CISG: A New Textbook for Students and Practiti-**

Under the Vienna Sales Convention system, the right to claim damages can only be exercised by the party to the contract who has suffered harm due to the breach of the contract. The CISG does not foresee the extension of contractual rights held by the parties in favor of third parties. Therefore, it is not possible for third parties to assert claims based on the sales contract within the scope of the CISG.¹¹ This situation is particularly relevant in transactions conducted by multinational companies, where it is common for a subsidiary to enter into the sales contract and damages to actually occur at the level of the parent company. Claims by third parties arising from the breach of the contract should be resolved in accordance with the provisions of the national law applicable to the contract.¹² Under the applicable national law, if there are institutions such as protective clauses for third parties or mechanisms to remedy the damage caused by the breach, third parties may demand compensation from the seller in accordance with the relevant provisions of national law.

B. The Liability Regime Accepted in the CISG Regarding Third Parties' Non-Performance in General

Article 79(2) of the CISG accepts that in cases where a third party is used for the performance of obligations agreed upon in the contract, the debtor will generally be liable for the acts of the assistant for performance. However, this provision also outlines the conditions under which the debtor can be relieved from liability for damages incurred by the creditor due to the actions of the assistant for performance, serving as an exception to this rule. According to this provision, *“If the party’s failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if; (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.”*

oners, Sellier European Law Publishers, Mainz/Norwich, 2007, p. 280; YILDIRIM Zeynep; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 17, Issue 1-2, 2013, p. 1061.

¹¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1184.

¹² HUBER/MULLIS, p. 280. Of course, it is always possible for the parties to include provisions regarding third-party claims in the contract.

Article 79(2) of the CISG is a provision that limits the application of Article 79(1), which is the general provision regulating the exemption of the debtor from liability. In this regard, when the debtor partially or completely entrusts the performance of the contract to a third party, the debtor is under a heavier liability compared to the situation where the debtor performs the contract personally. Because for the debtor who partially or completely entrusts the performance to a third party, being exempted of liability arising from the actions of the assistant for performance is only possible by proving that the non-performance was due to an event that was unforeseeable and unavoidable under Article 79(1), both for themselves and for the third-party assistant for performance.¹³ Indeed, by partially or completely entrusting the performance to a third party, the debtor assumes the liability for the actions resulting from the authorized third party's performance as well.

The liability of the debtor for damages arising from the acts of the third-party assistant for performance is a form of strict liability.¹⁴ This is considered a kind of warranty liability as a consequence of the general risk inherent in fulfilling the obligation that is an integral part of the contract.¹⁵

C. The Conditions of Liability Arising from the Actions of Third Parties Responsible for Performance

1. The Performance of the Obligation Must Have Been Partially or Entirely Entrusted to A Third-Party Performance Assisant

a. Third Parties under Article 79(2)

In today's world, modern businesses that are based on division of labor are the ones that conduct a significant portion of international trade, and these modern businesses organized in this way benefit from the labor of

¹³ ATAMER, p. 473; HONNOLD, § 433; SPIVACK Carla; "Of Shrinking Sweatsuits and Poison Vine Wax: A Comparison of Basis for Excuse under U.C.C. § 2-615 and CISG Article 79", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 3, 2006, p. 777, <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=jil> (Erişim Tarihi: 16.02.2024).

¹⁴ KÖROĞLU Belin; "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 17, Issue 1-2, 2013, p. 776; TALLON Denis; "Article 79", *Bianca-Bonell Commentary on International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, p. 586, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> (Erişim Tarihi: 22.04.2016).

¹⁵ ICC Award No. 8128, 1995, https://www.trans-lex.org/208128/_icc-award-no-8128-clunet-1996-at-1024-et-seq/ (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

third parties. These third parties can be employees working in the business, but due to the necessity of certain tasks requiring specialized expertise, the business owner may need to turn to other individuals operating independently of the workforce. Especially in contracts of an international nature within the scope of CISG, the use of third parties is often necessary. In this sense, determining who these third parties could be is important for the application of CISG Article 79(2).

Under Article 79(2), third parties falling within its scope are individuals who are outside the seller's management organization and control, economically and functionally independent from the seller, and recognized to have an organic connection with the main contract. Examples of such individuals include subcontractors who perform a part or all of the contract, carriers, or banks acting as performance assistants.

The involvement of a third party in the performance of the obligation essentially assumes that, after the contract is concluded, the debtor appoints a third party to fulfill the obligation. As a result of this appointment, an "organic link" is established between the original contract and the third party.¹⁶ Here, third parties who are subject to this organic connection with the main contract and thus fall within the scope of Article 79(2) are those individuals whom the debtor benefits from in order to fulfill the obligation and over whom the debtor's control is limited. While these individuals are legally independent from the parties of the main contract, they do not necessarily need to be economically independent from the debtor.¹⁷

The most common example of such individuals possessing these qualities mentioned above appears as carriers in international sales contracts where the seller has also undertaken the transportation of the goods. For in this case, the carrier acts as a third party involved in the performance.¹⁸ However, it should be noted that in cases where the seller fulfills his obligation by delivering the goods to the carrier, the seller does not authorize a

¹⁶ HONNOLD, § 434; TALLON, p. 585.

¹⁷ ENDERLEIN Fritz/ MASKOW Dietrich; **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, Oceana Publications, New York, 1992, p. 326, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/enderlein.html#art79 (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

¹⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1264; ZEYTİN Zafer; **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, p. 329.

third party for the performance of the contract. Therefore, in this case, the carrier will not be considered as a third-party performance assistant in terms of Article 79(2).¹⁹

A common occurrence in international commercial contracts is when the buyer recommends to the seller a person, often located in the seller's country, who can be utilized as a subcontractor. For example, if a buyer in Switzerland requesting to purchase products from a textile company in Denizli, Turkey, specifies that the fabrics to be used in production should be purchased from a factory in Bursa, Turkey, such a situation arises. In this case, even though the selection of the subcontractor may have been made by the buyer rather than the seller, this person is technically considered under the supervision of the seller.²⁰ This is because Article 79(2) is not based on the notion that the debtor should be held responsible for the selection of a third party, but rather on the principle that the debtor does not benefit from the division of performance. Therefore, Article 79(2) applies even in cases where the third party is recommended or even imposed by the creditor.²¹

Similarly, it is accepted in doctrine that even in cases where the participation of a third party in the contract is inevitable from the debtor's perspective, such as when the third party holds a monopoly position, this does not create a difference in the application of Article 79(2).²²

b. Third Parties Excluded from the Scope of Article 79(2)

As mentioned earlier, the developments in business relations in our era necessitate the existence of modern enterprises based on division of labor. Especially in international contracts falling within the scope of the CISG, the use of third parties is essential. However, not all of these third parties fall within the scope of Article 79(2) of the CISG. In this respect, it should also be emphasized who the third parties are that do not fall within the scope of Article 79(2).

¹⁹ See Handelsgericht des Kantons Zürich, No. HG 970238.1, 1999, <https://www.unilex.info/cisg/case/484> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

²⁰ ENDERLEIN/MASKOW, p. 328.

²¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1265. However, it should be noted that in such cases, the debtor may be exempted from liability under Article 80 due to the third party's non-performance attributable to the creditor. In other words, if the third party recommended by the creditor fails to perform, to the extent that it stems from the actions of the creditor, the responsibility may fall upon the creditor. See SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1265 and 1277-1278.

²² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1265.

In the context of Article 79(2), the first group not considered as assistant for performance despite their involvement in various stages of contracts falling within the scope of the CISG are those who provide the necessary prerequisites for the fulfillment of the contractual obligations, namely, raw material suppliers, manufacturers producing the goods, and individuals who directly supply the goods in cases where the seller is merely a distributor or a commission assistant. According to the prevailing view, these individuals are not considered as third parties assisting in performance under Article 79(2).²³ This is because the partial or complete delegation of performance to these individuals is not at issue.

The case discussed in the decision of the Commercial Court of Besançon,²⁴ which allows for exemption from liability in the event of delivery of non-conforming goods, concerns a Swiss buyer who is the founder of a judo club. The buyer purchased sixty-nine children's and twenty-nine adult sports clothing from a French seller and sold them to the members of the club. However, several complaints were received from club members stating that the sports clothing had shrunk by 6 to 8 centimeters after washing. A few months after the complaints started coming in, the Swiss buyer first proposed an amicable solution to the French seller by suggesting a renegotiation of the contract, but upon receiving no response from the seller, requested a refund for the completed sale. During this time, the clothing was tested by the Institut Suisse d'Essais Textiles (TESTEX), and it was found that when washed according to the recommended washing conditions, the shrinkage rate exceeded 6.5%. Based on Articles 36, 39, and 49 of the CISG, the Swiss buyer filed a lawsuit against the seller. In response to TESTEX's analysis,

²³ ATAMER Yeşim M.; **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005, p. 472; AYANOĞLU MORALI Ahu; "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, p. 303; HUBER/MULLIS, p. 64; KÖROĞLU, p. 787; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1265-1266.

²⁴ Tribunal de Commerce de Besançon, Case No. 97 009265, <https://www.unilex.info/cisg/case/416> (Erişim Tarihi: 16.02.2024). For a similar decision see also Bundesgerichtshof VIII ZR 121/98, 1999, <https://www.unilex.info/cisg/case/384> (Erişim Tarihi: 16.02.2024). In both cases, the courts did not make an assessment regarding whether CISG Article 79(1) or CISG Article 79(2) would apply. However, the court's evaluation of the conditions of CISG Article 79(1) only from the perspective of the seller and not considering them from the perspective of the supplier indicates the application of CISG Article 79(1).

the French seller requested information from its supplier; the supplier, in turn, consulted the information from the fabric manufacturer from whom they purchased the fabrics. The fabric manufacturer stated that a shrinkage of 5% to 7% in such fabrics was a common occurrence. Therefore, the French seller argued that this expected shrinkage from the product would not constitute a basis for the buyer's claims. In the specific case, the court ruled in favor of the seller's benefit from Article 79, stating that the seller's non-conforming performance was due to events beyond their control and there was no evidence of any malice on the part of the seller.²⁵

In another case, which concerns a contract between a Russian seller and a German buyer for the delivery of chemical products in the fourth quarter of 1992, the seller failed to deliver the goods within the agreed period, prompting the buyer to repeatedly insist on performance from January to May 1993, even offering an extension of the delivery deadline. In May 1993, after the seller's continued non-performance, the buyer purchased the goods from a third party at a higher price and subsequently sued the seller in May 1994 for breach of contract. The buyer sought compensation for the price difference between the contract price and the replacement purchase price. In that case, the seller argued that he should be exempted from liability under Article 79 of the CISG, citing an emergency production stoppage at the manufacturing plant. However, the tribunal rejected this defense, reasoning that the manufacturer's refusal to supply goods does not fall within the scope of "performance assistants" referred to in Article 79(2). The supplier is considered an independent third party rather than an extension of the seller's sphere of control. As such, the seller could not claim exemption under Article 79(1) or (2), as the impediment was not beyond its reasonable control, nor did the seller demonstrate that it could not have foreseen or overcome the obstacle at the time of contract conclusion. Consequently, the tribunal held the seller liable for the buyer's losses resulting from the breach of contract.²⁶

²⁵ ÖZKAN ŞAHİN, p. 699-700. Like the case discussed in the court decision above, *Atamer* evaluates the possibility that the defect arises during the manufacturing stage and does not accept the exemption of the seller from liability even if the seller is not the manufacturer but sells the goods supplied to them, on the grounds that it is a foreseeable and preventable situation. See ATAMER, p. 467.

²⁶ Tribunal of Int'l Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, No. 155/94, 1995, <https://www.unilex.info/cisg/case/214> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

Another dispute arose between an Egyptian seller and an Italian buyer regarding a sales contract for a specific quantity of diammonium phosphate (DAP). The contract included an arbitration agreement and a choice-of-law clause favoring Egyptian law. The seller claimed its partial delivery was due to its supplier ceasing production and supply because of technical issues and rising raw material costs. The tribunal examined whether the seller could be exempted from liability under Article 79 of the CISG and the ICC Force Majeure Clause. It rejected the seller's argument, ruling that price increases and the supplier's production halt did not constitute an exempting impediment under these provisions. The tribunal emphasized that both Article 79 and the ICC Force Majeure Clause apply similar criteria for liability exemption, requiring events beyond a party's control. Referring to international jurisprudence and CISG Advisory Council Opinion No. 7,²⁷ it concluded that sellers generally bear the risk of their suppliers' non-performance. Therefore, the seller could not invoke Article 79 to claim exemption for its failure to perform. Consequently, the seller could not claim exemption under Article 79 for non-performance resulting from the supplier's default. This decision reflects the principle that the allocation of risk in international sales contracts typically rests with the party responsible for selecting and managing its supply chain.²⁸

It should also be noted that when evaluating the role of suppliers as performance assistants, a dual distinction is made, categorizing suppliers into general suppliers and specific suppliers. According to this distinction, general suppliers are those who provide raw materials and are involved in the preparation stage of performance.²⁹ Specific suppliers, on the other hand, are suppliers who provide the specific goods or services required for delivery by the buyer. The question of whether general suppliers and specific suppliers would be considered as performance assistant under Article 79(2) has been discussed in the doctrine. It has been argued that general suppliers cannot be classified as performance assistants, whereas specific suppliers should be

²⁷ CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, USA, <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no-7/> (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

²⁸ Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), No. 1527/2021 (Final Award), 2023, <https://www.unilex.info/cisg/case/2403> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

²⁹ KIRAÇ ADIR Esmâ (ed. AKİPEK ÖCAL Şebnem); "Viyana Satım Antlaşması'na Göre İfa Yardımcısının Fiilinden Doğan Sorumluluk", **Viyana Satım Antlaşması (CISG)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, p. 372-373.

considered as performance assistants under Article 79(2).³⁰ In this regard, the debtor would be held responsible for the actions of general suppliers, who are not considered third-party performance assistant under Article 79(2), as if the damage had directly resulted from their own actions. Therefore, the exemption of the debtor from liability could be based on Article 79(1) rather than Article 79(2).³¹

Another view in the doctrine suggests that general suppliers could also be considered performance assistants in certain cases, and thus, exemption from liability arising from their actions could be subject to Article 79(2).³² For example, it is accepted that the debtor's exemption from liability could be based on Article 79(2) in situations where it is conclusively established that the goods or services cannot be supplied by the general supplier, such as when an embargo is imposed by the government.³³

While being part of the debtor's business organization, individuals with the status of independent entrepreneurs may also participate in the performance of the obligation from time to time. For instance, to load goods, a third party may provide machinery such as a forklift or crane along with its operator. In doctrine, it is accepted that exoneration from liability for their actions could be based on Article 79(1) of the CISG rather than Article 79(2).³⁴ However, if one of the contractual obligations of the debtor is the transportation of goods, then third parties operating within the scope of the contract for the carriage and dispatch of goods could also be considered as partially participating third parties under Article 79(2).³⁵

Another group that does not fall within the scope of Article 79(2) is the employees of the debtor.³⁶ Considering the historical context of the provision's drafting, it is evident that the employees of the debtor cannot be considered third parties under Article 79(2). This is because, in the context of Article 79(2), a third party refers to individuals who act independently of the

³⁰ HONNOLD, § 434; KIRAÇ ADIR, p. 373; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1265.

³¹ AYANOĞLU MORALI, p. 303; KIRAÇ ADIR, p. 374; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1266; SPIVACK, p. 778.

³² KIRAÇ ADIR, p. 374.

³³ HONNOLD, § 434.

³⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1264; HUBER/MULLIS, p. 64.

³⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1264.

³⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1264.

debtor but are under the debtor's responsibility.³⁷ On the other hand, the behavior of the debtor's employees falls within the debtor's sphere of control. Therefore, the liability of the debtor's employees and exemption from this liability do not fall within the scope of Article 79(2) of the CISG; however, they may be considered under Article 79(1). In this sense, for example, workers employed to load or unload goods, being organizationally dependent on the debtor and operating under its control, the debtor who employs them will be responsible for their actions. For example, if the inability of the debtor to perform their obligation arises from a strike by the workers they employ, the debtor cannot be exempt from liability because it is an event that occurred within their sphere of control.³⁸

2. The Third-Party Performance Assistant Must Have Breached the Contract

For the liability to arise, it is necessary first and foremost for the third party authorized by the debtor to have breached the contract.³⁹ The obligations that are breached could be any obligation arising from the contract or from the default provisions of the CISG.⁴⁰ The liability for damages does not require the breach to be substantial.⁴¹

For the liability for damages to arise from the breach of an obligation, neither the fault of the debtor nor the third party's fault is required, and there

³⁷ AYANOĞLU MORALI, p. 303; FLAMBOURAS Dionysios P.; "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", **Pace International Law Review**, Vol. 13, Issue 2, Fall 2001, p. 274, <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1212&context=pilr> (Erişim Tarihi: 20.02.2024); KIRAÇ ADIR, p. 374; MAGNUS, 304; NAGY Brandon; "Unreliable Excuses: How Do Differing Persuasive Interpretations of CISG Article 79 Affect Its Goal of Harmony?", **New York International Law Review**, Vol. 26, Issue 2, 2013, p. 80, https://cisg-online.org/files/commentFiles/Nagy_26_2_NYIntlLRev_2013_61.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2024); SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1264; SPIVACK, p. 777; TALLON, p. 585; ZEYTİN, p. 329.

³⁸ FLAMBOURAS, p. 267; NAGY, p. 78.

³⁹ The liability arising from the breach of the seller's pre-contractual obligations (*culpa in contrahendo*) has been excluded from the scope of the CISG. See DAYIOĞLU, p. 80; SCHLECHTRIEM Peter; **Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Cambridge University Press, Vienna, 1986, p. 57, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

⁴⁰ ATAMER, p. 427; HUBER/MULLIS, p. 257; MAGNUS, p. 288; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1182.

⁴¹ ATAMER, p. 427; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1182.

is no need for the debtor to be put into default by sending a notice of default or granting the debtor additional time unlike provided in CISG Article 47.⁴²

3. There Must Have Been Damages Resulting from the Breach of the Contract by the Third-Party Performance Assistant

For liability for damages to arise, the third party's breach of the contract must have resulted in damages.⁴³ In the CISG, the primary function of damages is to put the injured party in the economic position they would have been in if the contract had been performed as required. In this regard, under Article 74, the injured party can claim not only the actual damages but also the profits they lost as a result of the breach.

The breach of the contract may result in damage to non-material values as well. The CISG's compensation system does not provide explicit regulation regarding damages on non-material values, which lack economic value. However, in doctrine, it is accepted that if these values have an economic equivalent in commercial life, for instance, the loss of reputation suffered by the injured party with respect to their customers, such damages could fall within the scope of CISG.⁴⁴

Under the CISG, only material damages can be claimed. Non-material damages are excluded.⁴⁵ Moreover, damages arising from death and bodily injury are excluded from the scope of the CISG under Article 5. The compensation for such damages is governed by the provisions of domestic law.⁴⁶

4. There Must Be A Causal Link Between the Breach of the Contract and the Loss

For the right to claim damages to be invoked, there must be a causal link between the breach of one of the debtor's obligations by the third party authorized for the performance and the resulting loss.⁴⁷ Actually, the foreseeabi-

⁴² DAYIOĞLU, p. 79. See also SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 873-874.

⁴³ ERDEM, p. 281; SERT Selin; *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, İstanbul 2013, p. 213.

⁴⁴ ATAMER, p. 427; SERT, p. 211.

⁴⁵ ERDEM, p. 281.

⁴⁶ MAGNUS, p. 291; ÖZKAN ŞAHİN, p. 671; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1183; ZEYTİN, p. 296.

⁴⁷ ERDEM, p. 281-282; SCHLECHTRIEM, 1986, p. 96; TAŞTAN Furkan Güven; "Viyana Satım Antlaşması'na (CISG) Göre Alıcının Sözleşmeyi İhlâli Halinde Satıcının Hakları", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019/1, p. 395.

lity of the damage creates a situation akin to the application of the theory of proximate causation.⁴⁸ Therefore, the party claiming damages must prove that they foresaw or could foresee the consequences of the non-performance of the contract.⁴⁹

5. There Should Be No Grounds for Eliminating Liability

In order for the liability for damages to be applicable, there must be no reason under CISG Article 79 and Article 80 that eliminates liability. According to these provisions, if the non-performance of a contract is due to an impediment beyond the control of the parties and unforeseeable at the time of the formation of the contract (Article 79(1)), or if it arises from the failure of a third person responsible for the performance of the contract (Article 79(2)), or if it is caused by an act or omission of the other party (Article 80), liability for damages cannot be invoked.⁵⁰ It should be noted here that if the conditions in Article 79 are met, only the liability for damages will be eliminated.⁵¹ In contrast, Article 80 does not only provide for the possibility of exemption from liability for damages incurred but also stipulates that the right of the claimant to resort to all other remedies will be eliminated.⁵²

⁴⁸ ERDEM, p. 282. Compare SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1196.

⁴⁹ ERDEM, p. 282; SCHLECHTRIEM, 1986, p. 97. The parties' liability for damages is limited to the losses that the party in breach could foresee at the time of the conclusion of the contract. See SAIDOV Djakhongir; "Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **Pace International Law Review**, Vol. 14, Issue 2, 2002, p. 342-343, <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr> (Erişim Tarihi: 08.02.2024). Some authors argue that the assessment of foreseeability should be based on the moment when the expectations of the other party regarding the contract are determined, that is, at the time the agreement is concluded; while another view suggests that post-contractual developments may also be taken into account depending on the circumstances of the case when determining foreseeability. For discussions on the stage at which the foreseeability criterion should be sought, see ATAMER, p. 303 and beyond. However, it is not necessary to know the full extent of the probable consequences of the breach of contract for liability to arise. For a decision in this regard, see Multi-Member Court of First Instance of Athens (*Polimeles Protodikio Athinon*), 2009, Case No.

⁵⁰ ERDEM, p. 282.

⁵¹ ATAMER Yeşim M.; "Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?", Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Vol. 8, Özel Sayı, 2013, p. 489.

⁵² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1275. For further explanation see also ACHILLES Wilhelm-Albrecht; **Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, Art. 80, para. 1.

II. EXEMPTION FROM LIABILITY UNDER ARTICLE 79(2) FOR NON-PERFORMANCE BY A THIRD PARTY UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

A. The Conditions for Exemption from Liability

1. In General

Article 79(2) allows the debtor to be exempted from liability arising from the non-performance of a third party partially or entirely authorized in the performance of the contract if certain conditions are met. Accordingly, the debtor is relieved of liability in the presence of the cumulative conditions in Article 79(2).⁵³

Article 79(2) of the Vienna Sales Convention anticipates that the debtor shall generally be responsible for the acts of the performance assistant. Indeed, the debtor is deemed to guarantee the acts of the performance assistant when selecting them and when partially or fully authorizing them for the performance of his own obligations. The non-responsibility of the debtor for the acts of the performance assistant is envisaged in Article 79(2) and is linked to the fulfillment of the cumulative conditions to be examined in detail below.⁵⁴

The debtor can be exempt from liability arising from the acts of the performance assistant by proving the existence of general conditions for exemption from liability brought by Article 79(1) for both themselves and the performance assistant. In this sense, it would not be wrong to say that the conditions for exemption from liability arising from the acts of the performance assistant are more stringent than the conditions for exemption from liability arising when the debtor personally fulfills the obligation.⁵⁵

If the debtor fulfills the performance entirely by himself, in case of a breach of contract, according to Article 79(1), in order for the debtor to be exempted

⁵³ It should be noted that the responsibility here is an aggravated responsibility. Indeed, the debtor using a performance assistant faces stricter conditions to be relieved of liability compared to when the debtor personally fulfills the performance. See SPIVACK, p. 777.

⁵⁴ CISG-AC Opinion No. 7.

⁵⁵ AYANOĞLU MORALI, p. 304; FLAMBOURAS, p. 274; SPIVACK, p. 777; YÜCE Halil Ahmet; *Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) 79. Maddesi Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, p. 137.

from liability, they must prove that the breach arose from an impediment beyond their control and that it was not reasonably foreseeable at the time of the conclusion of the contract or that they could not reasonably be expected to avoid or overcome the impediment and its consequences.⁵⁶ However, in cases where the debtor partially or entirely delegates the performance of the contract to a third party and a breach of contract occurs in that case, proving these matters will not suffice for the debtor to exempt from liability for damages arising from this breach. In addition to the conditions mentioned, under CISG Article 79(2), the debtor must also prove that the impediment is also beyond the control of the third party entrusted with the performance of the contract, and that it was not reasonably foreseeable at the time of the conclusion of the contract or that avoidance of the impediment and its consequences or overcoming them could not reasonably be expected from the third party.

2. The Necessary Conditions for the Exemption from Liability under Article 79(2)

a. The Existence of an Impediment to Performance Beyond the Control of the Debtor and the Third-Party Performance Assistant

Under Article 79 of the CISG, in order to be exempted from liability, there must first be an impediment occurring outside the control of the debtor⁵⁷ and the performance assistant. An “impediment” refers to the circumstances that are unforeseeable at the time of the formation of contract, objectively rendering performance impossible, and thus absolving the debtor and the performance assistant from responsibility.⁵⁸

Although Article 79 does not specify what constitutes an “impediment”, circumstances that objectively render performance impossible and are beyond the control of the parties, such as fire, earthquake, flood, war, epidemic diseases, are considered as impediments as force majeure events.⁵⁹ Additionally, obstacles like rebellion, general strikes, embargo, sabotage, and terrorist attacks are also recognized as impediments occurring outside the control of the parties.⁶⁰

⁵⁶ See ÖZKAN ŞAHİN, p. 674 and beyond.

⁵⁷ ATAMER, p. 456; MAGNUS, p. 304; YILMAZ, p. 227.

⁵⁸ ERDEM, p. 92-93; KÖROĞLU, p. 777; SERT, p. 240; YILMAZ, p. 227.

⁵⁹ ATAMER, p. 456; HUBER/MULLIS, p. 259; MAGNUS, p. 304.

⁶⁰ FLAMBOURAS, p. 267; HUBER/MULLIS, p. 259-260; ÖZKAN ŞAHİN, p. 675.

The reason for the necessity of the impediment exempting the debtor from liability under Article 79(2) to be an obstacle beyond the control of the parties is based on the idea that both the debtor and the third-party performance assistant can control their respective areas of responsibility through reasonable measures and can manage the obstacles to performance arising within those areas.⁶¹ Therefore, disruptions such as financial difficulties of the parties,⁶² bankruptcy, workers leaving their jobs, strikes at the workplace, unavailability of necessary personnel, inability to obtain raw materials from its supplier, obstacles arising from the behavior of employed individuals, or machinery breakdowns cannot be considered as obstacles that provide the possibility of relief from liability under Article 79(2).⁶³ The inability to obtain foreign currency is also within this scope. Additionally, the timely arrival of payment to the seller falls within the risk assumed by both the debtor and the third-party performance assistant.⁶⁴

Under Article 79(2) of the CISG, the scope of control for which the debtor is responsible has been expanded. Accordingly, the debtor will be responsible for events occurring within the sphere of control of both themselves and any third parties assisting in performance, whether the debtor partially or entirely entrusts the performance of the obligation. In cases where the debtor partially or entirely delegates the performance to a third-party performance assistant, if a breach of contract occurs, the debtor can only be relieved of liability for this breach if the breach arises from an obstacle outside the sphere of control of both the debtor and the third party authorized for performance. It is not sufficient for the obstacle to be solely outside the control of either the debtor or the third party.⁶⁵

⁶¹ ATAMER, p. 456.

⁶² ÖZKAN ŞAHİN, p. 676, footnote 60.

⁶³ ATAMER, p. 459; LOOKOFKY Joseph; **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Kluwer Law International, The Hague, 2000, para. 301, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/lookofsky.html (Erişim Tarihi: 27.03.2024); SCHLECHTRIEM, 1986, p. 104; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1258 and beyond.

⁶⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1260.

⁶⁵ See MAZZACANO Peter J.; Exemptions For The Non-Performance Of Contractual Obligations In CISG Article 79 And The Quest For Uniformity In International Sales Law, A Dissertation Submitted to the Faculty of Graduate Studies, Toronto, York University Osgoode Hall Law School, 2013, p. 196, <https://core.ac.uk/download/pdf/77106682.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2024) for CIETAC Arbitration Award, No. CISG/1995/04, 1995.

In Article 79 of the CISG, no distinction is made between whether the impediment beyond the control of the seller or the third-party performance assistant occurs before or after the conclusion of the contract. Indeed the applicability of Article 79 in cases of initial impossibility is controversial. This controversy stems from the adoption of different approaches in common law and civil law systems regarding this matter. In the civil law legal system, initial impossibility leads to the absolute nullity of the contract. In contrast, in the common law legal system, the impossibility of performance due to subsequent impediments is examined under the concept of frustration, and depending on the circumstances of the case, the possibility of terminating the contract is considered. On the other hand, in cases of contracts that are impossible from the outset, the remedy of cancellation due to mistake is provided.

It should be noted here that matters concerning the validity of the sales contract are excluded from the scope of the CISG under Article 4, and therefore subject to domestic law rules. The debates regarding initial impossibility arise at this point. One view in legal doctrine considers initial impossibility as a matter concerning the validity of the contract and argues that the fate of the contract will vary depending on which domestic law is applicable.⁶⁶ In contrast, the opposing view suggests that adopting such a view would amount to circumventing the CISG system, which acknowledges the validity of the contract even in cases of initial impossibility. This, according to this view, would contradict the principle of interpreting the CISG in a manner that is free from the influence of domestic laws.⁶⁷ It should also be emphasized here that if the debtor enters into a contract despite impossibility, claiming that the impediment was unforeseeable is not possible, and exemption from liability under Article 79 of the CISG will not be available.

b. The Unforeseeability of This Impediment at the Time of the Formation of Contract

According to CISG Article 79, to be exempt from liability, it must not have been possible to foresee the impediment to performance that caused the breach of contract. Whether the impediment was foreseeable is determined based on objective criteria, taking into account whether a reasonable and prudent person

⁶⁶ LOOKOFKY, para. 62; TALLON, p. 578.

⁶⁷ ATAMER, p. 457-458; YILMAZ, p. 228.

engaged in commercial activities could have anticipated such an impediment.⁶⁸ If it can be determined that a reasonable and diligent person engaged in similar activities could foresee and take into account such an impediment when entering into a contract of similar nature, then the debtor cannot be relieved of liability under CISG Article 79 due to the impediment to performance.⁶⁹

If there is an impediment to performance that could have been foreseen at the time of contract formation, the debtor is expected to take necessary precautions regarding this impediment and, if desired, protect themselves by including a non-liability clause in the contract.⁷⁰ For example, if goods are damaged due to an annual hurricane, flood, or storm, the foreseeability of this impediment would prevent the debtor from being relieved of liability.⁷¹

If it can be proven that the occurrence of such events is an extraordinary circumstance and therefore unforeseeable, then it would be possible to rely on Article 79(2) for exemption.⁷²

Since the impediments existing at the time of contract formation are foreseeable in nature, such impediments do not constitute grounds for the application of Article 79(2).⁷³

Additionally, unforeseeability must exist at the time of contract formation.⁷⁴ In the presence of an obstacle that is foreseeable at the time of the formation of contract, if the debtor did not express reservations about it, it is assumed that they accepted the risks arising from the contract, and therefore, it is not possible to escape liability under Article 79.⁷⁵ Furthermore, parties

⁶⁸ ATAMER, p. 460; AYANOĞLU MORALI, p. 299; KÖROĞLU, p. 779; MAGNUS, p. 305; ÖZKAN ŞAHİN, p. 676; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1254; ZEYTİN, p. 327.

⁶⁹ See Oberlandesgericht München, No. 7 U 4969/06, 2008, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1342&step=Abstract> (Erişim Tarihi: 23.04.2016).

⁷⁰ ATAMER, p. 460; AYANOĞLU MORALI, p. 300. See also Tribunal de Grande Instance de Colmar, Appeal No. Y 01-15.964, 2004, <https://www.unilex.info/cisg/case/492> (Erişim Tarihi: 28.03.2024).

⁷¹ MAGNUS, p. 305.

⁷² ÖZKAN ŞAHİN, p. 677. See also U.S. District Court (Northern District of Illinois), No. 03 C 1154, 2004, <https://www.unilex.info/cisg/case/987> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).

⁷³ Bulgarian Chamber of Commerce and Industry Arbitral Award, No. 56/1995, 1996, <https://www.unilex.info/cisg/case/422> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).

⁷⁴ FLAMBOURAS, p. 270.

⁷⁵ SCHWENZER Ingeborg; "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", **Victoria University of Wellington Law Review**, Vol. 39, Issue 4, 2008, p. 715, <https://core.ac.uk/download/pdf/18243147.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2024).

should consider potential changes within their control domains at the time of contract formation.⁷⁶

The point to be noted here is that the criterion of foreseeability will be assessed separately for both the debtor and the debtor's performance assistant who partially or fully carries out the performance. That is, whether a reasonable and diligent person engaged in similar activities as both the debtor and the third-party performance assistant could foresee the obstacle should be evaluated separately. In cases where part or all of the performance is entrusted to a third party who may be more specialized in the field of performance compared to the debtor, the debtor may claim that the obstacle was beyond their foresight, while for the performance assistant it may not be possible to claim the same. Therefore, if the performance assistant could have reasonably foreseen the obstacle, the exemption from liability may not apply. In this regard, it would not be incorrect to say that Article 79(2), by introducing "dual scrutiny," imposes stricter conditions for exemption from liability compared to Article 79(1).

c. The Impossibility for the Debtor and the Third-Party Performance

Assistant to Avoid or Overcome the Impediment and Its Consequences in a Reasonable Manner

CISG Article 79(2) imposes another condition for the exemption from liability, which is that the obstacle, unforeseeable at the time of the formation of the contract and beyond the control of both the debtor and the third-party performance assistant, makes it reasonably impossible for either the debtor and the performance assistant to avoid the obstacle or its consequences. At this point, it is necessary to make an objective assessment within the framework of the specific circumstances of the case.⁷⁷ What is meant by this is the evaluation of whether the measures taken by a reasonable and diligent person engaged in similar activities under similar circumstances have been taken or not.

In the event of an impediment to the performance of the contract, every reasonable effort must be made to eliminate the obstacle and its effects, and all necessary precautions must be taken both by the debtor and the third party

⁷⁶ KÖROĞLU, p. 781. See also Oberlandesgericht Hamburg, No. 1 U 167/95, 1997, <https://www.unilex.info/cisg/case/291> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).

⁷⁷ AYANOĞLU MORALI, p. 301; SERT, p. 91; ZEYTİN, p. 328.

performance assistant.⁷⁸ Examples of such measures include sending substitute goods instead of goods that cannot be delivered, sending goods to another suitable location if an obstacle arises at the intended destination, or transferring funds from another account abroad if international money transfers are prohibited.⁷⁹ The degree of precautions required should be determined based on the contractual risk allocation.⁸⁰ The fact that such measures for proper performance by the debtor may be more costly is not significant unless it leads to an excessive difficulty in performance.⁸¹ However, if taking such measures would financially ruin the debtor or the third-party performance assistant (“sacrifice threshold”), at this point, the possibility of exemption from liability under Article 79 should be recognized.⁸²

d. The Occurrence of Uncontrollable, Unforeseeable, and Inevitable Impediments Leading to a Breach of Contract

Exemption from liability as provided in CISG Article 79 is only possible if the impediment to performance causes the contract to not be performed at all or not be performed properly.⁸³ Additionally, for the debtor to be exempt from liability under Article 79, the impediment must be the sole reason for non-performance.⁸⁴ Therefore, if performance is prevented by a shared cause with the breach of contract, meaning the impediment to performance arises from the breach of contract as well, the debtor cannot be relieved of liability under CISG Article 79. Similarly, if non-performance of the contract occurs due to the convergence of multiple reasons, at least one of which is foreseeable and avoidable by the debtor or the third-party performance assistant, the debtor cannot not be considered exempt from their obligation.⁸⁵

⁷⁸ ATAMER, p. 461; FLAMBOURAS, p. 272; MAGNUS, p. 305; SCHWENZER, p. 719; TALLON, p. 581; YILMAZ, p. 230. See also American Arbitration Association Arbitral Award, No. 50181T 0036406, 2007, <https://www.unilex.info/cisg/case/1346> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

⁷⁹ ATAMER, p. 461.

⁸⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1255.

⁸¹ ATAMER, p. 461; DAYIOĞLU, p. 144; TALLON, p. 583.

⁸² ATAMER, p. 461; ÖZKAN ŞAHİN, p. 679, footnote 77; ZEYTİN, p. 328.

⁸³ FLAMBOURAS, p. 213; SERT, p. 241; TALLON, p. 583; YILMAZ, p. 231.

⁸⁴ MAGNUS, p. 305; ÖZKAN ŞAHİN, p. 681; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1255-1256.

⁸⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1256; YILMAZ, p. 231.

In the context of CISG Article 79(2), generally, no distinction is made between the forms in which non-performance arises, such as impossibility, default, or defective performance, in accordance with the CISG system of impediments to performance.⁸⁶ However, it appears challenging in practice for a seller to claim that the defect in the goods arises from an impediment within the meaning of CISG Articles 79(1) and (2).⁸⁷

e. Burden of Proof

According to Article 79(2), the debtor must prove the existence of the conditions required by the provision to be exempt from liability.⁸⁸ However, under Article 79(4), in case of non-compliance with the notification obligation, the creditor must prove the existence of the conditions required by the provision for the claim of damages.⁸⁹ For example, in a dispute between an Italian seller and a Swiss buyer over the payment for movable walls, the buyer claimed a right to set off the price against damages due to the walls' non-conformity, as they were not sound-proof as agreed. The first instance court ruled in favor of the seller, stating that the walls were sound-proof, but were incorrectly installed by third parties not acting on behalf of the seller. On appeal, the court applied the CISG, determining that the seller could be liable for non-performance if caused by a third party engaged by the seller, unless both the seller and the third party were exempted under Article 79 CISG. However, the court emphasized that the burden of proof rested on the buyer to demonstrate that the third parties who installed the walls were acting for the seller, which the buyer failed to prove. As a result, the court held that the seller could not be held liable for the installation errors.⁹⁰

⁸⁶ ATAMER, p. 455; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1251.

⁸⁷ ÖZKAN ŞAHİN, p. 680. In a case before a German court that could serve as an example in this regard, concerning the sale of a stolen car by a German seller to an Italian buyer, it was ruled that the seller could not be relieved of liability under Article 79(1) even in a situation where it was not possible for the seller to discern from the documents that the car was stolen. This was because the impediment occurred within the sphere of influence of the seller, as the obligation to investigate the vehicle's history was deemed to rest with the seller. See Landgericht Freiburg, No. 8 O 75/02, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020822g1.html> (Erişim Tarihi: 27.04.2016).

⁸⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1274; ZEYTİN, p. 333.

⁸⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1274.

⁹⁰ Tribunale d'Appello di Lugano, No. 12-2002-181, 2003, <https://www.unilex.info/cisg/case/986> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

While the burden of proving that the notification did not reach them on time rests with the creditor, in case of doubt, it is the debtor's responsibility to prove that the notification was made to the creditor on time in accordance with Article 79(4).⁹¹

B. The Consequences of Exemption from Liability

CISG Article 79(5) explicitly states that exemption from liability based on Article 79 is only for the liability for damages, while the liability continues for the assertion of other rights apart from the right to claim damages.⁹² Accordingly, under CISG Article 79(2), the debtor relieved of liability will only be exempt from the obligation to pay damages; however, the possibility remains for the other party to assert rights arising from the contract, such as specific performance, avoidance of contract, reduction of price, and claiming interest under Article 78.⁹³ In other words, exemption from liability for damages under Article 79 does not eliminate the contract and other contractual obligations.⁹⁴ The debtor being exempt from liability for damages does not change the fact that the non-performance or improper performance by the third-party assistant constitutes a breach of contract.⁹⁵

If the performance is only partially impeded due to the emergence of an impediment to performance, the obligation to pay damages will only be eliminated for that part.⁹⁶ Additionally, according to CISG Article 79(3), an impediment only relieves the debtor from liability for damages as long as it exists, so with the removal of the impediment, the debtor or the third-party performance assistant will be required to perform.⁹⁷

An issue not explicitly addressed in CISG Article 79(5) is whether, in cases where the debtor is exempt from liability for damages, they are also exempt from penalty clauses or liquidated damages stipulated in the contract. According to one view, the exclusion of penalty clauses and liquidated

⁹¹ ÖZKAN ŞAHİN, p. 688; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1274; ZEYTİN, p. 333.

⁹² ÖZKAN ŞAHİN, p. 683.

⁹³ MAGNUS, p. 306; ZEYTİN, p. 332.

⁹⁴ ATAMER, 2013, p. 508. See also Case No. X ZR 111/04, <https://www.unilex.info/cisg/case/1345> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).

⁹⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1269.

⁹⁶ ATAMER, 2013, p. 498.

⁹⁷ MAGNUS, p. 306; YILMAZ, p. 237. For further explanation see ÖZKAN ŞAHİN, p. 684.

damages from the scope of Article 79(5) arises from a deliberate choice made during the drafting of the provision. Therefore, the fate of penalty clauses and liquidated damages should be determined according to domestic law regulations.⁹⁸ On the other hand, according to another view that we also agree with, when determining whether penalty clauses and liquidated damages under Article 79(5) will exempt parties from liability, it is beneficial to give precedence to the parties' intentions and wills reflected in the contract.⁹⁹ Indeed, considering that penalty clauses or liquidated damages introduced by the parties to replace compensation may not fall within the scope of Article 79(5) could be seen as an interference with the parties' intentions to specify the amount of compensation beforehand.¹⁰⁰ However, if it can be understood that the penalty clause or liquidated damages are intended to be paid in addition to the compensation that is already due, then there is no possibility for this obligation to be exempted under Article 79(5).¹⁰¹

C. Comparison of Article 79(2) of Vienna Sales Convention with Similar Regulations in Turkish Law

The provision of CISG Article 79(2) that bears similarity in Turkish law is Article 116 of the Turkish Code of Obligations. Both provisions are based on authorizing a third party for performance. However, in terms of exemption from liability, these two provisions differ from each other. In this regard, it is necessary to examine Article 79(2) and Article 116 in terms of the similarities and differences of their provisions.

When examining the similarities between Article 116 of the Turkish Code of Obligations and CISG Article 79(2), the first notable point is that in both provisions, it is necessary to have a legal relationship of obligations between the debtor who authorizes the assistant for performance and the person who suffers harm from the assistant's act. Additionally, both under Article 116 and Article 79(2), it is a matter of partially or fully authorizing a third party for the performance of obligations arising from the contract.¹⁰² Another common point under both provisions is the possibility of conclu-

⁹⁸ HUBER/MULLIS, p. 265; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 1270; ZEYTİN, p. 331.

⁹⁹ ATAMER, p. 476; FLAMBOURAS, p. 281-282; MAGNUS, p. 307.

¹⁰⁰ ÖZKAN ŞAHİN, p. 685.

¹⁰¹ ATAMER, p. 476; KÖROĞLU, p. 794.

¹⁰² KILIÇOĞLU Ahmet M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, p. 667.

ding an exclusion of liability agreement stating that the debtor will not be held liable for damages arising from the acts of third-party performance assistants.¹⁰³

The fundamental difference between Article 79(2) and Article 116 arises in terms of the regime for exemption from liability. Essentially, in both provisions, the debtor is held responsible for the acts of the third-party performance assistant. However, the conditions for exemption from this liability are regulated in different ways in these two provisions. Under CISG Article 79(2), to be exempted from liability, an inevitable and unforeseeable event beyond the control of both the debtor and the performance assistant is required, as stipulated in the first paragraph of the same article. In contrast, according to Article 116 of the Turkish Code of Obligations, although not explicitly stated in the article, if the debtor would not have been liable for the breach that occurred if they had personally performed the obligation, then it may be possible for them to be exempted from liability.¹⁰⁴ When comparing the exemption regimes of both regulations, unlike Article 116 of the Turkish Code of Obligations, the situation where the act of the performance assistant is attributed to the debtor as a fault does not carry significance for the debtor's exemption from liability under CISG. The crucial aspect here is the nature of the event impacting the performance. Therefore, it would not be incorrect to say that CISG introduces a more stringent exemption regime.¹⁰⁵

CONCLUSION

The Vienna Sales Convention, a result of compromise between Continental Europe and Common Law legal systems, has a unique structure especially regarding impediments to performance and exemption from liability. Article 79 of CISG, one of the most debated provision since the treaty came into force, reflects CISG's stance on impediments to performance.

In CISG, fault is not envisaged as one of the constituent elements of liability, quite differently from Turkish-Swiss Law. In this sense, it can be said that a new principle of strict liability has entered into our legal system with the Vienna Sales Convention. While CISG exempts a debtor from liability, it

¹⁰³ KIRAÇ ADIR, p. 386; YÜCE, p. 141.

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU, p. 668; SERT, p. 244; YÜCE, p. 141.

¹⁰⁵ For the opposing view, see YÜCE, p. 141.

does not consider whether the debtor is legally blameworthy; instead, it exempts the debtor from liability if the required conditions are present in the specific case, and imposes liability if not. Furthermore, elements such as foresight, prevention, and overcoming of impediments to performance, which could create proximity to fault liability, do not embody fault liability in the traditional sense. Yet, an objective examination is conducted when determining whether these conditions have been met. Therefore, fault, which is not a constituent element of liability, is also not effective in exemption from liability.

The Vienna Sales Convention, although based on strict liability in terms of compensation liability,¹⁰⁶ does not envisage absolute liability. Various limitations (Article 79 and Article 80) have been introduced in the Convention regarding this broad principle of strict liability. Undoubtedly, the most important of these limitations is Article 79(2), which constitutes the subject of our study and regulates the possibility of exemption from liability of the debtor in cases where a third party is fully or partially involved in the performance of the contract in detail.

In the first section of our study, we briefly examine the principles that prevail in the Vienna Sales Convention concerning liability for compensation. This is done with the aim of comprehending the foundation of compensation liability within the Vienna Sales Convention before delving into the discussion of Article 79(2), which governs the possibility of exemption from liability stemming from the actions of third parties involved in the performance.

The consequences of the performance assistant not performing the debt at all or properly affect the relationship between the seller and the buyer. In regard to its importance, in this study, the liability which arises from the performance assistant's acts, to whom the performance of the debt fully or partially entrusted, and exemption from this liability under article 79(2) of the Vienna Sales Convention will be examined in detail.

With article 79(2), how the debtor's liability will be determined in cases where the non-fulfillment is the result of an act of the third party authorized to perform the debt and under which conditions the debtor can be relieved of

¹⁰⁶ SCHLECHTRIEM Peter/ BUTLER Petra; **UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods**, Springer, Berlin, 2009, p. 151.

this liability are set forth. Indeed, with article 79(2), in case of the presence of a third party who is fully or partially authorized to perform the debt (performance assistant), if the non-performance is caused by this third person, the debtor is held liable as a principle and in such cases, strict conditions are foreseen for the debtor to be exempted from this liability.

Under CISG Article 79(2), for the debtor to be exempt from liability for damages, the debtor must have partially or fully authorized a third party for the performance of the contract. This third party must be independent of the debtor and outside of their organization. Otherwise, it is not possible for this person to be considered under Article 79(2). In this context, for example, exemption from liability arising from the actions of the debtor's own personnel would fall within the scope of Article 79(1) rather than Article 79(2).

Another group that needs to be considered at this point is suppliers. Raw material suppliers engage in activities related to the preparation for performance rather than the actual performance of the contract. Therefore, it does not seem possible for these individuals to be considered as third parties assisting in performance under Article 79(2). However, special suppliers who are closely involved in the performance of the main contract, as well as carriers and banks, should be recognized as falling within the scope of Article 79(2).

CISG fundamentally holds the debtor strictly liable for the acts of the third-party assistant without fault. However, this strict liability is not envisaged as absolute. The debtor can be exempt from liability by proving that the conditions in Article 79(2) have been met. Therefore, in order to be exempted from liability, the debtor must prove, for both themselves and the third-party performance assistant, that performance was prevented due to an unforeseeable, unavoidable, and uncontrollable event. Since these qualities must be present for both the debtor and the third-party performance assistant, it should be noted that the conditions for exemption from liability under Article 79(2) are quite stringent.

Lastly, it should be noted that, as with the entirety of Article 79, in the context of the second paragraph, the liability from which the debtor can be exempted is solely the liability for damages. In contrast, Article 79 does not provide any regulation regarding the assertion or prevention of rights other than claims for damages. This matter is left to the provisions regulating specific performance, avoidance of contract, reduction of price, and claims for

interest. Indeed, the existence of the obligation to pay damages independent of these claims is not a matter of dispute. However, a distinction should be made regarding penalty clauses or liquidated damages, and it should be acknowledged that exemption from liability for payment of penalty clauses or liquidated damages under Article 79(2) is possible in cases where it can be understood that they were agreed upon by the parties to replace compensation in the first place.

BIBLIOGRAPHY

- ACHILLES Wilhelm-Albrecht; **Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018.
- ATAMER Yeşim M.; **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005.
- ATAMER Yeşim M.; “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Vol. 8, Özel Sayı, 2013, pp. 487-509.
- AYANOĞLU MORALI Ahu; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, pp. 289-313.
- BAILEY James E.; “Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 32, Issue 2, 1999, pp. 273-317, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1443&context=cilj> (Erişim Tarihi: 18.08.2023).
- DAYIOĞLU Yavuz; **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- DAYIOĞLU Yavuz (ed. Okur, Sinan); “CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ENDERLEIN Fritz/ MASKOW Dietrich; **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, Oceana Publications, New York, 1992, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/enderlein.html#art79 (Erişim Tarihi: 20.02.2024).
- ERDEM Ercüment; “Viyana Satım Antlaşması’na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, pp. 259-288.
- FLAMBOURAS Dionysios P.; “The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, **Pace International Law Review**, Vol. 13, Issue 2, Fall 2001, pp. 261-293, <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1212&context=pilr> (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

- HONNOLD John O.; **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, 3rd Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/honnold.html (Erişim Tarihi: 18.08.2023).
- HUBER Peter/ MULLIS Alastair; **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**, Sellier European Law Publishers, Mainz/Norwich, 2007.
- KILIÇOĞLU Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KIRAÇ ADIR Esmâ (ed. Akipek Öcal, Şebnem); “Viyana Satım Antlaşması’na Göre İfa Yardımcısının Fiilinden Doğan Sorumluluk”, **Viyana Satım Antlaşması (CISG)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, pp. 367-392.
- KÖROĞLU Belin; “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 17, Issue 1-2, 2013, pp. 775-804.
- LOOKOFSKY Joseph; **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Kluwer Law International, The Hague, 2000, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/lookofsky.html (Erişim Tarihi: 27.03.2024).
- MAGNUS Ulrich (ed. Atamer, Yeşim M.); “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, **Milletlerarası Satım Hukuku**, 2. Tıpkı Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- MAZZACANO Peter J.; Exemptions For The Non-Performance Of Contractual Obligations In CISG Article 79 and The Quest For Uniformity In International Sales Law, A Dissertation Submitted to the Faculty of Graduate Studies, Toronto, York University Osgoode Hall Law School, 2013, <https://core.ac.uk/download/pdf/77106682.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).
- NAGY Brandon; “Unreliable Excuses: How Do Differing Persuasive Interpretations of CISG Article 79 Affect Its Goal of Harmony?”, **New York International Law Review**, Vol. 26, Issue 2, 2013, https://cisg-online.org/files/commentFiles/Nagy_26_2_NYIntLRev_2013_61.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2024).
- ÖZKAN ŞAHİN Gizem; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 79/1 Hükümü Uyarınca Sorumluluktan Kurtulma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 69, Issue 2, 2020, pp. 665-707.
- SAIDOV Djakhongir; “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **Pace International Law Review**, Vol. 14, Issue 2, 2002, pp. 307-377, <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr> (Erişim Tarihi: 08.02.2024).
- SCHLECHTRIEM Peter; **Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Cambridge University Press, Vienna, 1986, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

- von CAEMMERER Ernst/ SCHLECHTRIEM Peter; **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)**, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000.
- SCHLECHTRIEM Peter/ BUTLER Petra; **UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods**, Springer, Berlin, 2009.
- SCHLECHTRIEM Peter/ SCHWENZER Ingeborg (ed. Schwenzler, Ingeborg/ Çağlayan Aksoy, Pınar); **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- SCHWENZER Ingeborg; “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, **Victoria University of Wellington Law Review**, Vol. 39, Issue 4, 2008, pp. 709-726, <https://core.ac.uk/download/pdf/18243147.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2024).
- SPIVACK Carla; “Of Shrinking Suitsuits and Poison Vine Wax: A Comparison of Basis for Excuse under U.C.C. § 2-615 and CISG Article 79”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 27, Issue 3, 2006, pp. 757-802, <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=jil> (Erişim Tarihi: 16.02.2024).
- TALLON Denis; “Article 79”, **Bianca-Bonell Commentary on International Sales Law**, Giuffré, Milan, 1987, pp. 572-595, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> (Erişim Tarihi: 22.04.2016).
- TAŞTAN Furkan Güven; “Vienna Satım Antlaşması’na (CISG) Göre Alıcının Sözleşmeyi İhlali Halinde Satıcının Hakları”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Issue 1, 2019, pp. 359-404.
- TRUNG NAM Nguyen; **Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding “Battle of Forms”**, 2009, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html> (Erişim Tarihi: 20.04.2016).
- ULUSU Ayşe E.; **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunu Sınırlandırmasında Öngörülebilirlik Prensipleri**, 1. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2011.
- YILDIRIM Zeynep; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Vienna Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 17, Issue 1-2, 2013, pp. 1061-1094.
- YILMAZ Süleyman; **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- YÜCE Halil Ahmet; **Vienna Satım Sözleşmesinin (CISG) 79. Maddesi Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ZEYTİN Zafer; **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Referenced Decisions and Opinions

- ICC Award, No. 8128/1995, https://www.trans-lex.org/208128/_/icc-award-no-8128-clunet-1996-at-1024-et-seq/ (Erişim Tarihi: 14.02.2024).
- Tribunal of Int'l Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, No. 155/94, 1995, <https://www.unilex.info/cisg/case/214> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).
- CIETAC Arbitration Award, No. CISG/1995/04, 1995.
- Bulgarian Chamber of Commerce and Industry Arbitral Award, No. 56/1995, 1996, <https://www.unilex.info/cisg/case/422> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).
- Tribunal de Commerce de Besançon, Case No. 97 009265, <https://www.unilex.info/cisg/case/416> (Erişim Tarihi: 16.02.2024).
- Oberlandesgericht Hamburg, No. 1 U 167/95, 1997, <https://www.unilex.info/cisg/case/291> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).
- Bundesgerichtshof, No. VIII ZR 121/98, 1999, <https://www.unilex.info/cisg/case/384> (Erişim Tarihi: 16.02.2024).
- Handelsgericht des Kantons Zürich, No. HG 970238.1, 1999, <https://www.unilex.info/cisg/case/484> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).
- Landgericht Freiburg, No. 8 O 75/02, 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020822g1.html> (Erişim Tarihi: 27.04.2016).
- Tribunale d'Appello di Lugano, No. 12-2002-181, 2003, <https://www.unilex.info/cisg/case/986> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).
- Tribunal de Grande Instance de Colmar, Appeal No. Y 01-15.964, 2004, <https://www.unilex.info/cisg/case/492> (Erişim Tarihi: 28.03.2024).
- U.S. District Court (Northern District of Illinois), No. 03 C 1154, 2004, <https://www.unilex.info/cisg/case/987> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).
- American Arbitration Association Arbitral Award, No. 50181T 0036406, 2007, <https://www.unilex.info/cisg/case/1346> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).
- Bundesgerichtshof, No. X ZR 111/04, 2007, <https://www.unilex.info/cisg/case/1345> (Erişim Tarihi: 29.03.2024).
- Oberlandesgericht München, No. 7 U 4969/06, 2008, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1342&step=Abstract> (Erişim Tarihi: 23.04.2016).
- Multi-Member Court of First Instance of Athens, Case No. 4505/2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html> (Erişim Tarihi: 22.04.2016).
- Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), No. 1527/2021 (Final Award), 2023, <https://www.unilex.info/cisg/case/2403> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).
- CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, USA, <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no-7/> (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

BANKA YÖNETİM KURULU VE KREDİ KOMİTELERİNİN TOPLANTILARININ ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILMASI VE KARAR DEFTERLERİNİN İMZALANMASI(*)

Dilara BAĞCI ZEKİ()**

Kaan KARAMANLI(*)**

Öz: Anonim şirketlerin çok uluslu şirketler haline gelmesi ve içinde yaşadığımız çağın getirdiği yenilikler ile birlikte yönetim kurulu toplantılarına fiziken katılım sağlanmadan da yapılabilmesine yönelik bir alternatif arayışı ortaya çıkmıştır. TTK'nın 1527'nci maddesi ile yönetim kurulu toplantısının elektronik ortamda yapılabilmesi bu alternatif arayışına bir seçenek sunmuştur. Bununla birlikte 5411 sayılı Bankacılık Kanununda bu yönde bir düzenleme olmaması ise bankaların yönetim kurullarının elektronik ortamda yapılıp yapılamayacağına yönelik tereddüte yol açabilecektir. Çalışmada kendine özgü kuralları ile birlikte bankaların yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılıp yapılamayacağı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ilgili alt düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Elektronik Ortam, Karar Defteri, Banka, Güvenli Elektronik İmza.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 19.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 30.11.2024.

Bu çalışmada belirtilen görüşler yazarlarına ait olup, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun görüşlerini yansıtmamaktadır.

(**) Bankacılık Başuzmanı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Hukuk İşleri Daire Başkanlığı, İstanbul - Türkiye;

İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: dilarabagci@outlook.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6119-0739>.

(***) Bankacılık Başuzmanı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Düzenleme Dairesi Başkanlığı, İstanbul - Türkiye,

İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: av.kkaramanli@outlook.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8258-3243>.

HOLDING THE MEETINGS OF THE BANK'S BOARD OF DIRECTORS AND CREDIT COMMITTEES ELECTRONICALLY AND SIGNING THE DECISION BOOKS

Abstract: With the transformation of joint stock companies into multinational companies and the innovations brought by the age we live in, a search for an alternative has emerged in order to hold board of directors meetings without physical attendance. Article 1527 of Turkish Commercial Code No. 6102 provides an alternative to this search. However, the fact that there is no regulation this direction in the Banking Law No. 5411 may lead to hesitations as to whether the board of directors of banks can be held electronically. In this study, whether the meetings of the board of directors of banks can be held electronically or not is analysed within the framework of Turkish Commercial Code No. 6102 and Banking Law No. 5411 and the related sub-regulations.

Keywords: Board of Directors, Electronic Environment, Decision Book, Bank, Secure Electronic Signature.

I. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu, ortaklığın idare ve temsil organıdır. TTK ile tüm kurul toplantılarının (ortaklar kurulu, genel kurul, yönetim ve müdürler kurulu toplantılarının) elektronik ortamda yapılmasına olanak tanımakla birlikte, pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketler bakımından elektronik ortamda genel kurul yapılması zorunlu kılınmıştır.¹ TTK'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında anonim şirketlerde, fiziki olarak toplanmaksızın yönetim kurulu toplantısına veya karar alınmasına ilişkin iki tür düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki TTK'nın 390'ncı maddesinde düzenlenen elden dolaştırma yöntemiyle yönetim kurulu kararının alınması² iken, diğeri ise ilk defa TTK'nın 1527'nci maddesi ile getirilen yönetim kurulu toplantısının elektronik ortamda yapılması ve kararın elektronik ortamda alınmasıdır.

Bu açıdan, yürürlükteki TTK ile ilk defa yer bulan, anonim şirketlerin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurullarının elektronik ortamda toplanması, özellikle anonim şirket şeklinde kurulma zorunluluğu bulunan banka anonim ortaklıkları yönüyle konunun değerlendirilmesi ve bu bağlamda banka yönetim kurullarının ve kredi komitelerinin³ elektronik ortamda toplanması ve karar alması hususlarının irdelenmesi iş bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Bu kapsamda, günümüzde gerek tüm dünyayı etkisi altına alan Koronavirüs salgını (**COVID-19**) gibi olağanüstü koşullar altında bireylerin fiziki olarak bir araya gelmelerinde yaşanan zorluklar,⁴ gerek özellikle çok uluslu banka ortaklıklarında veya sınır ötesinde yer alan bankalarda ortak sıfatına haiz olmanın giderek yaygınlaşması ve şirketlerin ortaklarından farklı yerlerde bulunmalarının doğal sonucu olarak fiziki uzaklıklar ve çağın gereklerine uygun olarak dijitalleşmenin giderek artması nedenleriyle, banka ano-

¹ KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2016, s.601.

² Bu yöntemin müzakereye imkân vermemesi nedeniyle istisnai bir karar alma yolu olduğu yönünde bkz. GÜRPINAR Bünyamin, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı**, C. 19, S. 2, Y. 2013, ss. 1101-1126, s. 1109.

³ Bkz. 21.12.2023 tarihli ve 32406 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik m.4-6.

⁴ ÖZKER Gizem, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Alma Usulleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.93.

nim ortaklıkları özelinde yönetim kurullarının elektronik olarak yapılma ihtiyacı giderek artmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu yönetim kurulları ile kararları yönetim kurulu kararlarının tabi olduğu usul ve esaslara tabi tutulan kredi komitelerinin toplantılarının elektronik olarak yapılıp yapılamayacağı sorusu önem arz etmektedir.

Bankalar açısından, 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre daha “genel” nitelikte bir kanun olmasına karşın TTK ve TTK’ya ilişkin alt düzenlemelerde, güvenli elektronik imza, elektronik ortamda yapılacak kurullar, yönetim kurulu karar defterinin tutulması ve yönetim kurulu kararlarının alınmasına ilişkin daha özel nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır.

Öte yandan, TTK’nın 330’uncu maddesi uyarınca, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında TTK’nın anonim şirketlere ilişkin kısmında yer alan kısım hükümlerin uygulanacağı; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 2’nci maddesi uyarınca ise, Türkiye’de kurulu bankaların ve bunların faaliyetlerinin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na tabi olacağı, özel kanunlarla kurulmuş olan bankalar hakkında da kanunlarında yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir.

Dolayısıyla konunun öncelikle TTK ve alt düzenlemeleri ile ele alınması, akabinde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve alt düzenlemeleri çerçevesinde bankaların yönetim kurulları ve yönetim kurulundan aldığı kredi açma yetkisini kullanan kredi komitelerinin toplantılarının elektronik olarak yapılıp yapılamayacağının incelenmesi gerekmektedir.

II. BANKA ANONİM ORTAKLIĞINDA YÖNETİM KURULU VE KREDİ KOMİTESİ

A. Oluşumları

Bankaların anonim şirket şeklinde kurulmalarının bir sonucu olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda özel bir düzenlemenin mevcut bulunmadığı hallerde TTK’nın anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin hükümleri, bankanın yönetim kurulu bakımından da uygulanacak olmakla birlikte, 5411 sayılı Kanununda banka anonim ortaklıklarının yönetim kurulunun oluşumu bakımından özel düzenlemeler getirilmiştir. Zira bankaların, gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde faaliyet gösteren, kendine özgü beşeri ve teknik altyapıları bulunan kuruluşlar olmalarının yanında, geniş bir ekonomik etkiye sahip alan-

larda faaliyet gerçekleştirmeleri nedeniyle, faaliyet alanlarının gerektirdiği güçlü kurumsal yapılara sahip olmaları büyük önem arz etmektedir.⁵

Dolayısıyla, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca bankaların yönetim kurulları, sadece bir temsil organı olarak işlev yürütmekte olup, aynı zamanda kendi adına farklı işlevleri yerine getiren komitelerin etkinliği ile, bankanın faaliyet politikalarının gözetimi ve denetimini, risklerinin yönetimini, temel faaliyet alanlarından birisi olarak kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını, finansal raporlar yoluyla bankanın finansal yapısının da kontrolünü sağlamaları dolayısıyla bir yönetim sistemi niteliğini haiz bulunmaktadır.⁶

Bu kapsamda, yönetim kurulunun atanmasını ve seçimini düzenleyen TTK'nın 359'uncu maddesi uyarınca anonim şirket yönetim kurulunun, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşması düzenlenmekte ise de, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 23'üncü maddesinin "*Bankaların yönetim kurulları genel müdür dahil beş kişiden az olamaz. Genel müdür, bulunmadığı hallerde vekili, yönetim kurulunun doğal üyesidir...*" hükmü uyarınca TTK'daki mevcut düzenlemenin aksine banka yönetim kurulu, genel müdür de dahil olmak üzere beş kişiden az olamayacak ve genel müdür de aynı zamanda yönetim kurulunun doğal üyesi olacaktır.

Nitekim, söz konusu farklılaşmanın kaynağına ışık tutmak üzere, mülga 7129 sayılı Bankalar Kanunu'nun gerekçesinde de "*bankacılıkla müştagil anonim şirketlerde, mevzuun hususiyetine binaen, Ticaret Kanununun Anonim şirketlerin idaresi için derpiş eylediği hükümlerden farklı hükümlere ihtiyaç vardır*" şeklinde belirtilmek suretiyle, bankacılık kanunu ile ticaret kanunu arasında, banka anonim şirketlerinin önemine binaen hüküm farklılıklarının bulunduğu ve bunun bir ihtiyaçtan kaynaklandığı ifade edilmiştir.⁷

Diğer taraftan, banka anonim ortaklıklarının finansal sistem içerisindeki önemli bir aktör olarak gösterdikleri faaliyetin büyüklüğü ve çeşitliliği, kar-

⁵ TAKAN Mehmet/ BOYACIOĞLU Acar Melek, **Bankacılık Teori Uygulama ve Yöntem**, 4. Bası, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 402; ALTAY Sıtkı Anlam, **Hukuki Açılan Banka Anonim Ortaklığı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.43.

⁶ TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal, **Bankalar ve Finansal Kurumlar Mevzuatı**, 3. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s.25.

⁷ ALICI Yaşar, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 370; ALTAY, s.45.

maşık ve ayrıntılı bir kurumsal yapının bulunmasını gerekli kıldığından, bu durum TTK uyarınca oluşturulan zorunlu organların yanında, bankalarda özellikle yönetim kurulu adına hareket eden farklı komite ve kurulların da bulunması gerekliliğini beraberinde getirmiştir.

Bilindiği üzere, anonim şirket yönetim kurulları, TTK'nın "Görev dağılımı" başlıklı 366'ncı maddesinin ikinci fıkrasının "Yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir" hükmü uyarınca komite veya komisyon kurma yetkisine sahip olup, "Yönetimin devri" başlıklı 367'nci maddesinin birinci fıkrasının, "Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir." hükmü uyarınca ise, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle ve düzenleyeceği bir iç yönergeye göre yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi ya da üçüncü bir kişiye devredebilmektedir.

Bu kapsamda, TTK'nın 366'ncı maddesi uyarınca yönetim kurulu altında, yönetim kuruluna yardımcı olmak adına kurulan ve alınacak kararlar bakımından yönetim kuruluna destek sağlamak amacıyla kurulacak komite ve komisyonların, yönetim kurulunun yetkisini kullanmak ve icrai karar almak gibi bir görevi bulunmamakla birlikte;⁸ TTK'nın 367'nci maddesi uyarınca ise, yönetim organına özgü yetkilerin kısmen ya da tamamen devri söz konusu olup iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesini teminen karar alma yetkisi devralana geçmektedir.⁹

Bununla birlikte, yönetim kuruluna destek sağlamak amacıyla kurulacak komitelere ilişkin bir sınırlama bulunmamakla birlikte, 5411 sayılı Bankacı-

⁸ KIRCA İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, C.1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 479.

⁹ KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.598; ÇAMOĞLU Ersin/ POROY Reha/ TE-KİNALP Ünal, **Ortaklıklar Hukuku-I**, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 346.

lık Kanunu ve alt düzenlemelerinde bankalar bakımından ise, yönetim kurulunun (m. 23) yanında; yönetim kurulunun denetim ve gözetimine yardımcı olmak ve banka iç sistemlerinin etkinliğini takip etmek üzere oluşturulan denetim komitesi (m. 24), yönetim kuruluna ait olan kredi açma yetkisinin kullanılması için ihtiyari olarak oluşturulması halinde¹⁰ kredi komitesi (m. 51), kurumsal yönetim ilkelerine uyumu izlemek ve çalışmalarda bulunmak üzere oluşturulan kurumsal yönetim komitesi (m. 22; Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik, İlke-2), banka faaliyetlerinin kapsamı ve stratejileri ile uyumlu ücretlendirme politikasına ilişkin uygulamaların takibi amacıyla oluşturulan ücretlendirme komitesi (Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik, İlke-6), bankaların organizasyon yapıları içerisinde bulunacak bazı komiteler olarak belirlenmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun amaç maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı üzere, bankaların finansal piyasalar içerisindeki konumu ve tasarruf sahiplerinin birikimlerinin toplanması ile fon talep edenlerin taleplerine karşılık sunulabilmesi noktasında köprü vazifesi görmesi dikkate alındığında, bankaların faaliyet konuları arasında yer alan kredi verme faaliyetleri bakımından, yönetim kurulundan aldığı kredi açma yetkisini kullanması nedeniyle önemli bir noktada olan kredi komitesinin oluşumuna da değinmek gerekmektedir.

Bu kapsamda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 51'inci maddesi uyarınca, yönetim kurulu tarafından kredi açma yetkisi, oluşturulan kredi komitesine devredilebilmekte olup,¹¹ kredi komitesinin oluşumunu, çalışma ve karar alma esaslarını belirleme yetkisi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme

¹⁰ DOĞRUSÖZ Hanife, **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.98; esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde ihtiyari olduğu yönünde ALICI, s. 871.

¹¹ Her ne kadar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda söz konusu kurulun adı "kredi komitesi" olarak geçmekte ise de, kredi komitesi TTK anlamında yönetim kuruluna yardımcı olma yönüyle TTK'nın m. 366 kapsamında komite ya da komisyon niteliği arz etmediği, yönetim kurulunun kredi açma yetkisinin doğrudan kullanımı bakımından ortada kural olarak TTK. m.367 kapsamında bir yetki devri bulunduğu kabul edilmektedir (bkz. KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.480.). Diğer yandan, kredi komitesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak, TTK m. 366 çerçevesinde tam anlamıyla kurul ya da komisyon olarak değerlendirilemediği, yönetsel bir yetkinin devri söz konusu olmakla birlikte aynı zamanda TTK m. 367 hükmünde yer alan şartların aranmadığı, komitenin kimi kararları bakımından yönetim kurulunun onayının aranması nedenleriyle, kredi açma yetkisinin devri yoluyla kredi komitesine verilen yetkinin "sui generis bir yetki devri" olduğu yönünde bkz. KOÇ Himmet, "TTK m. 367 Kapsamında Banka Kredi Komitesinin Konumu ve Hukuki Niteliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 3, Y. 2017, ss. 235-264, s.259.

Kurulu'na verilmiştir. Söz konusu yetkiye istinaden çıkarılan ve 01.01.2024 tarihinden önce yürürlükte bulunan mülga Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik'te kredi komitesinin oluşumuna ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş olup, 21.12.2023 tarihli ve 32406 sayılı RG.'de yayımlanan yeni Kredi Yönetmeliği'nde ise, kredi komitesinin oluşumuna ilişkin düzenlenen usul ve esaslar aynı şekilde korunmuştur.

Söz konusu meri Kredi Yönetmeliği'nin 5'inci maddesi uyarınca kredi komitesi, banka genel müdürü veya vekili ile birlikte, -banka yönetim kurulunun üyelerinin en az dörtte üçünün olumlu oyu ile seçeceği- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 25'inci maddesinde düzenlenen banka genel müdürü için bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık mesleki deneyim şartı haricinde aranan diğer şartları sağlayan en az iki banka yönetim kurulu üyesinden oluşmaktadır. Toplantıya katılım sağlanamaması ihtimaline ilişkin olarak ise, yine genel müdürdeki söz konusu şartları taşıyan iki üye kredi komitesinin yedek üyesi olarak seçilir. Dolayısıyla, kredi komitesinin teşekkülü birisi bankanın genel müdürü, diğerleri en az iki yönetim kurulu üyesi olmak üzere en az üç kişiden oluşacak olup, bunlar dışında üçüncü bir kişinin kredi komitesi üyesi olarak atanması mümkün bulunmamaktadır.¹²

B. Üyeliğin Şartları

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi seçimine ilişkin olarak, TTK hükümleri uyarınca, belirli nitelikleri sahip olan kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilmesi öngörülmüş olup, bu kapsamda TTK'nın 359'uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü çerçevesinde, yönetim kurulu üyesi olacak kişinin tam ehliyetli olması gerektiği ifade edilirken; aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise, yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren her türlü sebebin, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeye engel teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte, TTK'nın 363'üncü maddesinde yönetim kurulu üyelerinin üyeliklerini sona erdiren sebepler düzenlenmiş olup, yönetim kurulu üyesinin iflasına karar verilmesi, kısıtlanması, üyelik için gereken kanuni şartların kaybedilmesi veya esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybedilmesi durumunda, yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ereceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, söz konusu maddede sayılan sona erme sebeplerinin, yönetim kurulu üyeliği öncesinde de var olması halinde, bu

¹² DOĞRUSÖZ, s. 98-99; KOÇ, s. 254.

durum aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeye de engel teşkil edecektir.¹³

Diğer taraftan, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeliğine ilişkin aranan şartlar bakımından ifade ettiğimiz söz konusu hususların yanında, banka anonim ortaklıklarının yönetim kurulları bakımından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yönetim kurulu üyesi seçilecek kişilerin haiz olması gereken özelliklere ilişkin özel düzenlemeler de getirilmiştir.

Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 23'üncü maddesinin birinci fıkrasının; "... Bu Kanunda genel müdür için öngörülen şartlar, yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranır. ... Yönetim kurulu üyelerinin bu Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şartları taşıması gerekir." hükmü uyarınca, banka yönetim kurulu üyelerinin;

- yarıdan bir fazlası için; genel müdür için öngörülen, hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları,¹⁴
- müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da hakında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,
- faaliyet izni kaldırılmış veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmiş bankalarda nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması,
- tasfiyesi olunan bankerler ile iradî tasfiye dışında tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda, faaliyet izni kaldırılan kalkınma ve yatırım bankalarında, ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fo-

¹³ ÖZKER, s.29.

¹⁴ eTTK ile TTK hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri için mesleki şart aranmaz iken, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde bazı şartlar getirildiği yönünde bkz. AKDAĞ GÜNEY Necla, "Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 10, C. 10, S. 2, Haziran 2011, ss. 273-294, s.277.

nu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan kredi kuruluşlarında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olmaması veya bunların kontrolünü elinde bulundurmaması,

- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 8'inci maddesinde belirtilen suçlardan hükümlü bulunmaması,

gerektiği düzenleme altına alınmış olup, söz konusu şartları taşımayan kişilerin banka yönetim kurulu üyesi olarak atanmaları mümkün olmayacaktır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, TTK'nın 359'uncu maddesi uyarınca, eTTK'nın aksine anonim ortaklıklar bakımından tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olması mümkün bulunmakta ise de,¹⁵ banka anonim ortaklıkları bakımından tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olup olmayacakları tartışma konusudur.¹⁶ Zira, söz konusu düzenleme öncesinde eTTK'da tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta ve aynı yürürlük süresi içerisinde çıkarılan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da o dönemde yürürlükte bulunan mevzuat paralelinde hükümler ihdas edilmiştir. Ancak, 6102 sayılı TTK ile birlikte, artık tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olabilmeleri mümkün hale gelmiş ise de, banka anonim ortaklıkları bakımından bankacılık mevzuatında paralel bir düzenleme gerçekleştirilmemiştir.¹⁷

Bu doğrultuda, yukarıda yer verilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan yönetim kurulu üyeliğine ilişkin şartların birlikte değerlendirilmesinden görüleceği üzere, aranan eğitim, belirli suçlardan hüküm giymemiş olmak gibi şartların bazılarının gerçek kişilere özgü nitelik arz ettiği anlaşılmakta ve söz konusu şartların tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişi temsilcileri bakımından da aranacağına dair bir hükmün mevcut bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu anlamda halihazırda, söz konusu şart-

¹⁵ ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s.360; KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.401.

¹⁶ KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.402; CAYMAZ Neşe, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.18-19; CAN Mehmet Çelebi, "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, Y. 2016, ss. 27-64, s.28.

¹⁷ CAYMAZ, 19.

ların gerçek kişilerce sağlanabilecek olması nedeniyle banka yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişilerden oluşması sonucu ortaya çıkabilecektir.¹⁸ Nitekim, bu hususa ilişkin olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 20.09.2012 tarihli ve 4945 sayılı Kararı ile bankaların da aralarında bulunduğu Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu denetim ve gözetiminde yer alan anonim şirketlerin yönetim kurullarının gerçek kişilerden oluşması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹

Öte yandan, kredi komitesi üyeleri bakımından ise; Krediler Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca genel müdür dışındaki kredi komitesi üyesi olarak seçilecek en az iki yönetim kurulu üyesinin, banka genel müdürleri için aranan hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları şartını sağlamaları gerekmektedir. Bununla birlikte, Kredi Yönetmeliği'nin söz konusu hükmü uyarınca, genel müdür için aranan bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları şartı ise kredi komitesi üyesi seçilecek yönetim kurulu üyeleri bakımından aranmayacaktır.

III. YÖNETİM KURULU VE KREDİ KOMİTESİ TOPLANTILARININ ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILMASI

A. Genel Olarak Yönetim Kurulu Toplantısı

Anonim şirketlerde idare ve temsil görevi yönetim kurulu tarafından yerine getirilmektedir. Yönetim yetkisinin kullanılması ve yönetsel kararların alınması, yönetim kurulu tarafından kural olarak kurul halinde toplanması ve karar alınması yoluyla gerçekleştirilmektedir. Yönetim kurulu üyeleri tarafından toplantılara katılarak görüş açıklamak ve oy kullanmak hem bir görev hem de hak niteliğindedir.²⁰ Bu çerçevede, yönetim kurulunun toplanması genel olarak fiziki veya elektronik ortamda üyelerin bir araya gelecek toplanması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, üyelerinin hiçbirinin top-

¹⁸ Eğitim ve mesleki tecrübe şartının, yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlasının gerçek kişi olması sonucunu doğurduğu, ancak 5411 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde yer alan sıfatların taşınmamasının tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabileceği, bu nedenle tüzel kişiler bakımından bir engelin olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. CAN, s.53.

¹⁹ KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.402.

²⁰ ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s.338.

lantı yapılmasını istememesi halinde elden dolaştırma suretiyle karar alınması şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir.²¹

Ancak, TTK'nın 390'ncı maddesi uyarınca, üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmamış ise, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda tüm yönetim kurulu üyelerine aynı şekilde yaptığı karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de yönetim kurulu kararları alınabilir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, banka anonim ortaklıklarının yönetim kurullarının toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesi veya elektronik ortamda katılım sağlanmasına ilişkin olarak, özel kanun niteliğindeki 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda veya ilgili alt düzenlemelerinde herhangi bir özel hüküm bulunmamakta olup, söz konusu şirketlerin özel nitelik arz eden şirketler olmalarının yanında birer anonim ortaklık olarak varlık buldukları da dikkate alındığında, yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesi bakımından TTK ve ilgili alt düzenlemeleri uygulanacaktır.²²

B. Banka Yönetim Kurulunun Elektronik Ortamda Toplanması

1. Şartları (Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurullarının Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması)

TTK hükümleri uyarınca, yönetim kurulunun tamamen elektronik ortamda toplanması veya üyelerinin bir kısmının fiziki, bir kısmının ise elektronik ortamda toplantıya katılabilecekleri düzenlenmiş ise de, yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılması belirli şartların varlığı halinde mümkün kılınmıştır.

Bu kapsamda, öncelikle TTK'nın 1527'nci maddesi uyarınca ilk şart, yönetim kurulu toplantısının elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesi için, bu hususta şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bu hususun düzenlenmiş olması gerekliliğidir.²³ Dolayısıyla, esas sözleşmede bu yönde hüküm

²¹ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti", *Ticaret ve Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 1, Y. 2022, ss. 115-142, s.117.

²² BEDER Aylın, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Elektronik Yönetim Kurulu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.55.

²³ ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s.340; KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.482; ÖZKER, s.94; BEDER, s.70; GÜRPINAR, s.1115.

bulunmasıyla elektronik ortamda toplantıya katılma, yönetim kurulu üyeleri için hak haline gelir.²⁴ Dolayısıyla, söz konusu şartın gerçekleşmesi durumunda, yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması veya bir kısım üyelerin yönetim kurulu toplantısına elektronik ortamda katılması yönetim kurulu başkanının takdir veya inisiyatifinde bulunmamakta olup, üye veya üyelerin bu yöndeki talebini bildirmiş olması yeterli olacaktır.²⁵

Diğer taraftan, TTK'nın 1527'nci maddesinin birinci fıkrasında, şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla şirketin yönetim kurulunun elektronik ortamda toplantı yapabileceğinin düzenlenmiş olmasının yanında, bu toplantılarda alınacak kararlar bakımından elektronik ortamda oy kullanılabilmesinin de şartları ayrıca düzenlenmiş olup, söz konusu şartların varlığı halinde şirket yönetim kurulu toplantılarında elektronik ortamda oy kullanılması suretiyle karar alınması mümkündür. Bu kapsamda, TTK'nın 1527'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, *“Birinci ve ikinci fıkra da öngörülen hâllerde, elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şarttır.”* denilmek suretiyle, yönetim kurulu toplantısında elektronik ortamda oy kullanılabilmesine ilişkin yerine getirilmesi gereken şartlar ifade edilerek, bu yolla oy kullanmak isteyen üye veya üyelerin istemde bulunması,²⁶ şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesinin varlığı, toplantının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine ilişkin araçların elverişliliğinin teknik raporla sağlandığının tescil ve ilan ile oy kullananların kimliğinin saklanması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde elektronik ortamda oy kullanmanın mümkün olacağı hüküm altına alınmıştır.²⁷

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, her ne kadar TTK'nın 1527'nci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan şartların elektronik ortamda oy kulla-

²⁴ AKDAĞ GÜNEY Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 255.

²⁵ GÜRPINAR, s. 1112.

²⁶ Söz konusu hükümde, her ne kadar elektronik ortamda oy kullanılabilmesinin şartı olarak, “ortağın” istemde bulunması bir koşul olarak ifade edilmiş ise de, yönetim kurulu bakımından toplantıya katılacak olanların yönetim kurulu üyeleri olduğu dikkate alındığında, ifadenin üyenin talebine olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. AKDAĞ GÜNEY, 2016, s.255.

²⁷ Buradaki tescilin kurucu nitelik taşıdığı, aksi halde yapılan toplantılar geçersizlikle karşı karşıya kalacağı yönünde bkz. AKDAĞ GÜNEY, 2016, s. 256.

nılabilmesinin şartları olarak ifade edildiği görülmekte ise de, söz konusu internet sitesi kurulması, elektronik ortam araçlarının etkin katılımın sağlanması bakımından elverişliliğinin sağlanması gibi şartlar sadece oy kullanılması bakımından değil, bizatihi yönetim kurulunun elektronik ortamda toplanması bakımından da gereklilik arz edecektir.²⁸ Nitekim maddenin gerekçesinde de bu husus, “... bu tür on-line toplantıların yapılabilmesi için şirkette bulunması gereken teknik altyapının varlığının tespiti ve ortağın bu sistemi kullanma istemi ile ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir.” şeklinde ifade edilmek suretiyle, fıkra hükmünün çevrimiçi toplantılar bakımından da geçerlilik arz ettiği ortaya konulmuştur.

Ayrıca, elektronik ortamı kullanmak isteyen ortakların, pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin elektronik posta adreslerini şirkete bildirmeleri gerekliliği de TTK'nın 1528'inci maddesinde hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, TTK'nın 1527'nci maddesinin altınca fıkrasında, yapılacak elektronik toplantıda oyun gerçek kişi sahibi tarafından kullanılmasının, uygulamaya ilişkin kurulların ve pay sahibinin temsilcisine talimatının internet aracılığıyla sunmasının esas ve usullerinin Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak tebliğle düzenleneceği ifade edilmiş olup, söz konusu hükme istinaden Ticaret Bakanlığı tarafından “Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ”²⁹ çıkarılarak elektronik ortamda yapılacak yönetim kurulu toplantılarına, katılımın elektronik ortamdan sağlanmasına, öneri sunulmasına, görüş açıklanmasına, oyların kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar da burada düzenlenmiştir.

Bu çerçevede, elektronik toplantıların yapılmasına ilişkin birtakım teknik ve güvenliğe ilişkin gereklilikler Tebliğ ile hüküm altına alınarak, Tebliğ'de³⁰ işlemlerin gerçekleştirilebilmesini teminen elektronik toplantı sisteminin tasarıma, kapasiteye, yedekleme ve felaketten kurtarma planlarına, yetkisiz erişimin önlenmesine yönelik ağ ve sistem güvenliğine sahip olması; ses, görüntü aktarımı, mesajlaşma, elektronik imzanın kullanımı gibi konularda alt yapının buna müsait olması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, Tebliğ hükümleri uyarınca, elektronik toplantı sisteminin kurulması, doğrudan şirketin kendisi tarafından sağ-

²⁸ ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s.340; BEDER, s.74; GÜRPINAR, s.1118.

²⁹ 29.08.2012 tarihli ve 28396 sayılı RG.'de yayımlanmıştır.

³⁰ Tebliğ'in 15'inci maddesi ile.

lanabilecek olmakla birlikte, hizmet alımı yoluyla da temin edilmesi mümkün bulunmakta olup, bu yönüyle şirketlerin kendileri tarafından kurulması yönünde bir zorunluluk getirilmemiştir.³¹

TTK'nın 1527'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ifade edilen, *elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi şartı*, Tebliğ'de detaylandırılarak, elektronik toplantı sistemi³² için uygunluğu yönünde alınacak teknik raporun bulunması gereken özellikler belirtilmiştir. Buna göre Tebliğin 14'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca teknik rapor; TÜBİTAK,³³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu veya bünyesinde asgari olarak bilgi sistemleri denetçi sertifikası (Certified Information Systems Auditor-CISA) bulunan personele sahip ve bu alanda denetim yapmaya yetkilendirilmiş şirketlerden alınabilecek olup, raporun -Ticaret Bakanlığı tarafından sürenin kısaltılması veya uzatılması durumu hariç olmak üzere- üç yılda bir yenilenmesi ve elektronik toplantı sisteminin uygunluğuna ilişkin teknik raporun yeniden tescil ve ilanı ile işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Tebliğin 14'üncü maddesinde yer alan düzenlemede aynı zamanda, teknik raporda tespitine yer verilmesi gereken hususlar da belirtilerek,

- *ISO 27001'e uygun bir bilgi güvenliği ve kişisel verilerin korunması alt yapısına sahip olduğu,*
- *Güvenli elektronik imza oluşturma ve doğrulama uygulamalarının, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa ve ikincil düzenlemelerle belirlenen standartlara uygun olduğu,*
- *5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ve ikincil düzenlemelerle belirlenen standart ve kriterlere uygun olarak verilerin uzun dönemli arşivlenmesine imkan tanıdığı,*
- *Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından ve diğer destek hizmeti veren şirketler tarafından oluşturulan platform veya bilişim sisteminin*

³¹ GÜRPINAR, s.1121; BEDER, s.59.

³² Tebliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca "*elektronik toplantı sistemi, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına; kolektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ortaklar kurulu veya genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmayı, öneride bulunmayı, görüş açıklamayı ve oy vermeyi teminen TTK'nın 1527 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca şirketlerin kuracakları veya bu konuda hizmet alımı yapabilecekleri bilişim sistemini*" ifade etmektedir.

³³ Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK).

MERSİS'e ve ilgili diğer veri tabanlarına entegrasyonu sağlayacak yeterlikte olduğu, şirketlerin kendilerinin kurdukları bilişim sisteminin ise tescili gerekli belgeleri bu veri tabanlarına iletebilecek nitelikte olduğu,

gibi hususlara elektronik toplantı sisteminin sahip olduğunun tespitinin, raporda bulunması asgari olarak bulunması gerektiği belirtilmiştir.³⁴

Bu bağlamda, banka yönetim kurullarının tamamen elektronik ortamda yapılması veya üyelerden bazılarının elektronik ortamda toplantıya iştirak etmeleri için, gerek TTK'nın 1527'nci maddesinde gerek Tebliğ hükümlerinde belirtilen şartların yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bu noktada bir hususa daha değinilmesinde yarar bulunmaktadır. Zira, Tebliğin 14'üncü maddesi uyarınca, kurulacak elektronik toplantı sistemin kullanılacağı platform veya bilişim sistemin, Merkezi Kayıt Kuruluşu veya diğer destek hizmeti kuruluşlarından temin edilmesinin mümkün bulunduğu ifade edilmiş ise de, destek hizmeti alınmasının bankalar açısından mevzuat-sal karşılığının da ilaveten irdelenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, bankaların destek hizmeti almaları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ilgili alt düzenlemelerine tabi kılınmış olup, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca, gerektiğinde bankaların destek hizmeti alabilecekleri konuları belirlemeye, banka veya banka grupları itibarıyla sınırlandırmaya, yasaklamaya veya sorumluluk sigortası yaptırılmasını zorunlu tutmaya, alınacak hizmetin niteliğine göre destek hizmeti kuruluşları ile diğer hizmet sağlayıcıların uymaları gereken usul ve esasları belirlemeye, hizmet alınmasını izin koşuluna bağlamaya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu yetkili kılınmıştır.

Söz konusu hükme istinaden çıkarılan Destek Hizmetleri Yönetmeliği³⁵ ile bankalarca destek hizmeti alınmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş olup, bankalarca destek hizmeti alınamayacak faaliyetler, destek hizmeti alınmasına ilişkin ön koşullar, destek hizmeti kuruluşlarında aranacak şartlar, bankalar ve destek hizmetleri şirketleri arasında imzalanacak destek hizmetleri sözleşmesinin unsurları ile destek hizmetlerine ilişkin diğer hususlar Destek Hizmetleri Yönetmeliği ile belirlenmiştir.

³⁴ Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yayımlanan 17.09.2018 tarihli ve 835 sayılı Genel Mektup ile, elektronik yönetim kurulu sistemi için yazılımı tamamlanan "e-YKS" sisteminin şirketlere kullanıma sunulduğu belirtilmiştir. (Erişim için bkz. www.mkk.com.tr).

³⁵ 05.11.2011 tarihli ve 38106 sayılı RG.'de yayımlanmıştır.

Destek Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesi uyarınca, bankaların bilgi sistemlerinin, bankacılık faaliyetlerini destekleyen bir araç olarak değerlendirilmek suretiyle, bankacılık mevzuatının gerektirdiği bankacılık faaliyet ve yükümlülükler bakımından yönetim, içerik tasarımı, erişim, kontrol, denetim, güncelleme, bilgi/rapor alma gibi fonksiyonlarda karar alma gücünün ve sorumluluğun bankada olması şartıyla, destek hizmeti alınma konu edilmesi olması mümkündür. Bir diğer ifade ile, bilgi sistemlerinin hakimiyetinin bankanın elinde bulunması, destek hizmeti kuruluşunun bulunduğu hizmetin yardımcı nitelikte bulunması koşuluyla bilgi sistemlerinin destek hizmetine konu edilebilmesi mümkündür.

Öte yandan, bankaların faaliyetlerini gerçekleştirirken kullandıkları bilgi sistemlerinin yönetimi, elektronik bankacılık hizmetlerinin sunulması ve bunlara ilişkin risklerin yönetimine ilişkin usul ve esaslar ile tesis gereken bilgi sistemlerinin kontrollerini düzenlemek amacıyla çıkarılan Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik³⁶ uyarınca; bankaların aldıkları destek hizmetleri de dahil olmak üzere, bankaların bilgi sistemlerine dışarıdan temin ettikleri, bankacılık verilerinin gizliliği, bütünlüğü, erişilebilirliği, bankacılık hizmetlerinin sürekliliğini etkileme potansiyeli olan, bankacılık verilerine erişimi olan, bankacılık verilerinin paylaşıldığı hizmet alımları dış hizmet alımı olarak kabul edilerek, dış hizmet alımı sürecinin yönetimine ilişkin esaslar düzenleme altına alınmıştır.

Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te ise, bankaların bilgi sistemlerine ilişkin alacakları dış hizmet alımlarında sürecin yönetimine ilişkin hususlara ayrıntılarıyla yer verilmiş olup, özellikle dış hizmet alınma konu edilen bilgi sistemleri ile ilgili yönetsel tüm detayların banka tarafından bilinmesi, kontrolün bankada bulunması, bankanın veri tabanlarına ve verilerine erişim yetkilerinin banka tesis edilmesi, alınan dış hizmet kapsamında oluşan hesap, kayıt ve işlemlere ait her türlü bilgi ve belgenin mülkiyetinin bankaya ait olması durumunda bankaların bilgi sistemleri bir bütün olarak veya kısmen dış hizmet alınma konu edilebilmesi mümkündür.

Bu açıdan, banka anonim ortaklıkları bakımından, yönetim kurulunun elektronik ortamda elektronik yönetim sistemi aracılığıyla toplanmasının, TTK ve ikincil düzenlemeleri çerçevesinde mümkün olmasının yanında, aynı

³⁶ 15.03.2020 tarihli ve 31069 sayılı RG.'de yayımlanmıştır.

zamanda bankaların diğer anonim şirketlerden farklı olarak söz konusu hizmeti destek hizmeti/dış hizmet alımı yoluyla temin etmeleri halinde, tabi oldukları 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ikincil düzenlemeleri de göz önünde bulundurarak, bu hizmeti destek hizmeti/dış hizmet yoluyla temin etmelerinde bankacılık mevzuatı açısından bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir.

2. Toplantının Gerçekleştirilmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 390'ıncı maddesi uyarınca, yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması hali de dahil olmak üzere, esas sözleşmede aksine bir hüküm getirilmek suretiyle ağırlaştırılmış toplantı yeter sayısı belirlenmemiş ise, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplantı ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır.

Diğer taraftan, TTK'da getirilen düzenlemeler ile, kurulların toplanmasında elektronik ortamların da kullanılmasına ilişkin hükümler öngörülerek, TTK'nın 1527'nci maddesi hükmü çerçevesinde yönetim kurulunun elektronik ortamda da toplanabilmesine ilk defa imkan sağlanmış bulunmaktadır.³⁷ Getirilen bu imkan ile, yönetim kurulu üyelerinin fiziki olarak bir arada bulunmalarının mümkün olmadığı hallerde dahi, teknolojik imkanlar yoluyla, yönetim kurulunun dinamik olarak çalışabilmesine imkan sağlamış olmaktadır.³⁸

Nitekim, 6102 sayılı TTK'nın 1527'nci maddesinin (1) numaralı fıkrası "*Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut oldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir. Bu hâllerde Kanunda veya şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen uygulanır.*" hükmünü amir olup, buna göre yönetim kurulu toplantılarının fiziki ortamda yapılabilmesinin yanında, tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi bazı üyelerin fiziken bulunarak bazı üyelerin ise elektronik olarak katılması yoluyla yapılabileceği öngörülmüştür.³⁹

³⁷ ARI Zekeriya, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 3-4, Aralık 2009, ss. 177-199, s. 178.

³⁸ GÜRPINAR, s. 1113.

³⁹ KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.481; KIRCA İsmail, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu -Başlıca Yenilikler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 3 - 4, Y. 2012, ss. 121-137, s.132.

Maddenin gerekçesi⁴⁰ de değerlendirildiğinde, yönetim kurulu toplantısının çevrimiçi gerçekleştirilmesi, özellikle üyelerinin tamamı veya bir kısmının yurtdışında yerleşik yabancılardan oluştuğu yabancı sermayeli bankaların yönetim kurullarının fiziki olarak toplanılmasında yaşanan zorlukları önemli ölçüde çözümlenecektir. Dolayısıyla, gerek yaşanan zorlukların giderilmesi, gerek üyelerin birlikte toplantı yapma ve toplantı gündemini değerlendirme imkânlarının yersel konum itibarıyla farklılık arz etmesi durumunda dahi elektronik ortamda toplantı yapılması yoluyla zamandan tasarruf edilmesi, toplantıların verimli ve hızlı geçmesi ile karar alınma sürecinin etkin çalıştırılabilecek olması, elektronik ortamda gerçekleştirilecek toplantının bu yönleriyle önemini ortaya koymaktadır.

Öte yandan, gerek bankalar gerek diğer anonim şirketler bakımından, yönetim kurulu toplantısının gerçekleştirilmesi için herhangi bir çağrı prosedürünün/usulünün işletilmesini gerekli kılacak yönde TTK'da veya 5411 sayılı Bankacılık Kanunu veya ilgili diğer alt düzenlemelerinde bir düzenleme mevcut bulunmamakta olup⁴¹ yönetim organının hareket alanının kısıtlanmaması adına bu durumun üyelerin toplanabilmesine ve hazırlık süreçlerini tamamlayabilmelerine imkan tanıyacak bir zaman dilimini de beraberinde getirmesi gerekmektedir.⁴² Bu kapsamda, yönetim kurulu toplantısı gerçekleştirileceğine dair bildirim, ispatını da sağlayacak şekilde telefonla, e-posta ile, elden, iadeli taahhütlü mektup ile gerçekleştirilebilmesi mümkündür.⁴³ Bununla birlikte, TTK'nın 392'nci maddesinin yedinci fıkrası; "*her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir.*" hükmünü amir olup, söz konusu hükme istinaden yönetim kurulunun her bir üyesinin bizatihi kendisi de toplantıya çağrı konusunda başkandan talepte bulunmaya yetkili kılınmıştır. Ancak bu durum da göstermektedir ki, her ne kadar talepte bulunabilecek olanlar yönetim kurulu üyeleri olsalar dahi, TTK'nın 392'nci maddesinin düzenlemesi çerçevesinde, yönetim kurulu toplantısına çağırma yetkisi başkanda, başkanın bulunmadığı durumda ise vekilinde bulunmaktadır.⁴⁴

⁴⁰ TTK. M.1527'nin madde gerekçesi.

⁴¹ ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s. 338; KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s. 482; ERÇOŞKUN ŞENOL Kübra, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı**, C. 19, S. 2, Y. 2013, ss. 1693-1726, s. 1700.

⁴² ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s. 339.

⁴³ KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s.486; ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s. 339.

⁴⁴ ERÇOŞKUN ŞENOL, s. 1702.

Yönetim kurulunun elektronik ortamda toplanmasına ilişkin olarak, Tebliğin 9'uncu maddesinde toplantıya katılım isteğinin bildirimine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş olup, banka tarafından farklı esaslar belirlenmemesi halinde, toplantıya katılacak olan banka yönetim kurulu üyeleri tarafından, bankanın internet sitesinde hazır bulunan elektronik ortamda toplantıya katılma talebinin, toplantı tarihinden önceki güne kadar imzalanarak bankanın kayıtlı e-posta adresine iletilmesi gerekmektedir. Söz konusu talebin akabinde, toplantıya elektronik ortamda katılacak kişinin sisteme erişmesi için gerekli tanımlamalar yapılarak yönetim kurulu üyesine bildirimde bulunulacaktır.

Söz konusu toplantıya elektronik ortamda katılma yönünde yönetim kurulu üyesi veya üyelerinin talepte bulunması halinde, talebin varlığını müteakiben yine Tebliğin 10'uncu maddesine göre, yönetim kurulu toplantısından bir saat önce toplantı sistemi erişime açılacak olup, elektronik ortamda toplantıya katılacak üyeler elektronik imzalarını kullanmak suretiyle sisteme giriş yaparak toplantıya katılım sağlayabileceklerdir. Bu suretle yönetim kurulu toplantısına katılan üyeler, toplantı gündemine ilişkin görüş ve değerlendirmelerini yine toplantı sistemi üzerinden yazılı olarak bildirebileceği gibi, sesli olarak da bildirebilir.⁴⁵

C. Kredi Komitesi Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 51'inci maddesi uyarınca, yönetim kurulu tarafından kredi açma yetkisinin, kredi komitesine devredildiği hallerde, kredi komitesinin gerçekleştireceği toplantıları salt fiziki toplantı yapılması suretiyle mi yapacağı, yoksa yönetim kurulu benzeri şekilde elektronik ortamda da kredi komitesinin toplanıp toplanamayacağı hususunda gerek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda gerek alt düzenlemelerinde bir hüküm bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 51'inci maddesinde yer bulan, kredi komitesinin oluşumu, çalışma ve karar alma esaslarının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirleneceğine yönelik düzenlemeye istinaden, Kredi Yönetmeliği'nde kredi komitesinin oluşumunun yanında çalışma esaslarına ilişkin de hüküm ihdas edilmiştir.

Bu kapsamda, söz konusu Kredi Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde kredi komitesinin çalışma esasları düzenlenmiş olup, söz konusu hüküm

⁴⁵ Tebliğ m.10/ f.2.

uyarınca kredi komitesi üyelerinin tamamı ile toplanmak durumundadır. Öte yandan, TTK'nın 390'uncı maddesine benzer şekilde, kararın toplantı yapılmaksızın alınabileceğine ilişkin bir düzenlemenin mevcut bulunmaması, kredi komitesinin üyelerinin tamamının katılımı ile toplanacağı, toplantı sonucunda kredi komitesi kararlarını oybirliği ile alırsa kararların doğrudan, oy çokluğu ile alırsa yönetim kurulu onayı sonrasında kararların uygulanabileceğine ilişkin düzenleme de dikkate alındığında, kredi komitesinin toplantı yapılmaksızın karar alma imkânı bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Kaldı ki, kredi açma yetkisi gibi bir bankanın temel faaliyetleri bağlamında yönetim kuruluna ait olan önemli olan bir yetkinin kullanımı, kredi açılması talebine ilişkin gerekli değerlendirmelerin yapılabilmesi, onaylanması ve iş akış süreçlerinin kontrol edilmesi gibi önemli görev ve sorumlulukları da içerisinde barındırdığından, yetkinin kullanımı amacıyla kredi komitesinin toplanmadan karar vermesi mümkün olmayacaktır.

Ancak, kararların alınışına ve uygulanmasına ilişkin hususlar dışında, kredi komitesinin üyelerinin tamamı ile toplanabilmesine ilişkin hükmün yanında toplanın gerçekleştirilme metoduna ilişkin sınırlandırıcı bir hükmün de bulunmadığı değerlendirildiğinde, söz konusu toplantının fiziken ya da elektronik ortamda yapılması mümkündür.

IV. YÖNETİM KURULU VE KREDİ KOMİTESİ KARARLARININ ELEKTRONİK ORTAMDA ALINMASI VE KARAR DEFTERLERİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA İMZALANMASI

A. Elektronik Ortamda Karar Alınması

Yönetim Kurulu ile kredi komitesinin elektronik olarak toplanması TTK'nın ilgili hükümleri ile mümkün kılınmıştır. Konuya ilişkin incelenmesi gereken bir diğer husus ise elektronik olarak toplanan yönetim kurulu ve kredi komitesinin karar almasıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ilgili alt düzenlemeleri çerçevesinde yönetim kurulu ve kredi komitelerinin elektronik olarak toplanmasına ve karar almasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla konuya ilişkin TTK'da yer verilen hükümlerin incelenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, TTK'nın 390'uncü maddesinde yönetim kurulu toplantılarında karar alınmasına ilişkin esaslara yer verilerek toplantı ve karar nisabı, üyeler arasında temsilen oy kullanımı, kararların geçerlilik şartı vd. hususlar düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda, öncelikle söz konusu mad-

de düzenlemesi uyarınca yönetim kurulu toplantısında karar alınmasına ilişkin esaslara, akabinde ise hükmün elektronik yönetim kurulunda alınacak kararlar ile ilişkisine değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

Anılan maddenin birinci fıkrasında yer verilen düzenlemeye göre esas sözleşmede aksine hüküm bulunmaması halinde yönetim kurulu üye tamsayısının çoğunluğu ile toplanarak kararlarını da toplantıda bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır.

Diğer taraftan, anılan maddeye göre yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantıya vekil aracılığı ile de katılamayacaklardır. Karar nisabına ilişkin genel kural yönetim kurullarının esas çoğunluk ile toplanıp karar alması ise oyların eşit olması halinde toplantı konusu gelecek toplantıda görüşülecektir. İkinci toplantıda da eşitlik olması halinde de toplantı konusu öneri reddedilmiş sayılacaktır.

Aynı maddenin beşinci fıkrasında yönetim kurullarında alınan kararların geçerliliği ise, yazılıp imza edilmiş olmasına bağlanmıştır. Buna göre yönetim kurullarında alınan kararların geçerliliği, yönetim kurulu üyelerinin alınacak kararları kendi aralarında müzakere ederek almış olmasına bağlanmıştır. Bu nedenle yönetim kurulu kararlarının üyelerin görüşlerini ifade ederek ve toplantıya konu gündemin üyelerin de fikirleri ile birlikte değerlendirilerek alınmış olması gerekmektedir. Ayrıca toplantı gündeminin üyelerin görüşleri ile birlikte müzakere edilerek alınması önemli olmakla birlikte toplantıda yer verilen tüm konuların da yazılı olarak kayıt altına alınmış olması önem arz etmektedir.⁴⁶

Bu durumda asıl olan yönetim kurulu üyelerinin müzakere ederek karar alması olmakla birlikte yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar alınmasına yönelik olarak da bir düzenleme getirilmiştir. TTK'nın 390'ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinden hiçbirisinin yönetim kurulu toplantısı yapılmasını istememesi halinde üyelerden birisinin yazılı şekilde yapılan önerisine en az üye tamsayısının çoğunluğunun yazılı onayı ile de yönetim kurulu kararı alınabilir. Bu kararın geçerli olabilmesi için aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yönelik olarak yapılmış olması gerekmektedir. Bu kararın geçerli olabilmesinin bir diğer şartı ise onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesidir.

⁴⁶ ÖZKER, s. 105.

Yönetim kurulu toplantısının elektronik ortamda yapılması halinde de, gerek TTK'nın 390'ıncı maddesinin birinci fıkrası hükmü, gerek TTK'nın 1527'nci maddesinin birinci fıkrası hükmü çerçevesinde, TTK'da ve şirket esas sözleşmesinde öngörülen toplantı ve karar nisaplarına ilişkin hükümlerin aynı şekilde uygulanması söz konusu olacağından, yukarıda ifade ettiğimiz toplantı ve karar nisapları elektronik yönetim kurulu toplantıları bakımından da farklılık arz etmeyecektir.

Diğer taraftan, elektronik ortamda yapılacak yönetim kurulu toplantısının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin esaslar, Tebliğ'in 10'uncu maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu madde uyarınca, elektronik ortamda yapılan yönetim kurulu toplantısında yönetim kurulu üyeleri tarafından toplantı gündemine ilişkin görüşler elektronik toplantı sistemi üzerinden sunulacak olup, toplantı sırasında alınacak kararlara ilişkin oylama da aynı şekilde elektronik toplantı sistemi üzerinden yapılarak tamamlanacaktır. Yönetim kurulu üyeleri tarafından, elektronik toplantı sistemine giriş elektronik imza yolu ile gerçekleştirildiğinden, toplantı sonucunda karar da aynı şekilde elektronik ortamda alınmış olacaktır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, TTK'nın 1527'nci maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere elektronik ortamda alınan kararlar kararlar güvenli elektronik imza ile imzalanabilecekleri gibi, daha sonra, fizikî imza ile de kayıt altına alınabilmektedir. Yapılan oylamaların tamamlanmasının ardından, gerek oylama sonucu, gerek varsa muhalefeler toplantı tutanağına ve/veya başkan tarafından eklenecektir.

Bunlara ek olarak yönetim kurulu toplantılarına elektronik ortamda katılım sağlanması ve karar alınması fiziki olarak yapılan toplantıların tüm sonuçlarını doğuracaktır.

B. Defter Tutma Yükümlülüğü

TTK'nın 12 ila 16'ncı maddelerinde ise tacir sıfatına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Tacir olmanın hükümlerine ise aynı kanunun 18'inci maddesinde yer verilmiş ve tacir olmanın hükümlerinden biri de ticari defter tutma olarak belirlenmiştir. Aynı madde ile ticari defter tutma yükümlülüğü kapsamında hiçbir tacir açısından ayırım yapılmamıştır. Ticari defterler ile ilgili ayrıntılı hükümlere ise aynı Kanunun 64 ila 88'inci hükümleri arasında yer verilmiştir.

Tacirin gerçek kişi olması durumunda ticari defterler gerçek kişi tacir tarafından, tacirin tüzel kişi olması halinde ise yönetim kurulu veya yönetici-

leri tarafından tutulmalıdır.⁴⁷ ETTK’da yer alan gerçek ve tüzel kişiler bakımından tutulan defterler arasındaki farklılığa TTK ile son verilmiştir. Defter tutma yükümlülüğü tacir sıfatını kazanma, tacir sayılma ve tacir gibi sorumlu olma tarihinden veya anından itibaren başlayacak ve bu sıfatların son bulmasına kadar devam edecektir.⁴⁸ Ancak bu yükümlülük başka kişiler tarafından da yerine getirilebilir.⁴⁹ Yönetim kurulu ve yöneticiler tüzel kişinin tabi olduğu kurallara göre belirleneceğinden ticari defterlerin tutulmasına ilişkin sorumlulukları özel kanunlarında yer verilen hükümlere göre belirlenir. TTK’nın 375’inci maddesine göre defterlerin tutulmasına dair sorumluluk yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerden olduğundan defterlerin fiziki olarak tutulması başka kişiler tarafından da yerine getirilebilir. Defterlerin ilgili mevzuata uygun tutulmasına ilişkin sorumluluk ise defteri tutacak kişilerin seçilmesinde gereken dikkat ve özenin gösterilmesi bakımından yönetim kurulu ve yöneticilere ticari defterlerin tutulması açısından sorumluluk yüklemiştir.⁵⁰

Ticari defterlerin usulüne uygun olarak tutulması işletmenin alacaklıları için önemli olduğu gibi şirketin vergiye tabi kazancını hesaplamak ve ticari delil olması niteliği dolayısıyla da önemlidir. Bunun yanı sıra hileli veya kusuru iflasın ispatı halinde de ticari defterin tutulması önem arz etmektedir. Aksi takdirde ticari defterlerin usulüne uygun tutulması nedeniyle tacirin cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.⁵¹

Ticari defterlerin tutulmasına ilişkin gerekliliklere TTK’nın 65’inci maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde;

“(1) Defterler ve gerekli diğer kayıtlar Türkçe tutulur. Kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde bunların anlamları açıkça belirtilmelidir.

⁴⁷ ERİŞ Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler**, C. II, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014., s. 1472.

⁴⁸ HUYSAL SEZGİN Ayşegül, “Yeni TTK ve HMK Çerçevesinde Ticari Defterler” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2012, ss. 191-204.

⁴⁹ TAŞDELEN Nihat, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari Defterler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Y. 2012, ss. 257-295, s. 263.

⁵⁰ ALTAŞ Soner, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 747.

⁵¹ BİLGİLİ Fatih, “Ticari Defterler - Cari Hesap - Acente”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 3-4, Aralık 2012, ss. 55-91, s.57; TAŞDELEN Nihat, s. 259.

(2) Defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılır.

(3) Bir yazım veya kayıt, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilemez ve değiştirilemez. Kayıt sırasında mı yoksa daha sonra mı yapıldığı anlaşılmayan değiştirmeler yasaktır.

(4) Defterler ve gerekli diğer kayıtlar, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde veya veri taşıyıcıları aracılığıyla tutulabilir. Defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması şarttır. Elektronik ortamda tutulma hâlinde birinci ilâ üçüncü fıkra hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.”

şeklinde düzenlenmiş olup, ticari defterlerin Türkçe tutulması gerektiği, tutulan kayıtların eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olması gerektiği ve değiştirilemeyeceği ile defterler ve gerekli diğer kayıtların olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde veya veri taşıyıcıları aracılığıyla tutulabileceği, defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olmasının şart olduğu düzenlenmiştir. Türkçe kayıtlar bulunması şartının sağlanması ile birlikte ticari defterler başka dillerde de tutulabilecektir.⁵²

Bankacılık mevzuatı açısından karar defterinin tutulması önem arz eden husus olduğundan, bu konuya değinilmesinde fayda bulunmaktadır. TTK'nın 64'üncü maddesi uyarınca Ticaret Bakanlığı ile Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 19.12.2012 tarihli ve 28502 sayılı RG.'de yayımlanan “Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ”in “Yönetim Kurulu Karar Defteri” başlıklı 10'uncu maddesinde yönetim kurulu karar defterinin tanımına yer verilmiştir. Söz konusu tanıma göre “Yönetim kurulu karar defteri, anonim şirketlerde yönetim kurulunun, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticinin veya yöneticilerin şirket yönetimi ile ilgili olarak aldığı kararların yazılacağı ciltli ve sayfa numaraları teselsül eden defterdir.” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵² ERİŞ, s. 1488.

Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise, karar tarihine, karar sayısına, toplantıda hazır bulunanlara, kararın içeriğine ve üyelerin imzalarına ilişkin kayıtların yönetim kurulu karar defterinde bulunması gerekmektedir. Kararın elden dolaştırma usulü veya bazı üyelerin elektronik ortamda katılması suretiyle alındığı durumlarda ise kararın elden dolaştırma usulüyle veya elektronik ortamda katılımla alındığı hususu ayrıca belirtilecektir.

Bunun yanı sıra yönetim kurulu kararlarının üyelerin tümünün elektronik ortamda katılması ve kararın güvenli elektronik imza ile imzalanması halinde kararın güvenli elektronik imza ile imzalandığını belirten ifadenin de karar metninde yer alması ve bu şekilde alınan kararların fiziki deftere yapılandırılması gerekmektedir. Kararın bazı üyelerin fiziki ortamda bazı üyelerin ise elektronik ortamda toplantıya katılması suretiyle alınması halinde ise, karar metninde fiziki ortamda katılanların imzaları ile elektronik ortamda katılanların güvenli elektronik imza ile kararı imzaladıkları belirtilmesi ile söz konusu kararın fiziki karar metni karar defterine yapıştırılması da gereklidir. Yine aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca yönetim kurulu karar defterlerinin, elektronik ortamda tutulması halinde TTK'nın 65'inci maddesi uyarınca güvenli bir şekilde saklanması gerekmektedir.

Yukarıda yer verilen mevzuat bütün defterlerin zorunlu olarak tutulması, defterlerin dayanağını oluşturan belgelerin saklanması, açılış ve kapanış onaylarının yapılması, defterlerin Türk lirası üzerinden ve Türkçe tutulması, kanuna uygun tutulma ve işletmenin gerçek finansal durumunu göstermesi ticari defterlerin tutulmasına ilişkin genel ilkeler olarak belirlenebilecektir.⁵³

Banka anonim ortaklıkları bakımından da, bankacılık mevzuatı kapsamında yukarıda yer verilen yönetim kurulu defterinin tutulmasına ilişkin genel esaslardan ayrılan düzenleme söz konusu olmadığından, genel esaslar bankalar açısından da gereklilik arz edecek olup, gerek 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 28'inci maddesi gerek Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 11'inci maddesi uyarınca, TTK'nın defterlere ilişkin hükümleri doğrultusunda onaylanan defterlere, söz konusu kararlar kaydedilecektir.

⁵³ AKSOY Mehmet Ali, "Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, Y. 2016, ss. 135-168, s. 147.

Anılan hükümlerde yer verilen düzenleme ile karar defteri sadece yönetim kurulu için değil denetim komitesi, kredi komitesi ve müdürler kurulu kararları için de zorunlu tutulmuştur. Söz konusu maddenin gerekçesinde iyi yönetimin unsurlarından birisinin hesap verilebilirlik açısından yönetim kurulunun ve yönetime ilişkin önemli komitelerin aldığı kararların kaydedilmesinin esas olduğu ve bunu sağlamak amacıyla yönetim kurulunun yanı sıra denetim komitesi ve kredi komitesi kararlarının da aynı usul ve esaslara bağlı kılındığı ifade edilmekte olup,⁵⁴ denetim komitesi, kredi komitesi ve müdürler kurulu kararları için de bu çerçevede karar defteri tutulması gerekmektedir.

C. Karar Defterlerinin Elektronik İmza ile İmzalanması

TTK, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 5070 sayılı Kanun hükümleri uyarınca şirketlerin yönetim kurullarının, mevzuatta yer alan şartların sağlanması ve gerekli altyapının sağlanması şartıyla, elektronik ortamda yapılması mümkündür. Bahse konu hususlar bankacılık mevzuatı açısından değerlendirildiğinde ise;

Bilindiği üzere, Kanunun “*Karar Defteri*” başlıklı 28’inci maddesi,

*“Yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi ile müdürler kurulu kararları, aralarında açıklık bırakılmamak ve satır aralarında çıkıntı olmamak şartıyla tarih ve numara sırasıyla 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun defterlerle ilgili hükümleri gereğince onaylanmış müteselsil sayfa numaralı ayrı birer deftere metnin doğruluğundan hiçbir şekilde şüpheyi davet etmeyecek şekilde **günü gününe kaydedilir ve her kararın altı, üyeler tarafından karar tarihinden itibaren en geç bir ay içinde imza olunur. Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, yılsonlarında ciltlettirilmeleri kaydıyla karar defterleri yerine yaprakları noterce tasdikli ve müteselsil sıra numaralı ayrı kalamoza kullanılabilir.**”* hükmünü amir olup, bankalar bakımından özel kanun niteliğinde olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca, yönetim kurulu kararlarının yanı sıra denetim komitesi, müdürler kurulu ve kredi komitesi kararlarının da TTK’nın defterlerle ilgili hükümleri uyarınca onaması yapılmış bir deftere günü gününe kaydedileceği ve kararların imza-

⁵⁴ Yönetim kuruluna ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer verilen şartları sağlamayan kararların karar defterine kaydedilemeyeceğine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun yazısı için bkz. REİSOĞLU Seza, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, Son Değişiklikler Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2015, s. 686-689.

lanması için karar tarihinden itibaren bir aylık ilave sürenin bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Böylece, geçerliliği yazılıp imza edilmesi şartına bağlı olan kararlar için diğer şirketlerin aksine banka yönetim kurulu üyeleri için karar tarihinden itibaren bir aylık ilave imza süresi bulunmaktadır.⁵⁵

Konuya ilişkin 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.'de yayımlanan “Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in “Karar defterinin tutulması” başlıklı 11’inci maddesi ise,

*“(1) Banka yönetim kurulu, müdürler kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi kararları, aralarında açıklık bırakılmamak ve satır aralarında çıkıntı olmamak şartıyla tarih ve numara sırasıyla 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun defterlerle ilgili hükümleri gereğince onaylanmış müteselsil sayfa numaralı ayrı birer deftere metnin doğruluğundan şüpheye yer vermeyecek şekilde günü gününe kaydedilir ve **her kararın altı, üyeler tarafından karar tarihinden itibaren en geç bir ay içinde imza olunur. Üyeler katılmadıkları kararları, muhalif kalma gerekçelerini belirtmek suretiyle imzalarlar.***

...

(3) Birinci fıkrada belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde düzenlenecek ve imzalanacak kararlar, önceden notere tasdik ettirilmiş müteselsil sıra numaralı yapraklara yazıldıktan sonra ayrı bir kalamozada saklanabilir. Ancak, bu şekilde tutulan kararlara ilişkin yaprakların, yılın son günü alınan kararların da yazılı olduğu yaprakları kapsayacak şekilde en geç izleyen yılın Ocak ayı sonuna kadar ciltlettirilmesi zorunludur.”

hükmünü haizdir.

⁵⁵ 5411 sayılı Bankacılık Kanununda yer alan düzenlemelerin banka karar defterlerinin elektronik ortamda tutulamayacağı anlamına geldiği yönünde bkz. TAŞDELEN Selim Servet, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 399.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri kapsamında onaylanmamış karar defteri kullanan, kararları deftere kaydederken bu maddede yer verilen hususları yerine getirmeyen, kararları günü gününe kaydetmeyen, kararları bir ay içinde üyelere imzalatmayan bankalar hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 146'ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası yaptırımını uygulanacaktır. Böylece yönetim kurulu tarafından alınan kararların karar tarihinden itibaren her halükarda bir ay içerisinde imzalanmış olması gerekmektedir.

Yönetim kurulu tarafından alınan kararların bankalar tarafından günü gününe kaydedilmiş olması gerekmektedir. Alınan kararların her birinin üyeler tarafından imzalanması gerekmektedir. Üyelerin muhalif kalmaları halinde ise muhalif kalma gerekçelerini de belirtmek suretiyle imza atacaklardır. Alınan kararların önceden noterde tasdik edilmiş ve müteselsil sıra numaralı yapraklara yazıldıktan sonra ayrı bir kalamozada saklanması ise mümkündür.

Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise yabancı bankaların şubelerine ilişkin karar defterlerinin nasıl tutulması gerektiğidir. Yabancı bankaların Türkiye'de bulunan şubeleri Türkiye'de yapacakları işlemler açısından TTK ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tabi olmakla beraber 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanuna tabi olmayacaklardır.⁵⁶

TTK'da anonim şirketlerin elektronik ortamda toplanıp karar alabilmesi için şirketin bu amaca özgülünmüş bir internet sitesinin bulunması, yönetim kurulunun iç yönergede bu yönde bir düzenleme yapılması ve konuya ilişkin bir ilke kararı alınmış olması, şirketin yönetim kurulunun elektronik olarak toplanarak karar alabilmesine elverişli olduğu yönünde teknik raporun alınmış olması ve söz konusu teknik raporun tescil ve ilan edilmiş olması şartları da ayrıca aranmıştır. TTK'da yer verilen şartlara ilişkin yükümlülükler anonim şirket tarafından yerine getirildiğinde, elektronik olarak yapılan kurullar fiziken yapılan kurulların hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yönetim kurulu üyeleri tarafından toplantıya katılma ve oy kullanma görevlerinin şahsen ifası gerektiğinden elektronik ortamda yapılan kurullarda da yönetim kurulu üyeleri yerine bir başkası temsilen oy kullanamayacaktır. Yönetim kurulları tarafından alınan kararlar güvenli elektronik imza ile imzalanacaktır.⁵⁷

⁵⁶ REİSOĞLU, s. 690.

⁵⁷ ÇAMOĞLU/ POROY/ TEKİNALP, s.375.

Bilindiği üzere, TBK'nın 15'inci maddenin birinci fıkrası; “*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.*” hükmünü amirdir. Anılan madde ile güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haiz olacağı, her iki imzanın ispat gücü aynı mahiyette olduğu ve imzanın güvenli elektronik imza kullanılarak oluşturulması halinde elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı kabul edilmiştir. 5070 sayılı Kanununun 5'inci maddesinde yer alan “*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.*” hüküm ile de, madde kapsamında adi yazılı geçerlilik şekline bağlı işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır.⁵⁸

“*Güvenli Elektronik İmza*

MADDE 1526:

...

(3) Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanununun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilir...”

Diğer yandan, 29.08.2012 tarihli ve 28396 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ*”in “*Sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına elektronik ortamda katılım*” başlıklı 5'inci maddesi;

“Sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına isteyen hak sahipleri Elektronik Toplantı Sistemi aracılığıyla elektronik ortamda katılabilirler. Üyelerden herhangi birinin toplantıya fiziken katılacağını beyan etmemesi halinde toplantı tamamen elektronik ortamda da yapılabilir.”

şeklinde düzenlenmiştir.

⁵⁸ KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 132; HATEMİ Hüseyin /GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 49.

Bu kapsamda, yönetim kurulu kararları geleneksel yöntemle önerilerin yazılı-imzalı onay yoluyla alınabileceği gibi, bu toplantıların gerek elektronik ortamda yapılan yönetim kurulu gerekse fiziki ortamda yapılan yönetim kurulu toplantısına elektronik ortamda katılarak güvenli elektronik imza ile imzalanması suretiyle veya elektronik posta gönderilmesiyle gerçekleştirilebilmesi hukuken mümkündür.⁵⁹

Anılan hüküm uyarınca, Kanun'daki gerekliliklere ilaveten üyelerin katılmadıkları kararları muhalif kalma gerekçelerini belirtmek suretiyle imzalamalarına ilişkin ilave bir zorunluluk getirilmiş ve deftere yazdırılmadan, müteselsil sayfa numaralı yapraklara yazdırılarak kalamozada saklama şeklinde karar defteri tutulması gerekmektedir.

V. SONUÇ

Anonim şirketin yönetilmesi ve temsil edilmesi ile görevli ve yetkili organ olan yönetim kurullarının, istişare ve müzakere yollarının da etkin bir şekilde kullanılması amacıyla fiziki olarak toplantı yapmaları ve karar almalarının yanında, eTTK'daki düzenlemeden farklı olarak TTK ile yönetim kurulu toplantısının elektronik ortamda da gerçekleştirilmesine imkan tanınmıştır.

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, özellikle fiziki olarak toplanabilme imkanının bulunmaması, ancak bununla birlikte toplantı yapılması ihtiyacının gerekebileceği haller de dahil olmak üzere, günümüzde gelişen ve değişen imkanların da kullanılması ile birlikte yönetim kurullarının toplanmalarına imkan sağlanması amaçlanmıştır.

Bu inceleme kapsamında, anonim ortaklıkların özel bir görünüm şekli olan banka anonim ortaklıklarında, TTK hükümleri ile birlikte bankacılık mevzuatının öngördüğü kuralların da değerlendirilmesine çalışılarak, banka anonim ortaklığı yönetim kurulu ile kredi komitelerinin elektronik ortamda toplanıp toplanamayacakları ile bunlarca elektronik ortamda alınacak kararların tabi olacağı çerçeve ele alınmıştır.

⁵⁹ GÜRPINAR, s. 1115; KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, s. 481; PULAŞLI Hasan, "Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum", **Elektronik Nehir Dergi Halil Arslanlı Bilim Arşivi**, 2011, <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf> (Erişim Tarihi: 27.08.2023), s. 63; TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 147.

5411 sayılı Bankacılık Kanununda banka yönetim kurulu ve kredi komite toplantılarının elektronik ortamda yapılması ve karar alınması, alınan kararların elektronik imza ile imzalanarak saklanması hususunda engel teşkil edecek mahiyette herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ilgili alt düzenlemelerde konuya ilişkin herhangi bir özel hüküm de bulunmaması nedeniyle konunun esasen 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre daha “genel” nitelikte bir kanun olan TTK ve TTK’ya ilişkin alt düzenlemelerde yer verilen düzenlemelere göz önüne alınarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, banka yönetim kurullarının elektronik ortamda yapılması ve yönetim kurulu kararlarının güvenli elektronik imza ile imzalanması hukuken mümkün bulunmaktadır.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Destek Hizmetleri Yönetmeliği	: Bankaların Destek Hizmetleri Almalarına İlişkin Yönetmelik
E.	: Esas
eTTK	: Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
m.	: Madde
f.	: Fıkra
K.	: Karar
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Tebliğ	: Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
Kredi Yönetmeliği	: Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY Necla, “Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 10, C. 10, S. 2, Haziran 2011, ss. 273-294.
- AKDAĞ GÜNEY Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- AKSOY Mehmet Ali, “Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, Y. 2016, ss. 135-168.
- ALICI Yaşar, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ALTAY Sıtkı Anlam, **Hukuki Açından Banka Anonim Ortaklığı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ALTAŞ Soner, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ARI Zekeriya, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükmü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 3-4, Aralık 2009, ss. 177-199.
- BİLGİLİ Fatih, “Ticari Defterler - Cari Hesap - Acente”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 3-4, Aralık 2012, ss. 55-91.
- BEDER Aylin, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Elektronik Yönetim Kurulu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- CAN Mehmet Çelebi, “Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, Y. 2016, ss. 27-64.
- CAYMAZ Neşe, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÇAMOĞLU Ersin/ POROY Reha/ TEKİNALP Ünal, **Ortaklıklar Hukuku-I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- DOĞRUSÖZ Hanife, **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ERCOŞKUN ŞENOL Kübra, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı**, C. 19, S. 2, Y. 2013, ss. 1693-1726.
- ERİŞ Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler**, C. II, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- GÜRPINAR Bünyamin, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı**, C. 19, S. 2, Y. 2013, ss. 1101-1126.
- HATEMİ Hüseyin /GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

- HUYSAL SEZGİN Ayşegül, “Yeni TTK ve HMK Çerçevesinde Ticari Defterler” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2012, ss. 191-204.
- İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti”, **Ticaret ve Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 1, Y. 2022, ss. 115-142.
- KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2016.
- KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- KIRCA İsmail, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu -Başlıca Yenilikler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 3 - 4, Y. 2012, ss. 121-137.
- KIRCA İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, C.1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- KOÇ Himmet, “TTK m. 367 Kapsamında Banka Kredi Komitesinin Konumu ve Hukuki Niteliği”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 3, Y. 2017, ss. 235-264.
- ÖZKER Gizem, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Alma Usulleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- PULAŞLI Hasan, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, **Elektronik Nehir Dergi Halil Arslanlı Bilim Arşivi**, 2011, <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf> (Erişim Tarihi: 27.08.2023)
- REİSOĞLU Seza, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, Son Değişiklikler Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2015.
- TAKAN Mehmet/ BOYACIOĞLU Acar Melek, **Bankacılık Teori Uygulama ve Yöntem**, 4. Bası, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2011.
- TAŞDELEN Selim Servet, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- TAŞDELEN Nihat, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari Defterler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Y. 2012, ss. 257-295.
- TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal, **Bankalar ve Finansal Kurumlar Mevzuatı**, 3. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Yarg. 11. HD. E. 2001/9055, K. 2002/ 873, 04.02.2002, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2001-9055-k-2002-873-t-04-02-2002> (Erişim Tarihi: 27.08.2023)

KARŞILAŞTIRMALI REKABET HUKUKUNDA SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ANLAŞMALARINI VE MUAFİYET REJİMİ^(*)

Av. **Ecem SÜSOY UYGUN**^(**)

Stj. Av. **Doğukan KALINOĞLU**^(***)

Öz: Son yıllarda sürdürülebilirlik ve iklim değişikliği konularındaki artan farkındalık, çevre dostu ürün ve projelerin sayısındaki hızlı artış, rekabet hukukunun bu “yeşil” dönüşüme uyum sağlaması gerekliliğini gündeme getirmiştir. Ancak sürdürülebilirlik anlaşmaları, rekabeti kısıtlayıcı etkiler taşıyabilir; bu nedenle, rekabet otoriteleri bu anlaşmaları dikkatle incelemeli ve sürdürülebilir kalkınma ile rekabetin koruması arasında hassas bir denge kurmalıdır. Bu makale, sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet hukuku çerçevesinde nasıl değerlendirildiğini ve muafiyet rejimlerinin nasıl uygulandığını karşılaştırmalı olarak ele alır. Sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet üzerindeki potansiyel etkileri ayrıntılı bir şekilde incelenir ve bu etkilerin nasıl yönetilmesi gerektiği üzerine rekabet otoritelerinin değerlendirmelerine yer verilir. Ayrıca, Avrupa Birliği, Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, Hollanda, İsviçre, Avusturya ve Macaristan rekabet hukukunda yaşanan gelişmeler karşılaştırılarak, farklı ülkelerin sürdürülebilirlik anlaşmalarına yönelik yaklaşımları ve uygulama farklılıkları analiz edilir. Yine, sürdürülebilirlik anlaşmalarının Türk rekabet hukukundaki yeri örnek Rekabet Kurulu kararları ile ele alınır. Bu bağlamda, işbu makale rekabet hukuku ile sürdürülebilirlik arasındaki etkileşimleri ve bu etkileşimlerin rekabet politikaları üzerindeki etkilerini kapsamlı bir şekilde ortaya koymayı amaçlar.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilirlik, Sürdürülebilirlik Anlaşmaları, Muafiyet, Muafiyet Rejimi, Rekabet.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 16.09.2024 - Makale Kabul Tarihi: 21.11.2024.

(**) Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ecemsusoy@erdem-erdem.av.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6104-2923>.

(***) Stajyer Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul - Türkiye,

E-posta: kalinoglugokan@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2153-8403>.

SUSTAINABILITY AGREEMENTS AND EXEMPTION REGIME IN COMPARATIVE COMPETITION LAW

Abstract: In recent years, growing awareness of sustainability and climate change, along with the rapid proliferation of eco-friendly products and projects, has underscored the need for competition law to adapt to this “green” shift. Nonetheless, sustainability agreements can potentially restrict competition; thus, competition authorities must scrutinize these agreements carefully and maintain a delicate balance between promoting sustainable development and protecting competitive markets. This article provides a comparative analysis of how sustainability agreements are evaluated within the framework of competition law and the application of exemption regimes. It delves into the potential competitive effects of such agreements and discusses how competition authorities assess and manage these effects. The article also compares developments in competition law across various jurisdictions, including the European Union, the United Kingdom, Germany, France, the Netherlands, Switzerland, Austria, and Hungary, to examine different approaches to and implementations of sustainability agreements. Furthermore, it explores the role of sustainability agreements within Turkish competition law, citing examples from the Competition Board’s decisions. Overall, the article aims to offer a comprehensive understanding of the interplay between competition law and sustainability, and the implications of this interplay for competition policy.

Keywords: Sustainability, Sustainability Agreements, Exemption, Exemption Regime, Competition.

I. GİRİŞ

Son dönemlerde sürdürülebilirlik ve iklim değişikliği konularında artan farkındalık, bu alanda yürütölen çalışmalar, rekabet hukukunun bu konularla olan ilişkisini de gündeme getirmiştir. 300’den fazla tanımlamaya sahip olmasına karřın¹ sürdürülebilirlik, Birleşmiş Milletler tarafından “günümüzün ihtiyaçlarını, gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılama yeteneklerinden vazgeçmeksizin karşılama” olarak tanımlanmıştır.² Temel olarak sürdürülebilirlik; ekonomik olarak verimli, sosyal açıdan adil ve çevresel olarak sürdürülebilir kalkınma olmak üzere üç temel esasa dayanır.³ Günümüzde “yeşil dönüşüm” (*green transition*) kapsamında çevre dostu, doğa dostu ve sürdürülebilir olarak pazarlanan ürün ve hizmetlerin sayısı hızla artmaktadır. Yeşil dönüşümün yanı sıra “adil dönüşüm” (*just transition*), “sosyal dönüşüm” (*social transition*), “kapsayıcı dönüşüm” (*inclusive transition*) ve “eşitlikçi dönüşüm” (*equitable transition*) gibi; çevresel etkilerinin haricinde ekonomik ve sosyal etkilere de sahip projelerin yaygınlaşmasını sağlayan dönüşümler mevcuttur. Bu gelişmelerin sonucunda, rekabet hukukunun da bu dönüşümlere uyum sağlaması ve rekabet otoritelerinin sürdürülebilirlik hedeflerini destekleyen, bu hedeflere ulaşmayı kolaylaştıran bir hukuki çerçeve sunmaları yönünde bir beklentinin oluştuğu gözlemlenmektedir.

Sürdürülebilirliğin gerçekteştirilmesi açısından, bazı ölkelerin anayasalarında doğal kaynaklar ve kamu kaynaklarının etkin kullanımı öngörölürken, bazı ölkelerde sürdürülebilirlik kavramı hukuk ve ekonomi politikaları açısından kamusal menfaat olarak nitelendirilebilmektedir. Böylece, konuya dair ulusal ve uluslararası kurumların çeşitli yaklaşmalarının bulunduğunu belirtmek şaşırtıcı olmaz. Rekabet hukuku açısından konunun ana odağı, sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak için teşebbüsler arasındaki iş birlikleri ve sürdürülebilirlik anlaşmalarıdır. Bu tür iş birlikleri ve anlaşmalar, fiyat, miktar, kalite, seçenek veya yenilik gibi rekabet parametreleri üzerinde olumsuz bir etki yarattığı durumlarda⁴ rekabet hukuku açısından bazı endişeler doğurabilir.

¹ JOHNSTON / EVERARD / SANTILLO / ROBERT, s. 60.

² UN, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Erişim: 25.11.2024)

³ PURVIS / MAO / ROBINSON, s. 681-682. Bu yaklaşım, rekabet otoriteleri tarafından da kabul edilmektedir. Bkz. Autorité de la Concurrence, “Notice on Informal Guidance From The Autorité in the Area of Sustainability”, 21.12.2023, s. 1, para.1, https://www.autoritedela-concurrence.fr/sites/default/files/2024-01/20231221_informal-guidance.pdf (Erişim: 27.08.2024).

⁴ Avrupa Komisyonu, 2023, s. 148.

Örneğin, otomotiv sektöründe karbon emisyonlarını azaltmak için düşük emisyonlu araç üretimi konusunda yapılan iş birlikleri, enerji sektöründe yenilenebilir kaynakların geliştirilmesi için oluşturulan ortaklıklar, perakende ve hızlı tüketim sektöründe çevre dostu ambalaj kullanımı için belirlenen standartlar, gıda üreticileri ve perakendecilerin sürdürülebilir tarım uygulamalarını teşvik etmek amacıyla tedarikçileriyle yapacakları belirli anlaşmalar sürdürülebilirlik açısından önemli faydalar sağlayabilir. Ancak bu tür iş birlikleri, küçük üreticilerin ve yeni girişimcilerin artan maliyetler nedeniyle pazardan dışlanmasına, mevcut oyuncuların yenilikçi çözümler geliştirme kapasitesinin azalmasına ve dolayısıyla rekabetin kısıtlanmasına yol açabilir. Benzer şekilde, geri dönüşüm programları veya sürdürülebilirlik uygulamalarını teşvik eden anlaşmalar, yalnızca belirli yöntemleri benimseyen oyuncuların pazarda kalmasını sağlarken diğerlerini dışlayabilir ve bu durum fiyat, kalite veya seçenek gibi rekabet parametreleri üzerinde olumsuz etkiler yaratabilir. Bu nedenle, bu tür anlaşmaların rekabet üzerindeki olası zararlarının sürdürülebilirlikten kaynaklanan faydalarını aşmamasına dikkat edilmeli ve rekabet hukuku kapsamında titizlikle incelenmelidir.

Görüldüğü üzere, ilk bakışta çevreye olumlu katkılar sağlaması nedeniyle masum görülen bir inisiyatif, orta ve uzun vadede piyasada geri dönülemez aksaklıklara ve yapısal sorunlara neden olabilir. Bu nedenle de sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi, sürdürülebilir kalkınma hedefleri ile rekabetin korunması arasında hassas bir denge gerektirir. Bu dengenin sağlanması için ulusal ve uluslararası düzenlemelerin dikkatlice gözden geçirilmesi ve uygulanması önemlidir. Rekabet otoriteleri, sürdürülebilirlik anlaşmalarını muafiyet rejimleri kapsamında değerlendirirken, bazıları mevcut muafiyet kriterlerine ek olarak bu anlaşmaları nasıl ele alacaklarına dair özel politikalar geliştirmekte ve belirli sektörlerde muafiyet çalışmaları yürütmektedir. Bu nedenle, bu makalede sürdürülebilirlik anlaşmaları ve bu anlaşmalara tanınan muafiyetler karşılaştırmalı rekabet hukuku prensipleri ile incelenir.

II. SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ANLAŞMALARI VE NİTELİĞİ

Sürdürülebilirlik anlaşmaları, genellikle birbirleri ile rekabet halinde olan teşebbüslerin çevresel, ekonomik ve sosyal sürdürülebilirlik hedeflerini gerçekleştirebilmek amacıyla yaptıkları iş birliklerini kapsar. Bu anlaşmalar, çevre üzerindeki olumsuz etkileri azaltmayı, çevresel sürdürülebilirliği desteklemeyi ve ilgili yeniliklere yatırım yapmayı hedefler.⁵ Örneğin, tedarikçi-

⁵ CMA, Green Agreements Guidance, 12.10.2023, s. 11, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

ler arasında plastik/ambalaj kullanımını azaltma veya geri dönüşümü artırma, araç emisyonlarını azaltma, ev aletlerinin verimliliğini artırma, hayvan refahı koşullarını iyileştirme gibi anlaşmalar sürdürülebilirlik anlaşmaları arasında sayılabilir.⁶

Çevresel sürdürülebilirlik yaklaşımı, teşebbüslerin çevresel sürdürülebilirliği teşvik eden anlaşmalar yapmalarını veya çevreyi ve iklimi korumaya yönelik teknolojik yeniliklere yatırım yapmalarını teşvik eder. Bu nedenle, teşebbüsler arasında çevresel sürdürülebilirlik anlaşmalarının daha yaygın olarak yapıldığı görülür. Ancak, bu tür yatay veya dikey iş birliklerinin rekabeti kısıtlama potansiyeli taşıması nedeniyle, bu anlaşmaların dikkatlice incelenmesi gerekmektedir. Özellikle son dönemde, sürdürülebilirlik anlaşmalarının hangi şartlar altında yapılabileceği konusunda uygulama ve akademik çevrelerde ekonomik perspektifli tartışmalar artmıştır. Bu anlaşmaların, sürdürülebilir kalkınmayı desteklerken aynı zamanda rekabeti de kısıtlamayan bir denge içinde ele alınması gerektiğinin vurgulandığı görülür.

III. DÜNYADAKİ GELİŞMELER

Sürdürülebilirlik ve rekabet hukuku arasındaki ilişkiye dair çeşitli ülkelerde yaşanan gelişmeler, devletlerin kanun koyucuları ve rekabet otoriteleri tarafından artan bir hassasiyetle takip edilmektedir. Bu bağlamda, makalenin bu bölümünde, Türk rekabet hukukunun mehası olarak kabul edilen Avrupa Birliği (“**AB**”) rekabet hukuku başta olmak üzere Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, Hollanda, İsviçre, Avusturya ve Macaristan rekabet hukukunda yaşanan gelişmeler ele alınır. Söz konusu ülkelerin sürdürülebilirlik konusundaki farkındalık ve hassasiyetleri, diğer ülkelere nazaran daha erken tarihlerde açığa çıkmış ve sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin rekabet hukukundaki gelişmeler daha önce yaşanmıştır. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukuk perspektifiyle bu ülkelerdeki rekabet hukuku gelişmelerinin incelenmesi uygun görülmüştür.

A. Avrupa Birliği

Sürdürülebilirliğe ilişkin gelişmelerin yaşandığı yerlerin başında AB gelir. Öncelikle, 1992 tarihli Maastricht Antlaşmasına dayanan, 2007 tarihli Lizbon Antlaşması ile tadil edilen ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren

⁶ CAMPO COMBA, 2023, s. 190.

Avrupa Birliği Antlaşması (*Treaty on European Union*, “TEU”)⁷ m. 3/3, 3/5 ve 21/2-(f) ile Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (*Treaty On The Functioning Of The European Union*, “TFEU”)⁸ m. 11 hükümleri, sürdürülebilir kalkınma kavramına atıf yapar.⁹

TFEU m. 11 uyarınca, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek amacıyla çevrenin korunması gerekliliklerinin, AB’nin politika ve faaliyetlerine entegre edilmesi gerekir. TFEU m. 11 hükmü genel uygulamaya sahip bir hüküm olduğundan AB rekabet hukuku kapsamında da uygulama alanı bulur.¹⁰ Başka bir anlatımla TFEU m. 11, AB kurumlarının çevrenin korunmasına ilişkin hususları rekabet politikasına entegre etme zorunluluğunu ihdas eder. Tüketicinin korunması ve hayvan refahı meselelerini sırasıyla ele alan TFEU m. 12 ve TFEU m. 13 hükümlerinin dili bu kadar net olmayıp ilgili hükümlerde “*dikkate alacaktır*” (“*shall be taken into account*”) ve “*tam özen gösterecektir*” (“*shall (...) pay full regard*”) ifadeleri yer alır. Bu durum, çevrenin korunmasına ilişkin politikaların geliştirilmesinin, Üye Devletlere yönelik bir emir niteliğinde olduğunu göstermektedir.¹¹ Görüldüğü üzere, AB rekabet politikası ile sürdürülebilirlik politikasının birbirinden ayrı tutulması mümkün değildir.¹²

Ayrıca Avrupa Komisyonu, Birleşmiş Milletler’in Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri’ni (*Sustainable Development Goals*, “SDG”)¹³ uygulama noktasında taahhüt vermiştir.¹⁴

⁷ Avrupa Komisyonu. (26 Ekim 2012). Consolidated Version of the Treaty on European Union (C/ 326/13), https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0023.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

⁸ Avrupa Komisyonu. (26 Ekim 2012). Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (C/326/47), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT> (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

⁹ Her iki Avrupa Birliği antlaşmasının Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği tarafından yapılan resmi tercümesi için bkz. Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (2011). Ankara. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/ant-lasmalar.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

¹⁰ IACOVIDES / VRETTOS, s. 40.

¹¹ IACOVIDES / VRETTOS, s. 40.

¹² IACOVIDES / VRETTOS, s. 43.

¹³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 25.09.2015 tarihinde kabul edilen sayılı 70/1 ve “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development” başlıklı karar ile Birleşmiş Milletler tarafından 17 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi duyurulmuştur. Karar için bkz. Birleşmiş Milletler. (21 Ekim 2015). Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, 70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

12 Aralık 2015 tarihinde Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Konferansı'nda (*UN Climate Change Conference*, "COP21") kabul edilen ve 4 Kasım 2016 tarihinde yürürlüğe giren Paris Anlaşması'ndan¹⁵ doğan yükümlülükleri yerine getirmek üzere AB, 11 Aralık 2019 tarihinde Avrupa Yeşil Mutabakatı'nı (*European Green Deal*) duyurdu.¹⁶ Avrupa Yeşil Mutabakatı çerçevesinde, 2050 yılına kadar net sıfır sera gazı¹⁷ emisyonuna ulaşarak dünyadaki ilk iklim-nötr kıta olmayı amaçlayan yeni bir büyüme stratejisi ortaya koyuldu. Bu strateji, ekonomik büyümeyi kaynak kullanımından bağımsız hale getirmeyi, modern, kaynak verimli ve rekabetçi bir ekonomi yaratmayı, aynı zamanda daha adil ve daha müreffeh bir topluma dönüşmeyi hedeflemektedir.¹⁸

Görüldüğü üzere sürdürülebilirlik, AB'nin bir kamu politikası haline gelmiştir ve dolayısıyla AB rekabet hukuku, sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak için önemli bir rol oynar.¹⁹ Zira rekabet hukuku, genellikle sürdürülebilirlik gibi kamu yararı içeren hedeflere ulaşmak noktasında pozitif etkiye sahiptir. Avrupa Komisyonu da yeni dizel ve benzinli binek araçlara yönelik emisyon temizleme teknolojisi alanında rekabetin kısıtlanması nedeniyle yürüttüğü soruşturma kapsamında, kartellerin çevreyi ve iklimi korumaya yönelik teknolojik yenilikleri önlediği veya bu yöndeki girişimleri azalttığı noktasındaki endişesini vurgulamıştır ("**Dizel Emisyon Kararı**").²⁰

¹⁴ Avrupa Komisyonu. (8 Aralık 2023). Commission guidelines on the exclusion from Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union for sustainability agreements of agricultural producers pursuant to Article 210a of Regulation (EU) No 1308/2013 (C/2023/1446), s. 3, para. 3, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202301446 (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

¹⁵ UNFCCC. (t.y.). The Paris Agreement, Erişim adresi: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement> (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

¹⁶ Avrupa Komisyonu (11 Aralık 2019), Press remarks by President von der Leyen on the occasion of the adoption of the European Green Deal Communication, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_19_6749 (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

¹⁷ Birleşmiş Milletler'e bağlı Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, "IPCC") sözlüğüne göre "net sıfır sera gazı emisyonu" kavramı, atmosfere insan kaynaklı sera gazı emisyonlarının belirli bir süre boyunca insan kaynaklı giderimlerle dengelenmesini ifade eder. Bkz. IPCC, s. 555.

¹⁸ Avrupa Komisyonu. (11 Aralık 2019). Communication From The Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic And Social Committee and the Committee of the Regions, The European Green Deal, COM(2019) 640 Final, s. 2, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

¹⁹ CAMPO COMBA, s. 192.

²⁰ Avrupa Komisyonu (5 Nisan 2019), Antitrust: Commission sends Statement of Objections to BMW, Daimler and VW for restricting competition on emission cleaning technology. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2008 (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

Konu hakkındaki önemli gelişmelerden biri Avrupa Komisyonu'nun 1 Haziran 2023'te güncellenmiş AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu'nun²¹ (*Horizontal Guidelines*) kabul edilmesi üzerine yaşanmıştır. Güncellenen AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu'na "sürdürülebilirlik anlaşmaları" özelinde eklenen yeni bölüm, rekabet hukukunun sürdürülebilirlik hedefi güden anlaşmalara engel olmadığını ortaya koymaktadır.²² İlk olarak bu yeni Kılavuz hükümleri, sürdürülebilirlik hedeflerinin geniş bir tanımını sunar. AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu'na göre, "sürdürülebilirlik anlaşması" sürdürülebilirlik amacı güden herhangi bir yatay işbirliği anlaşmasını ifade eder.²³ Bu anlaşmalar, yalnızca rekabeti doğrudan kısıtlayan veya rekabet üzerinde belirgin olumsuz etkiler yaratan durumlarda TFEU m. 101. çerçevesinde rekabet endişeleri doğurur. Eğer sürdürülebilirlik anlaşmaları TFEU m. 101(1) kapsamında rekabeti kısıtlarsa, bu anlaşmaların geçerlilik kazanması için TFEU m. 101(3) tarafından sağlanan muafiyet koşullarını sağlamaları gerekir ki bu da her bir somut olayın özelliğine göre ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulur.²⁴

AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu, TFEU m. 101(1) kapsamına girmeyen anlaşmalara örnekler verir ve belirli koşulları karşılayan sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için güvenli liman sağlar.²⁵ Kılavuz'un sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmalarına yer vermesi önemlidir çünkü bu anlaşmalar, tedarik zincirindeki farklı aktörlerin sürdürülebilirlik kriterlerine uymasını sağlayan, genellikle ürünler ve süreçler için standartlar belirleyen sürdürülebilirlik sistemleri olarak anılır.²⁶ Kılavuz'a göre bu anlaşmalar rekabet üzerinde olumsuz etkiler yaratma olasılığı düşük kabul edilirler; ancak bu durum, sürdürülebilirlik standardının geliştirilmesine ilişkin sürecin şeffaf olması, standarda katılımın zorunlu tutulmaması, katılımcıların daha yüksek standartları benimseme özgürlüğüne sahip olması, ticari açıdan hassas bilgilerin paylaşılmaması, standarda ayırım gözetmeksizin erişim sağlanması veya

²¹ Avrupa Komisyonu (2023), Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01)) (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

²² Avrupa Komisyonu, 2023, s. 146.

²³ Avrupa Komisyonu, 2023, s. 146.

²⁴ Avrupa Komisyonu, 2023, s. 147.

²⁵ Avrupa Komisyonu, (1 Haziran 2023), Antitrust: Commission adopts new Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2990 (Erişim tarihi: 26.08.2024).

²⁶ Avrupa Komisyonu, 2023, s. 150-151.

fiyat artışına veya kalite düşüşüne neden olmaması ya da katılımcıların toplam pazar payının %20'yi geçmemesi gibi belirli koşullara bağlıdır.²⁷

AB'nin yeni Yatay Anlaşmalar Kılavuzu'nun sürdürülebilirlik anlaşmalarıyla ilgili düzenlemeleri olumlu bir adım olarak görülmele birlikte, daha iddialı olabileceği yönünde eleştiriler de dile getirilmektedir.²⁸ Özellikle, sürdürülebilirlik anlaşmalarının AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu uyarınca yapılan analiz kapsamında, tüketicilere sağladığı faydalar tespit edilirken sadece anlaşmadan olumsuz etkilenen tüketicilere odaklanılarak bir değerlendirilmede bulunulması ve diğer tüketicilere sağlanan faydaların göz ardı edilmesi endişe kaynağı olarak belirtilmektedir.²⁹ Her halükârda konunun güncel olduğu dikkate alındığında, anlaşmalara ilişkin yapılan değerlendirmelerin de zamanla gelişebileceğini belirtmek mümkündür.

Sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin rekabet hukuku yaklaşımını AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu ile ortaya koyan AB, buna ilave yeni düzenlemelerini de yürürlüğe koydu. AB Ortak Tarım Politikası³⁰ reformu kapsamında 17 Aralık 2013 tarihli Tarımsal ürünlerde ortak bir piyasa düzeni kurulmasına ilişkin 1308/2013 sayılı AB Tüzüğü'ne³¹ ("1308/2013 sayılı **Tüzük**") 2 Aralık 2021 tarihli ve 2021/2117 sayılı AB Tüzüğü³² ile eklenen 201a maddesi ile, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları

²⁷ Avrupa Komisyonu, 2023, s. 152-153.

²⁸ DOLMANS / WANJIE.

²⁹ DOLMANS / WANJIE.

³⁰ Avrupa Komisyonu tarafından AB Ortak Tarım Politikası'na (*Common Agricultural Policy*, "CAP"), Avrupa Yeşil Mutabakatı hedeflerine ulaşılmasında da kilit önem atfedilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Avrupa Komisyonu. (t.y.). Regulation The common agricultural policy: 2023-27. https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-2023-27_en#legalbases (Erişim Tarihi: 27.06.2024).

³¹ Avrupa Komisyonu (20 Aralık 2013), Regulation (EU) No 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products and repealing Council Regulations (EEC) No 922/72, (EEC) No 234/79, (EC) No 1037/2001 and (EC) No 1234/2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1308> (Erişim Tarihi: 27.06.2024).

³² Avrupa Komisyonu. (6 Aralık 2021), Regulation (EU) No 2021/2117 of the European Parliament and of the Council of 2 December 2021 amending Regulations (EU) No 1308/2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products, (EU) No 1151/2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs, (EU) No 251/2014 on the definition, description, presentation, labelling and the protection of geographical indications of aromatised wine products and (EU) No 228/2013 laying down specific measures for agriculture in the outermost regions of the Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32021R2117#d1e3937-262-1> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

yasaklayan TFEU m. 101 hükmüne istisna getirildi. Bu hüküm ile AB rekabet hukukunda farklı tarımsal üreticiler arasındaki ve tarımsal üreticiler arasındaki anlaşmalar ile tarımsal gıda zincirinin farklı aktörleri arasındaki anlaşmalara, bu anlaşmaların zorunlu AB veya ulusal kuralların ötesine geçen sürdürülebilirlik standartlarına³³ ulaşmak için vazgeçilmez olduğu durumlarda muafiyet tanındı.

1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a/5 hükmünde ise Avrupa Komisyonu'nun, 8 Aralık 2023 tarihine kadar bu maddenin uygulanmasına ilişkin koşullara dair bir kılavuz yayımlayacağı öngörüldü. Buna müteakip, 7 Aralık 2023 tarihinde Avrupa Komisyonu, sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a uygulamasını açıklayan, "1308/2013 (AB) sayılı Tüzük m. 210a uyarınca tarımsal üreticilerin sürdürülebilirlik anlaşmalarının TFEU m. 101'in kapsamı dışında tutulmasına ilişkin C/2023/1446 sayılı Komisyon Kılavuzu"³⁴ ("**AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu**") yayınladı.³⁵ AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu, tarımsal gıda sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a doğrultusunda ortak sürdürülebilirlik girişimlerini nasıl tasarlayabileceklerine açıklık getirmeyi ve Üye Devlet mahkemeleri ile rekabet otoritelerine uygulamada rehberlik etmeyi amaçlamaktadır.³⁶

³³ 1308/2013 sayılı Tüzük'te ilgili ifade "*sustainability standards*" olarak geçer ve 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a/3 hükmünde;

"(a) iklim değişikliğinin azaltılması ve adaptasyonu, arazilerin, suyun ve toprağın sürdürülebilir kullanımı ve korunması, gıda atıklarının azaltılması, kirliliğin önlenmesi ve kontrolü ve biyoçeşitliliğin ve ekosistemlerin korunması ve restorasyonu dahil olmak üzere dögüsel ekonomiye geçiş gibi çevresel hedefler;

(b) tarımsal ürünlerin pestisit kullanımını azaltacak ve bu kullanımdan kaynaklanan riskleri yönetecek veya tarımsal üretimde antimikrobiyal direnç tehlikesini azaltacak şekilde üretilmesi; ve

(c) hayvan sağlığı ve hayvan refahı

hedeflerinden bir veya daha fazlasına katkıda bulunmayı amaçlayan standartlar" anlamına gelir.

³⁴ Avrupa Komisyonu, (8 Aralık 2023). Commission guidelines on the exclusion from Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union for sustainability agreements of agricultural producers pursuant to Article 210a of Regulation (EU) No 1308/2013 (C/2023/1446).https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202301446, (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

³⁵ Avrupa Komisyonu, (7 Aralık 2023), Press release: Commission adopts antitrust Guidelines for sustainability agreements in agriculture, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_23_6370/IP_23_6370_EN.pdf (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

³⁶ Avrupa Komisyonu, 2023a, s. 6.

AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu'na göre “sürdürülebilirlik anlaşması”, tarımsal ürünlerin üretimi veya ticareti ile ilgili olan ve şekline bakılmaksızın AB veya Üye Devletler'in ulusal hukukları tarafından zorunlu kılınandan daha yüksek bir sürdürülebilirlik standardı uygulamayı amaçlayan hem yatay hem de dikey olarak üreticileri içeren her türlü anlaşma, karar ve uyumlu eylemi ifade eder.³⁷ Sürdürülebilirlik standartları ise 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a/3'ün a, b ve c bentlerinde yer almakta olup ayrıca AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu'nda açıklanmıştır.

Bir sürdürülebilirlik anlaşmasının ilgili muafiyetten yararlanabilmesi için (a) çevrenin korunması, (b) tarımsal ürünlerin pestisit kullanımını azaltacak ve bu kullanımdan kaynaklanan riskleri yönetecek veya tarımsal üretimde antimikrobiyal direnç tehlikesini azaltacak şekilde üretilmesi veya (c) hayvan sağlığı ve refahı ile ilgili hedeflerden en az birine katkıda bulunmayı amaçlaması gerekir. Çevrenin korunmasına ilişkin hedefler AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu'nda örneklerle sayılmıştır,³⁸ fakat 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a/3'ün (b) ve (c) bentlerinde yer alan hedefler sınırlı sayıdadır.³⁹ Bununla birlikte, tarım işçileri için çalışma koşulları veya tüketiciler için sağlıklı ve besleyici diyetler gibi toplumsal konulara ilişkin hedefler ile çiftçilere daha adil bir şekilde ödeme yapan markaların geliştirilmesi gibi ekonomik hedefler, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a/3 kapsamında değerlendirilmez.⁴⁰ Bu anlamda 1308/2013 sayılı Tüzük'te yer alan muafiyet rejimi, ÇSY⁴¹ (ESG) ilkelerinin sadece çevresel etki boyutuyla sınırlı kalmaktadır.

³⁷ Avrupa Komisyonu, 2023a, s. 4.

³⁸ 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a/3'ün a bendinde açıkça sayılmamasına karşın AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu'nda çevrenin korunmasına ilişkin olduğu ifade edilen şu örnekler sayılmıştır: Hava kirliliğinin azaltılması, hava kalitesinin iyileştirilmesi ve sera gazı emisyonlarının azaltılması, plastik kirliliğinin önlenmesi, toprağın erozyona karşı direncinin artırılması, toprak biyoçeşitliliğinin artırılması, toprak kompozisyonunun iyileştirilmesi ve denizlerin korunmasının sağlanması, sulama uygulamalarının su kaynakları ve ekosistemler üzerindeki etkisinin azaltılması, su tasarrufu sağlanması ve su kalitesinin korunması; yan ürünlerin, atık suların ve gıda atıklarının yönetimi ve değerlendirilmesi gibi atıkların azaltılması, kaynak verimliliğinin artırılması veya yenilikçi çözümlerin teşvik edilmesi, besin döngüsü, toprak verimliliği, doğal bitki zararlıları kontrolü ve karantina ile kompostlama, örtü bitkileri ve faydalı böceklerin kullanımı gibi tekniklerle suyun korunması dahil olmak üzere tarımda doğal ekolojik sürecin iyileştirilmesi, olumsuz hava koşullarının etkisinin azaltılması ve adaptasyon tedbirleri. Bkz. AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu, s. 12, para. 44.

³⁹ Avrupa Komisyonu, 2023a, s. 12.

⁴⁰ Avrupa Komisyonu, 2023a, s.13.

⁴¹ Çevresel, Sosyal ve Yönetişim (Environmental, Social and Governance). Şirketlerin toplumsal rolü ve topluma karşı sorumlulukları, özellikle yirminci yüzyılda tartışılmaya başlanmıştır. Nobel ödüllü Amerikalı İktisatçı Milton Friedman, ekonomi literatüründe “Friedman Doktri-

Bu hedeflerin, AB veya Üye Devletler'in ulusal hukukları tarafından konulan ve teşebbüsler üzerinde bağlayıcı nitelikte olan sürdürülebilirlik standartlarından daha yüksek bir sürdürülebilirlik standardı uygulamayı amaçlaması;⁴² bu uygulamayla elde edilen sonuçların somut ve ölçülebilir olması, elde edilen sonuçların sayısal olarak ölçülmesinin mümkün olmadığı durumlarda ise de gözlemlenebilir ve tanımlanabilir olması gerekir.⁴³

Ayrıca, sürdürülebilirlik anlaşması ile rekabetin, amaçlanan iktisadi etkinliğe ulaşmak için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması gerekir. Bu noktada unutulmamalıdır ki, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 210a hükmü ile sağlanan muafiyetin kapsamı, istisna ile izlenen amaçlar dikkate alınarak katı bir şekilde yorumlanmalıdır.⁴⁴

AB'nin kuruluş amacı göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa iç pazarının etkin bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla Üye Devletler arasında düzenlemeleri uyumlu hale getirmek ve standartlaştırmak için sıklıkla kapsamlı ve çeşitli regülasyonların yürürlüğe girdiği görülür. Bu yaklaşım, AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu'na "sürdürülebilirlik anlaşmaları" özelinde eklenen yeni bölüm ile keza, AB'nin tarımsal üreticilerin sürdürülebilirlik anlaşmalarının TFEU m. 101 kapsamının dışında tutulmasına ilişkin yayımla-

ni" olarak da geçen "Shareholder Theory" isimli kuramıyla şirketlerin pay sahiplerine (*shareholder*) karşı sorumlu olduğunu ve bu nedenle pay sahiplerinin menfaatlerini önceliklendirmeleri gerektiğini ileri sürmüştür. Diğer taraftan, şirketlerin sadece pay sahiplerinin yanında aynı zamanda menfaat sahibi çevreler ve topluluklarla (*stakeholder*) ve genel olarak toplumla olan ilişkisi tartışılmış, "kurumsal sosyal sorumluluk" (*corporate social responsibility*) terimi ortaya çıkmıştır. Böylelikle pay sahiplerinin önceliği (*shareholder primacy*) görüşünün karşısında birtakım yaklaşımlar oluşmuş ve gelişmiştir. Bu kapsamda ÇSY terimi, ilk olarak 2004 yılında Birleşmiş Milletler'in daveti üzerine finans kuruluşlarının ortak girişimiyle hazırlanan "Who Cares Wins" (Kim Önemserse Kazanır) başlıklı raporda kullanılmıştır. ÇSY terimindeki "Ç"; enerji verimliliği, iklim krizi, yenilenebilir enerji kaynakları, sera gazı salınımları, geri dönüşüm ve atık yönetimleri gibi çeşitli çevre konularını kapsar. "S"; sağlık, güvenlik, insan hakları, çalışma koşulları, işçi ilişkileri, farklı dini, etnik ve cinsel yönelimlere sahip işçilerin dışlanmaması gibi toplumsal konulara ilişkindir. "Y" ise daha çok şirketlerin kurumsal yapılanmasına ilişkin olup etik standartlar, davranış kuralları, şirket ile pay sahipleri ve menfaat grupları arasındaki ilişkiler gibi konuları kapsamaktadır. Pay sahiplerinin önceliği görüşü için bkz. FRIEDMAN. ÇSY teriminin ve kapsamının gelişim sürecine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. POLLMAN, s. 408-423.

⁴² Detaylı bilgi için bkz. AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu, s. 15-17, para. 57-66.

⁴³ Avrupa Komisyonu, 2023a, s. 14.

⁴⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, (14 Kasım 2017), Judgment of the Court (Grand Chamber) *Président de l'Autorité de la concurrence v Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) and Others Request for a preliminary ruling from the Cour de cassation (France)*. Case C-671/15. Para. 45-46. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0671>, (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

dığı AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu'nda belirgin bir şekilde ortaya konmuştur. Bununla birlikte, AB'de çevreyi ve iklimi koruma amacı güden anlaşmaların da rekabeti kısıtlama riski taşıyabileceğini göz önünde bulundurarak, bu tür anlaşmaların Komisyon eliyle rekabet hukuku açısından dikkatle değerlendirilmesi gerektiğine inanılır. Bu bağlamda, Dizel Emisyon Kararı en çarpıcı örneklerden biridir.

Sonuç olarak, AB'de, sürdürülebilirlik anlaşmalarını hem regülasyon yapıcı hem de Komisyon kararlarıyla içtihat oluşturan bir yaklaşım çerçevesinde ele aldığını belirtmek mümkündür.

B. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ta rekabet hukuku ile görevli olan idari otorite, Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi CMA'dir (*Competition and Markets Authority*). 1998 tarihli Birleşik Krallık Rekabet Kanunu'nda, TFEU m. 101 hükmüne paralel olarak, Kısım 1'de (*Chapter 1*) rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ele alınır ve m. 2 hükmüyle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yasaklanır.⁴⁵ 1998 tarihli Birleşik Krallık Rekabet Kanunu m. 9 hükmü, söz konusu yasaktan muaf anlaşmaları açıklar. Buna göre, (i) üretim veya dağıtımın iyileştirilmesine veya teknik veya ekonomik ilerlemeyi teşvik etmeye katkıda bulunan, (ii) ilgili teşebbüslere hedeflenen amaca ulaşılması için zorunlu olandan fazla kısıtlama getirmeyen veya ilgili teşebbüslere söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı bakımından rekabeti ortadan kaldırma imkânı tanımayan anlaşmalar, yasaktan muaftır.

CMA, sürdürülebilirliği teşvik etmeyi ve Birleşik Krallık'ın "Net-Sıfır" ekonomisine geçişini hızlandırmayı önceliklendirmektedir.⁴⁶ Bu amaçla CMA, 14 Mart 2022 tarihinde Birleşik Krallık Hükümeti için bir tavsiye (*Advice to Government*) ile rekabet hukuku ve tüketici hukukunun, Birleşik Krallık'ın "Net Sıfır" hedefine ulaşmaya nasıl daha iyi destek olabileceğine dair görüşlerini yayınladı.⁴⁷ CMA, mevcut rekabet hukuku düzenlemelerinin

⁴⁵ 1998 tarihli Birleşik Krallık Rekabet Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/part/I/chapter/I>, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).

⁴⁶ CMA (2024), Annual Report and Accounts 2023/24 (for the year ended 31 March 2024), CMA, Birleşik Krallık, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/66a78436fc8e12ac3edb0607/Annual_Report_and_Accounts_2023_to_2024.pdf, s. 49, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁴⁷ CMA (2022), Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government, CMA, Birleşik Krallık. <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

sürdürülebilirlik anlaşmalarının ve girişimlerinin önünde bir engel teşkil etmediğini belirterek, Birleşik Krallık rekabet hukukunda köklü bir reform veya değişikliğe gerek olmadığını ifade eder.⁴⁸ Ayrıca CMA, mevcut kanuni düzenlemelerin geniş bir şekilde yorumlanmasıyla çevresel faydaların desteklenebileceğini vurgular.

Bu konuya dair bir rehber hazırlığında olduğunu ilgili tavsiye kapsamında duyuran CMA, 12 Ekim 2023 tarihinde Yeşil Anlaşmalar Rehberi'ni (*Green Agreements Guidance*) yayınladı.⁴⁹ Yeşil Anlaşmalar Rehberi ile CMA; teşebbüslerin, sürdürülebilirliği teşvik eden anlaşmalar hakkında gayri resmi rehberlik almak üzere CMA'ye başvurabilecekleri bir açık kapı politikasını uygulamaya koydu.⁵⁰ Bu Rehber, 1998 tarihli Rekabet Kanunu m. 9'da yer alan muafiyet hükmünün çevresel sürdürülebilirlik anlaşmalarına nasıl uygulanacağı konusunda yol gösterici niteliktedir.⁵¹ Bu noktada belirtmekte fayda vardır ki, Birleşik Krallık'ta sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tabi olduğu muafiyet rejimi kapsamında olup olmadığının değerlendirildiği bir vaka veya CMA kararı bulunmamaktadır.⁵² Yeşil Anlaşmalar Rehberi ile bu durumun değişeceğini, ilerleyen dönemde sürdürülebilirlik anlaşmalarının muafiyet rejimi kapsamında olup olmadığının incelendiği CMA soruşturma ve kararları ile karşılaşabileceğimizi öngörmekteyiz.

Yeşil Anlaşmalar Rehberi, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin rekabet hukuku yasağının, 1998 tarihli Rekabet Kanunu çerçevesindeki üç koşulunu açıklar.

⁴⁸ CMA (2022), Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government, CMA, Birleşik Krallık. <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁴⁹ CMA (2023), CMA launches Green Agreements Guidance (Yeşil Anlaşmalar Rehberi) to help businesses co-operate on environmental goals, CMA, Birleşik Krallık, <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-green-agreements-guidance-to-help-businesses-co-operate-on-environmental-goals>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁵⁰ CMA (2024), Annual Report and Accounts 2023/24 (for the year ended 31 March 2024), CMA, Birleşik Krallık, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/66a78436fc8e12ac3edb0607/Annual_Report_and_Accounts_2023_to_2024.pdf, s. 50, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁵¹ CMA (2023), Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements, CMA, Birleşik Krallık. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁵² HOLMES / KAR / CUNNINGHAM, s. 206.

İlk olarak, teşebbüslerin birbirleriyle ettikleri rekabete ilişkin olmayan veya rakipler arasındaki rekabeti kayda değer ölçüde olumsuz etkilemeyen ve bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmayan sürdürülebilirlik anlaşmaları, 1998 tarihli Rekabet Kanunu Kısım 1’i ihlal etmez ve bu nedenle muafiyet rejimi kapsamında değerlendirmeleri de gerekmez.⁵³ Zira bu tarzdaki anlaşmalar, rekabetçi endişeler doğurmaz.⁵⁴

İkinci olarak, rekabeti kısıtlayıcı niteliği bulunan ve bu nedenle 1998 tarihli Rekabet Kanunu Kısım 1’i ihlal eden sürdürülebilirlik anlaşmaları, muafiyet rejiminden faydalanmadıkları müddetçe yasaktırlar.⁵⁵ Bu tür anlaşmalar bakımından CMA, “amaç bakımından” (*by object*) rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ile “etki bakımından” (*by effect*) rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları birbirinden ayırarak değerlendirmektedir; zira “amaç bakımından” rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, etkileri incelenmeksizin, doğaları gereği rekabete zararları oldukları varsayılır.⁵⁶

Fiyat tespiti, pazar veya müşteri paylaşımı, üretim sınırlamaları veya kalite ya da yenilik sınırlamaları içeren sürdürülebilirlik anlaşmaları, CMA tarafından tipik olarak “amaç bakımından” rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar olarak görülür.⁵⁷ Örneğin, rakipler arasında, üzerinde mutabık kalınan bir çevresel sürdürülebilirlik standardını karşılayan ürünleri hangi fiyattan satacaklarına ilişkin bir anlaşma yapıldığı takdirde, bu anlaşmanın rekabeti amaç bakımından kısıtlaması muhtemeldir ve muafiyet rejiminden yararlanılması mümkün olmadığı müddetçe söz konusu anlaşmalar rekabet hukuku ihlali doğuracaktır. Keza, rakiplerin bir sürdürülebilirlik anlaşması çerçevesinde belirli bir sürdürülebilirlik hedefinin üzerine çıkmalarını engelleyen anlaşmalar, örneğin daha az kirletici yeni bir üretim sürecini benimsememe anlaşmaları, bu kapsamda değerlendirilebilir.⁵⁸

Son olarak CMA, muafiyet rejiminden yararlanabilecek çevresel sürdürülebilirlik anlaşmalarını açıklar. Buna göre, 1998 tarihli Rekabet Kanunu çerçevesinde bir sürdürülebilirlik anlaşmasının muafiyet rejiminden yararlanması için aşağıda sayılan dört şartı sağlaması gerekir:⁵⁹

⁵³ A.g.r. para. 3.2.

⁵⁴ A.g.r. para. 3.3.

⁵⁵ A.g.r. para. 4.1.

⁵⁶ A.g.r. para. 4.4.

⁵⁷ A.g.r. para. 4.5.

⁵⁸ A.g.r. para. 4.6.

⁵⁹ A.g.r. para. 5.2.

- i. Sürdürülebilirlik anlaşması; üretim veya dağıtımın iyileştirilmesi, veya, teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesi gibi belirli faydalara katkıda bulunmalıdır.

Sürdürülebilirlik anlaşmasının tarafı olan teşebbüsler, muafiyet rejiminden faydalanabilmek için, nesnel kanıtlara dayanarak sürdürülebilirlik anlaşması ile elde edilecek faydalara işaret edebilmelidir. Yeşil Anlaşmalar Rehberi kapsamında CMA, sürdürülebilirlik anlaşmalarının sağlaması gereken faydalara birtakım örnekler verir.⁶⁰ Buna göre;

- Belirli mal veya hizmetlerin üretim veya tüketiminden kaynaklanan ve piyasanın üstesinden gelmekte başarısız olduğu zararlı etkilerin ortadan kaldırılması veya azaltılması, örneğin sera gazı emisyonlarının azaltılması;
- Ürün çeşitliliğinin veya kalitesinin artırılması, örneğin çevreye daha az etkisi olan yeni veya geliştirilmiş ürünlerin üretilmesi;
- Üretim veya dağıtım maliyetlerinin azaltılması, örneğin çevresel açıdan daha sürdürülebilir bir girdiyle ilgili olarak ölçek ekonomileri yaratmak için kaynakların birleştirilmesi, tarafların ürünlerini daha ucuza üretmelerine veya dağıtmalarına olanak sağlanması;
- Çevresel açıdan sürdürülebilir ürünlerin pazara sunulması için gereken sürenin kısaltılması;
- Üretim veya dağıtım süreçlerinin iyileştirilmesi, örneğin yeni temiz teknolojilerin uygulamaya konulması;
- İnovasyonun artırılması, örneğin enerji verimliliği daha yüksek süreçlerin geliştirilmesi

gibi faydaların, sürdürülebilirlik anlaşması sayesinde ortaya çıkacağı nesnel ölçütlerle ispat edildiği takdirde, Yeşil Anlaşmalar Rehberi'ne göre bu şart sağlanmış olur.

- ii. Sürdürülebilirlik anlaşması ve kapsamındaki her türlü rekabet kısıtlamasına başvurulması, bu faydaların elde edilmesi için kaçınılmaz olmalıdır.

Buna göre, aynı etkiye sahip ve rekabeti daha az kısıtlayıcı bir alternatif yol mevcut olmamalıdır. Bu husus, (i) sürdürülebilirlik anlaşmanın yoklu-

⁶⁰ A.g.r. para. 5.4.

ğunda, anlaşma ile elde edilmesi beklenen faydaların başka şekilde elde edilememesinin ve (ii) sürdürülebilirlik anlaşması sayesinde tarafların elde edilmek istenen faydalara daha verimli (daha hızlı ve az maliyetli) şekilde ulaştığının kanıtlanması halinde sağlanır.⁶¹

Örneğin, plastiğe alternatif üretim girdileri geliştirerek çevresel açıdan daha sürdürülebilir bir üretim sürecine yönelik rakipler arası bir sürdürülebilirlik anlaşması, rakiplerin bu anlaşma sayesinde üretilen plastiğe alternatif üretim girdisine olan talebi önemli ölçüde artırarak ölçek ekonomileri elde etmelerini sağlaması ve bunun sonucunda toplu bir anlaşmanın olmadığı duruma kıyasla daha düşük maliyetlerden yararlanmaları halinde kaçınılmaz olarak kabul edilebilir.⁶²

Tüketiciler, sürdürülebilirlik anlaşması ile hedeflenen faydalardan adil bir pay almalıdır.

CMA'e göre bir sürdürülebilirlik anlaşmasının Birleşik Krallık'ta muafiyet rejiminden yararlanması için, üretilen faydaların Birleşik Krallık tüketicilerinin olası zararlarına ağır basması ve oluşan faydanın Birleşik Krallık tüketicilerine dağıtılması gerekir.⁶³ Bu faydalar, doğrudan veya dolaylı tüketicilere üzerinde ortaya çıkan mevcut faydalar (*current benefits*) olabileceği gibi gelecekte ortaya çıkabilecek faydalar (*future benefits*) da olabilirler.⁶⁴

Sürdürülebilirlik anlaşması ile ortaya çıkan faydalar, doğrudan ilgili ürün pazarındaki tüketiciler üzerinde ortaya çıkabilir. Örneğin, plastik ambalajların yerine çevresel açıdan daha sürdürülebilir başka malzemelerden yapılmış ambalajların kullanılmasına yönelik bir anlaşma, tüketicilerin ürün ambalajlarını geri dönüştürmesini kolaylaştırarak veya ürünün fiyatını düşürerek tüketicilere doğrudan fayda sağlayabilir.⁶⁵

Bununla beraber, sürdürülebilirlik anlaşmaları, ilgili ürün pazarının dışındaki tüketicilere dolaylı olarak da fayda sağlayabilir. Örneğin, mobilya üreticilerinin sürdürülebilir olmayan şekilde yetiştirilen ahşaptan yapılmış mobilyaları ithal etmemek veya üretmemek için işbirliği yapması ve bunun da mobilya fiyatlarının önemli ölçüde yükselmesine yol açması durumunda

⁶¹ A.g.r. para. 5.9.

⁶² A.g.r. para. 5.10.

⁶³ A.g.r. para. 5.16.

⁶⁴ A.g.r. para. 5.17.

⁶⁵ A.g.r. para. 5.18.

tüketiciler, mobilya kalitesinde veya uzun ömürlülüğünde herhangi bir iyileşme gibi doğrudan bir kullanım faydası elde etmezken, ahşap mobilyaların fiyatlarındaki artışa karşın ormanların korunmasına katkıda bulunulması sebebiyle dolaylı olarak fayda elde ederler.⁶⁶

CMA, muafiyetten yararlanmak isteyen sürdürülebilirlik anlaşması tarafları olan teşebbüslerin söz konusu faydaları ispat edebilmeleri için, tüketicilerin bu anlaşma ile elde faydalara gerçekten değer verdiğini gösteren tüketici anketi ve benzeri kanıtlar sunmalarını beklemektedir.⁶⁷ Ayrıca tarafların, sürdürülebilirlik anlaşması ile elde edilen faydaların, rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanan herhangi bir zararı telafi edecek kadar önemli olduğunu gösterebilmeleri gerekmektedir.⁶⁸

iii. Sürdürülebilirlik anlaşması, ürünlerin önemli bir kısmı bakımından piyasadaki rekabeti ortadan kaldırmamalıdır.

Bir sürdürülebilirlik anlaşmasının muafiyetten yararlanabilmesi için, etkilenen pazarın önemli bir kısmı bakımından rekabeti ortadan kaldırmaması gerekmektedir. CMA'e göre rekabetin sınırlı bir süre için ortadan kaldırılması, bu süre geçtikten sonra rekabetin gelişmesi üzerinde herhangi bir etkiye sahip değilse, bu koşulun yerine getirilmesine engel değildir.⁶⁹ Örneğin, rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı sürdürülebilirlik anlaşması, piyasadaki mevcut bir ürüne ikame daha sürdürülebilir bir ürünün piyasaya sunulması kapsamında tüketici bilincini artırmak için piyasadaki mevcut ürünün üretimini geçici bir süre için sınırlandırmayı amaçlıyorsa, söz konusu anlaşmanın bu koşulu sağlayabileceği ifade edilmektedir.⁷⁰

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, CMA'in sürdürülebilirlik konusundaki yaklaşımını gösteren rehber ilke ve düzenlemeleri incelendiğinde, CMA'in temel olarak çevresel sürdürülebilirlik konusuna eğildiği ve ESG ilkeleri kapsamında yer alan sosyal ve etik diğer meselelere odaklanmadığı gözlemlenir.⁷¹

⁶⁶ A.g.r. para. 5.19.

⁶⁷ A.g.r. para. 5.19.

⁶⁸ A.g.r. para. 5.24.

⁶⁹ A.g.r. para. 5.31.

⁷⁰ A.g.r. para. 5.31.

⁷¹ HOLMES / KAR / CUNNINGHAM, s. 205.

C. Almanya

Almanya, 2018 yılında Birleşmiş Milletler'in 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi'ni hükümet politikaları bakımından çerçeve kabul ederek 17 adet Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi'ni onayladı.⁷² Bu bakımdan sürdürülebilirlik kavramının Alman hukuk ve ekonomi politikaları bakımından kamusal menfaat olarak nitelendirildiği ve göz önüne alındığı ifade edilir. Keza büyük Alman yatırımcıların da çoğunluğunun, yatırım kararlarını sadece ekonomik kriterlere göre değil, aynı zamanda sürdürülebilirlik kriterlerine göre aldığı belirtilir.⁷³ Bu bakımdan sürdürülebilirlik konusunun Almanya'daki çeşitli sektör ve piyasalar bakımından önem arz ettiği değerlendirilebilir.

Alman Federal Kartel Ofisi ("*Bundeskartellamt*") de, rekabetin korunmasının temel amacının kamu menfaati olduğunu ve genellikle rekabetin korunmasının doğrudan veya dolaylı olarak diğer kamusal menfaatler için pozitif etkiye sahip olduğunu ifade eder.⁷⁴ Zira Alman Federal Kartel Ofisi'ne göre, karteller yeniliklere yönelik teşvikleri azaltarak veya yeniliklerin kullanılmasını engelleyerek iklim korunması gibi hedeflere ulaşılmasını olumsuz etkileyebilir.⁷⁵ Bu nedenle, rekabetin korunması, sürdürülebilirlik gibi hedeflere ulaşmak için de büyük önem arz eder. Almanya tarafından OECD Rekabet Komitesi'ne sunulan raporda da rekabetin korunmasının genellikle sürdürülebilirlik gibi kamu yararı hedeflerine ulaşılmasını sağlayacağı ifade edilmektedir.⁷⁶ Ayrıca Almanya, rekabetin korunması ve diğer kamu menfaatlerinin çatıştığı durumlarda, karşıt menfaatler arasında bir denge kurmanın öncelikle demokratik olarak seçilmiş kanun koyucunun görevi olduğunu ifade etmektedir.⁷⁷

Alman hukukunda sürdürülebilirlik ve rekabet hukuku konusu, Alman Anayasası m. 20a hükmü ile Alman Rekabet Kanunu (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - "**GWB**") Bölüm 1 ve 2'de düzenlenen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve muafiyet konuları kapsamında ele alınmaktadır.⁷⁸ Alman Anayasası m. 20a uyarınca devletin, gelecek nesillere karşı

⁷² Bundeskartellamt, 2020, s. 5

⁷³ Bundeskartellamt, 2020, s. 5.

⁷⁴ Bundeskartellamt, 2020, s. 8.

⁷⁵ Bundeskartellamt, 2020, s. 9.

⁷⁶ OECD, 2020, s. 3.

⁷⁷ OECD, 2020, s. 3.

⁷⁸ BUEREN / CROWDER, s. 87.

sorumluluğu kapsamında yaşamın doğal temellerini koruma yükümlülüğü mevcuttur⁷⁹ ve ilgili Anayasa hükmü rekabet kanunlarının yorumlanmasında da dikkate alınmalıdır.⁸⁰ Bununla beraber, Alman Federal Kartel Ofisi ve Alman doktrini, Alman Rekabet Kanunu'nun rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin maddelerinin uygulanması bakımından rekabet ile ilişkili amaçlar ile sürdürülebilirlik gibi ekonomik olmayan hedeflerin ayrıştırılarak bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir.⁸¹

Alman Rekabet Kanunu Bölüm 1'de, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı hüküm altına alınır. Alman Rekabet Kanunu Bölüm 2 ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar bakımından muafiyet rejimi öngörülür.⁸² Buna göre, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan (i) malların üretiminin veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesine katkıda bulunan, (ii) tüketicilerin ortaya çıkan faydadan adil bir şekilde pay almasını sağlayan, (iii) ilgili teşebbüslere arzu edilen amaca ulaşılması için zorunlu olmayan kısıtlamalar getirmeyen veya piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan anlaşmalar, Bölüm 1'de yer alan yasaktan muafır.

Alman Federal Kartel Ofisi ve Alman doktrininin çoğunluk görüşüne göre, sürdürülebilirlik amacına ulaşmak için yapılan anlaşmaların, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar bakımından muafiyet rejimini öngören ve TFEU m. 101/3 hükmünün Alman hukukundaki yansıması olan GWB Bölüm 2 kapsamında değerlendirilebilmesi, ancak "tüketici faydası" olarak değerlendirilebilir.⁸³ Bu noktada, yine Alman Federal Kartel Ofisi ve Alman doktrininin çoğunluk görüşüne göre, bir ürünün daha sürdürülebilir metotlarla üretilmiş olması, tüketici nezdinde o ürünün bir "niteliğini" oluşturmaktadır.⁸⁴

Almanya'da işbu makale tarihi itibarıyla sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde bir kılavuz veya tebliğ yayımlanmamıştır. Bununla beraber, Monopol Komisyon (*Monopolkommission*),⁸⁵ 2022 yılında yayınladığı iki yıllık

⁷⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0113, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁸⁰ Alman Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) kararı, 3 Haziran 2022, 1 BvR 2103/16, para. 35-37.

⁸¹ BUEREN / CROWDER, s. 94.

⁸² https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0011, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁸³ BUEREN / CROWDER, s. 94.

⁸⁴ BUEREN / CROWDER, s. 94.

⁸⁵ Alman hükümetine ve yasama organına rekabet politikası oluşturma, rekabet hukuku ve düzenleme alanlarında tavsiyelerde bulunan, bağımsız bir uzman komitesidir.

raporda, sürdürülebilirlik anlaşmalarının GWB Bölüm 2 ve TFEU m. 101/3 kapsamında muafiyet değerlendirmesine tabi tutulabileceğini belirtir.⁸⁶

Buna göre, eğer ki bir sürdürülebilirlik anlaşması (i) malların üretimini veya dağıtımını geliştirmeye veya teknik veya ekonomik ilerlemeyi teşvik etmeye katkıda bulunuyorsa, (ii) ilgili teşebbüsler ortaya çıkan faydadan adil pay alıyorsa, (iii) belirtilen hedeflere ulaşılabilmesi için vazgeçilmez olmayan kısıtlamalara tabi olmuyorsa ve (iv) söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı bakımından rekabeti ortadan kaldırmıyorsa; yürürlükteki Yatay Kılavuz İlkelerine (*Horizontalleitlinien*) göre anlaşma ilgili pazarda rekabeti güçlendirir. Zira, söz konusu anlaşma ilgili teşebbüsleri, tüketicilere daha ucuz veya daha iyi ürünler sunmaya teşvik eder ve böylece rekabetin tüketici lehine kısıtlanmasının olumsuz etkilerini dengeler.⁸⁷

Bununla beraber, sürdürülebilirlik anlaşmaları ile elde edilecek faydanın bir “tüketici faydası” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Zira, özellikle çevrenin ve iklimin korunması gibi alanlarda elde edilen fayda, rekabetin kısıtlandığı ilgili pazardaki tüketicilerle sınırlı bir kapsama sahip olmayıp diğer pazarlarda da ortaya çıkan ve toplumun geneline yayılan bir fayda sağlar. Monopol Komisyon, mevcut hâkim görüşe göre, muafiyet rejimi uygulanırken sadece rekabetin kısıtlanmasından etkilenen pazarda gerçekleşen verimliliklerin ele alınabileceğini ve bu pazardaki tüketiciler üzerindeki olumsuz etkilerin diğer pazarlardaki tüketiciler üzerindeki olumlu etkilerle dengelenemeyeceğini ifade eder.⁸⁸ Bu noktada Monopol Komisyon’a göre, söz konusu durum, ortaya çıkan verimliliğin ilgili pazarın sınırlarını aşan dışsallığı nedeniyle sürdürülebilirlik anlaşmaları ile ortaya çıkan etkinliğin eksik değerlendirmesine yol açar.⁸⁹ Dolayısıyla, muafiyet rejimi kapsamında ilgili pazar haricindeki pazarlarda ortaya çıkan faydaların da göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağına karar vermek gerekir.⁹⁰ Ayrıca, çevre ve iklim gibi sürdürülebilirlik alanlarında ortaya çıkan faydaların esas olarak gelecekteki tüketiciler üzerinde ortaya çıkacak olması da Monopol Komisyon tarafından bir sorun olarak ele alınır.⁹¹

⁸⁶ Monopolkommission, s. 214, para. 425.

⁸⁷ A.g.r., para. 425.

⁸⁸ A.g.r. para. 434.

⁸⁹ A.g.r. para. 435.

⁹⁰ A.g.r. para. 436.

⁹¹ A.g.r. para. 437.

Monopol Komisyon, sürdürülebilirlik anlaşmaları kapsamında muafiyet değerlendirmesi yapılırken, rekabetin korunması amacının sürdürülebilirlik hedeflerinin gerisinde kalma riski bulunduğunu da dikkat çekerek ekonomik amaçlarla toplumsal amaçlar arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğini ifade eder.⁹²

Sonuç olarak, Almanya’da sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde bir düzenleme mevcut olmamakla beraber gerek Alman gerekse de AB rekabet hukukundaki genel muafiyet rejimi ve Yatay Kılavuz ilkeleri ışığında sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet verilmesi mümkündür. Bu noktada, sürdürülebilirlik hedefleri ile rekabet politikası arasında makul bir denge kurulması esastır.

D. Fransa

Fransa’da rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler, Fransız Ticaret Kanunu’nun (*Code de commerce*) “Serbest fiyatlandırma ve rekabet” başlıklı dördüncü kitabında yer alır. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, Fransız Ticaret Kanunu m. L420-1 hükmü uyarınca yasaklanmakta olup Fransız Ticaret Kanunu m. L420-4 hükmünde muafiyet rejimi öngörülmüştür. Buna göre, TFEU m. 101/3 hükmüne paralel olarak; (i) istihdam yaratılması veya sürdürülmesi de dahil olmak üzere ekonomik ilerlemeyi sağlama etkisine sahip olan, (ii) tüketicilere elde edilen yarardan adil bir pay sağlayan, (iii) piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmayan ve (iv) piyasadaki rekabeti ilerleme hedefine ulaşmak için zorunlu ölçüden daha fazla kısıtlamayan anlaşmalar için Fransız Ticaret Kanunu m. L420-1 hükmünde öngörülen yasak uygulanmaz.⁹³

⁹² A.g.r. para. 471-475.

⁹³ “I.-Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques:

1° Qui résultent de l’application d’un texte législatif ou d’un texte réglementaire pris pour son application;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu’elles ont pour effet d’assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d’emplois, et qu’elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d’éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d’origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d’un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.”

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006133184/#LEGISCTA000006133184, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

Fransız rekabet hukuku müktesebatında, sürdürülebilirliğe ilişkin bir düzenleme bulunmaz. Bununla beraber, konuya ilişkin Fransız Rekabet Otoritesi'nin (*Autorité de la concurrence*) karar ve görüşleri mevcuttur.

Fransız Rekabet Otoritesi tarafından 14 Aralık 1999 tarihinde yayınlanan 99-A-22 sayılı görüşe göre, çevrenin korunması da bir tür “ekonomik ilerleme” (*progrès économique*) olarak değerlendirilir ve muafiyetin diğer şartları sağlandığı takdirde çevrenin korunmasını sağlayan bir rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın, muafiyet rejiminden yararlanabileceği belirtilir.⁹⁴

Bununla beraber, Fransız Rekabet Otoritesi, çevrenin korunması gibi genel menfaatlere ilişkin görev ve sorumlulukların teşebbüsler tarafından yerine getirilmesinin, ilgili teşebbüsleri rekabet hukukuna uymaktan muaf tutmadığının altını çizmektedir.⁹⁵ Dolayısıyla, çevreyi koruma amacı güden bir rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın Fransız rekabet hukuku bakımından muafiyet rejiminden yararlanabilmesi için ayrıca tüketici faydasının ve rekabetin önemli ölçüde ortadan kaldırılmadığının da ortaya koyulması gerekmektedir.

Son olarak, Fransız Rekabet Otoritesi'nin yayınladığı 21 Aralık 2023 tarihli sürdürülebilirlik konulu resmi olmayan rehberde,⁹⁶ trend haline gelen sürdürülebilirlik hususlarının ekonomik faaliyetleri etkilediği, kamu otoriteleri ve sivil toplum için önemli endişeler oluşturduğu ve teşebbüsler arasındaki rekabetin parametreleri haline geldiği belirtilir.⁹⁷ Bu bağlamda, teşebbüslerin sürdürülebilirlik konulu işbirliklerinin rekabet kurallarıyla uyumunu analiz etmenin karmaşık olabileceği durumlarda, işbirliği projelerini uygulamaya koymadan önce Fransız Rekabet Otoritesi'ne başvurabilecekleri bir açık kapı politikası öngörülmektedir.⁹⁸

⁹⁴ Conseil de la concurrence, Avis n° 99-A-22 du 14 décembre 1999 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//99a22.pdf>, s. 10, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁹⁵ Conseil de la concurrence, Avis n° 99-A-22 du 14 décembre 1999 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//99a22.pdf>, s. 10, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

⁹⁶ Autorité de la Concurrence, “Notice on informal guidance from the Autorité in the area of sustainability”, 21.12.2023, s. 1.

⁹⁷ A.g.r. s. 1, para. 2.

⁹⁸ A.g.r. s. 2, para. 7.

E. Hollanda

1997 tarihli Hollanda Rekabet Kanunu (*Mededingingswet*) m. 6/1 uyarınca Hollanda piyasalarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yasaktır.⁹⁹ Hollanda Rekabet Kanunu m. 6/3 hükmünde ise söz konusu yasaktan muaf olan anlaşmalar sayılır. Buna göre, (i) üretim veya dağıtımın iyileştirilmesine ya da teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesine katkıda bulunan, (ii) tüketicilerin ortaya çıkan faydalardan adil bir şekilde pay almasını sağlayan, (iii) ilgili teşebbüslere, bu hedeflere ulaşılması için kaçınılmaz olmayan herhangi bir kısıtlama getirmeyen veya söz konusu ürün ve hizmetlerin önemli bir kısmı bakımından rekabeti ortadan kaldırmayan anlaşmalar, muafiyet kapsamındadır.

9 Temmuz 2020 tarihinde Hollanda Rekabet Otoritesi (*Authority for Consumers and Markets*, “ACM”), rakip teşebbüslerin, özellikle karbon emisyonlarının azaltılması gibi iklim hedeflerini de içeren sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda işbirliği yapma fırsatlarını arttırmak amacıyla, Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu’nun (*Sustainability Agreements Guidelines*) ilk taslağını (“**Taslak Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu**”) yayınlamaya kamuoyu görüşüne sundu.¹⁰⁰ Taslak Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu kapsamında ACM, anlaşmanın bir bütün olarak toplum için ortaya çıkardığı faydaların, oluşturduğu rekabet kısıtlamasının dezavantajlarından daha ağır bastığı durumlarda sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet verilmesini önerdi. Ayrıca ACM, Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu’nu açıkça uygulamasına rağmen tüm koşulları karşılamadığı anlaşılan anlaşmalar için herhangi bir yaptırım uygulamayacağını ve ilk etapta anlaşmaların tadil edilmesini talep edeceğini belirtti.¹⁰¹

26 Ocak 2021 tarihinde, kamuoyu görüşlerinin ACM tarafından değerlendirilmesi üzerine, Taslak Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu revize edilerek ikinci versiyonu yayımlandı.¹⁰² Taslak Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu’nun nihai versiyonu, Avrupa’da devam eden gelişmeler ve tartış-

⁹⁹ Hollanda Rekabet Kanunu’nun İngilizce tercümesi için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/competitionact.htm>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹⁰⁰ <https://www.acm.nl/en/publications/acm-opens-more-opportunities-businesses-collaborate-achieve-climate-goals>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹⁰¹ <https://www.acm.nl/en/publications/acm-opens-more-opportunities-businesses-collaborate-achieve-climate-goals>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹⁰² <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

malar sebebiyle bir süre bekletildi.¹⁰³ 4 Ekim 2023 tarihinde ACM tarafından yayımlanan ACM/23/182143 sayılı karar ile Taslak Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu yürürlükten kaldırıldı ve ACM'in sürdürülebilirlik anlaşmaları konusundaki görüşünü açıklayan politika kuralı ("**Politika Kuralı**") yürürlüğe girdi.¹⁰⁴

Politika Kuralı kapsamında ACM, sürdürülebilirlik anlaşmalarını "işbirliğinin şekline bakılmaksızın, sürdürülebilirlik hedefini gözeten tüm anlaşmalar" olarak tanımlar.¹⁰⁵ ACM'e göre sürdürülebilirlik anlaşmalarının kapsadığı faaliyetlere; iklim değişikliğinin önlenmesi ve sera gazı emisyonlarının azaltılması, kirliliğin azaltılması, doğal kaynakların kullanımının sınırlandırılması, insan haklarının korunması, geçimlik bir gelir sağlanması, dayanıklı altyapı ve inovasyonun teşvik edilmesi, gıda israfının azaltılması, sağlıklı ve besleyici gıdaya geçişin kolaylaştırılması, hayvan refahının sağlanması örnek olarak verilebilir.¹⁰⁶

ACM'e göre, muafiyet rejiminden faydalanmak isteyen sürdürülebilirlik anlaşmaları, hem "amaç" hem de "etki" bakımından rekabeti kısıtlayıcı olsa da bu anlaşmaların sunduğu faydalar, yarattığı olumsuz etkilerden daha ağır basıyorsa, Hollanda Rekabet Kanunu'nun 6/3. maddesi kapsamında muafiyet tanınabilir.¹⁰⁷ Bunun için (i) sürdürülebilirlik anlaşmasının, sürdürülebilirlik faydaları da dahil olmak üzere verimlilik kazanımları sunması, (ii) söz konusu ürünlerin tüketicilerine bu faydalardan adil bir pay vermesi, (iii) rekabetin kısıtlanmasının, sağlanan faydaların elde edilmesi için gerekli olması ve bu gerekliliğin ötesine geçmemesi, (iv) söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı bakımından rekabetin kaldırılmaması şartlarının birlikte sağlanması gerekir.¹⁰⁸

Önemle belirtmek gerekir ki, ACM tarafından daha önce yayımlanan Taslak Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu ve 27 Eylül 2021 tarihli "Sürdürülebilirlik bağlamında TFEU m. 101(3) hükmünde tüketiciler için

¹⁰³ Politika Kuralı, para. 5.

¹⁰⁴ <https://www.acm.nl/en/publications/policy-rule-acms-oversight-sustainability-agreements>. Söz konusu Politika Kuralı'nın ACM tarafından hazırlanan gayriresmi İngilizce tercümesi için bkz. <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹⁰⁵ A.g.k. para. 14.

¹⁰⁶ A.g.k. para. 14.

¹⁰⁷ A.g.k. para. 17.

¹⁰⁸ A.g.k. para. 17.

adil bir pay ile ne kastedilmektedir?” (*What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?*) başlıklı Hukuki Görüş’te (*Legal Memo*),¹⁰⁹ sadece ilgili ürünlerin bulunduğu pazarlarda değil, diğer pazarlarda yer alan tüketicilere de fayda sağlanmasının (*out of market benefits*) muafiyet rejimi kapsamında tüketici faydası şartı için yeterli olacağı değerlendirilmekteydi. Ancak Politika Kuralı ile ACM’in, önceki görüşünü yumuşatarak, yalnızca “ilgili ürünlerin tüketicilerine” fayda sağlanması şartını aradığı görülür.¹¹⁰

F. İsviçre

İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası’nda (*Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*) “sürdürülebilirlik” kavramına atıf mevcuttur. Federal Anayasa m. 2/2 uyarınca İsviçre Federasyonu, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmekle yükümlüdür.¹¹¹ Ayrıca Federal Anayasa’nın “Çevre ve bölgesel planlama” başlıklı Bölüm 4’te yer alan “Sürdürülebilir Kalkınma” başlıklı 73. maddesinde ve “Çevrenin Korunması” başlıklı 74. maddesinde sürdürülebilir kalkınmaya ve çevrenin korunmasına ilişkin devletin yükümlülükleri sayılır. Buna göre İsviçre Konfederasyonu ve kantonlar, doğanın özellikle yenilenme kapasitesi ile insanlar tarafından kullanımı arasında sürdürülebilir bir denge kurmak için çalışma ve çevrenin olumsuz etkilerden korunması için gerekli yasal önlemleri alma yükümlülüğü altındadır.

İsviçre Federal Konseyi’ne göre sürdürülebilir kalkınma; tüm insanların temel ihtiyaçlarının karşılanmasını mümkün kılar, şimdi ve gelecekte dünya genelinde iyi bir yaşam kalitesi sağlar, çevresel sorumluluk, sosyal dayanışma ve ekonomik verimlilik olmak üzere üç boyutu eşit, dengeli ve entegre bir temelde ele alır ve küresel ekosistemlerin tahammül sınırlarını hesaba katar.¹¹²

İsviçre Federal Kartel Kanunu (*Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*) m. 5/1 hükmünde rekabeti kısıtlayıcı anlaş-

¹⁰⁹ ACM, 2021, s. 4, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹¹⁰ MORRISON.

¹¹¹ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹¹² Swiss Confederation Federal Council, s. 6.

malar kısıtlanırken m. 5/2 hükmü, muafiyet rejimini öngörür. Buna göre, (i) üretim veya dağıtım maliyetlerini düşüren, ürünleri veya üretim süreçlerini iyileştiren, teknik veya mesleki bilgi birikiminin araştırılmasını veya yayılmasını teşvik eden veya kaynakları daha akılcı bir şekilde kullanılması için gerekli olan ve (ii) etkin rekabeti ortadan kaldırmayan anlaşmalar, muafiyet kapsamında değerlendirilir.

Görüldüğü üzere, Federal Anayasa'nın aksine Federal Kartel Kanunu'nda sürdürülebilirliğe doğrudan atıf bulunmaz, fakat Federal Kartel Kanunu'nda "kaynakların daha akılcı bir şekilde kullanılması" şartı zikredilir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre buradaki "kaynak" ifadesi kapsamında "kamu kaynakları" ve "doğal kaynaklar" da yer alır.¹¹³ Her ne kadar Federal Kartel Kanunu'nda sürdürülebilirliğe doğrudan atıf yapılmasa da Anayasa'da bu yönde bir atıf olduğu için her federal kurum gibi İsviçre Rekabet Komisyonu'nun (*Commission de la concurrence, Wettbewerbskommission*) da Anayasa'da yer alan rehber ilkelere uygun faaliyet yürütmesi gerekmektedir.¹¹⁴

Federal Kartel Kanunu'nun gerekçesinde, teşebbüslerin ihtiyaç duydukları kaynakların kullanımını en uygun hale getiren anlaşmaların ekonomik verimliliği artırdığının değerlendirileceği ve bu kapsamda çevrenin korunması, enerjinin rasyonel kullanımı gibi genel hedeflere ulaşım sağlanacağı açıklanmaktadır.¹¹⁵ Dolayısıyla, İsviçre rekabet hukuku kapsamında, kaynakların etkin kullanımına katkıda bulunan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların muafiyet rejimi dahilinde değerlendirilebileceği sonucuna varılmaktadır.

Ek olarak, İsviçre rekabet hukukunda, ülkeyi yöneten ve yürütmenin başı olan¹¹⁶ Federal Konsey'e bahşedilmiş istisnai bir muafiyet yetkisi de mevcuttur. Federal Kartel Kanunu m. 8 uyarınca Federal Konsey, Rekabet Komisyonu tarafından hukuka aykırı olduğu tespit edilen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara, kamu yararı açısından gerekli olduğu durumlarda ilgili teşebbüslerin talebi üzerine istisnai olarak izin verme yetkisi vardır. Bu doğrultu-

¹¹³ BGE 129 II 18, s. 46, para. 10.3.3, https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-II-18%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹¹⁴ CAU / TELYCHKO, s. 189.

¹¹⁵ FF 1995 I 472, Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) du 23 novembre 1994, s. 556. https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/1_468_472_389/fr, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹¹⁶ Daha fazla bilgi için bkz. THOMMEN, s. 7.

da, Federal Konsey tarafından “sürdürülebilirlik”, kamu yararı¹¹⁷ olarak nitelendirildiği takdirde genel muafiyet rejiminin haricinde istisnai olarak da rekabeti kısıtlayıcı sürdürülebilirlik anlaşmalarına Federal Konsey tarafından muafiyet sağlanması mümkündür.

G. Avusturya

Avusturya Rekabet Kanunu (*Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen - Kartellgesetz 2005*) m. 1 hükmü rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları yasaklarken m. 2 hükmü ise muafiyet rejimini öngörür. Buna göre, (i) malların üretiminin veya dağıtımının iyileştirilmesine ya da teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesine katkıda bulunan, (ii) tüketicilerin ortaya çıkan faydalardan adil bir şekilde pay almasını sağlayan, (iii) hedeflenen amaçlara ulaşılması için zorunlu olandan fazla rekabeti kısıtlamayan veya piyasada önemli ölçüde rekabeti ortadan kaldırmayan rekabeti kısıtlayan anlaşmalar, muafiyet kapsamındadır.¹¹⁸

2021 yılında yürürlüğe giren kanun değişikliği ile Avusturya Rekabet Kanunu m. 2/2 hükmüne genel bir istisna getirildi. Buna göre, ekolojik açıdan sürdürülebilir veya iklim açısından nötr ekonomiye önemli katkıda bulunan anlaşmaların, “tüketicilerin ortaya çıkan faydalardan adil bir şekilde pay almasını sağlama” şartını sağladığı kabul edilmektedir. Başka bir anlamıyla, Avusturya rekabet hukukuna göre sürdürülebilirlik anlaşmaları muafiyet rejimi kapsamında değerlendirilirken tüketici faydası şartını sağlamadıkları incelenmez.

Bu bakımdan Avusturya rekabet hukuku, sürdürülebilirlik anlaşmaları ve muafiyet rejimi konusuna diğer ülkelerden farklı bir perspektif getirmek ve diğer hukuk sistemlerinde en çok karşılaşılan tartışmalardan olan “tüketici faydası” tartışmalarını bertaraf ederek sürdürülebilirlik anlaşmalarını önceleyen bir yorum getirmektedir. Avusturya Adalet Bakanlığı’na (*Bundesministerium für Justiz - BMJ*) göre, söz konusu hüküm ile ekolojik olarak sürdürülebilir ekonomiye katkıda bulunan ve genel kamu yararı sağlayan (örneğin hava kalitesinin iyileştirilmesi gibi) şirketler için genişletilmiş iş-

¹¹⁷ “Kamu yararı” kavramının İsviçre hukukunda net bir tanımlaması bulunmamakta olup sınırları Federal Konsey’e geniş takdir yetkisi bahseden bir kavramdır. Bkz. HALEFIN / MULLER, n. 452; MOOR, s. 388.

¹¹⁸ Avusturya Rekabet Otoritesi (*Bundeswettbewerbsbehörde*) tarafından yayınlanan Avusturya Rekabet Kanunu’nun İngilizcesi için bkz. https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Cartel_Act_2005_Sep_2021_english.pdf, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

birliği fırsatlarının önü açılmakta ve sürdürülebilirlik anlaşmaları teşvik edilmektedir.¹¹⁹

H. Macaristan

Macar hukukunda rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, Macar Rekabet Kanunu (*Versenytörvény*) m. 11 hükmü ile yasaklanmıştır. Macar Rekabet Kanunu m. 17 ise ilgili yasağa ilişkin muafiyet rejimini öngörür. Buna göre, (i) üretim veya dağıtımın daha makul bir şekilde düzenlenmesine, teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesine veya rekabet gücünün artırılmasına veya çevrenin korunmasına katkıda bulunan, (ii) anlaşmaya katılmayan ticari taraflara ortaya çıkan faydadan adil bir pay sağlayan, (iii) ekonomik açıdan haklı ortak hedeflere ulaşmak için gerekli ölçüyü aşmayacak ölçüde rekabeti kısıtlayan ve (iv) ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan anlaşmalar, m. 11’de öngörülen yasaktan muaftır.¹²⁰

Görüldüğü üzere Macar Rekabet Kanunu’nda “sürdürülebilirlik” kavramına doğrudan bir atıfta bulunulmaz. Bununla beraber, rekabeti kısıtlayan anlaşmalar bakımından bireysel muafiyet rejimini düzenleyen Macar Rekabet Kanunu m. 17 hükmü, açıkça “çevrenin korunması” kavramından bahseder. Öyleyse, çevrenin korunmasına katkıda bulunan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların Macar Rekabet Kanunu m. 17 hükmünde öngörülen diğer şartları sağlaması durumunda, ilgili yasaktan muaf tutulması mümkündür.

Bu kapsamda, Macar rekabet hukukundaki mevcut kanuni düzenlemeler ışığında; örneğin enerji tüketiminin azaltılmasına ilişkin ortak teknolojilerin geliştirilmesine, üretim sürecindeki karbon ayak izinin azaltılması için altyapı paylaşımına, yalnızca belirli sürdürülebilirlik ilkelerini gözetten tedarikçilerden alım yapılmasına ilişkin rakipler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara Macar Rekabet Otoritesi (*Gazdasági Versenyhivatal*, “GVH”) tarafından muafiyet verilebilir.¹²¹

¹¹⁹ [https://www.bmj.gv.at/ministerium/gesetzesentwuerfe/entw%C3%BCrfe-21/Bundesgesetz,-mit-dem-das-Kartellgesetz-2005-und-das-Wettbewerbsgesetz-ge%C3%A4ndert-werden-\(Kartell-und-Wettbewerbsrechts-%C3%84nderungsgesetz-2021-%E2%80%93-KaWeR%C3%84G-2021\).html#:~:text=Mit%20dem%20Kartell%2D%20und%20Wettbewerbsrechts%C3%A4nderungsgesetz,Funktionierens%20des%20Binnenmarkts%20umgesetzt%20werden,\(Erişim Tarihi: 26.08.2024\).](https://www.bmj.gv.at/ministerium/gesetzesentwuerfe/entw%C3%BCrfe-21/Bundesgesetz,-mit-dem-das-Kartellgesetz-2005-und-das-Wettbewerbsgesetz-ge%C3%A4ndert-werden-(Kartell-und-Wettbewerbsrechts-%C3%84nderungsgesetz-2021-%E2%80%93-KaWeR%C3%84G-2021).html#:~:text=Mit%20dem%20Kartell%2D%20und%20Wettbewerbsrechts%C3%A4nderungsgesetz,Funktionierens%20des%20Binnenmarkts%20umgesetzt%20werden,(Erişim Tarihi: 26.08.2024).)

¹²⁰ Macar Rekabet Otoritesi tarafından yayımlanan Macar Rekabet Kanunu İngilizce çevirisi için bkz. [https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/legal_background/rules_for_the_hungarian_market/competition_act/competition-act-documents/jogihatter_tpv_t_hataly_20190101_a&inline=true,\(Erişim Tarihi: 26.08.2024\).](https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/legal_background/rules_for_the_hungarian_market/competition_act/competition-act-documents/jogihatter_tpv_t_hataly_20190101_a&inline=true,(Erişim Tarihi: 26.08.2024).)

¹²¹ Bu konuda verilmiş örnekler için bkz. HORVATH, s. 131.

Ayrıca, Macar Rekabet Kanunu m. 75 uyarınca GVH'nin, yürütülen soruşturmalar bakımından ilgili kamu yararlarının etkin şekilde korunmasını garanti eden taahhütleri kabul ederek soruşturmaları ilgili teşebbüslere herhangi bir ceza ihdas etmeden sonlandırması da mümkündür.¹²² Keza, Macar Rekabet Kanunu'nun 75. maddesi kapsamındaki taahhütlere ilişkin GVH tarafından yayınlanan 1/2018 sayılı Duyuru'da 2021 yılında yapılan değişikliklerle, kamu yararının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak bakımından örnek olarak sayılan taahhütler arasında sürdürülebilirliğe ve çevrenin korunması yoluyla tüketici refahına katkıda bulunan taahhütler de açıkça zikredilmiştir.¹²³

GVH tarafından yürütülen çeşitli soruşturmalarda "sürdürülebilirlik" temelli savunmalar, GVH nezdinde dile getirilmektedir. Bu soruşturmaların başında VJ-43/2015 sayılı Taşınabilir Bataryalar Soruşturması, VJ-2/2015 sayılı Kurşun-Asit Akümülatör Kutusu Soruşturması, VJ-49/2011 tarihli Bira Soruşturması ve VJ-7/2008 sayılı Otomobil Yağları Soruşturması gelmektedir. GVH, her ne kadar sürdürülebilirlik temelli savunmaları kabul etmemişse de¹²⁴ sürdürülebilirlik iddialarını doğrudan reddetmemiş; ya ilgili teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla elde edilen faydaları kanıtlamamış ya da bireysel muafiyete ilişkin diğer şartların sağlanmadığı sonucuna varmıştır.¹²⁵ Her halükârda, Macar rekabet hukukunun sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet verilmesini sağlamaya elverişli hukuki enstrümanlara sahip olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

IV. TÜRK REKABET HUKUKUNDA SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ANLAŞMALARI VE NİTELİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIM

Rekabet Kurumu, sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde yukarıdaki başlıklarda örneklerine yer verilen bir düzenleme veya rehber ilke çalışmasına henüz gitmemiştir. Bu nedenle, ne 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("**4054 sayılı Kanun**") ne de ikincil mevzuat sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde açık ve doğrudan bir rehberlik sunmamaktadır. Bir

¹²² HORVATH, s. 131-132.

¹²³ GVH tarafından yayınlanan 1/2018 sayılı Duyuru için bkz: https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/for_professional_users/notices/1_2018_kotelezettsegvallalasi_kozlemenye_a.pdf&inline=true, s. 7, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

¹²⁴ HORVATH, s. 133.

¹²⁵ Bu konuda özellikle VJ-2/2015 sayılı Kurşun Asit Akümülatör Kutusu Soruşturması ve VJ-49/2011 tarihli Bira Soruşturması kararları için bkz. HORVATH, 2023, s. 134-135.

başka ifadeyle, 4054 sayılı Kanun, Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz,¹²⁶ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz¹²⁷ ve diğer düzenlemeler sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin özel bir düzenleme içermez. Böylece, sürdürülebilirlik anlaşmaları yürürlükteki mevcut rekabet düzenlemeleri ve prensipleri ışığında ele alınmaktadır.

Sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin muafiyet düzenlemeleri bakımından AB’de sektör bazlı bir ayrıştırmaya gidildiği görülür. Örneğin; AB, yukarıda 2.1. numaralı başlık altında detaylarına yer verildiği üzere tarım sektöründe işbirliği ve sürdürülebilirliği desteklemek amacıyla AB Sürdürülebilirlik Anlaşmaları Kılavuzu’nu düzenlemiştir. Bu düzenleme, çiftçiler arasındaki işbirliğine her zamankinden daha fazla imkan sağlayarak kooperatifler ve diğer resmi kuruluşlar aracılığıyla sektörde modernizasyon ve verimlilik artışı teşvik eder.¹²⁸ Türkiye’de ise yukarıda da belirtildiği üzere, sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde bir muafiyet düzenlemesi olmadığı gibi 4054 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat, tarım sektörüne yönelik özel bir muafiyet rejimi de benimsemez. Ancak, bu durum Rekabet Kurulu’nun (“**Kurul**”) *Çanakkale ve Edirne Hayvancılık Kooperatifleri* kararında¹²⁹ da vurgulandığı üzere, sektöründeki anlaşmalar ve uyumlu eylemler için genel muafiyet rejiminin uygulanmasına ve muafiyet rejimi çerçevesinde bir içtihat oluşturulmasına engel teşkil etmez.¹³⁰ Keza anılan kararda, Kurum’un Türkiye’de tarım ve gıda sektöründe çeşitli raporlar yayımlayıp sektördeki rekabet ihlalleri üzerine birçok incelemeler yürüttüğüne de değinilerek bu sektördeki düzenlemelerin ve uygulamaların sürekli gözden geçirildiği belirtilir.¹³¹

Teorik olarak 4054 sayılı Kanun, belli türdeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları 5. madde koruması dışında bırakan bir düzenleme öngörmez.¹³² Mevcut düzenlemelerin sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde grup muafiyeti sağlayan koşullar öngörmemesi nedeniyle bu anlaşmaların, aşağıda detaylarına yer verileceği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi değerlendirmesine tabi olduğu açıktır. Konu hakkında özel bir düzenleme yapılan dek

¹²⁶ Rekabet Kurumu, Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz.

¹²⁷ Rekabet Kurumu, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz.

¹²⁸ BRAEKEN / VAN DEN BERG, 2022.

¹²⁹ Kurul’un 23-58/1141-408 sayılı ve 14.12.2023 tarihli kararı.

¹³⁰ Kurul’un Çanakkale ve Edirne Hayvancılık Kooperatifleri Kararı, s. 31, para. 96.

¹³¹ Kurul’un Çanakkale ve Edirne Hayvancılık Kooperatifleri Kararı, s. 31, para. 96.

¹³² Rekabet Kurumu, Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, s. 4, para. 20.

Türk rekabet hukukunda sürdürülebilirlik anlaşmalarının niteliğine ilişkin yaklaşım yalnızca muafiyet rejimi doğrultusunda verilen Kurul kararlarıyla kendini ortaya koyabilecektir. Öte yandan Kurum, her somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösteren ve düzenlenmesi zor olan bu tür bir konuda herhangi bir düzenleme yapmamayı da tercih edebilir.

A. Muafiyet Rejiminin Kapsamı

Rekabet hukukunda, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca hukuka aykırı olup yasaktır. Ancak, Kanun'un 5. maddesi, belirli şartların tamamının sağlanması durumunda, Kurul'a teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliklerinin kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına dair karar verme yetkisi tanır.¹³³

Kanun'un 4. maddesi, herhangi bir mal veya hizmet pazarındaki rekabeti sınırlamanın önüne geçmeyi amaçlasa da bazı durumlarda rekabeti kısıtlayan anlaşmalar, ekonomik etkinlik kazançları sağlayarak genel refah artışına olanak taniyabilir.¹³⁴ Anlaşmanın refah artırıcı etkileri, rekabeti sınırlayıcı etkilerine baskın geldiğinde anlaşmanın piyasadaki rekabetçi süreci güçlendireceği değerlendirilir ve bu durum da muafiyet rejiminin temelini oluşturur.¹³⁵ Böylece, anlaşma 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamından muaf tutulur. Uygulamada, piyasa etkinliği ve tüketici refahı üzerindeki pozitif etkilerin; verimlilik artışları, kaynakların daha etkin kullanımı, yenilikçi ürün ve hizmetlerin geliştirilmesi, ürün ve hizmet kalitesinin artırılması, maliyet tasarrufları gibi unsurlarla ilişkilendirildiği görülür.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi, anlaşmalara muafiyet sağlanabilmesi için, anlaşmanın ekonomi ve tüketici refahı üzerinde olumlu etkiler yaratmasını şart koştuğunu açıkça ortaya koyar. Buna göre, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara muafiyet sağlanması aşağıdaki koşulların tamamının gerçekleşmesine bağlıdır:

¹³³ A.g.k., s. 1, para. 1.

¹³⁴ A.g.k. s. 3, para. 15.

¹³⁵ A.g.k. s. 3, para. 15.

- a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

Mevzuatta belirtilen ekonomik fayda veya menfaat, yalnızca teşebbüslerin kendi çıkarlarını veya kazançlarını değil, aynı zamanda bu teşebbüslerin ekonomiye sağladığı somut katkıları da içermelidir. Bu şartın yerine getirilip getirilmediğinin analizi; tarafların pazar güçleri, rakiplerin durumu ve pazardaki yoğunlaşma derecesi gibi unsurların değerlendirilmesini gerektirir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın, beklenen faydaları gerçekleştirme konusunda ne kadar ölçülü olduğu ise, somut olayın özelliklerine ve inceleme kapsamına göre değişiklik gösterebilir.

B. Sürdürülebilirlik Anlaşmalarının Muafiyet Rejimi Bakımından Değerlendirilmesi

Sürdürülebilirlik anlaşmalarını muafiyet rejimi bakımından değerlendirirken anlaşmanın “amaç” veya “etkisi” bakımından getirebileceği olası rekabetçi endişeler göz önünde bulundurulmalıdır. 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde düzenlendiği üzere, rekabeti kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar yasaktır. Böylece, amaç ve etki bakımından bütünsel bir yaklaşım yerine tek başına rekabeti kısıtlama amacı veya sadece etkisi bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar rekabet hukukunu ihlal eder. Bazı anlaşmalar, anlaşmanın temelini oluşturan nedenler dikkate alındığında amaç bakımından rekabeti sınırlayıcı olmayabilir; ancak pazardaki etkileri nedeniyle rekabeti sınırlayabilirler.

Sürdürülebilirlik anlaşmalarının ise genellikle rekabeti kısıtlama amacını taşımadığı değerlendirilir. Bu anlaşmaların temel amacı genellikle çevresel ve sosyal sürdürülebilirliği teşvik etmektir, doğrudan piyasadaki rekabetin kısıtlanması değildir. Öte yandan, amaç yönüyle rekabeti sınırlamayan kimi sürdürülebilirlik anlaşmaları, pazarda doğuracağı etki yönüyle rekabeti sınırlayıcı olabilir. Bu yönüyle, sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri uygulama şekillerine ve piyasadaki genel rekabet koşullarına bağlı olarak değişkenlik gösterebileceğinden detaylı bir inceleme gerektirir. Nitekim sür-

dürülebilirlik anlaşmaları ile çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak isteyen teşebbüsler; bu yolda yaptıkları işbirlikleri, pazar paylaşımı, fiyatlandırma ve indirim politikaları gibi davranışlarıyla rekabeti sınırlayıcı etkiler yaratabilirler. Bu nedenle, bu konuda yapılan her anlaşmanın kendine özgü koşulları ile değerlendirilmesi gerekir. Sürdürülebilirlik için yapılan işbirliklerine Kurum'un yaklaşımı ise Kurul'un kararıyla kendini gösterir. Aşağıda bu konuda verilen bazı Kurul kararı örneklerine kısaca değinilir.

1. Güzel Enerji (TOTAL) Kararı

Muafiyet başvurusuna konu olan dikey nitelikli bir anlaşmanın çevresel faydaları ile ele alındığı örnek kararlardan biri, Kurul'un *Güzel Enerji* kararıdır.¹³⁶ Kararın konusunu, Güzel Enerji Akaryakıt A.Ş. ("Total") ile 9 Total bayisi (akaryakıt istasyonları) arasında imzalanacak olan lisanssız Güneş Enerjisi Santrali Yatırımı Sözleşmesi ve eklerine muafiyet verilmesi talebi oluşturur.

Kurul, ilk olarak, karara konu sözleşme ve eklerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanmadığına kanaat ederek 4054 sayılı Kanun m. 5 uyarınca bireysel muafiyetten faydalanabileceğini belirtmiştir. Bireysel muafiyet koşullarının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin yapılan kapsamlı değerlendirmeler ışığında Kurul; anlaşmanın amacının bayilerin işletme maliyetlerinden tasarruf sağlanması, karbon ayak izinin azaltılması, yeşil enerjiye geçişin hızlandırılması ve fosil yakıtların neden olduğu çevresel zararı telafi edilmesi olduğunu tespit eder.¹³⁷ Ayrıca, enerji maliyetleri düşen bayilerin fiyatlarını indirme eğiliminde olacağı ve yeni teknoloji yatırımlarının istihdam ve çevreye olumlu katkılar sağlayacağını öngörüldüğü belirtilir.¹³⁸ Sonuç olarak, bu sözleşmenin çevresel faydalar ve maliyet tasarrufu sağlayarak tüketici refahını artıracığı ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen muafiyet koşullarını sağladığı değerlendirilir.¹³⁹

Öte yandan Kurul, yapılan çevreci yatırımların sektörel düzeyde ve tüketici açısından çevreye dost enerji üretimine geçilmesine ilişkin olumlu dışsallıklar yaratmasını da dikkate alır.¹⁴⁰ Ayrıca, önemle belirtilmelidir ki;

¹³⁶ Kurul'un 01.12.2022 tarihli ve 22-53/801-329 sayılı kararı.

¹³⁷ Kurul'un Güzel Enerji Kararı, s. 16, para. 67.

¹³⁸ A.g.k. s. 16, para. 67.

¹³⁹ A.g.k. s. 16, para. 68.

¹⁴⁰ A.g.k., s. 21, para. 88.

Kurul Hem AB hem de Türkiye'deki kamu politikaları ve mevzuat, enerji üretiminde daha çevreci alternatiflere geçişin giderek önem kazandığını vurgulayıp bu tür yatırımların teşvik edilmesi, "ilk giren dezavantajı"¹⁴¹ ile karşılaşan teşebbüslerin desteklenmesi açısından önemli bir adım olarak değerlendirildiğini de belirtir.¹⁴²

Güzel Enerji kararında Kurul, mehz AB mevzuatına da atıfta bulunarak sürdürülebilirlik hedeflerini destekleyen anlaşmalarda belirli koşullar altında uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüklerinin kabul edilebilir olduğunu belirtir. Ancak, somut olayda yaptığı değerlendirmede, Total'in gerçekleştirdiği GES yatırımının maliyetinin elde edilen kârla birlikte değerlendirildiğinde, bu yatırımın 10 yıl süren bir dikey ilişki için yeterli şartları sağlamadığı görülmüştür.¹⁴³ Öte yandan Kurul, çevresel faydaları göz önünde bulundurunca, yatırımın süresinin 5 yıldan 2 yıl daha uzatılması için makul bir gerekçe oluşturduğunu değerlendirir.¹⁴⁴

Kurul, bütüncül bir değerlendirme sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 5/d maddesindeki "rekabetin zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması" koşulunun somut durumda karşılanmadığını belirlemiş olsa da, yenilenebilir enerji teşvik politikaları, çevreci yatırımların özendirilmesi, enerjide dışa bağımlılığın azaltılması, projenin sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda olması ve Total'in yatırımının makul sürede geri dönmesi gibi nedenlerle Total'in GES yatırımı için 7 yıl süreyle muafiyet tanınabileceğine kanaat getirmiştir.¹⁴⁵ Böylece, Kurul'un Güzel Enerji kararı, muafiyet verilen anlaşmanın çevresel faydalarının önemini ve bu faydaların muafiyet süresi üzerindeki etkisini açıkça ortaya koymaktadır.

2. Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği Kararı

Sürdürülebilir üretim ve çevresel hassasiyetler konusunda yapılan menfi tespit ve muafiyet incelemeleri, yakın tarihli *Güzel Enerji* kararının yanı sıra Kurul'un geçmiş kararlarında da görülür. Bir başka deyişle, sürdürülebilirlik konusunda yapılan muafiyet değerlendirmeleri Kurul için yeni bir konu de-

¹⁴¹ Teşebbüslerin, sürdürülebilirlik hedefine hizmet etmekle birlikte, kısa vadede maliyetleri artıran yatırımları yapmaları halinde ortaya çıkabilecek ve onları bu yatırımları yapmaktan caydıracak dezavantajlar (A.g.k. dipnot 31).

¹⁴² A.g.k. s. 21, para. 88.

¹⁴³ A.g.k. s. 21-22, para. 88-93.

¹⁴⁴ A.g.k. s. 22, para. 92.

¹⁴⁵ A.g.k. s. 22, para. 93.

ğildir. Kurul, *Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği* kararında,¹⁴⁶ Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği (“SDSD”) tarafından yürütülen ve dernek üyesi olsun olmasın tüm üreticilere açık olan “Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları Projesi” (“Proje”) ile atık sulardaki deterjan miktarının azaltılması, paketlenme, lojistik, enerji tüketimi gibi alanlarda tasarruf sağlanması amacıyla SDSD nezdinde üreticilerin bir araya gelerek yürütecekleri Projeye menfi tespit verilmesi talebini inceler.¹⁴⁷

Katılımcılarının, sektörün önde gelen teşebbüslerinden Hayat Kimya A.Ş., Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş., Türk Henkel A.Ş. ve P&G Tüketim Malları A.Ş.’den¹⁴⁸ oluşan, Eylül 2008 - 31 Eylül 2010 tarihleri için planlanan Proje, temel olarak “konsantre” ürünlerin bilinçli bir şekilde kullanılmasıyla çevreye daha az kimyasal salınımını hedefler ve aynı zamanda enerji, ürünlerin paketlenmesi ve dağıtımını gibi alanlarda tasarruf sağlamayı öngörür.¹⁴⁹

Kurul, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi bakımından Projeyi ele aldığı ilk olarak, teşebbüslerin kendileri için de erişilebilir olan bir teknolojiyi rekabetçi bir anlayışla bireysel olarak değil de neden bir teşebbüs birliği çatısı altında uyguladıklarını inceler.¹⁵⁰ SDSD ise Proje içerisindeki en önemli unsurun tüketicinin yıkama ürünleriyle ilgili çevre bilincinin yükseltilmesi olduğu için projenin tek elden yürütülmesinin önemli olduğunu belirtir.¹⁵¹

Yapılan incelemede, konsantre ürünlerin üretim maliyetinin klasik ürünlere kıyasla daha yüksek olduğu, böylece klasik deterjan üretiminden konsantre deterjan üretimine geçişin, her bir teşebbüsün kendi verimliliğine bağlı olarak farklı oranlarda maliyet artışına yol açtığı tespit edilir.¹⁵² Ayrıca, piyasanın %95’ini oluşturan teşebbüslerin topluca klasik deterjan üretimini durdurup yeni nesil deterjan üretimine geçmesinin, tüketici tercihlerini kısıtlaması bağlamında Kanun’un 4. maddesi açısından bir ihlal oluşturup oluş-

¹⁴⁶ Kurul’un 09-33/727-167 sayılı ve 15.07.2009 tarihli kararı.

¹⁴⁷ Kurul’un Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği kararı, s. 2, para. 50.

¹⁴⁸ Anılan teşebbüsler, Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği kararı tarihi itibarıyla az köpüren deterjan pazarında toplamda yaklaşık %95 pazar payına sahiptir.

¹⁴⁹ A.g.k. s. 5, para. 180.

¹⁵⁰ A.g.k. s. 7, para. 270.

¹⁵¹ A.g.k. s. 7, para. 280.

¹⁵² A.g.k. s. 12, para. 390-410.

turmayacağı değerlendirilir.¹⁵³ Çevresel kirliliğin azaltılması tüm tüketiciler için önemli olsa da daha düşük maliyetli bir ürünün, üreticiler arasındaki bir anlaşma sonucu piyasadan kaldırılmasının tüketici tercihleri üzerinde rekabeti sınırlayıcı bir potansiyeli olduğu değerlendirilir.¹⁵⁴

Bu tespitten ardından Kurul, Projenin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet şartlarını karşılayıp karşılamadığını değerlendirmeye geçer. İncelemede, deterjanlarda kullanılan dolgu maddelerinin azaltılması ve konsantre ürünlerin daha az hacim ve ağırlık kaplayarak aynı miktarda çamaşır yıkama kapasitesi sunmasının yenilikçi bir adım olarak görülür. Bu yenilik, 5. madde uyarınca üretimde yeni veya teknik bir gelişme olarak kabul edilebileceği gibi, daha küçük paketlerin kullanımıyla dağıtımda da iyileşmeler sağlayabilecektir.¹⁵⁵

Tüketici yararına ilişkin değerlendirme ise sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabetçi etkileri bakımından önem taşır. Zira Kurul, Projenin hayata geçmesiyle elde edilecek temel yarar, çevre kirliliğinin azaltılmasıdır diyerek çevre kirliliğinin sosyal bir maliyet olarak ele alır. Çevrenin daha az kirletilmesinin ekonomik faydası her zaman doğrudan ölçülebilir olmasa da çevre kirliliğinin yarattığı sosyal maliyetin düşürülmesi ile de tüketicinin bir yarar sağlayacağını ortaya koyar.¹⁵⁶ Kaldı ki bu değerlendirme; Uluslararası Sabun, Deterjan ve Bakım Ürünleri Derneği (*The International Association of Soaps, Detergents and Maintenance Products, A.I.S.E*) ve SDSD tarafından hazırlanan rapora göre konsantre ürünler kullanılarak yapılan yıkamalarda yıkama başına elde edilecek çevresel faydalara tablosundaki veriler ile de desteklenir.¹⁵⁷ Rapordaki verilere göre, konsantre ürünle yıkama başı çevresel yükün (birincil enerji tüketimi, iklim değişimi, insan toksitlenmesi, hava asitlenmesi, su kirlenmesi, vs.), konsantre olmayan ürüne göre düşük olduğu görülür.

Projenin ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırıp kaldırmadığına ilişkin Kurul değerlendirmesi, yukarıda da yer verilen 4. madde değerlendirmeleri bakımından da önem arz eder. Kurul'a göre, Projeye ürün pazarının yaklaşık %95'ini oluşturan teşebbüslerin katılmasının ilk

¹⁵³ A.g.k. s. 13, para. 430.

¹⁵⁴ A.g.k. s. 13-14, para. 450-470.

¹⁵⁵ A.g.k. s. 14, para. 480-490.

¹⁵⁶ A.g.k. s. 14, para. 500.

¹⁵⁷ A.g.k. s. 14-15, para. 500-510.

bakışta piyasanın büyük kısmının konsantre deterjan üretimine geçmesinin rekabet koşullarını zorlaştırabileceği veya belirli ürünlerin arzını sınırlayabileceği izlenimini verse de Projenin standart dışında kalan teşebbüsler için rekabet koşullarını zorlaştırma veya belli ürünlerin arzının kısılanması gibi böyle bir amacı veya etkisinin bulunmadığı kanaatine ulaşılır.¹⁵⁸

Özellikle, tüketici algısı dikkate alındığında, Proje ile yaratılması amaçlanan bir koordinasyonun başarılı olma şansı düşük görülür.¹⁵⁹ Zira, Kurul'a göre konsantre üretime geçilmeden ve tüketicilerin bilinçlendirilmesine yönelik çalışmalar yapılmadan çevresel, ekonomik ve enerji tasarrufu gibi faydaların sağlanması zordur.¹⁶⁰ Ayrıca, Proje katılımcılarının tanıtım ve pazarlama faaliyetlerine yönelik herhangi bir sınırlama getirilmediği, dolayısıyla teşebbüslerin Proje öncesinde olduğu gibi ürün fiyatlaması konusunda rekabetçi davranışlarını sürdürmeye devam ettikleri anlaşılır.¹⁶¹ Ayrıca, Proje için öngörülen süre de bireysel muafiyet tanınması için makul görülmüştür.

Sonuç olarak, SDSD'nin Projenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti kısıtlayıcı etkileri bulunması nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, söz konusu projeye bireysel muafiyet tanınmasına karar verilir. Bu karar, Kurul'un çevre kirliliğini sosyal bir maliyet olarak değerlendirdiğini ve çevrenin daha az kirletilmesinin ekonomik faydalarının her zaman doğrudan ölçülebilir olmadığını ortaya koyar. Ayrıca, çevre kirliliğinin yarattığı sosyal maliyetin düşürülmesinin tüketici yararı ile doğrudan ilişkili olabileceğini vurgulaması bakımından önemlidir.

3. Demir-Çelik Üreticileri Kararı

Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği kararından yaklaşık bir ay sonra verilen Kurul'un *Demir-Çelik Üreticileri* kararı¹⁶² yine çevresel nitelikli bir işbirliği anlaşmasını gözler önüne serer. *Demir-Çelik Üreticileri* kararı, Marmara Bölgesi'nde faaliyet gösteren beş demir-çelik üreticileri tarafından tehlikeli atık olarak kabul edilen atık baca tozlarının bertaraf edilmesi ve geri kazanımı ile çevre koruma alanında çeşitli yatırım projelerinin hayata

¹⁵⁸ A.g.k. s. 15, para. 540.

¹⁵⁹ A.g.k. s. 15, para. 540.

¹⁶⁰ A.g.k. s. 16, para. 560.

¹⁶¹ A.g.k. s. 15, para. 540.

¹⁶² Kurul'un 09-39/946-233 sayılı ve 26.08.2009 tarihli kararı.

geçirilmesi konusunda faaliyet göstermek üzere Marzinc Marmara Geri Kazanım San. ve Tic. A.Ş.'nin ("**Marzinc Geri Kazanım**") kurulması işlemine menfi tespit belgesi verilmesi ya da muafiyet tanınması talebini ele alır.

Marzinc Geri Kazanım'ın kurucu ortakları olan demir-çelik sektörünün önde gelen teşebbüslerdir ve Kurul, ilk olarak anılan teşebbüslerin neden tek başlarına değil de birlikte bir geri kazanım şirketi kurduklarını inceler. Ayrıca, Marzinc Geri Kazanım'ın kurucu ortakları olan beş demir-çelik üreticisinin 2008'de uzun demir çelik ürünleri pazarındaki payının yaklaşık %47'dir ve sektörde arz fazlalığı bulunduğu tespit edilir.¹⁶³ Yapılan incelemenin ardından, tek bir demir çelik üreticisinin bir geri kazanım tesisini besleyecek miktarda atık miktarını üretememesi ve yüksek yatırım maliyetleri nedeniyle birden fazla teşebbüsün bir araya gelerek bir geri kazanım tesisi kurmasının işlemin ekonomik ve teknik gerekçesini oluşturduğu, böylece etkinliğin de sağlanabildiği değerlendirilir.¹⁶⁴

Kurul, rakipler arasındaki sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin dikkat çekici değerlendirmesini bu kararda ortaya koyar ve rakipler arasındaki yatay işbirliklerinin, rekabet ortamı üzerinde olumsuz etkiler gösterebileceği gibi ekonomik faydalar da sağlayabileceğine değinir.¹⁶⁵ Bu bağlamda, çevresel anlaşmaların, rakip üreticileri bir araya getiren işbirlikleri olmalarına rağmen, çevresel düzenlemeler gereğince kuruldukları ve çevre ile insan sağlığını tehdit eden atıkların bertarafı veya geri kazanımına yönelik oldukları için muafiyet değerlendirmelerinde hoşgörüle yaklaşılması gerektiği belirtilir.¹⁶⁶ Böylece, çevresel faydalar içeren anlaşmalara hoşgörüle yaklaşılması gerektiğini belirten bir Kurul yaklaşımı ortaya konulur.

Marzinc Geri Kazanım'ı kurma işleminin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında taraflar arasında işbirliği doğurucu yatay nitelikte çevresel anlaşma olması nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine kanaatiyle işlem 5. maddede sayılan bireysel muafiyet şartları çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bağlamda, işlemin bir yurt dışı firması ile know-how transfer anlaşması yapılarak ekonomik ve teknik gelişme sağlayacağı, atık baca tozlarından üretilmesi planlanan çinko oksitin ham madde kaynağı olarak, hem proses maliyetlerini azaltacağı hem de cevherden yapılan üretime bir alternatif

¹⁶³ Kurul'un Demir-Çelik Üreticileri Kararı, s. 7, para. 270.

¹⁶⁴ A.g.k. s. 6, para. 230.

¹⁶⁵ A.g.k. s. 6, para. 230.

¹⁶⁶ A.g.k. s. 6, para. 230.

oluşturarak ham madde kaynaklarını zenginleştireceği ve bu yolla tüketicilerin bundan fayda sağlayacağı, ilgili piyasada rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkmayacağı, üstelik Türkiye’de sadece Çinkom Çinko Kurşun Metal ve Madencilik San. Tic. A.Ş.’nin faaliyet gösterdiği baca gazından üretilen çinko oksit pazarına ikinci bir oyuncu getirerek ilgili pazarda rekabeti artıracığı hususları birlikte dikkate alındığında işleme 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi kapsamında muafiyet tanınmasında bir sakınca olmayacağı kanaatine ulaşılır.¹⁶⁷

Böylece, demir-çelik sektörünün önde gelen oyuncularları arasındaki çevresel nitelikli yatay işbirliği anlaşmasının bireysel muafiyet şartlarının tamamını taşıması üzerine işleme muafiyet verilir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi, sürdürülebilir kalkınma hedefleri ile rekabetin korunması arasında dikkatli bir denge gerektirir. Son zamanlarda kimi rekabet otoritelerinin, bu konuya özgü muafiyet rejimleri ve özel politikalar geliştirerek bu dengeyi sağlamaya çalıştıkları görülmektedir. Avrupa Birliği, Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, Hollanda, İsviçre, Avusturya ve Macaristan gibi ülkelerde bu konuda erken farkındalık ve hukuki gelişmeler yaşanmıştır. Bu nedenle, bu ülkelerdeki rekabet hukuku gelişmelerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi önemlidir.

Dünyadaki gelişmeleri değerlendirdiğimizde, sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin yaklaşımlar aşağıdaki şekilde toparlanarak ele alınabilir:

- i) AB rekabet hukukunda sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin en önemli gelişmelerden biri güncellenen AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu’nun, “sürdürülebilirlik anlaşmaları” için özel düzenlemeler getirmesidir. Bu düzenlemeler, temel olarak sürdürülebilirlik hedefli anlaşmaların yalnızca rekabeti doğrudan kısıtladığında veya belirgin olumsuz etkiler yarattığında TFEU m. 101 çerçevesinde rekabet endişeleri doğurabileceğini ve bu tür anlaşmaların, geçerli olabilmesi için TFEU m. 101(3) kapsamında muafiyet koşullarını sağlaması gerektiğini belirtir. Ayrıca Kılavuz, rekabet üzerinde olumsuz etkiler yaratmayan ve belirli koşullara uyan sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için bir güvenli li-

¹⁶⁷ A.g.k. s. 6-7, para. 300-310.

man sunar. Yine mehz AB rekabet hukukunda, konuya ilişkin çıkarılan 1308/2013 sayılı Tüzük ile tarım sektöründeki sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet tanınması öngörüldü. Böylece, tarım sektöründeki sürdürülebilirlik anlaşmaları bakımından genel rejime ek olarak özel bir muafiyet rejimi ihdas edildi. Ayrıca, söz konusu özel muafiyet rejiminin nasıl işleyeceğine ilişkin açıklamaların yer aldığı bir “kılavuz” yayınlanarak teşebbüslere uygulama rehberi sunuldu.

- ii) Almanya ve Fransa başta olmak üzere bazı ülkelerin yasama organları ve rekabet otoriteleri, konuya dair herhangi bir düzenlemede bulunmayı tercih etmişlerdir. Bununla beraber, bu ülkelerin mevzuatında özel bir düzenleme öngörülmemesine rağmen sürdürülebilirlik anlaşmalarının mevcut muafiyet rejimi altında ele alınabileceği değerlendirilir. Almanya’da Monopol Komisyon’un bu yönde raporları mevcutken Fransa’da ise 1999 yılından süregelen Fransız Rekabet Otoritesi görüşü bulunur. Her iki ülke de sürdürülebilirlik anlaşmalarına dair farkındalıklarını kamuoyuna sunsa da bu ülkelerdeki rekabet otoriteleri temkinli bir yaklaşım sergilemekte ve bu tür anlaşmaların doğrudan rekabet hukukundan muaf tutulmasından endişe duymaktadır.
- iii) Birleşik Krallık ve Hollanda rekabet otoriteleri sürdürülebilirlik anlaşmalarının özellikli yapısını ve uygulamada yeni yeni yaygınlaşmasını da hesaba katarak uygulamaya ışık tutmak için rehber ilkeler benimsediler. Bu rehber ilkelerde, sürdürülebilirlik anlaşmalarının tanımı ve kapsamı belirlenmiş, muafiyet rejimine ilişkin şartlar açıklanarak hangi hallerde sürdürülebilirlik anlaşmalarına rekabet hukuku anlamında muafiyet verileceği açıklanmıştır. Böylece ilgili rekabet otoriteleri, piyasadaki aktörlerin rekabet hukukuna uygun davranmaları için onlara yol göstermiş olmuştur.
- iv) İsviçre ve Macaristan’da mevcut kanuni düzenlemelerde sırasıyla “kaynakları daha akılcı bir şekilde kullanılması için gerekli olan” ve “çevrenin korunmasına katkıda bulunan” ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla, bu iki ülkede halihazırda rekabet kanunları, doğrudan olmasa da dolaylı şekilde sürdürülebilirliğe atıf yapar. Dolayısıyla, kaynakların daha etkin kullanılmasını sağlayan ve çevrenin korunmasına katkıda bulunan sürdürülebilirlik anlaşmaları bakımından ilk şartın sağlandığı varsayılır ve diğer şartların sağlanması halinde muafiyet rejimi kapsamında değerlendirilebilir.

- v) Avusturya, rekabet kanununda 2021 yılında yapılan değişikliklerle sürdürülebilirliğe doğrudan atıfta bulunmaktadır. Buna göre, ekolojik açıdan sürdürülebilir veya iklim açısından nötr ekonomiye önemli katkıda bulunan anlaşmaların, “tüketicilerin ortaya çıkan faydalardan adil bir şekilde pay almasını sağlama” şartını sağladığı kabul edilerek doktrinde en çok tartışılan konulardan biri olan¹⁶⁸ sürdürülebilirlik ile tüketicilere fayda sağlanıp sağlanamayacağı meselesine açıklık getirilmiştir.

Karşılaştırmalı rekabet hukukunda tespit edilen bu yaklaşımlar temel olarak aynı konuya temas etmektedir: sürdürülebilirlik anlaşmaları veya bu alanda gerçekleştirilen işbirlikleri rekabet açısından bazı endişeler doğurabilir ve bu endişeler gerek mevcut muafiyet rejimleri gerekse de konu özelinde düzenlenen muafiyet düzenlemeleri çerçevesinde ele alınabilir.

Anlaşmalara muafiyet tanınmasını gerektiren koşullar, yukarıda sayılan pek çok ülkenin mevzuatında da birbirine benzerdir. Bu koşullar arasında “üretim veya dağıtımda iyileştirme sağlama”, “tüketicilere fayda sunma”, “hedeflere ulaşmak için gereksiz kısıtlamalar getirmeme” ve “rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmama” şartları yer almaktadır.

Ancak, mevcut muafiyet rejiminin ötesinde sürdürülebilirlik anlaşmaları özelinde getirilen düzenlemeler ve rehber ilkelere bakıldığında özellikle tüketici menfaatinin tespiti ve analizi özelinde eleştirilerin getirildiği görülmür. Her durumda, sürdürülebilirlik hassasiyetlerinin süregeldiği bir ortamda bu tür anlaşma ve işbirliklerine ilişkin rekabet otoritelerinin yaklaşımlarının değişebileceğini de belirtmekte fayda vardır.

Sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin ülkemizdeki rekabet hukuku yaklaşımını ele aldığımızda ise Türk rekabet hukukundaki mevcut kanuni rejimin, sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet tanınması bakımından elverişli olduğu kanaatindeyiz; yeter ki teşebbüslerce 4054 sayılı Kanun m. 5 hükmünde yer alan şartların sağlandığı ortaya konulabilsin. Kaldı ki Kurul’un hem geçmiş tarihli hem de yakın tarihli kararları bu yaklaşımı destekler niteliktedir.

Bu bağlamda, çevresel anlaşmaların rakip üreticileri bir araya getiren işbirlikleri olmasına rağmen, çevresel düzenlemeler gereği kurulduğunda hoşgörülle karşılanması gerektiğini belirten Demir-Çelik Üreticileri Kararı

¹⁶⁸ Bkz. İşbu makalenin “2.3. Almanya” başlıklı bölümünde zikredilen Monopol Komisyon değerlendirmeleri.

ile muafiyet verilen anlaşmanın çevresel faydalarının ve bu faydaların muafiyet süresi üzerindeki etkisinin önemini ortaya koyan Güzel Enerji Kararı, sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin Kurul'un yaklaşımını gösteren önemli kararlar arasında yer alır. Ek olarak, Kurul'un çevre kirliliğini sosyal bir maliyet olarak değerlendirdiği ve çevrenin daha az kirletilmesinin ekonomik faydalarının her zaman doğrudan ölçülebilir olmadığını ortaya koyduğu, çevre kirliliğinin yarattığı sosyal maliyetin düşürülmesinin tüketici yararı ile doğrudan ilişkili olabileceğini vurguladığı Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği Kararı da çevresel faydalar ile tüketici refahı arasındaki doğrudan ilişkinin altını çizen bir diğer önemli karar örneği olarak gösterilebilir.

Bununla beraber, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden yaptığımız inceleme neticesinde, sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet sağlanması süreçlerine ilişkin hukuki belirliliği sağlamak ve piyasa oyuncularını aydınlatmak için Rekabet Kurumu tarafından birtakım adımlar atılmasının da faydalı olacağı düşünülür. Kurum, mehz AB hukukunda olduğu gibi sürdürülebilirlik anlaşmalarını özel bir muafiyet rejimi kapsamında ele alabilir. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu bu anlaşmalar için grup muafiyeti tebliği çıkarabilir ve muafiyet şartlarını belirleyebilir.

Alternatif olarak, mevcut muafiyet rejiminin sürdürülebilirlik anlaşmalarını kapsayıp kapsamadığını açıklayan bir kılavuz da yayınlanabilir. Böylece, İngiltere ve Hollanda'da olduğu gibi, Rekabet Kurumu da uygulamaya rehberlik ederek sürdürülebilirlik anlaşmalarını akdetmek isteyen, fakat rekabetçi endişeler taşıyan teşebbüsleri aydınlatmış ve piyasa pratiğinin rekabet hukuku esaslarına daha uygun gelişmesini sağlamış olur. Öte yandan konu, güncellenen AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu'nda ele alındığı üzere, mevcut Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'un güncellenerek sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin rekabet hukuku değerlendirmelerini içeren bir değişikliği de kamuoyunun görüşüne sunulabilir.

Eğer bu seçenekler tercih edilmezse, bir duyuru ile de sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin görüşler paylaşılabilir ve teşebbüslerin bu konuda bilgi sahibi olmaları sağlanabilir. Böylece piyasadaki oyuncular, hukuken bağlayıcılığı olmasa dahi, Rekabet Kurumu'nun meseleye yaklaşımını gösteren belgeyi esas alarak davranışlarını şekillendirebilir ve rekabet hukuku farkındalığı daha yüksek şekilde faaliyetlerine devam edebilirler.

Elbette Rekabet Kurumu'nun, anılan önerilerden herhangi birini benimsememesi ve mevcut durumda olduğu üzere, konuya dair dosyalar Kurul

önüne geldikçe meselenin içtihat yoluyla şekillenmesini tercih etmesi de mümkündür. Ancak bu durumda, teşebbüsler sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin belirsizlik yaşayabilir ve bu da çevrenin korunması ve sosyal sorunlara çözüm sağlanması gibi faydaların elde edilmesini zorlaştırabilir. Bu nedenle, Rekabet Kurumu'nun, diğer rekabet otoritelerinin yaklaşımlarını değerlendirerek piyasayı ve kamuoyunu sürdürülebilirlik anlaşmaları ve muafiyet rejimi konusunda bilgilendirmesi önemlidir.

KAYNAKÇA

- ACM, “What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?”, 27 September 2021, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf> (Erişim: 27.08.2024).
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE, “Notice on Informal Guidance From The Autorité in the Area of Sustainability”, 21.12.2023, s. 1, para.1, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2024-01/20231221_informal-guidance.pdf (Erişim Tarihi: 27.08.2024).
- AVRUPA KOMİSYONU (2023). **Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements**. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01)), (Erişim Tarihi: 26.08.2024).
- AVRUPA KOMİSYONU (2023a). **Commission guidelines on the exclusion from Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union for sustainability agreements of agricultural producers pursuant to Article 210a of Regulation (EU) No 1308/2013 (C/2023/1446)** https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202301446, (Erişim Tarihi: 27.03.2024).
- BRAEKEN Bas / VAN DEN BERG Demi, “Competition law developments in food and agriculture: sustainability objectives and protection against buyer power”, 2022 <https://bureaubrandeis.com/competition-law-developments-in-food-and-agriculture-sustainability-objectives-and-protection-against-buyer-power/?lang=en>, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).
- BUEREN Eckart / CROWDER Jennifer, “Sustainability and Competition Law - Germany” **Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law**, 2023, s. 83-125.
- BUNDESKARTELLAMT, “Open markets and sustainable economic activity - public interest objectives as a challenge for competition law practice”, 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/Working_Group_on_Competition_Law_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=2, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).
- CAMPO COMBA María, “EU Competition Law and Sustainability: The need for an approach focused on the objectives of sustainability agreements”, **Erasmus Law Review**, 2022, s. 190-199.
- CAU Johana / TELYCHKO Alexandra, “Sustainability and Competition Law in Switzerland” **Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law**, 2024, s. 187-201.
- CMA, “Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government”, 14.03.2022. <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

- CMA, **Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements**, CMA 185, 12.10.2023, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2024).
- CMA, **Annual Report and Accounts 2023/24 (for the year ended 31 March 2024)**, CMA/2024/07, 29 July 2024, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/66a78436fc8e12ac3edb0607/Annual_Report_and_Accounts_2023_to_2024.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2024).
- DOLMANS Maurits / WANJIE Lin, “EU adopts antitrust guidelines for sustainability agreements”, Cleary Antitrust Watch, 05.06.2023, <https://www.clearyantitrustwatch.com/2023/06/eu-adopts-antitrust-guidelines-for-sustainability-agreements/> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).
- FRIEDMAN Milton, “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”, New York Times, September 13, 1970, Section SM, s. 17.
- HAFELIN Ulrich / MÜLLER Georg, **Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts**, Stampfli Verlag, Bern, 1998.
- HOLMES Simon / KAR Nicole / CUNNINGHAM Lucinda, “Sustainability and Competition Law in the United Kingdom”, **Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law**, 2024, s. 203-244.
- HORVATH Andras, “Sustainability and Competition Law in Hungary” **Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law**, 2024, s. 127-161.
- IACOVIDES Marios / VRETTOS Christos, “Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice” **Journal of Antitrust Enforcement**, 10(1), s. 32-62. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab010> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).
- IPCC, **Global Warming of 1.5°C: IPCC Special Report on Impacts of Global Warming of 1.5°C above Pre-industrial Levels in Context of Strengthening Response to Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty**, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- JOHNSTON Paul / EVERARD Mark / SANTILLO David / ROBERT Karl-Henrik, “Reclaiming the Definition of Sustainability”, **Environmental Science and Pollution Research**, Vol. 14, 2017, s. 60-66.
- MONOPOLKOMMISSION, **Vierundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission**, XXIV, Wettbewerb 2022, BT-Drs. 20/3065, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/030/2003065.pdf> (Erişim: 27.08.2024).
- MOOR Pierre, **Droit administratif, Les fondements généraux**, Vol I, Stampfli Verlag, Bern, 1994.
- MORRISON Andrew, “Going Dutch on sustainability: the ACM adopts Policy Rule to avoid falling foul of Commission’s Guidance on Horizontal Co-operation”, Macfarlanes, 24 October 2023, <https://www.macfarlanes.com/what-we-think/102eli5/going-dutch-on-sustainability-the-acm-adopts-policy-rule-to-avoid-falling-foul-of-commission-s-guidance-on-horizontal-co-operation-102iqv6/>, (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

- OECD, **Sustainability and Competition - Note by Germany**, 2020 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)63/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)63/en/pdf), (Erişim Tarihi: 27.08.2024).
- PURVIS Ben / MAO Yong / ROBINSON Darren, “Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins”, **Sustainability Science**, Vol. 14, 2019, s. 681-695.
- POLLMAN Elizabeth, “The Making and Meaning of ESG”, **Harvard Business Law Review**, Vol. 14, 2024, s. 403-453.
- SWISS CONFEDERATION FEDERAL COUNCIL, **2030 Sustainable Development Strategy**, https://www.are.admin.ch/dam/are/en/dokumente/nachhaltige_entwicklung/publikationen/sne2030.pdf.download.pdf/sne2030.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2024).
- THOMMEN Marc, **Introduction to Swiss Law**, Sui Generis, Zürich, 2022.
- UN, **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987**, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Erişim: 25.11.2024).